



DR. STARK · NIEDEGGEN & KOLLEGEN · Breite Straße 147-151 · 50667 Köln

Gemeinsames Juristisches Prüfungsamt der Länder
Berlin u. Brandenburg
- Der Präsident -
Salzburger Str. 21-25

10587 Berlin

vorab per Telefax: 030/ 90132012

Ihr Zeichen

[REDACTED]

Unser Aktenzeichen

2006/10257/10-st

Datum

11.09.2006

Rechtsangelegenheit

[REDACTED] / GJPA Berlin Brandenburg

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit zeigen wir an, dass wir die rechtlichen Interessen des Herrn [REDACTED] anwaltlich vertreten (ordnungsgemäße Bevollmächtigung wird anwaltlich versichert und auf Verlangen unverzüglich nachgereicht).

Gegen die Entscheidung des Gemeinsamen Juristischen Prüfungsamtes der Länder Berlin und Brandenburg vom 17.08.2006 legen wir hiermit form- und fristgerecht

Widerspruch

ein. Eine Begründung erfolgt mit gesonderten Schriftsatz.

Wir bitten auf diesem Wege höflich um

Akteneinsicht

Sollte eine Übersendung der Akten nicht möglich sein, bitten wir höflich um Kopien der gesamten Prüfungsakte (Klausuren, Hausarbeit, nebst Voten, Protokolle und Anmerkungen) zu fertigen. Für etwaig entstehende Kosten sagen wir uns ausdrücklich stark.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Stark
Rechtsanwalt

RECHTSANWÄLTE
IN BÜROGEMEINSCHAFT

Dr. Ralf Stark
Rechtsanwalt
auch zugelassen am OLG Köln

Bernd Niedeggen
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
auch zugelassen am OLG Köln

Andrea Bauer
Rechtsanwältin

Wolf Dieter Blanchois
Rechtsanwalt
auch zugelassen am OLG Köln

Matthias Radu
Rechtsanwalt

Alon Lurie
Rechtsanwalt
auch zugelassen am OLG Köln

Nadja Wüstemann
Rechtsanwältin

Michael Liefert
Rechtsanwalt

Stefanie Galla
Rechtsanwältin

Holger Bachmann
Rechtsanwalt

KEINE GEMEINSAME
MANDATSÜBERNAHME

Kontakt

Breite Straße 147-151
50667 Köln
Telefon 0221-27 24 70
Telefax 0221-27 24 777
E-mail kanzlei@drstark.de
Internet www.drstark.de

Gerrichtsfach
Landgericht Köln K 1634

Bankverbindung
Sparkasse KölnBonn
Kto. 721 39 52
BLZ 370 501 98



LAND BRANDENBURG
Ministerium der Justiz



Senatsverwaltung für Justiz

**Gemeinsames Juristisches Prüfungsamt
der Länder Berlin und Brandenburg**

Gemeinsames Juristisches Prüfungsamt Berlin-Brandenburg
Salzburger Str. 21-25, 10825 Berlin
Rechtsanwälte
Dr. Stark & Kollegen
Breite Straße 147-151

50667 Köln

FA	17.11.06 Wu	
RA	22. Sep. 2006	
SR	Dr. Stark & Kollegen	
Verf.	Rechtsanwälte für Landgericht - Straßburg	

Telefon: (030) 9013 3311
Telefax: (030) 9013 2012
(intern): 913
email:
gjpa@senjust.verwalt-berlin.de
www.berlin.de/gjpa
www.mdje.brandenburg.de

Aktenz.: [Redacted]

Bearb.: Herr [Redacted]

Datum: 19. September 2006

Sprechzeiten:
Mo. Mi. Fr. 9.30 bis 13.00 Uhr

**Erste juristische Staatsprüfung
Ihr Widerspruch vom 11. September 2006**

2. d. d.
ok
Wu

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt Dr. Stark,

Ihr Widerspruch ist am 11. September 2006 hier eingegangen.

Es besteht Gelegenheit, den Widerspruch binnen 8 Wochen zu begründen.

Eine Übersendung der von Ihnen angeforderten Kopien kann erst nach Begleichung der dafür entstehenden Gebühren erfolgen.

12

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

Dr. [Redacted]

Beglaubigt

[Redacted Signature]



DR. STARK · NIEDEGGEN & KOLLEGEN · Breite Straße 147-151 · 50667 Köln

**Gemeinsames Juristisches Prüfungsamt
der Länder Berlin u. Brandenburg
- Präsident -
Salzburger Str. 21-25**

10587 Berlin

Ihr Zeichen

[REDACTED]

Unser Aktenzeichen

2006/10257/10-st

Datum

14.01.2007

Rechtsangelegenheit

[REDACTED] J. GJPA Berlin Brandenburg

Sehr geehrte Damen und Herren,

in obiger Angelegenheit begründen wir den Widerspruch unseres Mandanten wie folgt:

Ihr Prüfungsbescheid vom 17.08.2006 ist rechtswidrig und verletzt den Widerspruchsführer in seinen Rechten. Denn die Bewertungen der Klausuren Z III, S I und WF 3/1 (BE) mit jeweils 3 Punkten (mangelhaft) ist rechtsfehlerhaft erfolgt.

I.

