

S

Skripten

Forst/Hellebrand

Die mündliche Prüfung im 1. Examen

2016

Alpmann Schmidt



Die mündliche Prüfung im 1. Examen

2016

Privatdozent Dr. Gerrit Forst LL.M. (Cambridge)
Rechtsanwalt in Düsseldorf

Prof. Dr. Johannes Hellebrand
Honorarprofessor an der Ruhr-Universität Bochum

Zitiervorschlag: Forst/Hellebrand, Die mündliche Prüfung im 1. Examen, Rn.

Dr. Forst, Gerrit

Prof. Dr. Hellebrand, Johannes

Die mündliche Prüfung im 1. Examen

1. Auflage 2016

ISBN: 978-3-86752-435-3

Verlag Alpmann und Schmidt Juristische Lehrgänge
Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Münster

Die Vervielfältigung, insbesondere das Fotokopieren der Skripten,
ist nicht gestattet (§§ 53, 54 UrhG) und strafbar (§ 106 UrhG).
Im Fall der Zuwiderhandlung wird Strafantrag gestellt.

Unterstützen Sie uns bei der Weiterentwicklung unserer Produkte.

Wir freuen uns über Anregungen, Wünsche, Lob oder Kritik an:

feedback@alpmann-schmidt.de

Einleitung	1
1. Teil: Ratschläge zur Vorbereitung auf die und zum Ablauf der mündlichen Prüfung im Ersten Staatsexamen	2
A. Allgemeines zur mündlichen Prüfung	2
I. Ausgangslage	2
II. Das Umschalten auf das Prüfungsgespräch	3
III. Die Bedeutung des Vortrags für die Endnote	3
IV. Die psychologische Bedeutung des gelungenen oder misslungenen Vortrags für die weitere Prüfung	4
V. Funktionsverteilung zwischen Vorsitzendem und Beisitzern	4
B. Die Vorbereitung auf die mündliche Prüfung	5
I. Allgemeine Ratschläge	6
II. Konkrete Ratschläge, wenn die Ladung zum Mündlichen näher rückt	10
III. Die Ladung zur mündlichen Prüfung	11
1. Klausurnoten	11
2. Zusammensetzung der Kommission	11
3. Das Rechtsgebiet des Kurzvortrags	12
4. Die Mitprüflingen	13
5. Die Bedeutung der Klausurnoten für das Bestehen der Prüfung und für die Endnote	14
6. Dauer der mündlichen Prüfung	15
7. Unterschiede zwischen den Prüfungsämtern	16
IV. Die Zeitgestaltung nach dem Zugang der Ladung zum Mündlichen	16
1. Prüfungsprotokolle	16
2. Letzter fachlicher Schliff	17
3. Kleinigkeiten, die aber unter Umständen nicht bedeutungslos sind	18
C. Das Prüfungsvorgespräch	19
I. Die Funktion des Gesprächs	19
1. Bedeutung für die Kommission	19
2. Nutzen für den Kandidaten	20
II. Ihre Vorbereitung auf das Prüfungsvorgespräch	20
D. Der Kurzvortrag	22
I. Die Berechtigung des Kurzvortrags neben dem Prüfungsgespräch	22
II. Der Gegenstand	23
III. Die Vorbereitung	23
IV. Der Vortrag selbst	24
V. Die Bewertung	25
1. Bewertungskriterien	25
2. Nutzen und Gefahren einer Zwischenberatung	25
VI. Tipps zur Vorbereitung auf den Kurzvortrag an der Uni und im Repetitorium	26
E. Das Prüfungsgespräch	27
I. Formales	27
II. Der Inhalt	28
1. Die Thematik im Allgemeinen	28
2. Konkretes zur Aufgabenstellung	29

III. Die formale Gestaltung	31
1. Der Gesprächsstil des Prüfers	31
2. Der Gesprächsstil des Prüflings	33
IV. Die Bewertung	34
F. Die Beratung	34
I. Die Notenberechnung allgemein	34
II. Die Grenzen der mathematischen Notenberechnung	35
III. Die Vorbereitung der Verkündung	35
IV. Die Bedeutung der Schwerpunktbereichsprüfung	35
G. Verkündung des Ergebnisses der Prüfung	36
I. Grundsätzlicher Inhalt	36
II. Ergänzende Fragen	36
III. Persönliche Gratulation	36
H. Ausblick	37
2. Teil: Wesentliches Prüfungswissen aus dem Zivilrecht	38
A. Allgemeines	38
B. Kerngebiete	41
I. Allgemeiner Teil des BGB	41
II. Schuldrecht	52
III. Sachenrecht	63
C. Nebengebiete	66
I. Familienrecht	66
II. Erbrecht	67
III. Arbeitsrecht	68
IV. Handelsrecht	71
V. Gesellschaftsrecht	73
D. Internationales Privatrecht	76
E. Prozessuales	77
3. Teil: Wesentliches Prüfungswissen aus dem Strafrecht	80
A. Allgemeines	80
B. Allgemeiner Teil des StGB	82
C. Besonderer Teil des StGB	94
D. Prozessuales	96
4. Teil: Wesentliches Prüfungswissen aus dem öffentlichen Recht	100
A. Allgemeines	100
B. Europarecht	101
C. Staatsorganisationsrecht	103
D. Grundrechte (Grundgesetz)	106
E. Allgemeines Verwaltungsrecht	110
F. Besonderes Verwaltungsrecht	118
I. Öffentliches Baurecht	118
II. Polizei- und Ordnungsrecht	118
G. Prozessuales	120

5. Teil: Juristische Allgemeinbildung	124
A. Methodische Grundlagen	124
B. Ein kleines „who is who“ der Rechtswissenschaft	129
C. Eine kleine juristische Zeitreise	134
D. Rechtslatein	142
6. Teil: Aktenvorträge zur Vorbereitung	143
A. Aktenvortrag aus dem Zivilrecht	143
I. Sachverhalt	143
II. Lösungsvorschlag	144
B. Aktenvortrag aus dem Strafrecht	149
I. Sachverhalt	149
II. Lösungsvorschlag	150
C. Aktenvortrag aus dem öffentlichen Recht	155
I. Sachverhalt	155
II. Lösungsvorschlag	157
Stichwortverzeichnis	161

Einleitung

Dieses Skript wendet sich an alle,¹ die ihre universitäre Juristenausbildung mit der mündlichen Prüfung im Ersten Staatsexamen abschließen und die sich auf diese Prüfung vorbereiten möchten. Die mündliche Prüfung weist im Vergleich zum schriftlichen Teil des Ersten Staatsexamens und im Vergleich zu der universitären Schwerpunktbereichsprüfung folgende Besonderheiten auf:

- Die Zeit für die Vorbereitung auf die mündliche Prüfung ist relativ knapp bemessen.
- Der Prüfungsablauf und die Bewertungskriterien sind vielen Kandidaten im Vorfeld nicht oder nur in Grundzügen bekannt.
- In der mündlichen Prüfung selbst besteht wenig Zeit zum Nachdenken, die Fähigkeit zur schnellen Reaktion und zur eigenständigen Argumentation ist gefragt.
- Der Kurzvortrag ist eine Form der Prüfung, die so nirgendwo sonst vorkommt, auch nicht in den Seminaren in den universitären Schwerpunktbereichen.
- An nur einem Tag werden die drei großen Bereiche des Rechts – Zivilrecht, Strafrecht und öffentliches Recht – abgefragt.
- Zusätzlich zu den aus den Klausuren bekannten Prüfungsgegenständen werden verstärkt Grundlagenwissen, methodisches Wissen sowie Kenntnisse der philosophischen, geschichtlichen und gesellschaftlichen Grundlagen des Rechts (§ 5a Abs. 2 S. 2 DRiG) erwartet.
- Die mündliche Prüfung hat einen erheblichen Anteil an der Gesamtnote des Ersten Staatsexamens und bietet häufig die Gelegenheit zu einer deutlichen Verbesserung.

Dieses Skript behandelt in dem von *Hellebrand* als Prüfer und Kommissionsvorsitzenden mit langjähriger Erfahrung verfassten Teil ausführlich den Prüfungsablauf und gibt Tipps für die Vorbereitung. Die anschließenden, von *Forst* verfassten Teile enthalten in Form von Stichworten wesentliches Prüfungswissen aus den Bereichen des Zivilrechts (einschließlich Nebengebieten), des Strafrechts und des öffentlichen Rechts, jeweils einschließlich des Prozessrechts. Die Darstellung in Form von Stichworten wurde bewusst gewählt, damit die Inhalte auch wie Karteikarten wiederholt werden können, allein oder in der Lerngruppe. Der vorletzte Teil wiederholt die wichtigsten methodischen Grundlagen und enthält darüber hinaus juristische „Allgemeinbildung“ zur Rechtsgeschichte und zu bekannten Juristen. Vervollständigt wird das Skript durch drei Kurzvorträge nebst Lösungsvorschlägen aus den drei Rechtsgebieten.

