

Die Anwaltsklausur Zivilrecht

Kaiser / Kaiser / Kaiser

10., neu bearbeitete Auflage 2023
ISBN 978-3-8006-7168-7
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Zudem bietet es sich im **Mandantenschreiben** an, den die AGB verwendenden Mandanten auf das Umgehungsverbot des § 306a BGB, die Voraussetzungen von § 305 II BGB und auf das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion aufmerksam zu machen.

Beachte: Wiederholen Sie die Ausführungen zu AGBs in der Assessor Klausur bei Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 7.

Wenn der Mandant noch keine AGB vorbereitet hat, so ist es Ihre Aufgabe, entsprechende AGB selbst zu entwerfen. Sofern Sie ein Gutachten zu fertigen haben, bietet es sich unseres Erachtens an, dieses nach den verschiedenen gewollten Regelungspunkten des Mandanten aufzubauen und inzident zu prüfen, ob und wie eine Regelung aussehen könnte. Die zu entwerfenden Klauseln sollten die Wünsche des Mandanten berücksichtigen und nicht unwirksam sein (s. oben). Dies kam zB im Julitermin 2015 in Niedersachsen. Gegenstand war der Entwurf einer Stornogebührenvereinbarung eines Spitzenrestaurants bei Absage einer Tischreservierung (vgl. dazu Diercks-Harms MDR 2016, 6 ff.). Im Oktober 2019 und identisch im September 2022 ging es in Niedersachsen und Hessen um einen Standard-Dozentenvertrag, im August 2023 um Klauseln eines Maklervertrages.

Beachten Sie schließlich, dass die AGB stets Klauseln eines Vertrages sind, dh im Übrigen neben der reinen Klauselkontrolle in der Examensklausur oft auch zu untersuchen ist, inwieweit die **übrigen typischen Austauschvertragsbestandteile** (→ Rn. 131 f.) eine Rolle spielen.

5. Klausuren mit Vergleichen

Vergleiche außerhalb oder während eines Gerichtsprozesses sind sehr oft Gegenstand von 134 Kautelarklausuren im Ringtausch²⁹⁰, aber auch in Bayern (Termin I 2022!).

Beachte: Im Examen werden Sie schon wissen, wann Sie einen Vergleich zu fertigen haben. So wird die Gegenseite zB schreiben, dass „Bereitschaft bestehe, den Streit außergerichtlich beizulegen“ oder der Mandant wird zB vortragen, sich „möglichst gütlich einigen zu wollen“ oder der Bearbeitervermerk wird vorgeben, dass die Rechtslage zu prüfen und ein Vergleich zu entwerfen sei. Inhaltlich zeichnen sich solche Kautelarklausuren in der Regel dadurch aus, dass die Rechtslage (zum Teil gibt es schon einen Prozess) für den Mandanten „gefährlich“ ist, sodass sich ein Vergleich anbietet. Hier war es in der Regel aufbaumäßig sinnvoll (→ Rn. 128!), erst die materiellen/prozessualen Rechtsfragen gutachterlich zu prüfen und danach erst die Regelungspunkte des Vergleichs (so zB in den Terminen November 2019, Januar, Februar 2020, April, November 2021, Januar, Juni, Juli und November 2022, Januar und März 2023!). Merken Sie, wie häufig dieses Thema vorkommt? Ähnliche Erwägungen sind anzustellen, wenn Sie für den Mandanten zur Beilegung eines Streites eine „Haftungserklärung“ zu fertigen haben (so wie in Niedersachsen im Julitermin 2023).

Regelungsbedürftige und daher darzustellende Punkte sind die umfassende, gut formulierte Regelung aller (!) in Streit stehenden **Fragen** (gegebenenfalls mit Ratenzahlung, → Rn. 134a), etwaige **Loslösungsrechte** vom Vergleich (Rücktritt, Widerruf) und eine **Kostenregelung** bezüglich der üblichen Positionen (Anwaltskosten, Auslagen der Parteien, Kosten der Verwahrung, gegebenenfalls Kosten der Vollstreckbarkeitserklärung) und des etwaig schon laufenden Rechtsstreits (in der Regel Orientierung an der Obsiegsquote sinnvoll, alternativ: jeder trägt die ihm entstandenen Kosten = Kostenaufhebung). Wichtig ist auch eine Regelung zur Reichweite der Bereinigung. Hier sind engere (zB „Mit Erfüllung dieses Vergleiches ist die Forderung des ... aus ... abgegolten“) und weitere **Abgeltungsformulierungen** (zB „Mit Erfüllung dieses Vergleiches sind alle gegenseitigen Ansprüche der Parteien – hin wie her, egal ob bekannt oder unbekannt und egal aus welchem Rechtsgrund – abgegolten“, sog. Generalquittung) möglich. Wenn möglicherweise zukünftig noch Folgeschäden zu erwarten sind, muss geklärt werden, ob diese Ansprüche vom Vergleich ausgenommen werden sollen oder nicht (Einbau sog. **Vorbehalte**; sinnvollerweise mit Verjährungsverzicht). Ansprüche, die auf Dritte übergegangen sind oder noch übergehen werden, sollten vom Vergleich ausgenommen werden.