Grundlagen der Überprüfbarkeit von Prüfungsentscheidungen

Nach ständiger Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, die auch durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht vom 17.04.1991 (NJW 1991, 2005ff.) nicht in Frage gestellt worden ist, ist den Mitgliedern der Prüfungskommission bei der Beurteilung von Prüfungsleistungen zwar ein nicht überprüfbarer Bewertungsspielraum zuzugestehen, indes entbindet dies nicht von der Verpflichtung auch Prüfungsentscheidungen in rechtl-

RECHTSANWALTE
IN BÜROGEMEINSCHAFT

Dr. Ralf Stark
Rechtsanwalt
auch zugelassen am OLG Köln

Bernd Niedeggen
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
auch zugelassen am OLG Köln

Andrea Bauer
Rechtsanwältin

Wolf Dieter Blancbols
Rechtsanwalt
auch zugelassen am OLG Köln

Matthias Radu
Rechtsanwalt

Alon Lurie
Rechtsanwalt
auch zugelassen am OLG Köln

Michael Liefert
Rechtsanwalt

Stefanie Galla
Rechtsanwältin

Martin Stellmann
Rechtsanwalt

KEINE GEMEINSAME
MANDATSÜBERNAHME

Kontakt

Breite Straße 147-151
50667 Köln
Telefon 0221-27 24 70
Telefax 0221-27 24 777
E-mail kanzlei@drstark.de
Internet www.drstark.de

Gerichtsfach
Landgericht Köln K 1834

Bankverbindung
Sparkasse KölnBonn
Kto. 721 39 52
BLZ 370 50 198

IN KOOPERATION MIT

Sochiera & Nelles Steuerberatungsgesellschaft mbH, Köln
Schulz Schwering Kaupert Rechtsanwälte, Leipzig



cher und tatsächlicher Hinsicht grundsätzlich vollständig zu überprüfen.

Der der Prüfungsbehörde zuzugestehende Bewertungsspielraum wird jedoch überschritten, wenn die Prüfungsbehörden Verfahrensfehler begehen, anzuwendendes Recht verkennen, von einem unrichtigen Sachverhalt ausgehen, allgemein gültige Bewertungsmaßstäbe verletzen, sich von sachfremden Erwägungen leiten lassen oder sonst willkürlich handeln (st. Rechtsprechung: BVerwG, Beschluss vom 13.05.2004, Az.: 6 B 25.04; Beschluss vom 17.04.1991, Az.: 1 BvR 419.81; Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 24.11.2003, Az.: 6 K 1115/ 98; Verwaltungsgericht Schwerin, Beschluss vom 17.11.2000, Az.: 7 B 859/00).

Zu den allgemein gültigen aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Bewertungsgrundsätzen gehört des Weiteren, dass zutreffende Antworten und brauchbare Lösungen im Prinzip nicht als falsch bewertet und zum Nichtbestehen führen dürfen. Soweit die Richtigkeit oder Angemessenheit von Lösungen wegen der Eigenart der Prüfungsfrage nicht eindeutig bestimmbar sind, die Beurteilung von Lösungen wegen der Eigenart der Prüfungsfrage nicht eindeutig bestimmbar sind, die Beurteilung vielmehr unterschiedlichen Ansichten Raum lässt, gebührt zwar dem Prüfer ein Bewertungsspielraum, andererseits muss dem Prüfling aber auch ein **angemessener Antwortspielraum** zugestanden werden. Eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung darf daher nicht als falsch gewertet werden (BVerwG, Beschluss vom 13.05.2004, Az.: 6 B 25.04; BVerwG, Urteil vom 21.10.1993, Az.: 6 C 12.92). Im Übrigen ist bei der Willkürkontrolle davon auszugehen, dass eine willkürliche Fehleinschätzung der Prüfungsleistung schon dann anzunehmen ist, wenn die Einschätzung Fachkundigen unhaltbar erscheinen muss.

Insoweit gilt zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts alle Fragen, die fachwissenschaftlicher Erörterung zugänglich sind, voll überprüfbar sind (BVerwG, Beschluss vom 17.12.1997, Az.: 6 B 55.97, Buchholz, Sammel- und Nachschlagewerke der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts; ebenso: BVerwG, Urteil vom 16.04.1997, Az.: 6 C 9.95, Sammel- und Nachschlagewerke der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts).

Um Fachfragen geht es dabei unter anderem dann, wenn bei einer Beurteilung von Prüfungsleistungen Methodik sowie Art und Umfang der Darstellung in Bezug auf Lösungsansatz und zur Prüfung gestellten Sachverhalten und/oder Normen in Rede stehen. Demnach stehen prüfungsspezifische Bewertungen dann in Rede, wenn für die Beurteilung der Vergleich mit Leistungen anderer Prüflinge erforderlich oder jedenfalls zulässig ist. Nur hinsichtlich letzterer besteht ein die gerichtliche Kontrolle einschränkender Beurteilungsspiel-





raum der Prüfer (BVerwG, Beschluss vom 13.05.2004, Az.: 6 B 25/04; Verwaltungsgericht Düsseldorf, Urteil vom 11.08.2006, Az.: 15 K 1819/05).