Aus dem Gesagten folgt, was dieses Skript nicht leisten kann und auch nicht leisten soll: Es dient nicht dazu, Kenntnisse im Zivilrecht, im Strafrecht oder im öffentlichen Recht erstmals zu vermitteln. Es setzt voraus, dass der Prüfungskandidat im Laufe seines Studiums und in der Vorbereitung auf die Klausuren bereits vertiefte Kenntnisse in den drei Rechtsgebieten einschließlich der methodischen Grundlagen erlangt hat. Das Skript dient ausschließlich der Wiederholung unter Berücksichtigung der Besonderheiten der mündlichen Prüfung im Ersten Staatsexamen. Es ersetzt nicht das mehrjährige, vertiefte Studium der Rechtsordnung.

Dies vorweggeschickt, wünschen wir allen Kandidaten viel Erfolg in der bevorstehenden mündlichen Prüfung!

¹ Soweit in diesem Skript von „Kandidaten“ oder Ähnlichem die Rede ist, sind Damen und Herren gleichermaßen gemeint.

ren Sie nicht mit Kandidaten, die die Klausuren ebenfalls geschrieben haben, und lassen Sie sich nicht von Besserwissern ins Bockshorn jagen! Karten Sie um Gottes willen nicht nach, sondern nutzen Sie lieber die Zeit bis zum Mündlichen für eine gezielte Vorbereitung darauf.

I. Allgemeine Ratschläge

- 12 Die Frage ist natürlich, was Sie nach der intensiven Vorbereitung auf die Klausuren durch ein Uni- und/oder privates Repetitorium überhaupt noch speziell für das Mündliche lernen können. Klausuren schreiben können Sie (oder auch nicht); das Ergebnis bleibt abzuwarten. Aber das Mündliche ist eben eine andere, zusätzliche, ergänzende, absichernde Form der Überprüfung, ob Sie das „rechtswissenschaftliche Studienziel erreicht“ haben „und damit für den juristischen Vorbereitungsdienst fachlich geeignet“ sind (§ 2 Abs. 1 JAG NRW).

Wenn Sie diesen Teil des Skripts sorgfältig gelesen haben, sollten Sie sich daran machen, **Vorträge** in ihrer Erarbeitung, aber auch in ihrer Ausführung zu üben sowie **Prüfungsgespräche** in privaten Arbeitskreisen und speziellen universitären Veranstaltungen zu führen. Denken Sie daran, dass die Klausuren durchweg schlechter als erwartet ausfallen und dass im Mündlichen mit seinem 40%-gen Anteil an der staatlichen Pflichtfachprüfung durchaus noch einiges zu „holen“ ist; auch auf diesen Aspekt wird später noch näher einzugehen sein.

Lösen Sie sich also von Ihrer Fixierung auf die Klausuren, nutzen Sie die Zeit gezielt für das Mündliche! Erstellen Sie sich ein Programm, das sich nicht auf ein stures Büffeln um jeden Preis (zu Hause) beschränkt, sondern gestalten Sie Ihre Arbeitstage bis zur Ladung zum Mündlichen sinnvoll und abwechslungsreich! Wechseln Sie zwischen Lernen und Repetieren, zwischen abstrakten Fragen und konkreten Problemen, zwischen anspruchsvollen und alltäglich-stereotypen Tätigkeiten! Übertreiben Sie nicht, sondern halten Sie Maß! Konkret – ohne Gewähr für Vollständigkeit – folgende Ratschläge:

1. Teilen Sie den Lernstoff und Ihren Tagesablauf **richtig ein**: Zuviel auf einmal bringt nichts; den ganzen Tag „büffeln“ kann niemand! Verteilen Sie den Stoff, variieren Sie! Stetigkeit, Ausdauer und Kontinuität zählen.

2. Denken Sie daran, dass es im Mündlichen nicht nur auf juristisches Wissen ankommt, sondern auch die physische und psychische Kondition wichtig ist!

3. Lernen Sie **neue Entscheidungen und Aufsätze** nicht einfach „leitsatzmäßig“ auswendig, sondern verorten Sie sie in Ihrem bisherigen Wissen dort, wo sie hingehören!

4. Im Zentrum dieses Wissens sollten nicht die unter Juristen (übertrieben) beliebten Meinungsstreitigkeiten stehen, sondern der **Gesetzeswortlaut mit seinen Tatbestandsmerkmalen**, bei denen diese Meinungsstreitigkeiten jeweils ihren Ursprung haben. Denken Sie immer daran: Am schönsten – insbesondere für einen Praktiker – ist es, wenn es in concreto auf einen Meinungsstreit gar nicht ankommt.

5. Vervollkommen Sie Ihre Fähigkeit, **Gesetze zu lesen und zu verstehen:**

- zunächst „einfaches“ Erfassen des Wortlauts: Tatbestand – Rechtsfolge
- dann Kenntnis der von Rspr. und Lit. entwickelten Definitionen
- schließlich Verstehen des Sachverhalts, der hinter einer gesetzlichen Regelung steht und von ihr geregelt werden soll.

6. Scheuen Sie sich nicht, nebenbei auch noch die **deutsche Sprachlehre** zu repetieren (Satzbau, Wortlehre, Grammatik) oder einen (allerdings auf das Wesentliche beschränkten) Blick auf die sogenannte **juristische Logik** zu werfen!

7. Bemühen Sie sich, nicht bei Details „hängenzubleiben“, sondern die dahinterstehenden gesetzlichen Strukturen zu erfassen, **etwa** aus dem Strafrecht:

- Aufbau des Delikts (objektiv und subjektiv)
- Standort, Begriff und Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums
- Arten der Delikte und Tatbestände
- Irrtum i.w.S. als irrige Annahme, aber auch als Unkenntnis von Umständen
- Konnexität zwischen Täuschung, Irrtum, Verfügung, Schaden, Bereicherung beim Betrug
- Unterschied zwischen Betrug in mittelbarer Täterschaft, Dreiecksbetrug und fremdnützigem Betrug (Kumulation aller drei Formen ist möglich!)
- § 255 oder § 249? Verhältnis zu § 252? Strafbarkeit von Sicherungserpressung (ggf. nur Nötigung) und Sicherungsbetrug (jedenfalls mitbestrafte Nachtat)?

8. Üben Sie Ihre Fähigkeit, Problemfelder komplex zu erfassen, etwa wiederum aus dem Strafrecht:

- Rechtswidrigkeit als Tatbestands- oder Verbrechensmerkmal mit den (ggf. unterschiedlichen) Folgen für Irrtum und irrige Annahme
- Strafrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff (§ 113 StGB – Rechtfertigungsgründe – inzidenter § 32 StGB)
- Bindung des Strafrechts an andere Rechtsgebiete oder mehr oder weniger starke Loslösung davon
- Tatbestandsirrtum bei falscher außerstrafrechtlicher Wertung im Verhältnis zum Verbotssirrtum mit der Parallele zwischen untauglichem Versuch und Wahndelikt

9. Merken Sie sich bestimmte **Paragrafenketten** und wiederholen Sie sie immer wieder, etwa

- Zivilrecht: Herausgabe und Aufwendungsersatz bei GoA in ihren verschiedenen Formen
- Strafrecht: §§ 164, 145 d, 187 StGB

- Öffentliches Recht: Ermächtigungsgrundlagen im Polizei- und Ordnungsrecht: zunächst Spezialgesetze, dann Standardmaßnahmen, dann Generalklausel

13 10. Prägen Sie sich einfache Merksätze ein:

- Bei Lügen denkt man immer an Betrug, falsche Verdächtigung und Aussage- sowie Beleidigungs-, selten aber an Urkundsdelikte (anders § 271 StGB).
- Bei falscher Zeugenaussage (§ 153 StGB) muss immer das dahinterstehende Motiv mitberücksichtigt werden: § 263, §§ 164, 239 oder § 258 StGB in Tateinheit?
- Keine Teilnahme vor der Haupttat erörtern!
- Erst den Tatmittler, dann den mittelbarer Täter prüfen!
- Erst die Haupttat, dann das Anschlussdelikt anprüfen!
- Schaden beim Betrug = Vermögensminderung **oder** konkrete Vermögensgefährdung

11. Üben Sie folgende Reihenfolge bei der Erörterung von **Meinungsstreitigkeiten**:

- Exaktes Erkennen der Rechtsfrage schon anhand des Gesetzeswortlauts oder einer einschlägigen Definition
- Erahnen, wie ein konkret dazu auftauchender Meinungsstreit in seiner Bandbreite aussehen **könnte**,
- Verzicht auf die Stellungnahme zu einem Streit, auf den es konkret nicht ankommt
- Wenn eine Argumentation erforderlich ist, Einhaltung folgender Reihenfolge:
 - grammatikalische Auslegung
 - systematische Auslegung
 - teleologische Auslegung (Rechtsgut – Missbrauch – Geltung)
 - verfassungskonforme Auslegung
 - historische Auslegung (falls überhaupt bekannt und mit Niederschlag im Gesetz)aber achten Sie **im Strafrecht** auf die Wortlautgrenze und denken Sie an das Verbot der Analogie, das freilich (wie das Rückwirkungsverbot) unterschiedlich weit reicht!

