

## Abschlussklausur im Schwerpunkt 3 Lösung

**Bitte beachten: die Bearbeiter müssen nur vier der fünf Teilaufgaben bearbeiten!**

### Aufgabe A: Vertragsgestaltung (25 %) > Notare

Vorbemerkung: K soll im Rahmen eines sog. „Managermodells“ an der GmbH beteiligt werden, wie es dem grundlegenden BGH Urteil vom 19.9.2005 – II ZR 173/04 (BGHZ 164, 98) zugrunde lag. Verwandt damit sind die Entscheidungen zum sog. Mitarbeitermodell (BGH Urteil v. 19.9.2005 – II ZR 342/03, BGHZ 164, 107). Von den Bearbeitern kann die Kenntnis dieser Rechtsprechung nicht erwartet werden. Erwartet wird vielmehr die Entwicklung einer eigenen rechtlichen Lösung anhand des Sachverhalts und der darin niedergelegten Hinweise auf die verschiedenen Rechtsprobleme. Dabei bietet es sich an – wie es die inhaltliche und äußere Gestaltung des Sachverhalts nahelegt – zwischen der Übertragung V an K und der Rückübertragung zu differenzieren. Der erste Teil dürfte keine besonderen Probleme aufwerfen. Der zweite Teil ist rechtlich anspruchsvoll und bietet Möglichkeiten zur Differenzierung in der Benotung.

#### **1. Verkauf und Abtretung der Geschäftsanteile V an K**

- 1.1. Die Beteiligung des K an der GmbH gegen Zahlung von € 25.000 kann durch einen einfachen Kauf- und Abtretungsvertrag über die Geschäftsanteile an der GmbH erfolgen.

Hinweis: Prinzipiell wäre auch es auch möglich, dass K bei einer Kapitalerhöhung Geschäftsanteile erhält. Der Sachverhalt enthält hierzu aber keinerlei Hinweise, V will vielmehr ihre – bestehenden – Geschäftsanteile an K übertragen. Wegen des ausdrücklichen Bezugs auf Geschäftsanteile scheiden auch andere Möglichkeiten der Beteiligung offensichtlich aus.

- 1.2. Schuldrechtliche causa ist ein sog. Kaufvertrag über Geschäftsanteile an einer GmbH nach § 453 Abs. 1 i.V.m. §§ 433 ff. BGB.

- 1.2.1. Der Kaufvertrag selbst muss unbedingt abgeschlossen werden, er darf insbesondere nicht unter der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung stehen (ansonsten hätte K es allein in der Hand, ob er überhaupt Pflichten nach dem Kaufvertrag hat).

- 1.2.2. Der Kaufvertrag bedarf nach § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG der notariellen Beurkundung.

- 1.3. Zur dinglichen Übertragung der Geschäftsanteile bedarf es eines Abtretungsvertrags nach § 413 i.V.m. §§ 398 ff. BGB.

1.3.1. Der Kaufpreis soll erst einen Monat nach Vertragsschluss gezahlt werden. Zur Absicherung von V ist daher vorzusehen, dass die Abtretung erst mit Zahlung des vollständigen Kaufpreises wirksam wird (aufschiebende Bedingung, § 158 Abs. 1 BGB).

1.3.2. Auch der Abtretungsvertrag muss nach § 15 Abs. 3 GmbHG notariell beurkundet werden.

## 2. Rückübertragung der Geschäftsanteile

Vorbemerkung: Bei der Gestaltung der gewünschten Rückübertragung gibt es mehrere denkbare Möglichkeiten. Die Bearbeiter sollte zumindest eine Möglichkeit ansprechen und erörtern. Sofern ein Bearbeiter mehr als eine Möglichkeit erkennt, ist das als besonders positiv zu bewerten; erwartet werden kann das aber von keinem Bearbeiter. Gefragt ist in erster Linie Kreativität und Problembewusstsein. Ein weiterer positiver Aspekt ist die Erörterung der Sittenwidrigkeit der von V gewünschten Gestaltung.

2.1. Verschiedene Gestaltungsoptionen:

2.1.1. Aufschiebend bedingter (Rück-)Kaufvertrag mit aufschiebend bedingter (Rück-)Übertragung von K an V :

2.1.1.1. Denkbar ist zunächst, dass K und V bereits in dem Kauf- und Abtretungsvertrag einen (Rück-)Kaufvertrag abschließen, der unter der aufschiebenden Bedingung steht, dass K als Geschäftsführer abberufen wird. Kaufpreis wäre der gleiche Preis, den K an V gezahlt hat (Nennwert).

2.1.1.2. Um die gewünschte „automatische“ Rückübertragung der Geschäftsanteile zu erreichen, sollte gleichzeitig auch bereits die (Rück-)Abtretung der Geschäftsanteile von K an V vereinbart werden. Diese Abtretung müsste dann ebenfalls unter der aufschiebenden Bedingung der Abberufung des K als Geschäftsführer stehen. Zur Absicherung des K sollte zusätzlich auch die vollständige Zahlung des Kaufpreises von V an K als aufschiebende Bedingung der (Rück-)Abtretung vereinbart werden.

Hinweis: Für den Notar – der die Gesellschafterliste einzureichen hat – dürfte es idR kaum festzustellen sein, ob eine wirksame Abberufung erfolgt ist. In der Praxis werden daher mitunter zusätzliche Vereinbarungen getroffen, z.B. dass die Bedingung als erfüllt gilt, wenn die Abberufung im Handelsregister eingetragen wird oder dass der Notar nach Anzeige der Abberufung durch einen Beteiligten zunächst dem anderen Beteiligten eine kurze Frist mit der Gelegenheit zur Stellungnahme gibt etc.

2.1.1.3. Ein in der Praxis zu berücksichtigender Gesichtspunkt dieser Lösung ist, dass bei Bedingungseintritt alle Folgen automatisch eintreten – was hier auch gerade von V gewünscht ist. Es mag aber auch Fälle geben, in denen die Rückübertragung letztlich nicht opportun ist, zumindest nicht zu dem dann vorgesehenen Zeitpunkt. Die Lösung ist daher relativ starr. Als

zusätzliche aufschiebende Bedingung von (Rück-)Kauf und (Rück-)Abtretung könnte daher auch ein entsprechendes „Rückforderungsverlangen“ durch V vorgesehen werden.