Da eine gerichtliche Kontrolle allein dem Grundrechtsschutz nicht hinreichend Rechnung trägt, besteht daneben eine – sich insbesondere aus dem Schutzzweck des Art. 12 Abs. 1 GG ergebende - gesonderte Pflicht der Prüfbehörde, die Einwendungen eines Prüflings gegen die erfolgte Bewertung, insbesondere gegen Begründung und Gewichtung von prüfungsspezifischen Aspekten, zu beachten und daraufhin die Prüfungsentscheidung erneut zu überdenken (BVerfG, Beschluss vom 17.04.1991; Az.: 1 BvR 419/81; Niehues, Schul- und Prüfungsrecht, Band 2, 4. Aufl., Rn 759f; Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 17.09.1993, Az.: 22 A 1931/91). Da davon auszugehen ist, dass die vorhandenen Bewertungsfehler nach Maßgabe der im Folgenden aufgeführten Rügen zu einer anderen Bewertung der vom Widerspruchsführer erstellten, oben bezeichneten Arbeiten führen werden, muss eine Änderung der Bewertung erfolgen.

Zu den Bewertungsfehlern im Einzelnen:

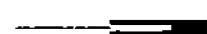
II.

Klausur W III

Die vom Widerspruchsführer angefertigte Klausur W III wurde vom Erstkorrektor zunächst mit vier Punkten, vom Zweitkorrektor mit drei Punkten bewertet. Schließlich erfolgte eine übereinstimmende Bewertung beider Korrektoren mit drei Punkten und damit mit der Note mangelhaft.

1. Formelle Mängel

Das Grundrecht auf freie Berufswahl (Art. 12 Abs. 1 GG) und das Recht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. IV GG) machen eine schriftlich Begründung der Bewertung in der Art erforderlich, dass das Recht auf gerichtliche Kontrolle des Prüfungsverfahrens unter Beachtung des Beurteilungsspielraums der Prüfer gewährleistet wird. Dies bedeutet, dass die maßgeblichen Gründe, welche die Prüfer zur abschließenden Bewertung veranlasst haben, hinsichtlich der für das Ergebnis ausschlaggebenden Punkte erkennbar sein müssen (Verwaltungsgericht Schwerin, Beschluss vom 17.11.2000, Az.: 7 B 859/00; BVerwG, NVwZ 1993, S. 677). Die Begründung hat demnach derart zu erfolgen, dass der Prüfling in die Lage versetzt wird, die Gedankengänge der Prüfer nachzuvollziehen und etwaige Einwände gegen sie vorzubringen (Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 11.03.2004, Az.: 6 K 6228/02; Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 2. Aufl., Rn 400).





Im Votum der Zweitkorrektorin fällt zunächst auf, dass die zusammenfassende Kritik – unter Bezug auf das Erstvotum – sich in Pauschalargumenten über unsorgfältige Arbeit am Gesetz und am Sachverhalt erschöpft. Der Widerspruchsführer habe versucht, „offensichtliche Ungerechtigkeiten durch leichtfertige Analogien zu bereinigen“. Dass dieser Vorwurf nicht berechtigt ist, wird im Folgenden noch zu zeigen sein.

Nach ständiger Rechtsprechung (Verwaltungsgericht Schwerin, Beschluss vom 17.11.2000, Az.: 7 B 859/00; Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen; Urteil vom 17.09.1993, Az.; 22 A 1931/91; BVerwG, Urteil vom 09.12.1992; Az.: 6 C 3.92) sind an die Begründungspflicht des Zweitkorrektors jedenfalls dann **erhöhte Anforderungen** zu stellen, wenn dieser im Rahmen der offenen Korrektur von der Bestehensbeurteilung des Erstkorrektors abweicht.

Schon grundsätzlich gilt, dass jeder Prüfer verpflichtet ist, die Prüfungsleistung des Kandidaten unvoreingenommen, fair und sachlich zu bewerten hat. Dies verlangen das Grundrecht der Berufsfreiheit sowie die verfassungsrechtlich verankerten Grundsätze von Chancengleichheit und Rechtsstaatsprinzip (Niehues, Schul- und Prüfungsrecht, Band 2, 4. Aufl., Rn 184, 190). Dies bedeutet, dass im Rahmen der Notenfindung eine Gegenüberstellung der vertretbaren, richtigen Prüfungsleistungen mit den falschen bzw. nicht mehr vertretbaren Lösungsteilen zu erfolgen hat. Daraus folgt schließlich, dass die Arbeit anhand ihrer positiven wie auch negativen Aspekte beurteilt werden muss. Diese Auseinandersetzung muss zudem schriftlich fixiert werden und in ihren wesentlichen Punkten begründet werden, damit der Prüfling die Chance hat, sich mit der gebotenen Begründung auseinanderzusetzen und diese nachzuvollziehen (BVerwG, Urteil vom 16.3.1994, Az.: 6 C 5/93). Diesen Grundsätzen entspricht die Bewertung der Zweitkorrektorin in keinsten Weise. Sofern der Zweitkorrektor von der Bewertung des Erstkorrektors abweicht, ist weiterhin schon allein aus diesem Grund erforderlich, dass eine aussagefähige Begründung der Bewertung erfolgt. Eine solche Divergenz zum Erstkorrektor darf sich nicht in pauschalen, allgemeinen Leistungsrügen erschöpfen, sondern muss insbesondere auch die **positiven Aspekte** der Arbeit aufzeigen und diese im Rahmen einer Gesamtgewichtung den gerügten Mängeln gegenüberstellen (vgl. Verwaltungsgericht Schwerin, Beschluss vom 17.11.2000, Az.: 7 B 859/00). Dabei wäre erforderlich gewesen, dass die Zweitkorrektorin zuvörderst darlegt, welche Teile der Prüfung, die vom Erstkorrektor als nicht nur vertretbar, sondern als gelungen bewertet worden sind, nach ihrer Ansicht und speziell aus welchen Gründen im Einzelnen nicht mehr als eine ausreichende Lösung gewertet werden können, so dass eine Herabsetzung der Bewertung von vier auf drei Punkten, und damit das Nichtbestehen der Ar-