12. Machen Sie sich bewusst, welche typischen Fehler **ihnen** immer wieder unterlaufen, z.B.:

- Unterscheiden Sie im **Strafrecht** nicht sauber zwischen Zueignungsabsicht i.S.d. § 242 StGB und Zueignung i.S.d. § 246 StGB?
- Kennen Sie im **Zivilrecht** nicht den exakten Aufbau der §§ 812 ff. BGB in ihren Voraussetzungen, Ausschlussgründen und Rechtsfolgen?
- Verzetteln Sie sich im **öffentlichen Recht** immer beim einstweiligen Rechtsschutz?

oder allgemeiner

- Vernachlässigen Sie die Arbeit am Sachverhalt mit seinen vielfältigen Details und beschäftigen Sie sich zu sehr mit der rechtlichen Seite des Falles?
- Tun Sie sich schwer, für den Fall überhaupt relevante Gesetze oder einschlägige Bücher/Abschnitte eines Gesetzes zu finden oder zumindest darin mit der gebotenen Schnelligkeit anhand der (amtlichen oder nichtamtlichen) Überschriften auf die möglicherweise relevante Norm zu stoßen?
- Prüfen Sie oft nur eine Norm oder einen Absatz, ohne einen Blick auf die folgende Norm oder den nächsten Absatz zu werfen?

13. Merken Sie sich die häufigsten juristischen Argumente:

14

- Wortlautgrenze/Analogieverbot
- Bestimmtheitsgrundsatz
- Lückenhaftigkeit des Strafrechts/ultima ratio
- Rechtsgüterschutz
- Kein Gesinnungsstrafrecht
- Verschuldensprinzip
- Strafzwecke
- Rechtssicherheit und materielle Gerechtigkeit!

14. Merken Sie sich häufige juristische Begriffe/Kriterien mit den exakten Definitionen:

- Gefahr und Verdacht (§§ 34 StGB, 112, 112a StPO)
- Abstrakte und konkrete Gefährdung (etwa § 224 Abs. 1 Nr. 5, § 263 StGB)
- Unmittelbarkeit und Mittelbarkeit
- unerhebliche Störung des körperlichen Wohlbefindens: § 223 (-) – nicht unerhebliche Störung § 223 StGB (+) – Gefahr erheblicher Verletzungen: § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB (+), (abstrakte oder konkrete?) Lebensgefahr: § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB (+)

15. Lösen Sie sich vom Schubkastendenken (Bürgerliches Recht, Strafrecht, öffentliches Recht) und üben Sie den Übergang von einem Rechtsgebiet ins andere; dies ist leichter und auch interessanter, als Sie vielleicht glauben. Im Strafrecht ist dies bei allen Tatbestandsmerkmalen erforderlich, die sich strafprozessual, zivil- oder öffentlich-rechtlich definieren; die bekanntesten sind

- aus dem **Zivilrecht** die Fremdheit von Sachen, die Rechtswidrigkeit von Zueignung und Bereicherung sowie der Missbrauch einer Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis
- aus dem **Strafprozessrecht** das Legalitätsprinzip als Garantienpflicht, die Zwangsmittel als Rechtfertigungsgründe, aber auch als Kriterien zur Prüfung der Möglichkeit

der Erfolgsabwendung beim Unterlassen sowie die prozessualen Rechte von Prozessbeteiligten und ihre Bedeutung im Rahmen von Tatbeständen zum Schutz der Strafrechtspflege (§§ 153 ff., 258 StGB).

- 15 Vor allem aber sollten Sie vor dem Mündlichen die Übergänge von einem Problem zum anderen, von einem Tatbestand zum nächsten, von einem Argument zum Gegenargument üben.

Denken Sie daran: *Im stillen Kämmerlein gelingt der Übergang einigermaßen, aber in der mündlichen Prüfung sind Sie gestresst. Die Konzentration auf wenige Stunden, die Konkurrenz mit anderen, die Kommission als mehr oder weniger strenges Gegenüber und dann noch der eigene Erwartungsdruck auf ein gelungenes Examen. Stellen Sie sich darauf ein, dass Ihnen im Stress nicht so schnell einfällt, was Sie sonst immer einigermaßen parat hatten – und steuern Sie dagegen, indem Sie die Synapsen Ihres juristischen Gehirns entsprechend trainieren!*

Sie werden sich sicherlich sagen, dass Sie viele dieser Ratschläge schon bei den Klausuren hätten beherzigen müssen; aber dies ändert nichts daran, dass Sie sie jedenfalls im Mündlichen befolgen sollten. Und denken Sie daran, dass manches, was Sie zu Anfang Ihres Studiums (grundlegend, abstrakt, vorab) gelernt haben, naturgemäß im Laufe der Zeit in den Hintergrund getreten ist, aber im Mündlichen wieder aktuell werden könnte. Denken Sie nur an die Bereiche Deutsche Rechts- und Verfassungsgeschichte, an die Strafzwecke und an die Grundlagen des Bürgerlichen, Straf- und Öffentlichen Rechts. Im BGB gilt dies etwa für die Struktur der Willenserklärung und des Vertrags, der Geschäftsfähigkeit, der Stellvertretung und die Unterschiede zwischen Einwilligung, Zustimmung und Ermächtigung.

II. Konkrete Ratschläge, wenn die Ladung zum Mündlichen näher rückt

Ganz einfach: Halten Sie sich auf dem Laufenden, soweit es um Themen geht, die im Mündlichen aktuell werden können, und lassen Sie sich von nichts und von niemand verrückt machen! Dazu im Einzelnen:

- 16 1. Sie müssen sich in Gesetzgebung, Rspr., Lit. und Rechtspolitik (in dieser Reihenfolge!) auf dem Laufenden halten; die Begriffspaare „de lege lata, de lege ferenda“ dürften Ihnen bekannt sein. Diese einschlägige Information gelingt Ihnen nur, wenn Sie regelmäßig bis zum Tag der Prüfung Ausbildungszeitschriften und Rechtsprechungsübersichten studieren. Letztere garantieren insbesondere mit ihren Hit- und Hotlists, dass Sie gut abschätzen können, was im Mündlichen auf Sie zukommt.
- 17 2. Die Kommunikation mit Kandidaten, die unlängst Klausuren geschrieben oder gar schon im Mündlichen gestanden haben, ist nützlich. So erfahren Sie, was derzeit en vogue ist: Zudem hat mancher Prüfer eine der letzten Klausuren korrigiert und verwendet sie gerne im Mündlichen, weil er die entsprechenden Probleme ohnehin verinnerlicht und parat hat. Dass er bei eng beieinander liegenden mündlichen Prüfungen denselben Fall prüft, ist dagegen eher unwahrscheinlich, aber auch nicht ganz ausgeschlossen.

3. Neuigkeiten in den Tages-Medien sind insbesondere für das Straf- und öffentliche Recht interessant: Wer sich hierüber auf dem Laufenden hält, hat zumindest eine gute Ausgangsbasis für das Mündliche. **18**

III. Die Ladung zur mündlichen Prüfung

Wenn sich der voraussichtliche Termin zur mündlichen Prüfung immer mehr nähert, wartet jeder Kandidat „natürlich“ neugierig auf den Briefträger: Wann und ggf. wo die Prüfung genau stattfindet, ist weniger wichtig, **aber**: Wieviele Punkte haben die Klausuren ergeben? Wie setzt sich die Prüfungskommission zusammen? Aus welchem Gebiet kommt der Kurzvortrag? Gibt es Kommilitonen, die im selben Termin geprüft werden? Welche Noten bringen diese aus den Klausuren mit? Aber gemach – alles der Reihe nach! **19**

1. Klausurnoten

Die Klausurnoten liegen meist **unter** der eigenen Einschätzung der Kandidaten. Ob dies an dem (schwierigen, lebensfremden, schwer verständlichen, zu umfangreichen) Fall, der Pingeligkeit oder Strenge der Korrektoren liegt, seinen Grund in der Selbstüberschätzung der Kandidaten oder in der bei Prüflingen gelegentlich anzutreffenden, falschen Vorstellung vom allgemeinen Niveau von Examenklausuren hat, mag dahin stehen. **20**

Nicht selten kommt es aber auch vor, dass Kandidaten ordentlich bewertete Klausuren selbst zuvor als misslungen angesehen haben, und umgekehrt Klausuren „im Teich“ sind, die sie selbst als gelungen betrachtet haben. Diese Divergenz zwischen eigener Einschätzung und amtlicher Bewertung ist häufig zu beobachten. Ob dies berechtigt ist oder nicht, sollte Sie aber nicht weiter beschäftigen.