²⁹⁰ Vgl. zum Prozessvergleich Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 92.

Da ein Vergleich im Grunde nichts anderes als ein normaler Vertrag ist, sind zudem in der Regel **die unter → Rn. 131 aufgezeigten grundsätzlich Vertragsinhalte** auch hier in den Vergleich zu integrieren/darzustellen.

Schließlich wird von den Korrektoren in der Regel erwartet, dass Sie auf die **Titulierungsmöglichkeiten** eingehen und diese „*berausarbeiten*“. Soll der Vergleich während eines parallel laufenden Rechtsstreits in derselben Sache geschlossen werden, macht es Sinn, diesen als **gerichtlichen Vergleich** auszugestalten (dann keine Unterschriften unter Vergleichsvorschlag!). Vorteil: Das Verfahren wird beendet, und es erfolgt eine Titulierung der Pflichten (§ 794 I Nr. 1 ZPO) durch die Protokollierung in der mündlichen Verhandlung (§§ 160 ff. ZPO, § 127a BGB). Der Vergleich kann auch (noch besser, weil schneller) im schriftlichen Verfahren abgeschlossen werden. Dann ist § 278 VI ZPO abzuarbeiten! In beiden Fällen ist nicht nur der Gegenseite (wie sonst), sondern auch dem Gericht der Vergleichsvorschlag zu überreichen, sodass die Gegenseite nur noch ihre Zustimmung dem Gericht gegenüber erklären muss. Außerhalb eines Gerichtsverfahrens ergibt sich die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung bei notariellen Vergleichen aus § 794 I Nr. 5 ZPO, bei Anwaltsvergleichen iSv § 796a ZPO aus §§ 794 I Nr. 4b, 796b, 796c ZPO. Die Vorschriften sind dann ganz sorgfältig „*abzuarbeiten*“. Aus Praktikabilitätsgründen empfiehlt sich hier in der Regel der Anwaltsvergleich. Es sollte schließlich erwähnt werden, dass der Antrag auf Erteilung der Vollstreckungsklausel (gilt auch bei Gerichtsvergleichen) bei Bedarf zu einem späteren Zeitpunkt gestellt werden könnte.

6. Klausuren aus dem Bereich besonderer Vereinbarungen

- 134a** Im Folgenden sollen einige besondere Vereinbarungen (Verträge sui generis) aufgezeigt werden, die gerne in Kautelarklausuren eingewebt werden.

Beliebt in den letzten Jahren waren **Ratenzahlungsvereinbarungen** (zuletzt unter anderem im Februartermin 2020 und März 2023!). Es handelt sich im Prinzip um eine Spielart des allgemeinen Austauschvertrages, dessen Regelungspunkte Sie dann beherrschen müssen (→ Rn. 131 in Klausur abklappern!). Achten Sie hier insbesondere auf die oft gewollte bzw. immer sinnvolle Titulierung der Pflichten (→ Rn. 134), die präzise Aufnahme der Zahlungsmodalitäten mit Datum, Empfängerkonto etc. (gegebenenfalls mit sog. **Chicago-Klausel**: Gläubiger verzichtet auf einen Teil seiner Forderung, wenn der Schuldner XY Raten gezahlt hat; bei Verzug mit einer Rate wird aber der Gesamtbetrag sofort fällig) und die Regelung zukünftiger Störfälle: Was soll passieren, wenn die Raten nicht gezahlt werden (vgl. → Rn. 131)? Besteht daneben Streit über die Rückzahlungsverpflichtung schon dem Grunde nach, ist die Aufnahme eines Schuldanerkenntnisses mit Einwendungsverzicht sinnvoll.

Bei einem **Vorvertrag** verpflichten sich die Parteien, einen anderen Vertrag (den Hauptvertrag) abzuschließen. Die dadurch entstandene schuldrechtliche Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung (nämlich der Abschluss des Hauptvertrages) kann eingeklagt werden. Wichtig ist, dass der Vorvertrag gegebenenfalls der Form des Hauptvertrages bedarf, wenn dieser formpflichtig ist.²⁹¹ Soweit sich die Parteien bereits über die Regelungspunkte des Hauptvertrages einig sind, können diese Aspekte im Vorvertrag festgelegt werden, wobei auch hier die „üblichen“ Regelungspunkte eines Vertrages (→ Rn. 131) abgeklappert werden mussten.