beit erforderlich sei. Dies umso mehr, als die Zweitkorrektorin im Vergleich zum Erstkorrektor keine zutreffende, über die Anmerkung des Erstkorrektors hinausgehende Kritik geäußert hat.

Sofern mehrere Prüfer zuerst zu einer unterschiedlichen Bewertung kommen, aufgrund der anschließenden gemeinsamen Beratung jedoch eine einvernehmliche Bewertung erzielen, ist weiterhin erforderlich, dass auch diese abschließende Bewertung aller Prüfer begründet wird (Niehues, Schul- und Prüfungsrecht, Band 2, 4. Aufl., Rn 717; ähnlich: Verwaltungsgericht Ansbach, Urteil vom 23.03.2003, Az.: AN 2 K 99.82). Anders kann ein effektiver Rechtsschutz gegen die Prüfungsentscheidung nicht gewährt werden, da es sowohl dem Prüfling als auch einem Gericht möglich sein muss, die grundlegenden Erwägungen nachzuvollziehen, die schließlich zu der einstimmigen und abschließenden Bewertung getroffen worden sind. Die übereinstimmende Bewertung der Hausarbeit des Widerspruchsführers erschöpft sich in dem lapidaren Hinweis auf die Gründe des Zweitvotums“. Dass dieses nicht ausreichend und in zutreffender Form begründet worden ist, wurde bereits näher erläutert. Mit keinem Wort wird hier erwähnt, weshalb die positiven Ansätze und überwiegend richtigen Lösungen, die der Erstkorrektor in seinem Votum aufgeführt hat, nicht mehr ausreichen, die Arbeit mit vier Punkten zu bewerten, obwohl der Erstprüfer die Ausführungen des Widerspruchsführers zuvor als eine Arbeit bewertet hatte, die durchschnittlichen Anforderungen noch entspricht.

Von einer ordnungsgemäßen Begründung der Leistungsbewertung ist auch zu fordern, dass in dieser Angaben zum Schwierigkeitsgrad der Aufgabe enthalten sind. Auch eine solche Beurteilung fehlt in den Begründungen der Prüfer.

Die Prüfungsentscheidung hinsichtlich der Klausur ist daher schon aus formalen Mängeln, insbesondere weil weder im Zweitvotum noch in der gemeinsamen Schlussbewertung eine genaue Begründung vor allen hinsichtlich der Stärken und Schwächen der Klausur findet, rechtswidrig und damit aufzuheben.

Denn ist die Bewertung wegen der fehlenden Begründung fehlerhaft, so ist regelmäßig anzunehmen, dass sich dieser Mangel auch auf die gesamte Bewertung auswirkt (Verwaltungsgericht Schwerin, Beschluss vom 17.11.2000, Az.: 7 B 859/00).





2. Bewertungsfehler:

Die im Familien- und Erbrecht angesiedelte Klausur W III bestand aus vier Prüfungsaufgaben. Nach Angaben des Erstkorrektors im Votum wurden die vier Aufgaben wie folgt in ihrer Gesamtheit gewertet:

Frage 1 stellt 10 % der Prüfungsleistung dar, Frage 2 und 4 wurden mit jeweils 25 % bewertet, so dass Teil 3 mit 40 % den Schwerpunkt der Klausur bildete.

Nach Frage 1 sollte beantwortet werden, wer Erbe des M geworden ist. In Frage 2 sollte untersucht werden, ob die C-Bank – unterstellt, dass S Alleinerbe geworden ist – von S Zahlung der Bürgschaftssumme in Höhe von 1,9 Mio. € verlangen kann.

a) Zusammenfassung von Frage 1 und 2

Der Widerspruchsführer fasste Frage 1 und 2 zur Beantwortung zusammen. Hierzu bemerkt der Erstkorrektor in seinem Votum, dass diese Vorgehensweise „bedenklich“ erscheine (S. 1 des Erstvotums). Er begründet dies damit, dass in Frage 2 ja lediglich unterstellt werden sollte, dass S Alleinerbe geworden sei.