Auf jeden Fall kommen Sie, da Sie keinen sogenannten Block „gebaut“ haben, ins Mündliche, und Sie können sich ihm auch nicht entziehen, selbst wenn Ihnen die Klausurnoten absolut nicht passen. Welche Bedeutung diese Noten tatsächlich für das Gesamtergebnis der Prüfung haben, werden wir noch sehen. **Wichtig ist**: Lassen Sie sich von schlechten Klausuren nicht entmutigen und werden Sie bei gut bewerteten Klausuren nicht übermütig! Schauen Sie gefasst in die Zukunft und versuchen Sie, die Zeit bis zum Mündlichen bestmöglich zu nutzen. Aber zurück zur Ladung!

2. Zusammensetzung der Kommission

In der Ladung zum Mündlichen ist neben Ihren Klausurnoten die Kommission angegeben, vor der Sie die mündliche Prüfung zu absolvieren haben. Sie wissen nunmehr, wer Vorsitzender und Beisitzer ist. In den Ladungen des JPA Düsseldorf erfahren Sie zudem, wer welches Gebiet prüft; bei Ladungen des JPA Hamm ist dies nicht ausdrücklich erklärt, aber in den meisten Fällen zu erraten. Allerdings gibt es Richter dieses OLG, die alle drei Fächer prüfen, namentlich wenn sie hauptberuflich (auch) dem JPA zugeordnet sind. **21**

In schätzungsweise 95% aller Fälle bleibt es bei dieser Zusammensetzung der Kommission. Nur selten kommt es vor, dass ein Prüfer ausfällt oder jedenfalls am Prüfungstag

nicht mehr rechtzeitig bis zum Beginn der Kurzvorträge erscheinen kann. Die Prüfung scheidet daran nicht, weil bei jedem JPA für einen solchen Fall jemand als Ersatz verfügbar ist. Allerdings ist dieser Wechsel für Sie als Prüfling misslich, weil Sie sich auf einen anderen Prüfer eingestellt haben. Umsichtige Prüfungskommissionen berücksichtigen dies teils schon in der Gestaltung des Prüfungsgesprächs, zumindest aber bei dessen Bewertung.

Einige Prüfer kennen Sie vielleicht als Professoren oder Lehrbeauftragte der Universität, an der Sie studiert haben. Erkundigen Sie sich, was sie gerade lesen oder publiziert haben, welche Übungen mit welchen Hausarbeiten/Klausuren sie zur Zeit veranstalten und ob sie Seminare mit bestimmten Themen abhalten. Vielleicht setzen Sie sich auch in ihre Vorlesung, um sie einfach nur zu erleben; der daraus resultierende Erkenntnisgewinn könnte sich im Mündlichen auszahlen.

Die meisten Prüfer – insbesondere wenn sie Richter, Staats- oder Rechtsanwälte, Notare, Beamte des Justizministeriums, sonstige Verwaltungsbeamte oder gelegentlich auch Justitiare großer Firmen sind – werden Ihnen vom Namen her nichts sagen. Versuchen Sie über Google etwas über sie in Erfahrung zu bringen; besorgen Sie sich Protokolle bei der Fachschaft oder Ihrem Repetitorium – aber bitte lassen Sie sich nicht von anderen Kommilitonen oder Referendaren verrückt machen! Im Übrigen ist, wie bereits dargestellt, der Vorsitzende nicht derjenige, der diktatorisch alles bestimmt – weder im Guten noch im Schlechten!

Die Zusammensetzung der Prüfungskommission wird von den Kandidaten bei der Ladung (nicht zwingend auch später noch) mehr oder weniger berechtigt als Glücksfall, Unglück oder gar als Katastrophe angesehen. Jedenfalls betonen die JPA immer, dass die Zusammensetzung der Kommission ebenso wie auch der Kreis der Prüflinge rein zufällig ist und **nicht** nach irgendwelchen Kriterien gesteuert wird. Sie selbst sollten dies gelassen sehen: Auch im Leben hängt vieles davon ab, welchen Menschen Sie wann, wie und wo begegnen; dies gilt bei Gericht, in einer Anwaltskanzlei, Firma und Behörde – so auch in der mündlichen Prüfung. Zudem haben Sie als Jurist einen Beruf gewählt, in dem Sie es mehr als andere mit den unterschiedlichsten menschlichen Persönlichkeiten zu tun haben. Die mündliche Prüfung gibt Ihnen Gelegenheit, ihre Kommunikationsfähigkeit mit den verschiedenen Menschentypen zu üben.

3. Das Rechtsgebiet des Kurzvortrags

- 22 Die nächste Überraschung, die die Ladung mit sich bringt, ist das Gebiet des Kurzvortrags: Zivilrecht, Strafrecht oder öffentliches Recht. Lesen Sie dazu aber bitte § 11 Abs. 2 und 3 JAG NRW genauestens: Daraus ergibt sich, dass die Themen des Kurzvortrags mit denen der Klausuren identisch sind, anders als das Prüfungsgespräch den Katalog des § 11 JAG NRW aber nicht voll ausschöpfen.
- 23 Das **öffentliche Recht** ist sehr weitgestreckt, es reicht vom EU-Recht über das GG und die Landesverfassung bis hin zu einfachen Landesgesetzen, ja sogar bis zu einer gemeindlichen Satzung oder einer Rechtsverordnung. Im Übrigen ist die Einbettung öffentlich-rechtlicher Fälle in ein prozessuales Gewand – VwGO oder BVerfGG – durchaus üblich.

Im **Zivilrecht** ist der Radius nicht weniger groß: Er reicht vom BGB über das Arbeits- und Handels- bis hin zum Gesellschafts- und Wertpapierrecht. Dabei gilt allerdings der Grundsatz: Je entfernter das Rechtsgebiet ist, desto konkreter sind die Vorgaben zu den Normen und zu den möglichen Argumenten im Aufgabentext selbst und desto weniger wird konkretes Detailwissen als vielmehr Kenntnisse von den Grundstrukturen und Verständnis verlangt. Also um Gottes willen nicht bange machen lassen! Selbst aus dem BGB kann es entlegene Fälle geben, etwa aus dem Recht des gesetzlichen Eigentumserwerbs (vom entlaufenen Stier), dem Nachbarschaftsrecht (etwa von Geruchs-/Geräuscheinwirkungen oder Laubeinfall), dem Familienrecht (etwa den §§ 1365 ff. BGB) und dem Erbrecht (etwa gesetzliche Erbfolge, Pflichtteils- oder Vermächtnisrecht) – möglicherweise sogar verbunden mit prozessualen Fragen. Nicht unproblematisch erweisen sich selbst Fallkonstellationen aus dem AT des BGB: Sie sind wegen ihrer Grundsätzlichkeit auch den fachfremden Prüfern noch in Ansätzen bekannt. Bei den Kandidaten ist es oft lange her, dass sie sich mit ihnen befasst haben.

24

Am engsten ist der Kreis der in Betracht kommenden Themen im **Strafrecht**, dafür ist dort (aus welchen Gründen auch immer) die Zahl der Meinungsstreitigkeiten sehr groß; ebenso groß ist die Bandbreite des jeweiligen Meinungsspektrums. Sie müssen zudem nicht selten mit einer Einbettung des Falles in ein Gerichtsverfahren und so mit straf- oder zivilprozessualen „Einschlägen“ bei der materiell-rechtlichen Prüfung, aber auch mit einer strafprozessualen Zusatzfrage rechnen.

25

Sie sehen: Mit der Angabe zum Kurzvortrag: „Zivilrecht, Strafrecht, öffentliches Recht“ ist nicht viel gewonnen. Auch hier gilt der zur Prüfungskommission erteilte Ratschlag: Nur nicht durchdrehen oder verzweifeln, aber auch nicht übermütig werden! Das Einzige, was Sie tun können: Schauen Sie in den Zeitschriften oder Rechtsprechungsübersichten nach, was dort en vogue ist; nicht selten kommt eine dieser Entscheidungen als Kurzvortrag vor, und gerade die Repetitorien bemühen sich, dies bei der Auswahl der Entscheidungen zu berücksichtigen. Ich selbst habe einen Fall aus der letzten Zeit meiner Prüfungstätigkeit in Erinnerung, bei dem ein Kandidat, der gerade noch die Hürde des Klausurenblocks „geschafft“ und sich als Freischüssler schon mental auf einen erneuten Prüfungsanlauf eingestellt hatte, dann aber den Kurzvortrag mit Prädikat schaffte und sich so aus der Gefahrenzone brachte. Er bestand das Examen mit einem mittleren (seinen Erwartungen durchaus genügenden) Ausreichend und gab bei der Gratulation nach Verkündung des Prüfungsergebnisses freimütig zu, den Sachverhalt aus der Rechtsprechungsübersicht von Alpmann Schmidt gekannt zu haben.