Den Gegensatz zum Vorvertrag stellt die **Absichtserklärung** (letter of intent, nomination letter) dar. Hier wollen sich die Parteien noch nicht verbindlich verpflichten, den Hauptvertrag abzuschließen, sondern sie fixieren lediglich schriftlich ihre Absicht, einen bestimmten Vertrag mit der Gegenseite zu schließen. Ein späteres Abrücken von der Absichtserklärung ohne triftigen Grund kann jedoch zu einem Anspruch aus c.i.c. führen. Die Haftung kann dadurch ausgeschlossen werden, dass ausdrücklich die Nichtbindung bzw. die Abrückungsmöglichkeit vereinbart wird (sog. non binding clauses).

Der **Rahmenvertrag** eröffnet und regelt eine auf Dauer angelegte Geschäftsverbindung zwischen den Parteien.²⁹² Im Wesentlichen umschreibt der Rahmenvertrag die Bedingungen und

²⁹¹ Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 2.

²⁹² Beck Anwaltsstrategien Rn. 10.

Inhalte der künftig abzuschließenden Einzelverträge, wobei er zugunsten der Flexibilität der Einzelverträge nur Rahmenaspekte regelt („Grundregeln zwischen den Parteien“). In den Klausuren handelte es sich oft um die Regelung diverser zwischen den Parteien gewünschter Kooperationspunkte (zB Benutzung der Mensa und der Aula einer Schule durch Mitarbeiter einer Firma, Zusammenarbeit einer Druckerei mit einem Verlag zur gemeinsamen Kundenakquise, Zusammenarbeit zwischen einer Bäckerei und einer Zeitung für eine gemeinsame PR-Aktion, Zusammenarbeit zwischen zwei Glashändlern), wobei auch hier die „üblichen“ Regelungspunkte eines Vertrages (→ Rn. 131) abgeklappert werden mussten. Das sind alles Beispiele aus den bisherigen Examensklausuren!

Eine weitere Möglichkeit liegt darin, dass Sie einen **Aufhebungsvertrag** entwerfen oder überprüfen müssen. Der mögliche Inhalt richtet sich nach dem Wunsch der Parteien bzw. des Mandanten. Wichtig ist, dass genau beschrieben wird, welcher Vertrag aufgehoben wird. Wenn bereits Leistungen ausgetauscht wurden, sollte deren Schicksal geregelt werden. Gegebenenfalls stellen sich auch Formfragen.²⁹³ Da eine Aufhebungsvereinbarung – wie ein Vergleich – im Grunde auch nichts anderes als eine Spielart eines normalen Vertrages ist, können zudem die unter → Rn. 131 aufgezeigten „üblichen“ Vertragsinhalte auch hier zu integrieren sein.

In mehreren Examensklausuren sollte ein **Know-how-Vertrag** untersucht werden. Hier geht es darum, dass der Vertragspartner das Wissen der anderen Partei um bestimmte Prozesse und Techniken eines Wirtschaftsgegenstandes (in den Klausuren: Herstellung von Patina für Bilder, Herstellung bestimmter Kunststoffzahnräder) nutzen möchte.²⁹⁴ Handelt es sich bei der Überlassung des Know-hows um geschützte Rechte, so liegt ein sog. **Lizenzvertrag** vor. Ein Knackpunkt ist dann neben der Einräumung des Nutzungsrechtes an den Vertragspartner vor allem die Bestimmung der Lizenzgebühr und die Absicherung gegen unberechtigte Weitergabe und Verwendung zB durch entsprechende vertragliche Regelungen und Vertragsstrafen. Die weiteren Vertragspunkte ergaben sich immer aus dem Klausursachverhalt. Es handelte sich stets um eine Mischung aus den bereits bei → Rn. 131 dargestellten Aspekten, die dann hintereinander abzuarbeiten waren. Zudem lohnt hier gegebenenfalls ein Blick in das UrhG (Hilfestellung holen!).

II. Klausuren aus dem Gesellschaftsrecht

Von etwas gemainerem Kaliber sind Kautelarklausuren aus dem Gesellschaftsrecht. 135

1. Klausuren aus dem Bereich der Gesellschaftsgründung

Der Mandant trägt hier einen bestimmten Sachverhalt vor und bittet um Beratung, welche Gesellschaftsform er wählen sollte und um entsprechende Ausarbeitung oder Überprüfung eines **Gesellschaftsvertrages**. Da die praktische Erfahrung bei der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen eine enorm wichtige Rolle spielt, wird es sich im Examen **in der Regel um eine einfache GbR** (zB Betreibung einer Kfz-Werkstatt, Anwaltssozietät, Internetdienstleistungen, jährliche Durchführung eines Straßenfestes, fünf junge wilde Hipster-Autoren aus Berlin mit langen Bärten wollen eine GbR zur gemeinsamen Erstellung von Film-Drehbüchern gründen) **oder höchstens OHG/KG** zwischen zwei oder drei Personen handeln (so wie im Apriltermin 2022, die Klausur wurde im Julitermin 2022 in Hessen wiederholt gestellt). Auch wer kein Experte im Gesellschaftsrecht ist, wird dann mit etwas gesellschaftsrechtlichem Grundwissen und **Abklappern der §§ 705 ff. BGB nF und §§ 105 ff., 161 ff. HGB nF** wenigstens etwas zu Papier bringen können. 136

Klausurtyp: Eine mögliche Klausurvariante wäre, dass Sie statt der Gründung einer Gesellschaft gutachterlich mehrere Fragen des Mandanten zu gesellschaftsrechtlichen Themen bearbeiten müssen (Februartermin 2022: dort zum Tod eines Gesellschafters).