Diese Kritik ist jedoch völlig unberechtigt. Der Widerspruchsführer hat – wie jeder Prüfling dies zu tun pflegt und wie es auch Usus ist – zuerst eine Lösungsskizze erarbeitet, bevor er mit der Reinschrift der Klausur begonnen hat. Bereits anhand dieser Lösungsskizze konnte der Widerspruchsführer dann erkennen, dass seine Lösung der in Frage 2 durch die Sachverhaltsunterstellung erkennbar vorausgesetzten Lösung entsprach. Beide Fragen dann in einem Prüfungsaufbau zu vereinen, bietet sich geradezu an, um – in den Klausurbearbeitungen stets knapp bemessene – Zeit zu sparen. Da die vom Widerspruchsführer zu Frage 1 entwickelte Lösung demnach der in Frage 2 zu unterstellenden Alleinerbenstellung des S entsprach, ist kein Grund ersichtlich, wieso eine solche Prüfung „bedenklich“ erscheinen sollte. Im Gegenteil hat der Widerspruchsführer durch seinen Lösungsaufbau gezeigt, dass er auch „verschachtelte“ Prüfungen konsequent aufbauen und zutreffend lösen kann. An dieser Stelle sei auch noch kurz angemerkt, dass die vom Widerspruchsführer erstellte Klausur sehr schön und übersichtlich anhand von Überschriften, Obersätzen, Nummerierungen und Absätzen gegliedert ist und damit für eine klare Gedankenführung spricht. Der Aufbau einer juristischen Klausur ist eine fachspezifische Frage, so dass die Prüfer in dieser Hinsicht keinen Beurteilungsspielraum haben.

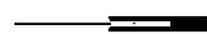




Um die einzelnen Bewertungsfehler erkennbar zu machen, soll im Folgenden dennoch eine getrennte Darstellung von Frage 1 und 2 erfolgen.

b) Frage 1

Der Widerspruchsführer nennt zunächst die zutreffenden gesetzlichen Regelungen und deren Inhalte, nach denen sich die Erbenstellung bestimmt. Er kommt zu der zutreffenden Lösung, dass S als einziges Kind des M dessen Erbe nach § 1924 Abs. 1 BGB als Abkömmling erster Ordnung geworden ist. Die Zweitkorrektorin bemängelt an dieser Stelle, dass nicht auf die rechtliche Vaterschaft abgestellt werde. Diese Kritik ist jedoch verfehlt. Zum einen ist hier anzumerken, dass bereits der Sachverhalt an dieser Stelle keinerlei Aussage trifft. Eine Klarstellung, dass M seine Vaterschaft nach § 1592 Nr. 2 BGB anerkannt hat, hätte der abzufragenden Prüfungsleistung sicherlich nicht zum Nachteil gereicht. Anhand des Sachverhaltes ist nicht einmal ersichtlich, dass M überhaupt Kenntnis von seinem Sohn hatte. Insoweit lag es auch nicht auf der Hand, wie es der Erstkorrektor lapidar bemerkt, dass „insoweit unterstellt werden durfte, dass M die Vaterschaft gemäß [§ 1592 Nr. 2] – § 1593 Nr. 2 ist offensichtlich ein Tippfehler des Korrektors – anerkannt hat“. Der Prüfling befindet sich damit in der unangenehmen Lage – da eine lebensnahe Auslegung des Sachverhaltes hier nicht weiterhilft – entweder den Sachverhalt in eine Richtung zu deuten (die sog. „Sachverhaltsquetsche“) oder das Problem breit aufzuwerfen, wobei aber nach dem Sachverhalt erkennbar war, dass dies keinen Teil der Prüfungsleistung bilden konnte. Dass der Widerspruchsführer die rechtliche Vaterschaft hier nicht erwähnt hat, ist also mehr als verständlich, da er hiermit lediglich „schlafende Hunde“ geweckt hätte. Bei einem solchen unvollständigen Sachverhalt ist anerkannt, dass dies nicht zum Nachteil des Prüflings gewertet werden darf. Nach ständiger Rechtsprechung (Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 17.05.1995, Az.: 6 C 12.94; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 09.08.1996, Az.: 6 C 3.95) müssen Prüfungsfragen verständlich und in sich widerspruchsfrei sein. Dies gebietet der verfassungsrechtlich verbürgte Grundsatz der Chancengleichheit. Daraus folgt, dass in einer juristischen Prüfung der Sachverhalt zweifelsfrei fest stehen muss. Es ist schließlich Aufgabe des Prüflings, den Sachverhalt rechtlich zu lösen, nicht aber, den Sachverhalt zu erweitern oder auszulegen. Der Sachverhalt ist daher in dieser Hinsicht ungeeignet. Der Umstand, dass der Widerspruchsführer die rechtliche Vaterschaft nicht näher beleuchtet hat, darf daher nicht zu seinem Nachteil gereichen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 27.04.1995, Az.: 3 C 23.93; vgl. auch: Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 2. Aufl., Rn 517).





Sofern die Bemerkung der Zweitkorrektorin dahingehend verstanden werden muss, ob auch ein nichteheliches Kind Abkömmling im Sinne des § 1924 BGB sein kann, ist anzumerken, dass Kenntnisse des NEhelG in einer Erstexamensklausur wohl kaum erwartet werden dürfen.

Schließlich ist auch noch festzuhalten, dass der Widerspruchsführer – trotz des insoweit unklaren Sachverhalts – die zutreffende Lösung entwickelt hat.