#### 2.1.2. (Erstmaliger) Verkauf und Übertragung der Geschäftsanteile von V an K unter auflösender Bedingung:

Ebenfalls denkbar ist, dass schon der Verkauf von V an K unter der auflösenden Bedingung der Abberufung des K als Geschäftsführer erfolgt. Die Übertragung der Geschäftsanteile von V an K könnte dann ebenfalls unter der auflösenden Bedingung der Abberufung sowie der vollständigen Rückzahlung des Kaufpreises von V an K vereinbart werden. Als zusätzliche auflösende Bedingung von Kauf und Abtretung wäre zudem auch hier eine entsprechende „Rückforderung“ durch V denkbar.

#### 2.1.3. Bindendes Angebot des K an V zum Abschluss eines Kauf- und Abtretungsvertrags:

Eine flexible Lösung bietet auch ein Angebot des K an V zum Abschluss eines Kauf- und Abtretungsvertrags. Dazu gibt K bereits bei dem Erwerb der Geschäftsanteile ein Angebot zum (Rück-)Kauf und zur (Rück-)Übertragung der Geschäftsanteile ab, das unter der aufschiebenden Bedingung der Abberufung steht. Das Angebot kann dann von V innerhalb einer zu bestimmenden Frist (im BGH-Fall zwei Monate) angenommen werden.

#### 2.1.4. Wiederkauf:

Denkbar ist auch, dass sich V in dem oben unter 1. genannten Kaufvertrag das Recht des Wiederkaufs vorbehält (§ 456 BGB). Hinsichtlich der dinglichen Übertragung könnte eine aufschiebend auf die Ausübung des Wiederkaufsrechts und Zahlung des (Wieder-)Kaufpreises bedingte Abtretung vereinbart werden.

#### 2.1.5. Rücktrittsrecht

Denkbar ist schließlich auch, dass V sich ein Recht zum Rücktritt vom (erstmaligen) Kaufvertrag vorbehält. Eine „automatische“ Rückübertragung wäre damit aber nicht verbunden. Zudem müsste K gemäß § 346 Abs. 1 BGB in diesem Fall grundsätzlich die gezogenen Nutzungen (= ausgeschütteten Gewinne) herausgeben, was jedoch nicht gewollt ist.

### 2.2. Rechtliche Grenzen: Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB

Sämtliche oben erörterten Gestaltungen führen dazu, dass es die alleinige Entscheidung von V ist, wann K seine Geschäftsanteile wieder an sie zurück überträgt bzw. übertragen muss. Unabhängig von der gewählten Gestaltung stellt sich daher die Frage nach der Sittenwidrigkeit der Rückübertragung. Der Sachverhalt enthält einige wesentliche Angaben und Hinweise, die von den Bearbeitern bei der Argumentation verwendet werden können.

#### 2.2.1. Grundsätzlich sind Regelungen, die einem Gesellschafter das Recht einräumen, einen Mitgesellschafter ohne sachlichen Grund aus der Gesellschaft auszuschließen, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB

nichtig. Die freie Ausschließungsmöglichkeit kann von ihm als Disziplinierungsmittel empfunden werden, das ihn daran hindert, von seinen Mitgliedschaftsrechten nach eigener Entscheidung Gebrauch zu machen und seine Mitgliedschaftspflichten zu erfüllen (sog. „Damoklesschwert“). Vorliegend liegt es im freien Ermessen der V die Gesellschafterstellung des K zu beenden. Sie kann mit ihrer Stimmenmehrheit in der Gesellschafterversammlung das Anstellungsverhältnis des K beenden und damit die Bedingung für die Rückübertragung seines Geschäftsanteils herbeiführen.

2.2.2. Der Grundsatz, dass entsprechende Regelungen sittenwidrig sind, gilt aber nicht ausnahmslos. Eine Rückübertragungsverpflichtung wie vorliegend kann wirksam sein, wenn sie wegen besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt ist. Vorliegend soll die gesellschaftsrechtliche Beteiligung des K die Funktion, den Geschäftsführer stärker an das Unternehmen zu binden, seine Motivation zu steigern und seine Stellung als „geschäftsführender Gesellschafter“ innerhalb des Betriebs und nach außen aufzuwerten. Dabei steht wirtschaftlich die Teilhabe am Gewinn der Gesellschaft, der jeweils vollständig ausgeschüttet wird, im Vordergrund. Damit wird K eine von seinem Geschick bei der Unternehmensführung mitabhängige und diesen Erfolg widerspiegelnde Einnahmequelle neben seinem Gehalt eingeräumt. Mit der Abberufung als Geschäftsführer verliert diese Beteiligung ihren rechtfertigenden Sinn (Bindung an das Unternehmen, Motivationssteigerung und Belohnung für erfolgreichen Einsatz). Zudem wird der V nur durch die Rückübertragung die Möglichkeit eröffnet, den Nachfolger des K in ähnlicher Weise zu beteiligen und damit das Geschäftsmodell auf Dauer fortzuführen. Die Gestaltung ist daher gerechtfertigt und damit nicht sittenwidrig.

### **Aufgabe B: Erbrecht (25 %)**

1. Welche Grenzen der Testierfreiheit existieren? Bitte geben Sie zu jedem Aspekt immer auch ein Beispiel an.

*Lösungsvorschlag (ua):*

- erbrechtlicher Typenzwang (etwa: kein dinglich wirkendes Vermächtnis)
- Formvorschriften (etwa: kein mündliches/maschinengeschriebenes Testament)
- Erbvertragliche Bindung (zB bei wechselbezüglichen Verfügungen und ERbV)
- Allg. Vorschriften (§§ 138, 134 BGB), zB Mätressentestament, § 12 Wohnteilhabegesetz (B) – WTG
- Pflichtteilsrecht, §§ 2303 ff.

2. Erörtern Sie bitte die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Erbrecht am Beispiel der Ebenbürtigkeitsklausel.

*Lösungsvorschlag:*

- Art. 6 GG vs. Art. 14 GG
- Verlust der Erbenstellung bei Heirat einer nicht „ebenbürtigen“ Ehefrau; mittelbare Beeinträchtigung der Eheschließungsfreiheit (str.)