Bei der GbR ist darauf zu achten, ob ein für eine GbR ausreichender gemeinsamer Zweck iSv § 705 I BGB nF verfolgt werden soll oder nicht. So war in einer jüngst gestellten Examens-

²⁹³ Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 9.

²⁹⁴ Grüneberg/Weidenkaff BGB Einf v § 581 Rn. 7 f.

klausur zu erkennen, dass die gemeinsame Anschaffung und Nutzung eines Porsches ohne Gewinnerzielungsabsicht grundsätzlich nicht für einen GbR-Zweck ausreichen, sodass nur die **Gemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB** in Betracht kommt.²⁹⁵ Das entsprechende Innenverhältnis der Miteigentümer kann dann durch Vertrag detailliert geregelt werden, wobei von den gesetzlichen Vorgaben in §§ 741 ff. BGB in der Regel abgewichen werden kann (Privatautonomie!). In einer weiteren Examensklausur ging es um eine Gemeinschaft bezüglich der Nutzung eines gemeinsamen Blockheizkraftwerks. Hier lag auch keine GbR vor, was zu erkennen war.

Im Gutachten wird es in der Regel erforderlich sein, in einem ersten Schritt die Frage zu klären, **welche Gesellschaftsform** sich für den Mandanten anbietet. Hier sollten dann die verschiedenen infrage kommenden Gesellschaftsformen aufgezeigt, voneinander abgegrenzt und die verschiedenen Vor- und Nachteile in Bezug auf die Interessen des Mandanten abgewogen werden. Die in der Klausur maßgeblichen Kriterien sind: Soll ein Handelsgewerbe betrieben werden (dann scheidet eine GbR in jedem Fall aus)? Wie soll gehaftet werden (persönliche Haftung der Gesellschafter bei der GbR und OHG, persönliche Haftung in der Regel nur der Komplementäre bei KG, keine persönliche Haftung bei GmbH und AG)?²⁹⁶ Soll die Gesellschaft relativ klein und überschaubar gestaltet werden oder soll sie als „Publikumsgesellschaft“ konzipiert sein (im letzteren Fall GmbH oder AG besser, weil dort die Mitgliedschaftsrechte frei übertragbar sind)? Ist ein Gang an die Börse geplant, also ein sog. IPO (= Initial Public Offering; dies ist nur bei der AG möglich)? Steht genug Startkapital für die Gründung einer GmbH/AG zur Verfügung (derzeit 25.000/10.000 bzw. 50.000 EUR)? Soll die Gründung schnell und einfach erfolgen (bei GmbH und AG hoher tatsächlicher und finanzieller Gründungsaufwand nach §§ 2 ff. GmbHG bzw. §§ 23 ff. AktG, bei OHG und KG leichteres Verfahren nach §§ 105, 161 HGB, bei der GbR einfachste Gründung durch entsprechende Willenserklärungen)? Will der Mandant die strengen Handelsbilanzpflichten von §§ 238 ff. HGB (diese gelten nicht für die GbR)? Wie flexibel soll die gesellschaftsrechtliche Gestaltung sein (bei GmbH und AG strengere rechtliche Vorgaben als bei Personenhandels-gesellschaften)?

Dann wird in der Regel auf die für den Vertragsinhalt **relevanten Punkte** einzugehen sein.²⁹⁷

Was sind die üblichen Hauptregelungspunkte bei einem Gesellschaftsvertrag?

- Gesellschaftsform
- Gesellschaftszweck
- Firma und Sitz
- Gesellschaftsanteile
- Erbringung von Einlagen
- Beschlussfassung
- Geschäftsführung und Vertretung
- Regelung der Bestandsänderung
- Übernahme der Buchführungspflichten
- Gewinnverteilung
- Abtretung der Gesellschaftsanteile
- Nachfolgeregelungen
- Wettbewerbsverbot
- Form
- Gerichtsstand, salvatorische Klausel, Gründungskosten

Hier lohnt es nicht, vertiefte Probleme auswendig zu lernen. Diese Hauptregelungspunkte gehen Sie dann nämlich einfach im Gutachten nacheinander durch. Dazu führen Sie zuerst auf, was die gesetzliche Rechtslage ist (dh entsprechende Vorschriften dazu – sofern es sie gibt – im BGB, HGB, AktG, GmbHG etc. nachblättern!). Die gesetzlichen Vorgaben sind dann mit den im Klausursachverhalt kommunizierten Wünschen des Mandanten abzugleichen und

²⁹⁵ Vgl. Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 111 mwN sowie Grüneberg/Sprau BGB § 741!