Im Anschluss an die Erbenstellung des S prüft der Widerspruchsführer dann, ob auch F Erbin des M geworden sein kann. Der Widerspruchsführer nennt hier zunächst mit § 1931 BGB die entsprechende gesetzliche Regelung und erkennt auch das Zusammenspiel von § 1931 BGB und § 1371 BGB, da M und F im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt haben. Richtig erkennt der Widerspruchsführer auch den Ausschluss des Ehegattenerbrechts nach § 1933 BGB. Zutreffend schildert er im Anschluss die Voraussetzungen des § 1933 BGB, nämlich dass der Erblasser die Scheidung beantragt haben muss und die Voraussetzungen für eine Scheidung vorliegen müssen (§§ 1565 ff BGB). Der Widerspruchsführer erkennt die unwiderlegliche Vermutungsregel des § 1565 Abs. 2 BGB, und bejaht diese Voraussetzung zutreffend, da M und F nach dem Sachverhalt bereits seit vier Jahren getrennt lebten. Somit bejaht der Widerspruchsführer richtigerweise den Ausschluss des Ehegattenerbrechts nach § 1933 BGB, so dass er zu dem Gesamtergebnis kommt, dass S Alleinerbe des M geworden ist.

Zusammenfassend ist an dieser Stelle damit festzustellen, dass der Widerspruchsführer Frage 1 vollständig und zutreffend gelöst hat. Die Beantwortung der in Frage 1 aufgeworfenen Fragestellung ist dem Widerspruchsführer auch sprachlich und hinsichtlich Aufbau und Darstellung gut gelungen. Auch wenn die Beantwortung von Frage 1 allein sicherlich nicht zu einer Gesamtbewertung mit mindestens vier Punkten führen kann, so ist doch festzuhalten, dass der Widerspruchsführer die erwartete Prüfungsleistung vollumfänglich erbracht hat. Demnach sind, nach dem vom Erstkorrektor dargestellten Bewertungsgrundsätzen, 10 % der Klausurleistung erbracht.

c) Frage 2

Nach Nennung der richtigen Anspruchsgrundlage (§§ 765 ff. BGB) bejaht der Widerspruchsführer zunächst die nach § 766 BGB erforderliche Schriftform und die Bestimmtheit der zu sichernden Forderung.





Leider übersieht der Widerspruchsführer hierbei, dass auch der konkludente Vertragsschluss der Bürgschaft kurz erläutert hätte werden müssen, da ein Sachbearbeiter der C-Bank die von M unterzeichnete Bürgschaftserklärung an sich nimmt und zu den Akten heftet. Bei dieser Problematik handelt es sich jedoch allenfalls um ein – leicht übersehbares – Randproblem der Aufgabenstellung. Der Schwerpunkt der Klausur lag hier sicherlich nicht.

Anschließend erörtert der Widerspruchsführer die Frage, ob S neben dem Vermögen auch die Verbindlichkeiten des M geerbt hat, was er unter Hinweis auf § 1967 BGB bejaht.

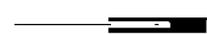
Danach wirft der Widerspruchsführer die Frage auf, ob eine Zustimmung der F zum Bürgschaftsvertrag gem. §§ 1365 ff BGB erforderlich war.

Die Ausführungen des Widerspruchsführers zu der Frage, ob E, die Mutter des S, überhaupt zur Geltendmachung von Einwendungen befugt war, sind hier zwar nicht erforderlich. Sie sind jedoch auch nicht falsch und dürfen daher – da sie in der gebotenen Kürze erfolgen – auch nicht als falsch gewertet werden.

Die Prüfung, ob die Voraussetzungen der §§ 1365 ff BGB vorliegen, beginnt der Widerspruchsführer mit der Frage, ob diese Vorschrift überhaupt anwendbar ist, wenn – wie im Fall von M und F – die Voraussetzungen einer Scheidung vorliegen, so dass die Ehe als unwiderleglich gescheitert gilt. Diese Vorgehensweise scheint gerechtfertigt, wenn man bedenkt, dass § 1365 BGB nach der Gesetzssystematik den Vorschriften über eheliches Güterrecht zugeordnet ist und eben nicht der Scheidung einer Ehe.

Der Widerspruchsführer verneint eine direkte Anwendung von § 1365 Abs. 1 BGB, und prüft anschließend, ob die Vorschrift analog anzuwenden ist, wenn die Ehegatten getrennt leben und die Voraussetzungen einer Scheidung vorliegen. Der Erstkorrektor merkt hierzu an, dass eine analoge Anwendung in einem solchen Fall „kaum vertretbar“ sei. Hierzu ist zunächst anzumerken, dass nach herrschender Meinung § 1365 BGB anwendbar ist, bis eine rechtswirksame Scheidung vorliegt. Allerdings zeigen die Überlegungen des Widerspruchsführers durchaus Problembewusstsein, wenn er eine direkte oder analoge Anwendung im Falle eines getrennt lebenden Ehepaars diskutiert. Denn ganz so eindeutig, wie es die Korrektoren hier erscheinen lassen wollen, ist eine direkte Anwendung des § 1365 BGB auf getrennt lebende Eheleute eben nicht. Dies zeigt sich beispielsweise an folgender Kommentierung:

„[Die Vinkulierung des Gesamtvermögens] endet mit Rechtskraft eines Scheidungs- oder Auflösungsurteils, nicht schon mit Trennung“
(Jauernig, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., 2004, Vorbem. §§ 1365 ff Rn 2).