3. Wie würden Sie folgenden Fall entscheiden:

Die Eheleute A und B hatten mehrere Entwürfe ihres Testaments am Rechner gefertigt und dort erst sich gegenseitig und dann die gemeinsamen Kinder (und nicht noch zusätzlich die jeweiligen Kinder aus erster Ehe) zum Erben eingesetzt. In dem dann handschriftlich verfassten Testament findet sich aber nur noch folgender Text:

„Wir setzen uns gegenseitig zum Alleinerben ein.“

Alle Zeugen sind sich einig, dass die Eheleute die Erbeinsetzung der gemeinsamen Kinder schlicht vergessen haben müssen.

Sind (nur) die gemeinsamen Kinder nach dem Tod des längerlebenden Ehegatten Erben geworden? Warum?

*Lösungsvorschlag:*

- Auslegung nach § 133 bzw. §§ 133, 157 BGB (BGH)
- Auslegungsergebnis nach Hinzuziehung externer Quellen: Einsetzung (nur) der gemeinsamen Kinder als Schlusserben
- P: Muss Auslegungsergebnis in Testament angedeutet sein (hM, sog. Anklang- oder Andeutungstheorie)? hM (BGH): ja, dann vorliegend keine Erbeinsetzung der gemeinsamen Kinder, also gilt gesetzliche Erbfolge; Arg.: Rechtssicherheit; Formerfordernis, Gegenmeinung führt zu „Prozesswelle“; aA: Andeutung nicht erforderlich, also gilt die gewillkürte Erbeinsetzung der gem. Kinder; Arg: geschwätziger Erblasser wird sonst begünstigt; Einzelfallgerechtigkeit; Heranziehung des wahren Willens

4. Zu welcher grundlegenden Änderung in der Anknüpfung hat die Geltung der EU-ErbRVO geführt? Halten Sie die dortige Lösung für überzeugend?

*Lösungsvorschlag:*

- Anknüpfung an gewöhnlichen Aufenthalt statt (wie nach Art. 25 EGBGB aF) an die Staatsangehörigkeit mit Rechtswahloption (nur) zur eigenen Staatsangehörigkeit
- Rechtssicherheit vs. Einzelfallgerechtigkeit
- eigene Argumentation gefordert

5. Vater V hat ein gemeinsames Kind mit seiner Ehefrau F namens L und ein Kind aus erster Ehe namens B, zu dem er keinen Kontakt mehr besitzt. Er überlegt, ob er das Haus, das seinen wesentlichen Vermögensgegenstand darstellt, zu Lebzeiten übertragen soll auf

- F oder
- L,

damit B möglichst wenig „abbekommt“ nach seinem Tod. Das Haus ist im Erdgeschoss von V und F bewohnt, das 1. bewohnt L, das 2. OG ist vermietet. Alle Wohnungen sind von der gleichen Größe.

- a) Vor welchem Hintergrund erscheint eine Übertragung zu Lebzeiten (statt einer testamentarischen Einsetzung) in diesem Fall sinnvoll?
- b) An wen sollte die Übertragung erfolgen?
- c) Welche Besonderheiten sind hinsichtlich etwaiger vorbehaltenen Rechte zu beachten?

*Lösungsvorschlag:*

re a) Pflichtteilergänzungsansprüche, § 2325 BGB

re b) an L wegen § 2325 III 2 (10 Jahresfrist)/Niederstwertprinzip (§ 2325 II)

re c) Übertragung unter umfassenden Nießbrauch? (-) wegen

Genussrechtsprechung des BGH;

Vorzuziehen: Übertragung unter Vorbehalt eines Wohnungsrechts an der

Wohnung im EG (BGH Urteil aus 2016: Anwendung der

Genussrechtsprechung nur „in Ausnahmefällen“, hier daher (-)); Problem,

wenn Mieten an Wohnung im 2. OG ziehen möchte: Gefahr, dass Frist nicht zu laufen beginnt (über 66% der Gesamtfläche)

### **Aufgabe C: Familienrecht (25 %)**

#### **I. Teil 1:**

##### **1) Sind F und K verheiratet?**

Nein, die Ehe gilt nur als geschlossen, wenn die Eheschließenden vor dem Standesbeamten erklären, die Ehe eingehen zu wollen, § 1310 I 1. Ein Verstoß gg. die Vorschrift führt zur Unwirksamkeit der Eheschließung („Nichtehe“).

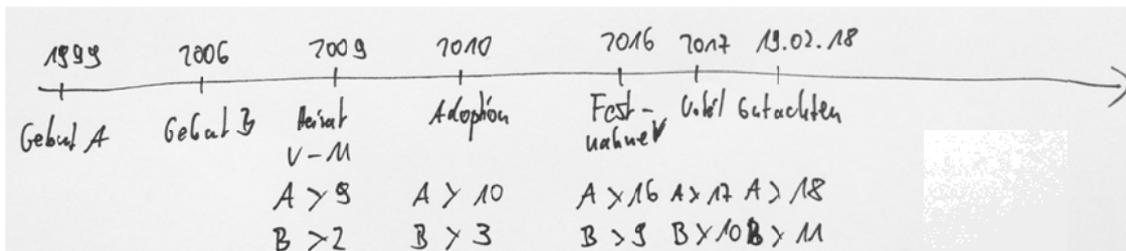
##### **2) Rechtsfolgen v. Verstößen gg. Eheschließungsvssen.**

- „Nichtehe“ – keinerlei Rechtswirkungen (nur idF: § 1310 I 1; keine Einwilligungserklärung beider Partner; einer der Partner < 16 Jahre, § 1303 2)
- *Aufhebbare Ehe* – schwerer Mangel, der jedoch bei entsprechendem Antrag beim FamG zur Aufhebung *ex nunc* führen kann (§§ 1313 ff.)
- *Verstoß gg. bloße Soll-Vorschriften* – vollwirksame Ehe (Regelfall; idR sind Vorschriften des BGB & des PStG bloße Soll-Vorschriften)

#### **II. Teil 2:**

Aufgabenstellung fordert „Gutachten“, daher Gutachtenstil einzuhalten. Darüber hinaus ist Aufgabe iSe Kautelarklausur gestellt, die Bearbeiter sind daher aufgefordert, konkrete Handlungsanweisungen zu erteilen.