4. Die Mitprüflinge

Jeder Prüfer weiß, dass es von zahlreichen Faktoren abhängt, wie eine Prüfungsstunde verläuft: nicht nur vom Kenntnisstand und der Kommunikationsfähigkeit der Kandidaten, sondern auch davon, wie ihre Sitzordnung festgelegt ist, ob die Befragung der Kandidaten in einem Fachgebiet schnell wechselt und in welcher Reihenfolge der Prüfer seine Fragen stellt:

26

- Der Prüfling, der immer nur **nach** einem guten Kandidaten befragt wird, hat es schwer, Punkte zu sammeln. Nur Zustimmung bringt nichts, weitere, insbesondere bessere Argumente hat er kaum; eine gegensätzliche Meinung zu vertreten, wäre tödlich.

- Wer „**hinter**“ einem **schwachen** Kandidaten sitzt und über ein gutes Wissen verfügt, kann sich unschwer als „Ausputzer“ verdient machen: Er korrigiert die Fehler seines Nebenmanns in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht souverän, aber nicht überheblich. Er kann sich auf das Wesentliche beschränken und braucht sich nicht zu wundern oder zu ärgern, wenn der Prüfer sodann auf den nächsten Kandidaten zugeht: Ein Prüfer erkennt ohne Weiteres, ob jemand das Problem erfasst hat. Deshalb **mein Rat**: Korrigieren Sie Ihren Nebenmann nicht betont übertrieben, sondern stellen Sie Ihre gegenteilige Ansicht sachlich, bescheiden und fair, aber komprimiert argumentativ kraftvoll dar!
- Unter Kandidaten mit überdurchschnittlichen Klausuren hat es ein Kandidat mit „nur“ durchschnittlichen Klausuren schwer, während er bei Mitprüflingen knapp über der Blockgrenze oder jedenfalls im ausreichenden Bereich „als Einäugiger der König unter Blinden“ ist. Lassen Sie sich im ersten Fall nicht entmutigen (auch hinter guten Kandidaten gibt es noch überdurchschnittliche), und werden Sie im zweiten Fall nicht überheblich!

Gute Prüfer wissen genau um derartige Phänomene und bemühen sich, bei der Befragung gegenzusteuern oder dies jedenfalls bei der Bewertung zu berücksichtigen. Aber es gibt trotzdem Prüfungen, bei denen im Ergebnis doch noch Schwache von noch Schwächeren profitieren oder durchschnittliche Kandidaten es bei besseren Prüflingen schwer haben. Es ist also nicht unwichtig, vor der Prüfung (etwa über Internet oder Repetitorium) in Erfahrung zu bringen, welche „Leidensgenossen“ in derselben Prüfung sitzen; noch interessanter wäre es natürlich, wenn diese (in etwa) ihre Klausurnoten verraten würden.

- 27** Die Sitzreihe in der mündlichen Prüfung erfahren Sie erst am Prüfungstag; sie deckt sich mit der Reihenfolge der Kurzvorträge und Prüfungsvorgespräche. Diese Sitzordnung kann sich gelegentlich, wie dargestellt, auf den Gang der Prüfung auswirken, was erfahrene Prüfer allerdings zu minimieren suchen. Wenn die Vorgespräche im Prüfungssaal stattfinden, können Sie anhand der Namensschilder die Sitzordnung für das Prüfungsgespräch erkennen. Ansonsten ist es üblich, dass der Kandidat beim Kurzvortrag nicht auf seinem Platz, sondern vis-à-vis der Kommission gegenüber sitzt.

5. Die Bedeutung der Klausurnoten für das Bestehen der Prüfung und für die Endnote

- 28** Früher war nur bei einem sogenannten Doppelblock („Versagen“ in Hausarbeit **und** Klausur) der Zugang zur mündlichen Prüfung verwehrt. Spannend wurde es dann im Mündlichen, wenn entweder die Hausarbeit **oder** die Klausuren misslungen waren. Nachdem die Hausarbeit weggefallen ist, steht schon **ein** Klausurblock – Definition in § 20 JAG NRW genau lesen! – der Zulassung zum Mündlichen entgegen, und die Durchfallquote bei den Klausuren ist deshalb erschreckend hoch. Spiegelbildlich ist aber die Chance, auch im Mündlichen zu bestehen, wenn ein Block **nicht** vorliegt, wesentlich größer: Wer heute im Ersten Examen scheitert, hat meist einen Klausurenblock. **Ein Scheitern im Mündlichen ohne Klausurenblock ist äußerst selten.** Dies sollten Sie beim Einstieg ins Mündliche bedenken. Trotzdem haben die Klausurnoten eine große Bedeutung dafür, **wie** der Kandidat das Examen besteht.

2. Der Gesprächsstil des Prüflings

Bedauerlicherweise wird das juristische Fachgespräch sowohl an der Universität als auch in den privaten Repetitorien nicht ausreichend geübt. Dabei ist es **eine** Sache, ein juristisches Problem sauber und überzeugend (soweit überhaupt möglich) für sich zu ergründen (und ggf. schriftlich niederzulegen), und eine **andere** Sache, das Ergebnis dieser Prüfung mündlich anderen juristisch gebildeten Personen verständlich zu vermitteln. Noch anders (aber für das Erste Staatsexamen noch nicht relevant) ist es, diese Position im Interesse einer Partei, eines Beschuldigten oder Verletzten etwa gegenüber Gericht, Staatsanwaltschaft oder Behörde zu vertreten. Im ersten Examen geht es indes nur darum, wie Sie sich im wissenschaftlichen Diskurs verhalten sollen.

63

a) Bevor Sie antworten, sollten Sie die Ihnen gestellte Frage genau verstanden oder den Ihnen unterbreiteten Sachverhalt richtig gehört und dann juristisch sauber bewertet haben. Was für die juristische Arbeitsweise allgemein sowie für Klausuren und Kurzvortrag gilt, müssen Sie auch für das Prüfungsgespräch beachten. Sachlich, ruhig, nicht zu locker, nicht vorwitzig, langweilig, stereotyp usw. Nicht übertreiben, nicht gezielt nach Überzeugung „gieren“, niemals Plattitüden verbreiten, nie mit Worthülsen um sich werfen, nie viel reden, ohne etwas zu sagen und sich nicht anbiedern!

b) Ansonsten sollten Sie immer daran denken, dass der „Fachprüfer“ die Fragen stellt und Sie sowie Ihre Mitprüflinge die Antworten geben sollen: Stellen Sie niemals eine Frage an den Prüfer (typische zu erwartende Antwort: „Die Fragen stelle ich!“) und drängen Sie Ihre Leidensgenossen nicht an den Rand! Reden Sie um Gottes willen nicht dazwischen, aber schnalzen Sie auch nicht und zeigen Sie nicht auf; Sie haben genügend andere Möglichkeiten, der Prüfungskommission „konkluent“ (insbesondere durch Blickkontakt) zu zeigen, dass Sie zur Antwort bereit sind! Falls Sie aber wirklich einmal „auf dem Schlauch stehen“, blättern Sie nicht wahllos im Gesetzestext herum – insbesondere nicht im falschen Ordner oder zwar im richtigen Ordner, aber im falschen Gesetz: Die Prüfer achten darauf, ob Sie im Schönfelder vorne etwa im BGB oder hinten in der ZPO blättern.

c) Es ließen sich noch diverse formale Regeln für das Prüfungsgespräch aufstellen, aber denken Sie daran, ein sauberes juristisches Denken ist nicht alles, Sie müssen es auch anderen vermitteln können; beide Aspekte will die Kommission mit dem Prüfungsgespräch bei Ihnen überprüfen.

d) Zum Inhalt der Antworten nur so viel: Das Verhältnis von Rspr. und Lit. dürfte Ihnen zumindest in Grundzügen bekannt sein. Sie sollten auch wissen, dass die Jurisprudenz als **Wissenschaft** früher umstritten war, sie aber auch heute noch keine wissenschaftlich exakten, mathematischen Ergebnisse liefert.

64

- Bei der Sicht eines Rechtsproblems **de lege lata** kommen die Auslegungsmethoden zum Tragen; allerdings gelangen Rspr. und Lit. dabei nicht selten zu unterschiedlichen Ergebnissen.
- Bei einem Rechtsproblem **de lege ferenda** spielen andere Überlegungen eine entscheidende Rolle, die Sie bei Ihrer Examensvorbereitung gelegentlich auch üben sollten; während Ihres Studiums und bei Ihrer Examensvorbereitung haben Sie sich

wahrscheinlich hauptsächlich auf Fall-Lösungen und Entscheidungslektüre konzentriert.