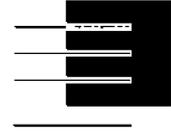
Zweck des § 1365 BGB ist es nämlich nicht nur, wie es auch der Widerspruchsführer auf den Seiten 4 und 5 zutreffend darstellt, die finanzielle Grundlage einer Familie zu sichern, sondern daneben auch, „den künftigen Ausgleichsanspruch [des anderen Ehegatten] zu sichern“ (Jauernig, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., 2004, § 1365 Rn 2; Ermann, BGB Handkommentar, 8. Aufl., Bd. 2, § 1365 Rn 2; BGH NJW 82, 1100).

Die Anwendung von § 1365 BGB liegt also in den Fällen, in denen die Voraussetzungen einer Scheidung vorliegen, eben nicht zwingend auf der Hand. Dies hat der Widerspruchsführer anhand des Gesetzeszwecks des § 1365 BGB herausgearbeitet. Da den Prüflingen in der Klausur Kommentare nicht zur Verfügung stehen, sind die Überlegungen des Widerspruchsführer, ob § 1365 BGB tatsächlich auch auf Fälle, in denen die Ehegatten bereits länger getrennt leben, durchaus und sehr gut vertretbar. Denn schließlich ist die Sachlage in beiden Fällen nicht unbedingt vergleichbar. Auch der Gesetzgeber sieht einen Unterschied zwischen einer intakten Ehe und einer (noch nicht geschiedenen) Ehe, in welcher die Ehegatten bereits getrennt leben. Dies zeigt beispielsweise § 1357 Abs. 3 BGB, wonach die Schlüsselgewalt der Ehegatten ausgeschlossen ist, wenn sie getrennt leben. Auch bei dem in seiner Schutzrichtung vergleichbaren § 1369 Abs. 1 BGB ist es nicht unumstritten, ob dieser bei getrennt lebenden Ehegatten Anwendung findet (vgl. Jauernig, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., 2004, § 1369, Rn 1). Sofern die Ehegatten bestimmte Verträge miteinander geschlossen haben, kann nicht nur die Scheidung, sondern auch bereits eine Trennung einen Wegfall der Geschäftsgrundlage begründen (vgl. BGH, Urteil vom 26.04.1995, Az.: XII ZR 132/93).

Die Ausführungen des Widerspruchsführers zeigen daher Problembewusstsein und sind daher auch als vertretbar zu würdigen. Zu den allgemein gültigen aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Bewertungsgrundsätzen gehört nämlich, dass zutreffende Antworten und brauchbare Lösungen im Prinzip nicht als falsch bewertet und zum Nichtbestehen führen dürfen. Soweit die Richtigkeit oder Angemessenheit von Lösungen wegen der Eigenart der Prüfungsfrage nicht eindeutig bestimmbar sind, die Beurteilung vielmehr unterschiedlichen Ansichten Raum lässt, gebührt zwar dem Prüfer ein Bewertungsspielraum, andererseits muss dem Prüfling aber auch ein **angemessener Antwortspielraum** zugestanden werden. Eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung darf daher nicht als falsch gewertet werden (BVerwG, Beschluss vom 13.05.2004, Az.: 6 B 25.04; BVerwG, Urteil vom 21.10.1993, Az.: 6 C 12.92).

Auch wenn der Widerspruchsführer hier nicht der herrschenden Meinung folgt, sind seine Ausführungen daher dennoch als richtig zu würdigen. Die Kritik der Korrektoren ist daher nicht berechtigt.





Im Folgenden untersucht der Widerspruchsführer die übrigen Voraussetzungen des § 1365 BGB. So bejaht er zutreffend, dass die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt haben. Anschließend prüft der Widerspruchsführer, ob M über sein Vermögen im Ganzen verfügt hat. Dafür nennt er zutreffend die hierzu vertretenen Theorien (Gesamtheits- und Einzeltheorie; vgl. Jauernig, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., 2004, § 1365, Rn 2f.). Leider vergisst der Widerspruchsführer an dieser Stelle zu problematisieren, ob die Bürgschaft über 1,9 Mio. € bei einem Gesamtguthaben von 2 Mio. € eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen darstellt. Versäumt wird leider auch, zu problematisieren ob das Eingehen eines Bürgschaftsvertrages eine Verfügung im Sinne des § 1365 BGB darstellt.

Zutreffend stellt der Widerspruchsführer dann aber dar, dass nach der subjektiven Theorie weitere ungeschriebene Voraussetzung des § 1365 BGB ist, dass der Vertragspartner Kenntnis von den Vermögensverhältnissen des Ehegatten hat. Diese Kenntnis wird zutreffend bejaht.

Da die F den Bürgschaftsvertrag nicht genehmigt, kommt der Widerspruchsführer zu dem vertretbaren Ergebnis, dass dieser nach §§ 1365, 1366 Abs. 1 BGB unwirksam ist. Die Zweitkorrektorin bemängelt am Prüfungsaufbau des Widerspruchsführers, dass dieser „bezüglich der Rechtsfolgen [...] zunächst nicht auf § 1366 BGB [abstellt]“. Dies ist so jedoch nicht richtig. Der Widerspruchsführer eröffnet seine Prüfung auf S. 3 (Mitte) mit dem Satz, dass „die E der Wirksamkeit“ des Bürgschaftsvertrages die fehlende Zustimmung der F entgegenhält. Der Widerspruchsführer zeigt damit, und mit seinem Zwischenergebnis auf S. 6 („Der Bürgschaftsvertrag ist somit unwirksam.“), dass er die rechtlichen Folgen der fehlenden Genehmigung durchaus von Beginn an richtig gesehen und beurteilt hat.