Viele Details können nur von sehr guten Bearbeitern erwartet werden. Hinsichtlich der Möglichkeiten der B kann jedoch die Gesetzeslektüre und Anwendung der §§ 1763 ff. erwartet werden. Hinsichtlich der Rechtsstellung der A kann die Kenntnis der einschlägigen BGH-Entscheidung erwartet werden, da diese in der Vorlesung „*intensiv bearbeitet*“ wurde.



(M ist im Jahr 2010 11 Jahre alt)

Stiefkindadoptionen, § 1754 I aE. Grundsätzlich ist die Annahme als Kind endgültig und nicht anfechtbar, § 197 Abs. 3 S. 1 FamFG. Nur in den Fällen der §§ 1759, 1760, 1763 bzw. §§ 1770 S.1, S.2 iVm 1760 Abs. 1 bis 5 kann das Familiengericht das Annahmeverhältnis auflösen.

## 1) Möglichkeiten der A

### a) §§ 1759, 1760 BGB

- keine Anhaltspunkte

### b) §§ 1759, 1763 BGB

- Familiengericht kann das Annahmeverhältnis von Amts wegen auflösen, „wenn dies aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Kindes erforderlich ist“, § 1763 I
- Def.: „Schwerwiegende Gründe bestehen, wenn der Zweck der Adoption, ein Eltern-Kind-Verhältnis zu begründen, offensichtlich in seinen Grundlagen nicht erreicht wurde und aufgrund der objektiven Situation keine Aussicht besteht, dass es noch begründet wird.“<sup>1</sup>
  - A befindet sich aufgrund des Missbrauchs durch V in psychotherapeutischer Behandlung & leidet an schweren Entwicklungsstörungen; schwerwiegende Gründe (+)
- § 1763 II findet auf Stiefkindadoption keine Anwendung (s. Wortlaut)<sup>2</sup>
- Erfordernis des § 1763 III a) 2. Alt.<sup>3</sup> ist gewahrt: M ist wohl bereit, die Pflege & Erziehung zu übernehmen; Anhaltspunkte, dass dies dem Kindeswohl widerspricht, gibt es nicht.

### aa) Vorzunehmende Schritte

- Das Verfahren nach § 1763 kann von jedermann angeregt werden<sup>4</sup>, eine Antragsberechtigung iSv § 1762 ist nicht erforderlich.
- Zuständig ist das Familiengericht am gewöhnlichen Aufenthalt des V, §§ 186 Nr. 3, 111 Nr. 4, 187 I FamFG, 23 I 1 Nr. 1, 23b VVG<sup>5</sup>.

### bb) Rechtswirkungen einer Entscheidung des Familiengerichts

- **Hier können wohl allenfalls Grundzüge erwartet werden; §§ 1764, 1765 sollten jedoch erkannt werden**
- Verwandtschaftsverhältnis zu V erlischt, § 1764 II
  - Verwandtschaft zum – nicht jedoch elterliche Sorge des – leiblichen Vater lebt wieder auf, § 1764 III.
  - § 1764 V findet auf die Stiefkindadoption keine Anwendung (s. bereits Wortlaut)<sup>6</sup>.
- grds. verliert das Kind das Recht, den Namen des V zu tragen, § 1765 I 1
  - Da sie allerdings den Ehenamen von V und M trägt, trägt sie weiterhin den Namen des V, §§ 1765 I 2, 1754 I, 1757 I.
  - Auch wenn M nach einer etwaigen Scheidung wieder ihren Geburtsnamen annimmt (§ 1355 V 2), gilt § 1765 I 2<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> BeckOK-BGB/Enders, § 1763 Rn. 5.

<sup>2</sup> BeckOK-BGB/Enders, § 1763 Rn. 8.

<sup>3</sup> Zur Anwendung von § 1763 III a) 2. Alt. auf die Stiefkindadoption MüKo-BGB/Maurer, § 1763 Rn. 34;

OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 1196.

<sup>4</sup> MüKo-BGB/Maurer, § 1759 Rn. 45.

<sup>5</sup> Zur Normenkette MüKo-BGB/Maurer, § 1759 Rn. 41 ff.

<sup>6</sup> MüKo-BGB/Maurer, § 1764 Rn. 44; BeckOK-BGB/Pöcker, § 1764 Rn. 8.

<sup>7</sup> Staudinger/Frank, § 1765 Rn. 13.

c) **§ 3 NamÄndG (Sartorius Nr. 265)**

- – **allenfalls Grundzüge** –
- Zweifelhaft, ob es dem Kindeswohl der A (Alter >11 <13) entspricht, dass keine Namensgleichheit mit der Mutter besteht (vergl. Wertung § 1617c)
- Jedenfalls nach Scheidung der M von V streitet Vermutung dafür, dass es dem Kindeswohl entspricht, den Namen anzugleichen, sofern M wieder ihren Geburtsnamen annimmt (§ 1355 V 2)<sup>8</sup>.

2) **Möglichkeiten der B (BGH v. 12.03.2014, XII ZB 504/12 = NZFam 2014, 596)**

a) **§§ 1771 2, 1760**

- keine Anhaltspunkte

b) **§ 1771 1**

- Misshandlung und Freiheitsberaubung zwar „wichtiger Grund“ iSv § 1771 S. 1, doch ist § 1771 nur auf die Annahme Volljähriger anwendbar; auf Fälle wie hier (zwischenzeitliche Volljährigkeit) ist die Vorschrift dem klaren Wortlaut nach nicht anwendbar.
- Außerdem müsste nicht nur B, sondern auch V einen Antrag stellen (§ 1771 1 erfordert Anträge beider Seiten).

c) **§ 1763 I**

- § 1763 I ausweislich des Wortlautes nur während Minderjährigkeit des Kindes möglich; B ist bereits mindestens 18 Jahre alt (Geburtsdatum im Jahr 1999).