***Tip:** Insgesamt sollten Sie Ihr juristisches Licht nicht „unter den Scheffel stellen“, aber Ihre Ansicht auch nicht als die alleinseligmachende darstellen. Sachliche Kompetenz und Bescheidenheit im Auftreten sind keine unüberbrückbaren Gegensätze, sondern gehören zusammen. Trauen Sie der Prüfungskommission die Fähigkeit zu, Blender von zurückhaltenden, aber kompetenten Kandidaten zu unterscheiden.*

IV. Die Bewertung

- 65** Das Prüfungsgespräch wird wie bereits dargestellt jeweils entsprechend den Teilbereichen zwischenberaten. Die Dauer der Zwischenberatung ist davon abhängig, ob der Vorsitzende akribisch reproduzierend (Abhaken) entsprechend den Beiträgen der Kandidaten **oder** aber z.B. durch Bildung einer „Hitliste“ eine Reihenfolge der Kandidaten erstellt und dann die Noten zugeteilt werden. Jedenfalls gibt es bei der Wertung des Kurzvortrags, aber auch der Teilbereiche eine Präferenz des Fachprüfers, danach spielt die Kollegialität der Kommission eine gewichtige Rolle, und „last but not least“ kommt vielleicht in seltenen Fällen die Dominanz des Vorsitzenden zum Tragen.

F. Die Beratung

- 66** Die Beratung liegt von der Moderation her kraft Gesetzes in der Hand des Vorsitzenden, der seine Rolle allerdings unterschiedlich wahrnehmen kann, was wiederum die Dauer der Beratung, aber auch u.U. das Notenniveau bestimmt. Das Ergebnis der Beratung ist eine Kollegialentscheidung, die freilich im Normalfall – ungeachtet der normativen Stimmenverhältnisse – nicht unwesentlich vom Vorsitzenden geprägt wird.

I. Die Notenberechnung allgemein

- 67** Für den **Kurzvortrag** sind die Noten weitgehend – wenn auch ggf. mit Vorbehalt – nach jedem **einzelnen** Vortrag (falls keine Zuhörer anwesend sind) oder ansonsten nach **allen** Vorträgen festgelegt worden; Einzelheiten sind bereits ausgeführt worden.

Für das **Prüfungsgespräch** sind – wie ebenfalls schon dargelegt – die Weichen in den Zwischenberatungen nach den einzelnen Teilbereichen gestellt worden, sodass die abschließende Beratung meist schnell abläuft. Am Ende werden die Zwischenergebnisse „zusammengerechnet“; bei Zweifeln entscheidet meist der Gesamteindruck (etwa „noch durchschnittlich“ oder „schon überdurchschnittlich“?), aber auch etwa der Aspekt des insgesamt einheitlichen Niveaus oder der Steigerung (etwa bei anfänglicher Nervosität).

Wo die Grenze zum Überdurchschnittlichen – zum Prädikat – liegt, lässt sich nicht abstrakt bestimmen. In der mündlichen Prüfung sollte sie nach unserer Auffassung schon dort beginnen, wo ein Kandidat ein solides Grundwissen hat und sein juristisches Handwerk beherrscht, kurzum: wo man mit ihm diskutieren kann. Dass dabei Hilfestellungen erlaubt sind und zwischen einem jungen Juristen und einem langjährig theoretisch und/oder praktisch tätigen Juristen Unterschiede im juristischen Wissensstand und in

2. Teil: Wesentliches Prüfungswissen aus dem Zivilrecht

- 72 Typischerweise beginnt die mündliche Prüfung im Zivilrecht mit einem kleinen Fall, der im Prüfungsgespräch zu lösen ist. Häufig geht es aber nicht nur darum, eine Anspruchsgrundlage sauber zu prüfen, sondern der Fall dient als Aufhänger für Vertiefungsfragen. Oft werden auf diese Weise die Grundlagen des Zivilrechts abgefragt sowie die Zusammenhänge zwischen den verschiedenen Teilgebieten des Zivilrechts. Den Kernbereich jeder mündlichen Prüfung im Zivilrecht bilden die ersten drei Bücher des BGB (Allgemeiner Teil, Schuldrecht, Sachenrecht). Je nach Bundesland und Vorlieben der Prüfungskommission können zum Prüfungsstoff außerdem das Familien- und Erbrecht, das Arbeitsrecht sowie das Handels- und Gesellschaftsrecht und das internationale Privatrecht zählen. Auch schon im Ersten Staatsexamen ist zudem mit Fragen aus dem Zivilprozessrecht zu rechnen.

A. Allgemeines

- 73 **Gegenstand:** Der Begriff Gegenstand wird im Zivilrecht als Sammelbezeichnung verwendet für Sachen und Rechte. Sachen sind alle körperlichen Gegenstände (§ 90 BGB). Rechte sind dementsprechend alle unkörperlichen Gegenstände, also Ansprüche und Rechte.
- 74 **Privatautonomie:** Die Privatautonomie ist das Recht eines Rechtssubjekts (Rn. 75), die eigenen Angelegenheiten selber zu regeln. Sie beherrscht das gesamte Zivilrecht. Das Zivilrecht zeichnet sich dadurch aus, dass es das Verhältnis rechtlich gleichgestellter Personen behandelt, dass es also kein rechtliches Über-Unterordnungs-Verhältnis gibt wie zwischen Staat und Bürger, das für das öffentliche Recht prägend ist. Die Privatautonomie lässt sich weiter unterteilen in die Vertragsfreiheit (Rn. 97), die Vereinigungsfreiheit (Rn. 154), die Verfügungsfreiheit (Rn. 125), die Eheschließungsfreiheit (Rn. 127) und die Testierfreiheit (Rn. 137). Umstritten ist, ob auch die Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) eine Ausprägung der Privatautonomie ist.² Verfassungsrechtlich ist die Privatautonomie durch verschiedene Grundrechte garantiert, unter anderem durch Art. 2 Abs. 1, 6 Abs. 1, 9 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG. Die Privatautonomie existiert nicht grenzenlos. Sie wird durch zwingende Gesetze eingeschränkt. Beispielsweise kann ein Erblasser ein Testament (Rn. 138) nur durch eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung errichten (§ 2247 Abs. 1 BGB). Beachtet er diese Form (Rn. 84) nicht, ist das Testament nicht wirksam errichtet worden.

Tip: Häufig werden die Begriffe „Vertragsfreiheit“ und „Privatautonomie“ synonym gebraucht. Das ist nicht ganz richtig, weil die Vertragsfreiheit nur einen Teil der Privatautonomie bildet, wenn auch den wichtigsten. In der mündlichen Prüfung sollte auch sprachlich genau zwischen Vertragsfreiheit und Privatautonomie unterschieden werden.

- 75 **Rechtssubjekt:** Ein Rechtssubjekt ist im Zivilrecht (und nicht nur dort) jemand, der die Fähigkeit besitzt, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Zu den Rechtssubjekten zählen alle natürlichen Personen (Menschen) mit dem Beginn der Rechtsfähigkeit

² Dafür BAG, Beschl. v. 27.01.2010 – 4 AZR 537/08 (A), juris Rn. 24 m.w.N.: „Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie.“

(Rn. 88). „Künstliche“ Rechtssubjekte sind die juristischen Personen (Rn. 155) und manche Gesamthandsgemeinschaften (Rn. 151). Diese erhalten ihre Rechtsfähigkeit durch eine gesetzliche Regelung (so z.B. die GmbH durch § 13 Abs. 1 GmbHG), behördliche Anerkennung (so z.B. die rechtsfähige Stiftung nach § 80 Abs. 1 BGB) oder ausnahmsweise durch die Rspr. (so z.B. die Gesellschaft bürgerlichen Rechts).³ Abgelehnt hat es die Rspr. dagegen, der Erbengemeinschaft (§ 2032 BGB) die Rechtsfähigkeit zuzusprechen.⁴

Tiere: Tiere sind nach § 90a S. 1 BGB keine Sachen. Der Gesetzgeber trägt damit der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG (Schutz der Lebensgrundlagen künftiger Generationen und der Tiere) Rechnung. Da an Tieren jedoch Rechte bestehen können, werden sie nach § 90a S. 3 BGB für die Zwecke des Zivilrechts wie Sachen behandelt. **76**

Trennungs- und Abstraktionsprinzip: Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip ist ein Grundsatz des deutschen Zivilrechts. Das Trennungsprinzip besagt, dass Rechtsgeschäfte in Verpflichtungsgeschäfte und Verfügungsgeschäfte unterteilt werden müssen. Verpflichtungsgeschäfte führen dazu, dass eine Partei schuldrechtlich dazu verpflichtet ist, eine bestimmte Leistung zu erbringen. Verfügungsgeschäfte sind alle Rechtsgeschäfte, durch die ein Recht unmittelbar geschaffen, übertragen, verändert oder aufgehoben wird. In der Regel handelt es sich bei diesen Rechten um dingliche Rechte (z.B. Eigentum), aber auch die Abtretung eines Anspruchs (§§ 398 ff. BGB) ist ein Verfügungsgeschäft. Das Abstraktionsprinzip besagt, dass die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts und die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts unabhängig voneinander sind. Dadurch wird der Rechtsverkehr erleichtert, weil über Rechte auch dann durch den Erwerber als Berechtigten verfügt werden kann, wenn das ihrem Erwerb zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft unwirksam ist. Ist das Verpflichtungsgeschäft unwirksam, die Verfügung aber wirksam, kann der Verfügende aber gegebenenfalls nach den §§ 812 ff. BGB die Rückabwicklung der Verfügung verlangen. Das Abstraktionsprinzip wird durchbrochen, wenn die Parteien die Verfügung unter die Bedingung (Rn. 81) einer wirksamen Verpflichtung gestellt haben, was nach h.M. grundsätzlich möglich ist (eine Ausnahme von dem Grundsatz enthält z.B. § 925 Abs. 2 BGB). Keine Durchbrechung des Abstraktionsprinzips liegt vor, wenn derselbe Mangel (z.B. Geschäftsunfähigkeit) sich sowohl auf die Verpflichtung als auch auf die Verfügung auswirkt. **77**