²⁹⁶ Vgl. zu den Haftungsfragen im Gesellschaftsrecht Kaiser/Kaiser/Kaiser Materielles Zivilrecht Rn. 113.

²⁹⁷ Baumfalk Anwaltsklausur Rn. 214.

darzustellen, ob und welche anderweite Regelung sinnvoll ist. Viele der gesetzlichen Regelungen sind abdingbar, vgl. auch § 708 BGB nF und § 108 HGB nF. **Unbedingt ist immer der Kommentar zu Rate zu ziehen!**

Beachte: Lesen Sie bei Interesse und ausreichend Zeit zu bislang nur in Bayern (zB Termin I 2016 und 2021!) in Kautelarklausuren eingebauten **Gründungsfragen bezüglich einer KG** die Ausführungen bei Sikora/Kell ZivilR Rn. 237 ff.

In Bayern kann es auch zur **Gründung einer GmbH** als Klausurfall kommen. Die Vorgehensweise in der Klausur ist dieselbe wie oben beschrieben. Die gesetzlichen Regelungen in §§ 1 ff. GmbHG geben Ihnen dann eine gute Struktur vor.

Klausurtyp: Im **Habersack** ist im Anhang zum GmbHG ein Vertragsmuster eines GmbH-Vertrages abgedruckt. Daran können Sie sich orientieren!

Beachte: Zu beachten ist auch die in § 5a GmbHG geregelte sog. **Unternehmergesellschaft (UG) als „Mini-GmbH“**, bei der es sich um eine Variante der GmbH handelt. Diese kann schon mit einem Stammkapital von einem Euro gegründet werden. Potentielle Vertragspartner werden die UG wegen des geringen Stammkapitals und der damit einhergehenden geringen Haftungsmasse für gegen die Gesellschaft gerichtete Forderungen allerdings eher mit Skepsis betrachten.

Ein weiterer Sonderling wäre die **Partnerschaftsgesellschaft** oder die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (**„PartGmbH“**), geregelt in § 8 IV PartGG. Es handelt sich um eine Gesellschaft, die entgegen der GmbH kein Mindestkapital erfordert und wegen der notwendigen Eintragung ins Partnerschaftsregister ein hohes Maß an Publizität hat und damit „Seriosität“ transportiert. In der Kautelarklausur kann es durchaus um den Entwurf eines solchen Partnerschaftsvertrages gehen. Hier sind dann die §§ 1 ff. PartGG im Abgleich mit den Mandantenwünschen „abzuklappern“.

Klausurtyp: Möglich ist auch eine Klausur, bei der es um die **Ausgestaltung der Satzung eines Vereins** iSv §§ 21 ff., 57 f. BGB oder Ausgestaltung/Änderung von Teilen davon geht (Examensklausuren: Verein „Gesellschaft der Freunde des Bückeburger Pologestüts“, Förderverein von Eltern für ein Gymnasium, Verein zur Förderung der Jugendweihe, KiTa e.V., Hundesportverein). Die Vorgehensweise ist auch hier wie oben beschrieben: Die gesetzlichen Vorgaben sind dann mit den Mandantenwünschen abzugleichen und abzuklappern. Auch hier ist unbedingt der Kommentar zu Rate zu ziehen! Lesen Sie bitte auch **Grüneberg/Ellenberger BGB § 25 Rn. 2**, das hilft enorm. Eine Satzung kann zB wie folgt gegliedert werden:

Präambel

- § 1 Name, Sitz, Geschäftsjahr
- § 2 Vereinszweck
- § 3 Mitgliedschaft, Mitgliedsbeitrag
- § 4 Vereinsorgane
- § 5 Mitgliederversammlung
- § 6 Revision/Kassenprüfer
- § 7 Vorstand
- § 8 Geschäftsführung
- § 9 Vereinsauflösung
- § 10 Inkrafttreten

2. Klausuren mit Erwerbskonstellationen

Es ist auch möglich, dass Sie mit einem **Erwerbswunsch** konfrontiert werden.²⁹⁸ Der Mandant kann zB vortragen, dass er ein bestimmtes Unternehmen (zB die „Meyer Transporte“) erwerben möchte. Dazu möchte er die vier Lastwagen, den Kundenstamm, den Namen und

²⁹⁸ Es wird sich im Examen idR um einen sog. Asset Deal handeln, dh, die Wirtschaftsgüter werden einzeln übertragen. Ein sog. Share Deal wäre der Erwerb per Erwerb der Gesellschaftsanteile (§ 453 BGB).

die eingetragene Marke „Meyer Transporte“ übernehmen, nicht aber die Arbeitnehmer. Die Thematik kam bislang nur in Niedersachsen vor (Verkauf eines Tierbestattungsunternehmens, Verkauf einer Tankstelle).