d) **Auflösung wg. „krassen Falls materiellen Unrechts“**

aa) **BGH: planwidrige Regelungslücke (-), arg.:**

- Gesetzgeber hat bei Schaffung der Vorschriften gesehen, dass jedes mj. Kind eines Tages volljährig wird<sup>9</sup>.
- Gesetzgeber hat die Vorschriften trotz Kenntnis des Problems und der Möglichkeit über mehrere Novellen des Adoptionsrechts hinweg nicht angepasst.
- Erst-Recht-Schluss: auch bei leiblichen Kindern für familiäre Zuordnung keine Unterscheidung, ob Kind volljährig ist (Konzept der „schicksalshaften Verknüpfung“<sup>10</sup>).

bb) **mM: verf.-konforme Auslegung bzw. analoge Anwendung der §§ 1763 / 1771 1**

- **Art. 3 GG – Ungleichbehandlung zw. Mj. und inzwischen Volljährigen**
  - **Def.:** *Verbot wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, außer Unterschiede von solcher Art und von solchem Gewicht rechtfertigen die ungleiche Behandlung.*
  - **BGH:** RG v. § 1763 I ist, dass Mj. ermöglicht werden soll, zu dessen Wohl eine neue Familienbindung aufzubauen; „Volljähriger bedarf keiner Pflege und Erziehung mehr, so dass die Integration in einen neuen Familienverband für ihn nicht mehr die gleiche grundlegende Bedeutung hat“.
  - **BGH:** systematischer Zusammenhang § 1763 I & § 1742 (Verbot d. Kettenadoption, da sonst „Herumreichen“ droht) gilt bei der Annahme Volljähriger nicht, § 1768 I 2.
- **Art. 3 GG – Ungleichbehandlung zw. volljährig Adoptierten und inzwischen Volljährigen**
  - **BGH:** im Ggs. zur Volladoption Mj. (vergl. § 1755) kann „schwache“ (vergl. § 1770 II) Adoption Volljähriger durch beiderseitiges Einverständnis gelöst werden; dass dies bei minderjährig Adoptierten nicht der Fall sein kann, liegt darin begründet, dass anderenfalls den leiblichen Verwandten eine Verwandtschaftsbeziehung „aufgedrängt“ werden könnte<sup>11</sup>.
- **Art 2 I iVm 1 GG – Verstoß gg. APR des adoptierten Kindes**
  - **BGH:** kollidierende Grundrechte Dritter: Art 6 GG & „Gesetzgeber musste zusätzlich in Erwägung ziehen, dass durch die Aufhebung einer Volladoption die erloschenen

<sup>8</sup> Loos, Namenänderungsgesetz, 1996 (!), 84 f.

<sup>9</sup> So BGH NZFam 2014, 596, 597 unter Verweis auf Gesetzgebungsmaterialien.

<sup>10</sup> BGH NZFam 2014, 596, 597.

<sup>11</sup> BGH NZFam 2014, 596, 598.

*Verwandtschaftsverhältnisse zu der leiblichen Familie des Adoptivkindes wieder aufleben und die damit verbundenen unterhalts- und erbrechtlichen Folgen verfassungsrechtlich geschützte Rechte Dritter beeinträchtigen können.“*

- Adoptiertes Kind hat ausreichend Möglichkeiten, sich gegen negative Folgen zu wehren:
  - „Freie Gestaltung seiner tatsächlichen familiären Beziehungen“ [da Kind volljährig...]
  - „Durchtrennung des namensrechtlichen Bandes (§ 3 NamÄndG)“
  - „Abwehr unerwünschter unterhaltsrechtlicher (§ 1611 BGB) und erbrechtlicher (§§ 2333, 2339 BGB) Folgen“

- **mögliche andere Argumentationsansätze bspw. über Art 6 GG**

**e) § 3 NamÄndG (Sartorius Nr. 265)**

- B kann gem. § 3 I NamÄndG eine Namensänderung beantragen; es liegt wohl ein „wichtiger Grund“ iSd Gesetzes vor [zumindest scheint der BGH in seiner Entscheidung v. 12.03.2014 XII ZB 504/12 davon auszugehen...]
- Der Antrag „ist schriftlich oder zu Protokoll bei der unteren Verwaltungsbehörde zu stellen, in deren Bezirk der Antragsteller seinen Wohnsitz oder beim Fehlen eines Wohnsitzes seinen Aufenthalt hat.“, § 5 I 1 NamÄndG

**3) Beratungsergebnis**

- Die Annahme der A als Kind des V kann gem. §§ 1759, 1763 I von Amts wegen aufgehoben werden. Das Verfahren kann von jedermann angeregt werden.
- In Ansehung der aktuellen BGH-Rechtsprechung ist B darauf hinzuweisen, dass ein Antrag gem. § 1771 1 bzw. § 1763 I analog nicht erfolversprechend ist.
- Sie kann lediglich eine Änderung ihres Nachnamens anstreben, § 3 NamÄndG. Dazu ist ein Antrag bei der zuständigen Verwaltungsbehörde erforderlich, § 5 I 1 NamÄndG.

**Aufgabe D: Arbeitsrecht (25 %)**

Zu Frage 1

1. Mitbestimmungsrecht hinsichtlich des Fitnessstrainings und der Zeitregelung

Ein Mitbestimmungsrecht des Berliner BR könnte sich aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ergeben. Dann müsste es sich bei dem Fitnessstraining um eine Frage der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der AN im Betrieb handeln.

Gegenstand der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer. Es beruht darauf, dass die Arbeitnehmer ihre vertraglich geschuldete Leistung innerhalb einer vom Arbeitgeber vorgegebenen Arbeitsorganisation erbringen und dabei dessen Weisungsrecht unterliegen. Das berechtigt den Arbeitgeber dazu, Regelungen vorzugeben, die das Verhalten der Belegschaft im Betrieb beeinflussen und koordinieren sollen. Bei solchen Maßnahmen hat der Betriebsrat mitzubestimmen.

Das Fitnessstraining bezieht sich nicht auf ein solches Verhalten der AN. Es findet außerhalb der Betriebsstätte und letztlich in der „Freizeit“ der Mitarbeiter statt und ist auf Freiwilligkeit angelegt. Es geht also nicht um eine Frage der arbeitgeberseitigen Regelung zur Koordinierung des Verhaltens der AN im Betrieb, um das Zusammenwirken der Belegschaft im Betrieb. Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 ist daher nicht gegeben.