Beispiel: A verkauft B ein Buch. Der Kaufvertrag (§ 433 BGB) ist das Verpflichtungsgeschäft. A ist nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB verpflichtet, B das Eigentum an dem Buch zu verschaffen. Das geschieht nach § 929 S. 1 BGB durch die dingliche Einigung und die Übergabe des Buches. Die dingliche Einigung ist das Verfügungsgeschäft. Ficht A anschließend den Kaufvertrag an, ist dieser nach § 142 BGB mit Wirkung *ex tunc* nichtig. Die Wirksamkeit der Übereignung bleibt davon grundsätzlich unberührt. B könnte das Buch trotz der Anfechtung als Berechtigter an einen Dritten übereignen. Solange dies nicht geschehen ist, könnte A von B die Rückübereignung des Buches nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB verlangen, anderenfalls steht ihm nach § 818 Abs. 2 BGB allenfalls Wertersatz zu.

3 BGH, Urt. v. 29.01.2001 – II ZR 331/00.

4 BGH, Beschl. v. 17.10.2006 – VIII ZB 94/05.

Übersicht: Prüfungsreihenfolge von Ansprüchen

Schritt 1: Vertragliche Ansprüche

- Vorrang der Regeln des besonderen Schuldrechts
- Vermutung des Vertretenmüssens (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB)
- Zurechnung des Verhaltens und Verschuldens von Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)
- möglicher „Auftrag“ i.S.d. §§ 677 ff. BGB
- mögliches Recht zum Besitz i.S.d. § 985 BGB
- möglicher Rechtfertigungsgrund i.S.d. §§ 823 ff. BGB
- möglicher Rechtsgrund i.S.d. §§ 812 ff. BGB

Schritt 2: Vertragsähnliche Ansprüche (§ 311 Abs. 2/3 BGB, §§ 677 ff. BGB)

- Vermutung des Vertretenmüssens (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB)
- Zurechnung des Verhaltens und Verschuldens von Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)
- mögliches Recht zum Besitz i.S.d. § 985 BGB
- möglicher Rechtfertigungsgrund i.S.d. §§ 823 ff. BGB
- möglicher Rechtsgrund i.S.d. §§ 812 ff. BGB

Schritt 3: Dingliche Ansprüche

- mögliches Eigentum oder „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB
- Vorrang des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (§ 993 Abs. 1 a.E. BGB)
- möglicher Rechtfertigungsgrund i.S.d. §§ 823 ff. BGB
- möglicher Rechtsgrund i.S.d. §§ 812 ff. BGB

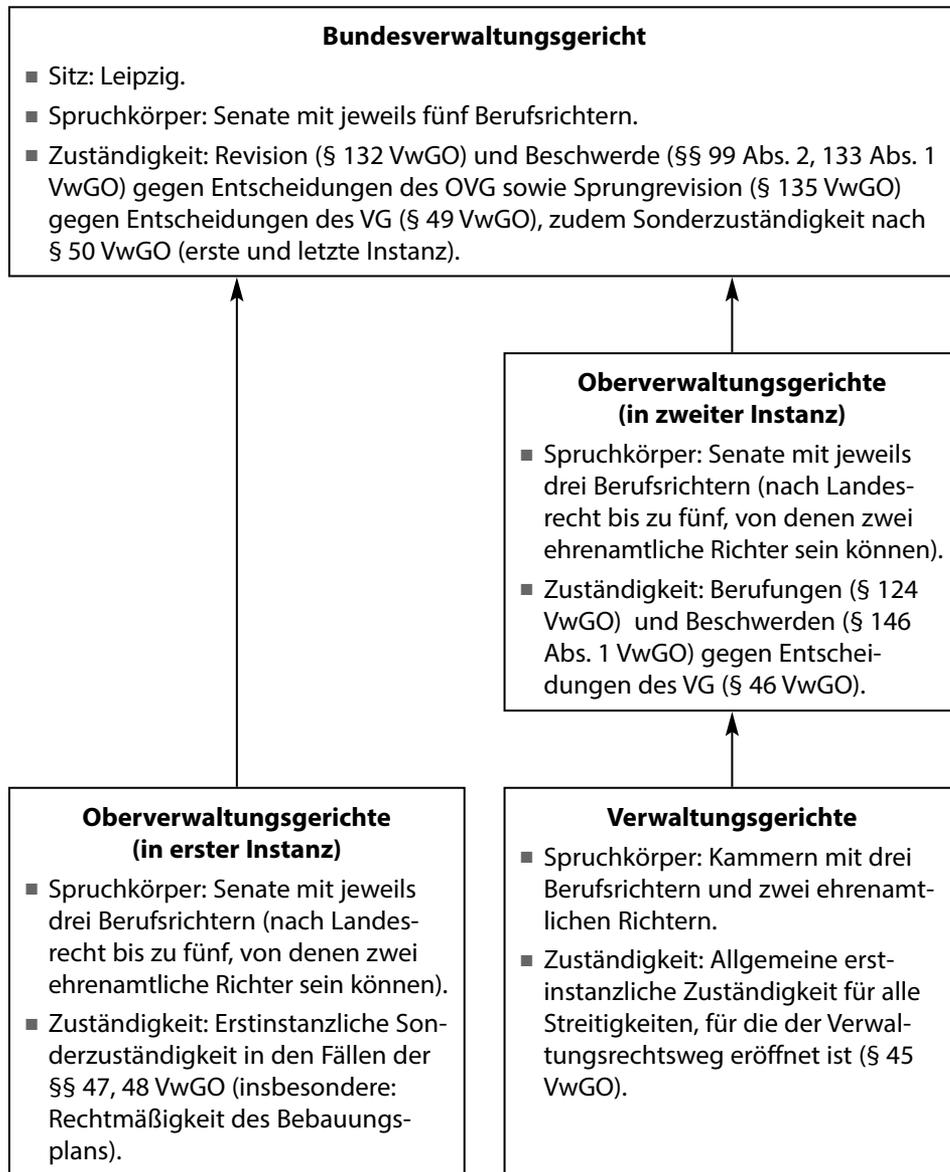
Schritt 4: Deliktische Ansprüche

Schritt 5: Bereicherungsrechtliche Ansprüche

Wie in den Klausuren müssen mögliche Anspruchsgrundlagen auch in der mündlichen Prüfung (Vortrag und Prüfungsgespräch) zumindest gedanklich in der unten dargestellten Reihenfolge geprüft werden, weil manche Ansprüche einen Anspruch aus einer anderen Anspruchsgrundlage ausschließen (z.B. kann ein Vertrag ein Rechtsgrund i.S.d. §§ 812 ff. BGB sein) oder weil bestimmte Regeln vorrangig vor anderen Regeln sind (z.B. die §§ 987 ff. BGB vor den §§ 812 ff. BGB). Außerdem wird durch diese Vorgehensweise vermieden, dass Anspruchsgrundlagen übersehen werden.

Tipp: Wenn vorrangige Anspruchsgrundlagen ausscheiden, sollte dies im Vortrag und im Prüfungsgespräch kurz deutlich gemacht werden, z.B. so: „Da hier keine vertraglichen oder vertragsähnlichen Ansprüche in Betracht kommen, könnte sich ein Anspruch des X auf Herausgabe der Sache aus § 985 BGB ergeben...“ Dadurch geht kaum Zeit verloren, aber die Kommission wird erkennen, dass die Lösung systematisch erarbeitet wurde.

Übersicht: Instanzenzug im verwaltungsgerichtlichen Verfahren



6. Teil: Aktenvorträge zur Vorbereitung

Auf den folgenden Seiten findet sich zur Vorbereitung auf den Prüfungsvortrag (Rn. 42 ff.) ein Übungsvortrag nebst Lösungsvorschlag aus jedem der drei Rechtsgebiete. Die Vorträge sind auf eine Vorbereitungszeit von 60 Minuten und eine Vortragszeit von zwölf Minuten angelegt. Als Hilfsmittel steht nur das Gesetz zur Verfügung. Es empfiehlt sich, diese Vorgaben einzuhalten, damit die Prüfungssituation möglichst realistisch simuliert wird. Der Lerneffekt ist dabei am größten, wenn einer oder mehrere Zuhörer dem Vortragenden ein Feedback geben, nicht nur zu rechtlichen Lösung, sondern vor allem zum Vortragsstil (dazu Rn. 46 ff.). Weitere Übungsvorträge zu allen Rechtsgebieten können bei Alpmann Schmidt bezogen werden.