Im Gutachten sind dann alle relevanten Punkte häppchenweise abzuhandeln. Schuldrechtlich ist hier ein Kauf (Sach- oder Rechtskauf) oder eben eine Schenkung möglich. Letzteres vor allem, wenn zu Lebzeiten der bisherige Inhaber auf seinen Filius als Nachfolger übertragen will. Dann ist § 518 BGB zu beachten. Da im BGB keine Verfügung über einen Betrieb im Ganzen vorgesehen ist, müssen die einzelnen Rechte und Sachen, die den Betrieb ausmachen, in der Übertragungsvereinbarung einzeln aufgezählt (sog. sachenrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz) und übereignet werden. Auch Kunden können nicht im zivilrechtlichen Sinne „übertragen“ werden. Möglich ist aber, dass der bisherige Betriebsinhaber sich verpflichtet, die Kundenkartei nach §§ 929 ff. BGB zu übereignen. Bezüglich der laufenden schuldrechtlichen Verträge bietet sich eine Vertragsübernahme an, bei der die jeweiligen Vertragspartner des bisherigen Betriebsinhabers allerdings zustimmen müssten. Sollten die Vertragspartner der Übernahme nicht zustimmen, bliebe nur eine Abtretung nach §§ 398 ff. BGB durch den bisherigen Betriebsinhaber an den Erwerber. Bezüglich der Schulden ist eine Schuldübernahme nach §§ 414 ff. BGB möglich. Beachten Sie hier § 415 III 2 BGB (lesen!). Arbeitsrechtlich ist der § 613a BGB in der Klausur zu finden, wenn bisherige Arbeitnehmer übernommen oder eben nicht übernommen werden sollen.

Soll die bisherige Firma übernommen werden, sind §§ 25 f. HGB (gegebenenfalls zusätzlich §§ 22, 29, 12 HGB, wenn der bisherige Kaufmann im Handelsregister als Kaufmann eingetragen ist – dann Berichtigung des Handelsregisters nötig) relevant, bei Übertragung einer Marke der § 27 MarkG. Bei Ehegatten ist auf § 1365 BGB auf Veräußererseite zu achten. Auch Wettbewerbsverbote und Geheimhaltungsvereinbarungen sind gegebenenfalls gewollt.

III. Klausuren aus dem Erbrecht

138 **Klausurtyp:** Bei den bayerischen Kautelarklausuren spielt das Erbrecht schon lange eine ganz entscheidende Rolle. Mittlerweile werden aber **auch im Ringtausch der Prüfungsämter immer häufiger reine Erbrechtsklausuren gestellt**. Zur nötigen Vertiefung empfehlen wir neben den untigen Ausführungen in diesem Skript unseren **Crash-Kurs zur erbrechtlichen Klausur im Assessor-examen** und Kaiser/Fabian/Melwitz, Die Erb- und Familienrechtsklausur im Assessorexamen, 2. Aufl. 2023.

Die **gesetzliche Erbfolge** ist einschlägig, wenn keine Regelung durch letztwillige Verfügung getroffen wurde. Das Erbrecht der Abkömmlinge und Verwandten ist in §§ 1924 ff. BGB geregelt, das Ehegattenerbrecht in § 1931 BGB. Das Lebenspartnererbrecht nach § 10 LPartG entspricht dem Ehegattenerbrecht. Der Eintritt der gesetzlichen Erbfolge (in der Regel zuerst zu prüfen) wird vom Mandanten in der Regel nicht gewünscht sein, sodass es in der Klausur im Wesentlichen darum geht, abweichende Gestaltungsmöglichkeiten zu finden und gegeneinander abzuwägen.

1. Gestaltungsmöglichkeiten durch letztwillige Verfügungen

139 In der Klausur sollten Sie als eine Art **Vorprüfung** zuerst die gesetzliche Erbfolge darstellen und dann überprüfen, wie das gefundene (in der Regel nicht gewollte) Ergebnis durch eine anderweitige Gestaltung abgeändert werden kann. Gegebenenfalls gibt es auch schon ein altes Testament, welches dann auf Wirksamkeit und/oder Kassation zu untersuchen ist (vgl. → Rn. 143).

Eine Erbregelung kann durch **Testament** erfolgen, §§ 2064 ff. BGB. Dieses muss eigenhändig geschrieben und unterschrieben werden, §§ 2231, 2247 BGB.²⁹⁹ Das notarielle Einzeltestament nach §§ 2231, 2232 BGB ist zwar kostenintensiver, hat aber den Vorteil der fachkundi-

²⁹⁹ Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 97.

gen Beratung durch einen Notar, zudem ersetzt es im Grundbuchverkehr nach § 35 GBO den Erbschein (Kostensparnis).