Ein Mitbestimmungsrecht könnte sich jedoch aus § 87 Abs. 1 Nr. 2,3 BetrVG ergeben. Dann müsste es sich um eine Frage der Lage der Arbeitszeit und der Pausen oder der Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit handeln.

Bei Absolvierung des Fitnessstrainings soll sich die Arbeitszeit des betroffenen Mitarbeiters um 30 Minuten verlängern. Dies stellt sich als Abweichung von der ArbeitszeitBV dar, da sich jedenfalls das Ende der jeweiligen Tages-Arbeitszeit verschiebt. Von der „Freistellung“ für das Training sind die übrigen Mitarbeiter betroffen, da sie möglicherweise anfallende Arbeiten mit übernehmen müssen oder sich Vorgänge verzögern können. Es ist also ein „kollektiver Tatbestand“. Ein Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2,3 BetrVG ist demnach gegeben.

Dieses Mitbestimmungsrecht müsste dem Berliner BR zustehen. Grundsätzlich stehen die Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG dem örtlichen BR zu. Eine Zuständigkeit des GBR könnte sich aber aus § 50 Abs. 1 BetrVG ergeben. Dann müsste es sich um eine Angelegenheit handeln, die das Gesamtunternehmen betrifft und nicht durch die einzelnen BR geregelt werden kann. Es müsste ein zwingendes Erfordernis für eine betriebsübergreifende Regelung bestehen.

Dies ist nicht der Fall. Zwar hat der AG die „Freistellung“ überbetrieblich angelegt und damit den Regelungsbereich des GBR angesprochen (vgl. BAG vom 23.8.2016 – 1 ABR 43/14). Die Folgen, Verschiebung der individuellen Arbeitszeit nach hinten und Auswirkungen auf die Belegschaft, treffen jedoch zunächst den einzelnen Standort und können dort aufgefangen und gemanagt werden. Betroffen ist also primär das jeweilige Arbeitszeitsystem am Standort. Deswegen ist die unternehmensweite Regelung nicht zwingend und es verbleibt beim Mitbestimmungsrecht für den örtlichen BR.

- (andere Auffassung gut vertretbar; eventuell auch unter Bezugnahme auf die zentral geführte EDV)

## 2. Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Vorlagepflicht der AUB vom ersten Tage an

Ein Mitbestimmungsrecht könnte sich aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ergeben.

Dann müsste es sich bei der Vorlagepflicht um eine Frage der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der AN im Betrieb handeln.

Verlangt der Arbeitgeber von Arbeitnehmern unabhängig von einer Arbeitsleistung in einer bestimmten Form und innerhalb einer bestimmten Frist den Nachweis jeglicher Arbeitsunfähigkeit, betrifft dieses regelhafte Verlangen nach der Rechtsprechung des BAG grundsätzlich das betriebliche Ordnungsverhalten, nicht das „Arbeitsverhalten“, also die Ausübung der konkreten Tätigkeit. Hierfür eröffnet § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG dem Arbeitgeber einen Regelungsspielraum. Diese Vorschrift billigt ihm – individualrechtlich - die Befugnis zu, die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung abweichend von § 5 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 EFZG vor dem vierten Krankheitstag zu verlangen. An der Ausgestaltung des Regelungsspielraums zum „Ob“ und zum „Wie“ der Nachweispflicht des § 5 Abs. 1 EFZG hat der Betriebsrat allerdings mitzubestimmen (zuletzt BAG vom 23.8.2016 – 1 ABR 43/14).

Dieses Mitbestimmungsrecht müsste dem Berliner BR zustehen und nicht dem GBR.

Die Ausübung der Mitbestimmungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz obliegt grundsätzlich dem von den Arbeitnehmern unmittelbar gewählten Betriebsrat. Dem Gesamtbetriebsrat sind nach **§ 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG** nur solche Angelegenheiten zugewiesen, die das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe betreffen und für die ein zwingendes Erfordernis für eine betriebsübergreifende Regelung besteht.

Nach diesen Grundsätzen war der Gesamtbetriebsrat nicht originär zuständig. Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin war diese nicht frei darin, von der durch § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG eröffneten Befugnis gegenüber allen Arbeitnehmern Gebrauch zu machen. Vielmehr unterliegt bereits diese Entscheidung der zwingenden Mitbestimmung. Der Arbeitgeberin war demnach die Wahl desjenigen betriebsverfassungsrechtlichen Gremiums verwehrt, mit dem eine die Arbeitnehmer normativ bindende Regelung geschaffen werden sollte.

Auch das von der Arbeitgeberin bekundete Interesse an einheitlichen Arbeitsbedingungen für alle Mitarbeiter begründet keine Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats. Hierbei handelt es sich um eine reine Zweckmäßigkeitserwägung. Sie ist bei der Prüfung der gesetzlichen Zuständigkeit eines Gesamtbetriebsrats unbeachtlich. (BAG a.a.O.)

Das Mitbestimmungsrecht steht also dem Berliner BR zu. Demnach erweist sich die GBV als unwirksam.

Der Berliner BR könnte also :

- Ein Feststellungsverfahren beim ArbG einleiten mit dem Antrag festzustellen, dass die GBV unwirksam ist und dass ihm ein Mitbestimmungsrecht in den fraglichen Angelegenheiten zusteht
- Ein Verfahren beim ArbG einleiten mit dem Antrag, es dem AG aufzugeben, es zu unterlassen, die AN zur Vorlage der AUB vom ersten Tage an aufzufordern, solange der BR nicht hierüber mitbestimmt hat
- Einen Antrag beim ArbG gemäß § 100 ArbGG auf Einsetzung einer Einigungsstelle zum Regelungsgegenstand Arbeitszeit/ Vorlage AUB einzureichen
- Gar nichts gerichtliches unternehmen und die Mitarbeiter darüber aufklären, dass alle Maßnahmen mitbestimmungswidrig und damit unwirksam sind und von ihnen nicht befolgt werden müssen

Zu Frage 2 :

Abel könnte vor dem ArbG Klage erheben mit dem Antrag, die Braun zu verurteilen, die unter dem 15.1.2018 erteilte Abmahnung aus der Personalakte zu entfernen.