331

A. Aktenvortrag aus dem Zivilrecht

I. Sachverhalt

Bahir (B), Adam (A) und Ulrike (U) sind Gesellschafter der BAU GbR, die Hoch- und Tiefbauarbeiten übernimmt. Unter anderem ist die BAU GbR auf einer Baustelle an der Wombatallee tätig. Eines Tages fährt ein Arbeitnehmer der BAU GbR mit einem Lastwagen, der im Eigentum der BAU GbR steht und den sie auf eigene Kosten betreibt, eine Ladung Aushub von der Baustelle zu einem Schuttabladeplatz außerhalb der Stadt. Dabei verschmutzt er die Wombatallee sehr. Vergleichbare Vorfälle hatten sich bei diesem Arbeitnehmer schon häufiger ereignet. Die BAU GbR hatte dagegen aber nie etwas unternommen.

332

Auf der Fahrbahn bildet sich durch die Verschmutzung ein Schmierfilm, der für den übrigen Verkehr eine Gefahr darstellt. Es ist Eile geboten. Die Gemeinde S, die Eigentümerin der Wombatallee ist, reinigt daraufhin unverzüglich mit eigenem Personal und Gerät die Straße. Die Reinigung verursacht Kosten in Höhe von 1.500 €.

Sie sind Praktikant(in) im Rechtsamt der S und werden von Ihrem Ausbilder gebeten, zu begutachten, ob der S gegen die BAU GbR und/oder ihre Gesellschafter ein Anspruch auf Zahlung von 1.500 € zusteht.

Bearbeitervermerk: Auszug aus dem Straßengesetz des Landes, in dem S belegen ist:

§ 7 Straßenbaulast

(1) Träger der Straßenbaulast für die öffentlichen Straßen sind die Gemeinden.

(...)

(4) Zur Straßenbaulast gehört die Pflicht, die öffentlichen Straßen so zu reinigen, dass die Verkehrssicherheit erhalten bleibt (verkehrsmäßige Reinigung)...

§ 15 Verunreinigung und Beschädigung

(1) Wer eine Straße über das übliche Maß hinaus verunreinigt, hat die Verunreinigung ohne Aufforderung unverzüglich zu beseitigen; andernfalls kann der Träger der Straßenbaulast die Verunreinigung auf Kosten des Verursachers beseitigen oder beseitigen lassen...

Mögliche Ansprüche auf der Grundlage des § 15 sind nicht zu prüfen. Die Zulässigkeit einer möglichen Klage ist nicht zu prüfen. Es ist zu unterstellen, dass die 1.500 € den der S tatsächlich entstandenen Kosten entsprechen und dass diese den objektiven Kosten einer Reinigung entsprechen, wie sie die S vorgenommen hat.

II. Lösungsvorschlag

333 A. Ansprüche der S gegen die BAU GbR

I. Vertragliche Ansprüche?

Vertragliche Ansprüche scheiden aus, da, kein Austausch von Willenserklärungen zwischen S und der BAU GbR stattfand.

II. Anspruch aus den §§ 670, 683 S. 1, 677 BGB?

S könnte gegen die BAU GbR aber einen Anspruch auf Zahlung von 1.500 € aus den §§ 670, 683, 677 BGB haben.

1. BAU GbR als Anspruchsgegner?

Dazu müsste die BAU GbR überhaupt rechtsfähig sein, denn nur dann kann sie Anspruchsgegner sein. Eine GbR ist jedenfalls dann rechtsfähig, wenn sie im Rechtsverkehr als GbR auftritt (Rn. 151). Auch die BAU GbR ist rechtsfähig, da sie am Rechtsverkehr teilnimmt: Sie ist Eigentümerin des Lkw und hat mit mindestens einem Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag geschlossen.

2. Geschäftsbesorgung

S müsste nach § 677 BGB ein Geschäft besorgt haben. Nach allgemeiner Ansicht ist das Tatbestandsmerkmal weit auszulegen. Erfasst sind nicht nur Rechtsgeschäfte oder die Ausübung von Gestaltungsrechten, sondern auch tatsächliche Handlungen. Das Reinigen einer Fahrbahn ist eine Geschäftsbesorgung.

3. „Für einen anderen“

Nach § 677 BGB muss das Geschäft „für einen anderen“ besorgt worden sein. Aus § 687 Abs. 1 BGB folgt, dass der Geschäftsführer den Willen gehabt haben muss, für einen anderen zu handeln. Nur selten wird er diesen Willen aber ausdrücklich äußern. Die h.M. unterscheidet deshalb zwischen objektiv fremden und objektiv neutralen Geschäften. Objektiv fremd sind Geschäfte, die schon ihrem Inhalt nach in einen fremden Rechts- und Interessenkreis eingreifen. Objektiv neutral sind Geschäfte, an denen der Geschäftsführer ein Eigeninteresse haben kann. Bei einem objektiv fremden Geschäft wird der Fremdgeschäftsführungswille (widerleglich) vermutet. Bei einem objektiv neutralen Geschäft wird der Fremdgeschäftsführungswille nicht vermutet, er muss sich vielmehr in irgendeiner Form äußerlich erkennbar manifestieren.⁵⁸

⁵⁸ Zusammenfassend BGH, Urt. v. 27.05.2009 – VIII ZR 302/07, juris Rn. 18.

Öffentliches Recht, Abgrenzung zum Zivilrecht	211	Testament	138
Parteifähigkeit	160	Testierfreiheit	137
Postulationsfähigkeit	161, 267	Tiere	76
Praktische Konkordanz	236	Trennungs- und Abstraktionsprinzip	77
Primärrecht	219	Trennungsprinzip (Gesellschaftsrecht)	153
Privatautonomie	74	Umdeutung	92
Prozessfähigkeit	162	Unmöglichkeit	115
Prozessmaximen	162, 203, 268	Unschuldsvermutung	170
Prüf- und Rügeobliegenheit	150	Unterlassen	192
Qualifikation	186	Unternehmer	93
Raub und räuberische Erpressung, Verhältnis	198	Urkundenbegriff	199
Rechtsfähigkeit	88	Verbotsirrtum	193
Rechtsfortbildung	276	Verbraucher.....	94
Rechtsfortbildung, unionsrechtskonforme	277	Verbrechen	194
Rechtsgeschichte	311 ff.	Verdachtsgrade	206
Rechtskraft	164	Vereinigungsfreiheit	154
Rechtssubjekt	75	Verfügungsfreiheit	125
Rechtswidrigkeit	187	Vergehen	194
Reformatio in peius	244	Verhältnismäßigkeit	237
Regelbeispiel	188	Verjährung (Zivilrecht)	95
Reichsjustizgesetze	324	Verkehrsschild	245
Richtervorbehalt	204	Verlöbnis	132
Römisches Recht.....	312	Vermögensbetreuungspflicht (Untreue)	200
Rückwirkungsverbot	225	Verrichtungsgehilfe	116
Saldotheorie	110	Versammlung, Begriff	238
Schaden.....	89	Versuch.....	195
Schadensersatz statt und neben der Leistung	111	Vertrag	96
Scheidung	129	Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	117
Schlüsselgewalt	130	Vertrag zugunsten Dritter	118
Schuld	189	Vertrag zulasten Dritter	119
Schuldanerkenntnis	112	Vertrag, öffentlich-rechtlicher	246
Schutzgesetz	113	Vertragsauslegung	279
Sekundärrecht	219	Vertragsfreiheit	97
Sicherungsübereignung	123	Vertrauensfrage	227
Sonstiges Recht	114	Verwaltungsakt	247
Sorgerecht	131	Verwaltungsrechtsweg Eröffnung des	265
Staatsbegriff	212	Verwaltungsvorschrift	248
Staatsprinzipien	226	Verwandtschaft	133
Stellvertretung	90	Völkerrechtssubjekt	213
Störer.....	263	Vorabentscheidungsverfahren	220
Strafbefehl	205	Vorsatz	196
Strafmündigkeit	190	Vorverfahren (Verwaltungsrecht)	269
Strafzweck	14, 171	Wahlrechtsgrundsätze	228
Streitgegenstand	165	Weimarer Reichsverfassung, partielle Fortgeltung.....	229
Tarifvertrag	144	Wesentlichkeitstheorie	230
Täterschaft	191	Widerspruch (Verwaltungsrecht)	249
Tatbestandsirrtum.....	180	Zugnisverweigerungsrecht	207
Teilnahme.....	191	Zueignung	201
Teleologische Reduktion	278	Zurechnung, objektive	185
		Zuständigkeit	250
		Zweckveranlasser	264