Als **Inhalt** des Testamentes³⁰⁰ kommen eine Erbeinsetzung (ein Erbe oder mehrere Erben in Erbengemeinschaft) nach § 1937 BGB, die Bestimmung einer Vor- und Nacherbschaft nach §§ 2100 ff. BGB oder eine Enterbung nach § 1938 BGB in Betracht. Es können auch Ersatz-erben nach § 2096 BGB bestimmt werden (im Februartermin 2023 zu erkennen). Bei mehreren Erben ist an eine Teilungsanordnung nach § 2048 BGB zu denken, wenn Nachlassgegenstände in bestimmter Weise innerhalb der Erbengemeinschaft zugeordnet werden sollen. Für die Miterben sollte dann gegebenenfalls ein konkreter Wertausgleich angeordnet werden, wenn der einem bestimmten Erben zugeordnete Gegenstand höherwertiger ist als die Erbquote. Soll der Gegenstand/Wert des Gegenstandes nicht auf die Erbquote angerechnet werden, so muss die Anordnung als Vorausvermächtnis iSv §§ 2147 ff. BGB erfolgen. Das Vorausvermächtnis kann – anders als die Teilungsanordnung, vgl. § 2270 III BGB – nicht ohne Weiteres widerrufen werden.³⁰¹ Den Erben oder Vermächtnisnehmern können auch Auflagen gemacht werden, vgl. §§ 1940, 2192 ff. BGB (zB Grabpflege, Spendenanordnung).

Wenn außerhalb der Erbfolge im Erbfall **einzelne Vermögenswerte** an Dritte fließen sollen, so kommt neben einer schuldrechtlichen Schenkung unter Lebenden nach §§ 516 ff. BGB eine Schenkung nach § 2301 BGB (wenn Überlebensbedingung gewollt) und die Ausbringung eines Vermächtnisses nach §§ 2147 ff. BGB in Betracht. Dieses kann auch bedingt sein, vgl. § 2177 BGB. Soll das Vermächtnis in einer bestimmten Reihenfolge an mehrere Personen gehen, so kann dieses als Vor- und Nachvermächtnis ausgestaltet werden, vgl. § 2191 BGB. Für den Fall des Wegfalls eines Vermächtnisnehmers kann eine Ersatzvermächtnisanordnung nach § 2190 BGB erfolgen.

Soll einer der Miterben oder ein Dritter als **Verantwortlicher** die Erbaueinandersetzung und/oder die Verwaltung des Nachlasses übernehmen und leiten, so kommt die Anordnung einer Testamentsvollstreckung in Betracht, vgl. §§ 2197 ff. BGB.

Beachte: Der Mandant wird sagen, welche Wünsche er hat. Die sind dann den hier dargestellten Möglichkeiten zuzuordnen und die verschiedenen Regelungsmöglichkeiten sauber „abzuklappen“, so wie zuletzt in der Kautelarklausur im Februartermin 2023.

Bei Enterbung ist an **Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche** zu denken, §§ 2303 ff. BGB. Pflichtteilsansprüche greifen bei Enterbung, Pflichtteilsergänzungsansprüche bei Minderung des Nachlasswertes durch lebzeitige Schenkungen des Erblassers (§ 2325 BGB). Lesen Sie die Ausführungen unten bei → Rn. 143 zu den **Minimierungsmöglichkeiten** bezüglich des Pflichtteils.

Ehegatten haben zudem die Möglichkeit, ein **gemeinschaftliches Testament** iSv §§ 2265 ff. BGB zu errichten (zuletzt wieder Bayern im Dezember 2019, Juni 2020, im Ringtausch Februartermin 2022).³⁰² Dieses erlangt neben Formerleichterungen (vgl. § 2267 BGB) seine Bedeutung vor allem wegen der Bindungswirkung darin getätigter wechselbezüglicher Verfügungen, vgl. §§ 2270 f. BGB. In § 2269 BGB ist das sog. Berliner Testament geregelt (vgl. dazu weiter bei → Rn. 143).

Beachte: Die Regeln der §§ 2265 ff. BGB über das gemeinschaftliche Testament gelten wegen § 10 LPartG auch für **Lebenspartnerschaften**, **nicht** aber bei **nichtehelichen Lebensgemeinschaften**. Diese können gemeinschaftlich nur durch Erbvertrag testieren oder eine mit §§ 2270 f. BGB vergleichbare Bindungswirkung durch entsprechende Bedingungen in den jeweiligen, aufeinander abgestimmten Einzeltestamenten erreichen.