Anspruchsgrundlage für einen Entfernungsanspruch könnten §§ 242, 1004 BGB analog sein. Dann müsste Abel durch die Abmahnung in seiner Rechtsposition gestört oder beeinträchtigt sein. Es ist anerkannt, dass ein AN einen solchen Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung u.a. dann hat, wenn diese unzutreffend ist und ihn in seinem beruflichen Fortkommen behindert.

Mit der Nichtvorlage der AUB vom ersten Tage an hat Abel nicht gegen eine wirksame Anordnung des AG verstoßen, Die in der GBV angelegte Verpflichtung war unwirksam, weil die GBV ihrerseits wegen fehlender Zuständigkeit des GBR unwirksam war.

Im Bereich des § 87 Abs. 1 BetrVG gilt dabei die Theorie der „Wirksamkeitsvoraussetzung“, d.h. eine ohne wirksame Mitbestimmung des zuständigen BR vorgenommene Maßnahme oder Weisung ist individualrechtlich unwirksam.

Ein Pflichtverstoß liegt damit nicht vor. Die Abmahnung ist ungerechtfertigt, der Entfernungsanspruch besteht.

### **Aufgabe E: Anwaltliches Berufsrecht (25 %)**

1. Erläutern Sie, in welchem Umfang Rechtsanwälte an die anwaltliche Schweigepflicht gebunden sind und unter welchen Voraussetzungen eine Bindung an die anwaltliche Schweigepflicht entfällt.

Lösung:

Die Schweigepflicht gehört zu den Grundpflichten des Rechtsanwalts (§ 43a Abs. 2 Satz 1 BRAO). Neben der berufsrechtlichen Regelung finden sich in § 203 StGB weitere Vorschriften, die einen Verstoß gegen die Schweigepflicht strafrechtlich sanktionieren. Nach dem Wortlaut des §43a Abs. 2 Satz 1 BRAO bezieht sich die Schweigepflicht auf alles, was dem Anwalt in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist. Stellenweise wird deshalb vertreten, die berufsrechtliche Pflicht würde weiter reichen als die strafrechtliche, da in § 43a BRAO eine Beschränkung auf "Geheimnisse" fehle. Von der Schweigepflicht ist insbesondere die Identität des Mandanten, die Tatsache seiner Beratung und auch die Höhe der vereinbarten Vergütung umfasst. Aus zeitlicher Sicht ist die Schweigepflicht unbegrenzt. Der Rechtsanwalt hat ferner dafür zu sorgen, dass bei ihm beschäftigte Dritte ebenso die Schweigepflicht zu wahren haben.

Erforderlich im Sinne des § 43a Abs. 2 Satz 2 BRAO ist, dass der Anwalt die Kenntnisse im Rahmen seiner Berufsausübung erlangt. Deshalb trifft ihn die Pflicht dann nicht, wenn er eine andere Tätigkeit ausübt, zu der z.B. die eines Betreuers zählt. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass die Anbahnung des Mandats bereits zur anwaltlichen Berufsausübung zählt. Weder vom Belang ist ferner, von wem und auf welche Weise der Anwalt sein Wissen erworben hat. Auch bloßes Zufallswissen ist relevant. Lediglich bei der Verwertung privat erworbenen Wissen ist der Anwalt frei.

Vom Umfang her sind offenkundige Tatsachen und solche, die bedeutungslos sind, nicht erfasst. Offenkundig ist eine Tatsache, wenn sie bei verständigen und erfahrenen Menschen entweder in der Regel bekannt ist oder die Tatsache aus allgemein zugänglichen und zuverlässigen Quellen unschwer erlangt werden kann. Bedeutungslos ist eine Tatsache, wenn sie die Schwelle zur Bagatelle nicht überschreitet.

Die Schweigepflicht kann unter bestimmten Voraussetzungen entfallen. Das ist zunächst dann der Fall, wenn der Mandant seinen Anwalt von der Schweigepflicht entbindet. Das ist ebenso der Fall, wenn der Anwalt die Tatsachen von einem Dritten erfahren hat. Relevant ist regelmäßig die Entbindung durch den "Herrn des Geheimnisses".

Weiterhin kann im Rahmen einer konkludenten Einwilligung die Entbindung von der Schweigepflicht angenommen werden. Das ist z.B. bei der Beauftragung einer Sozietät im Hinblick auf die anderen Sozien der Fall. Entsprechendes gilt bei der Einholung einer Deckungszusage bei der Rechtsschutzversicherung oder bei der Kommunikation per Telefax und Internet.

Auch ohne Zustimmung des Mandanten kann der Rechtsanwalt von der Pflicht befreit sein. Denkbar ist dies zunächst dann, wenn eine konkrete gesetzliche Normierung gegeben ist. Das ist insbesondere der Fall bei § 138 StGB, den Regelungen zur Geldwäsche und einer Auskunft als Drittschuldner. Auch im Falle der Durchsetzung oder der Abwehr von Ansprüchen aus dem Anwaltsvertrag ist grundsätzlich von einer Befreiung auszugehen. So kann der Anwalt seine Ansprüche unter Offenlegung des Mandats einklagen oder etwaige Haftungsansprüche des Mandanten bei seinem Versicherer melden. Lediglich bei einer Zeugenstellung des Anwalts ist von keiner Befreiung auszugehen.

2. Der im Jahre 2011 zur Rechtsanwaltschaft zugelassene R betätigt sich zunehmend im Immobilienbereich. Spätestens seit Mitte 2017 liegt seine Haupttätigkeit im Bereich der Vermittlung von Bauträgerverträgen. Hierbei ist er allerdings nicht nur für einen Bauträger tätig. Die Tätigkeit des R gestaltet sich wie folgt: Er schaltet in verschiedenen Tageszeitungen Anzeigen, die sich an bauwillige Personen richten. Darin verspricht er, für seine – von ihm so bezeichneten – „Mandanten“ ein „günstiges Angebot für jeden Häuselebauer“ zu finden. Im Rahmen eines in seiner Kanzlei stattfindenden Termins ergründet R den Bedarf seiner Klienten und tritt sodann an verschiedene Bauträger heran, um das günstigste Angebot zu ermitteln. Die Klienten zahlen an R für seine Tätigkeit ein Stundenhonorar iHv 230,-- Euro. Gleichzeitig lässt er sich von den Bauträgern eine Provision zwischen 1,75 und 2,5 Prozent der Netto-Bausumme für die Vermittlung versprechen. Nunmehr ist die zuständige Rechtsanwaltskammer der Auffassung, dass diese Tätigkeit des R mit der Beruf des Rechtsanwalts nicht vereinbar sei und droht den Widerruf der Zulassung an. Nehmen Sie zu der Frage Stellung, ob die Rechtsanwaltskammer mit dem Widerruf der Zulassung Erfolg haben könnte.

Lösung:

Die Tätigkeit des R könnte unvereinbar mit der Stellung als Rechtsanwalt sein. Nach der Regelung des § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO ist die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft zu widerrufen, wenn durch die Tätigkeit der Rechtsanwalt insbesondere in seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege betroffen ist oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit gefährdet werden kann. Das kann insbesondere bei einer erwerbswirtschaftlichen Prägung des Zweitberufs der Fall sein. Interessenkollisionen liegen vor allem dann nahe, wenn ein kaufmännischer Beruf die Möglichkeit bietet, Informationen zu nutzen, die aus der rechtsberatenden Tätigkeit stammen. Zwar liegen solche Interessenkollisionen, die das Vertrauen in die Unabhängigkeit gefährden könnten, nicht bereits dann vor, wenn das Wissen aus der einen Tätigkeit für die jeweils andere von Vorteil ist. Relevant ist, ob die zweite berufliche Tätigkeit bei objektiv vernünftiger Betrachtungsweise von Seiten der Mandantschaft die Wahrscheinlichkeit von Pflichten- und Interessenkollisionen nahelegt.

Der Rechtsanwalt ist der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten (§§ 3 Abs. 1, 43a Abs. 1 BRAO). Im hier vorliegenden Fall ist der Rechtsanwalt auch Immobilienmakler. Diese Abhängigkeit ist gefährdet, wenn beispielsweise Provisionen versprochen oder Erfolgshonorare verabredet werden. Ob das

Provisionsversprechen unmittelbar auf die anwaltliche Leistung gemünzt ist oder nur mittelbar darauf Einfluss gewinnen kann, ist allenfalls für das Ausmaß der Gefährdung wesentlich. Häufig hat der Rechtsanwalt auch Dispositionen über Geld- oder Immobilienvermögen zu prüfen und durchzuführen. Solche Dispositionen können beispielsweise das Ergebnis einer steuerlichen Beratung sein. Könnte der Rechtsanwalt in seinem Zweitberuf als Makler an der Vermittlung verdienen, wäre zu befürchten, dass er seine anwaltliche Beratung nicht streng an den rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Mandanten ausrichtet, sondern dass sein Interesse an der Provision Einfluss gewinnen kann. Ähnliche Gefahren für die anwaltliche Unabhängigkeit drohen, wenn der Rechtsanwalt prüfen soll, ob es für den Mandanten ratsam ist, eine Immobilie zu veräußern oder ein Mietverhältnis mit einem Mieter zu beenden. Könnte er als Immobilienmakler durch die Vermittlung eines Käufers oder eines neuen Mieters eine Provision verdienen, bestünde die Gefahr, dass er sich bei der anwaltlichen Beratung von diesem Interesse nicht ganz frei machen kann.

Ein Makler, der zugleich Rechtsanwalt ist, könnte von dem Kunden, dem er die Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags nachgewiesen hatte, gebeten werden, ihn auch anwaltlich über die Vor- und Nachteile des abzuschließenden Vertrag zu beraten und sind gleich selbst zu entwerfen. Dabei entstünde die Gefahr, dass die Beratung und/oder Formulierung des Vertrags nicht unter ausschließlicher Orientierung an den Interessen des Kunden/Mandanten erfolgte. Selbst wenn der Makler/Rechtsanwalt zunächst nur als Makler tätig wird, können die von ihm vermittelten Verträge über Grundstücke, Finanzierungen usw. zu rechtlichen Auseinandersetzungen führen. Die Vermögenslage kann sich als weniger ertragreich erweisen als erhofft, es können Gewährleistungsprobleme auftreten oder der vermittelte Vertragspartner kann unzuverlässig sein. Dann liegt es nicht fern, dass die eine oder andere Vertragspartei nunmehr ihn als Rechtsanwalt beauftragt, in der rechtlichen Auseinandersetzung, die das vermittelte Geschäft zum Gegenstand oder Anlass hat, ihre Interessen wahrzunehmen.

Aus all diesen Gründen ist somit von der Rechtmäßigkeit des Widerrufs der Zulassung auszugehen.

3. Erläutern Sie den Unterschied zwischen der Partnerschaftsgesellschaft und der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung.

Lösung:

Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung unterscheidet sich von der "regulären" Partnerschaftsgesellschaft dadurch, dass hinsichtlich der im Rahmen einer fehlerhaften Berufsausübung entstandenen Schäden eine Beschränkung der Haftung den Gläubigern gegenüber auf das Gesellschaftsvermögen vorliegt (§ 8 Abs. 4 PartGG). Eine Haftung für sonstige Schulden, die nicht im Zusammenhang mit einer fehlerhaften Berufsausübung liegen, ist eine Haftungsbeschränkung nicht gegeben. Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung kann nur von den freien Berufen gegründet werden, denen das jeweilige Berufsrecht dies erlaubt. Dies war insbesondere zunächst bei den Rechtsanwälten der Fall. Bei der regulären Partnerschaftsgesellschaft haftet nach der Regelung des (§ 8 Abs. 2 PartGG) grundsätzlich nur der mit der Bearbeitung des Auftrags befasste Partner. Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung muss schon allein aus Gründen des Gläubigerschutzes über eine entsprechende

Haftpflichtversicherung verfügen (§ 8 Abs. 4 Satz 1 PartGG). Sie wird durch die Zusätze "mit beschränkter Berufshaftung" oder "mbB" gekennzeichnet.