Die oben genannten inhaltlichen Regelungen können auch in einen **Erbvertrag** aufgenommen werden, vgl. §§ 1941, 2274 ff. BGB (zuletzt Augusttermin 2020 im Ringtausch, Termin I und II 2020 in Bayern). Dieser bedarf der notariellen Form nach § 2276 BGB und verursacht

³⁰⁰ Vgl. dazu auch Graf Wolffskeel v. Reichenberg JA 2018, 371 ff.; Langenfeld JuS 1998, 521.

³⁰¹ Grüneberg/Weidlich BGB § 2048 Rn. 8.

³⁰² Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 97.

dadurch auch mehr Kosten. Der Erbvertrag zeichnet sich insbesondere durch seine **Bindungswirkung** für sog. vertragsgemäße Verfügungen aus. Die Lösungsmöglichkeiten vom Erbvertrag und die Bindungswirkungen sind in §§ 2281 ff., 2290 ff. BGB geregelt. Entspricht diese stärkere Bindung dem Willen des Mandanten, ist diese Form zu wählen. Eine schöne Übungsklausur zum Erbvertrag (und anderen Dingen): **Matzkat-Eschenburg JA 2018, 292 ff.**

2. Gestaltungsmöglichkeiten durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden

- 140 Die Verteilung von Vermögensgegenständen an Dritte durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden wird oft als **vorweggenommene Erbfolge** bezeichnet („Übertragung mit warmer Hand“). Oft sind es steuerliche Gesichtspunkte, zum Teil auch familiäre Motive, die Anlass der Übertragung sind. Relevant ist dann vor allem die lebzeitige Vermögenszuwendung durch **Schenkung nach §§ 516 ff. BGB**. Eine Schenkung nach **§ 2301 BGB** liegt dann in der Regel nicht vor, weil das Rechtsgeschäft nicht unter die Bedingung gestellt werden soll, dass der Beschenkte den Schenker überlebt.

Die **späteren Erben** werden durch Rechtsgeschäfte zu Lebzeiten des Erblassers gegebenenfalls benachteiligt, weil sich die Erbmasse dadurch verringert. **Ausgleichsregelungen** sind in §§ 2050 ff. BGB und §§ 2325 f., 2329 BGB enthalten. Ein Verzicht auf diese Ansprüche ist nach § 2346 BGB möglich. Will der Erblasser die Anrechnung von Vorempfängen zugunsten eines Miterben auf den Erbteil über die dazu bestehenden gesetzlichen Regeln insbesondere in §§ 2050, 2052 BGB hinaus erreichen, muss er dies durch letztwillige Verfügung anordnen.³⁰³

Soll die Zuwendung im Todesfall aus dem Vermögen Dritter erfolgen (zB Lebensversicherungen, Bankguthaben), so ist an einen **Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall** zu denken, vgl. §§ 330 ff. BGB. Die Formvorschrift von §§ 2301 I 1, 2276 BGB gilt dann für die zugrundeliegende Schenkung nicht.³⁰⁴

3. Gestaltungsmöglichkeiten nach dem Erbfall

- 141 Hier³⁰⁵ kommt zB eine **Ausschlagung** nach §§ 1942 ff. BGB in Betracht (Bayern-Junitermin 2020). **Annahme und Ausschlagung** der Erbschaft können **angefochten** werden, vgl. §§ 1954 ff. BGB (Ringtausch im Maitermin 2021!). Die **Anfechtung** von Testamenten oder Erbverträgen ist in §§ 2078 ff., 2340 ff. BGB geregelt. Das Vorgehen gegen einen (zu Unrecht) erteilten Erbschein ist in §§ 58 ff. FamFG und § 2361 BGB geregelt.

4. Hinweis auf einige wichtige Klausurkonstellationen

- 142 Im Folgenden werden einige klausurrelevante Besonderheiten dargestellt, die sich nach der Analyse bisheriger Klausuren in derartigen Kautelarklausuren ergeben haben.

Welche Klausurkonstellationen sind besonders relevant?

- Beratung eines Ehepaares hinsichtlich der Verfügung von Todes wegen
- Beratung hinsichtlich der Reaktionsmöglichkeiten nach Eintritt des Erbfalls
- Beratung hinsichtlich des „Ausstiegs“ aus einem gemeinschaftlichen Testament
- Beratung hinsichtlich der lebzeitigen Vermögensübertragung auf einen Dritten

a) Beratung von Ehepaaren mit Kindern/Berliner Testament

- 143 Bei der Frage der konkreten inhaltlichen Ausgestaltung der Verfügung von Todes wegen bietet es sich in der Regel an, im Gutachten als eine Art Vorprüfung zuerst die **gesetzliche Erbfolge** darzustellen und dann zu überprüfen, wie das gefundene (in der Regel nicht gewollte) Ergebnis durch eine **anderweitige Gestaltung** abgeändert werden kann (Maitermin 2021, Februartermin 2022!).

303 BGH BeckRS 2009, 86936 = MDR 2010, 86.

304 Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 90.

305 Vgl. zu allen diesen Fragen bei → Rn. 143 Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 97 f.