Die Nennung von § 1366 BGB bereits am Anfang der Prüfung ist nicht zwingend. Denn nur wenn die Voraussetzungen des § 1365 BGB vorliegen, kann erst die Rechtsfolge des § 1366 BGB bejaht werden. Die Kritik ist damit unberechtigt und somit fehlerhaft erfolgt.

Der Widerspruchsführer prüft außerdem, ob die Bürgschaftserklärung des M auch gegen § 242 BGB verstoßen könnte, da M damit in erster Linie beabsichtigte, einen Zugriff der F auf sein Vermögen auszuschließen. Der Erstkorrektor merkt hierzu an, dass es hierfür „einer eingehenderen Begründung bedurft [hätte], da der Sachbearbeiter der C nichts von der Benachteiligungsabsicht des M wusste. Richtig ist sicherlich, dass die Begründung des Widerspruchsführers recht kurz ist. Dennoch zeigt seine Lösung Problembewusstsein und ist in dieser Form auch nicht falsch. Denn § 242 BGB umfasst grds. auch Dritte, und nicht nur die am Vertrag Beteiligten (kein Vertrag zu Lasten Dritter).





Festzuhalten ist damit, dass der Widerspruchsführer zwar nicht alle, aber doch die meisten Probleme des 2. Aufgabenteils zutreffend und vertretbar gelöst hat. Gerade auch die Ausführungen zu Gesamtheits- und Einzeltheorie sowie zur subjektiven Theorie zeigen, dass die Kenntnisse des Widerspruchsführers in diesem Bereich mehr als solide sind. Die Leistungen des Widerspruchsführers sollten damit 15 – 20 % der möglichen 25 % an Prüfungsleistung darstellen.

Dies wird in der Gesamtbewertung der Klausur entsprechend zu berücksichtigen sein.

d) Frage 3

In Frage 3 musste geprüft werden, ob F von S Zugewinnausgleich, und wenn ja in welcher Höhe verlangen kann. Dabei war zu unterstellen, dass S Alleinerbe und der Bürgschaftsvertrag wirksam zustande gekommen sei. Frage 3 stellte nach den vom Erstkorrektor angegebenen Bewertungsgrundsätzen 40 % der Prüfungsleistung dar.

Der Widerspruchsführer nennt zunächst die richtige Anspruchsgrundlage, §§ 1372, 1378 BGB. Anschließend stellt er zutreffend fest, dass der Anspruch nur besteht, wenn die Ehegatten im Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft gelebt haben. Diese Voraussetzung wird zutreffend bejaht.

Im Folgenden problematisiert der Widerspruchsführer, ob im vorliegenden Fall, wenn die Voraussetzungen einer Scheidung vorliegen und ein Ehegatte verstirbt, nicht § 1371 Abs. 1 BGB anwendbar ist. Leider übersieht der Widerspruchsführer hier die Regelung des § 1371 Abs. 2 BGB, und kommt so zu einer analogen Anwendung der §§ 1372, 1378 BGB.

Richtig erkennt der Widerspruchsführer anschließend, dass S als Alleinerbe grds. auch für Nachlassverbindlichkeiten nach §§ 1922, 1967 BGB haftet. Anschließend erfolgt die Berechnung des Zugewinns. Dabei erkennt der Widerspruchsführer zutreffend, dass als Stichtag auf die Rechtshängigkeit der Scheidung abgestellt werden muss, § 1384 BGB (S. 8, 9). Dass der Widerspruchsführer hierbei § 1384 BGB direkt und nicht analog anwendet, weil er die Voraussetzungen einer Scheidung (zutreffend) bejaht, ist wohl kaum als schwerer Fehler zu bewerten, sondern allenfalls als kleiner Flüchtigkeitsfehler.

Anschließend stellt der Widerspruchsführer Anfangs- und Endvermögen beider Ehegatten dar. Dass er hierfür jeweils nur die Überschriften Anfangsvermögen wählte, dürfte ebenfalls als „Schönheitsfehler“ zu werten sein. Denn immerhin wird auch das Endvermögen beider Ehegatten dargestellt.





Die Kritik des Erstkorrektors ist berechtigt, wenn er anmerkt, dass die unfallbedingten Schulden der F unter dem Punkt Anfangsvermögen diskutiert werden. Offensichtlich handelt es sich hier um einen Flüchtigkeitsfehler des Widerspruchsführers, der jedoch auf das Ergebnis ohne Einfluss bleibt und deshalb keinesfalls schwerwiegend sein dürfte. Zutreffend erkannt hat der Widerspruchsführer hierbei auch, dass Schulden keinen Eingang in die Berechnung des Anfangsvermögens finden. Die Ausführungen zu Anfangs- und Endvermögen des M sind völlig zutreffend.

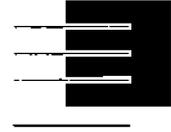
Ebenso erkennt der Widerspruchsführer auch die Regelung des § 1375 Abs. 2 Nr. 3 BGB, wonach vom Endvermögen des M die eingegangene Bürgschaftsverbindlichkeit nicht abzuziehen ist, wenn der verpflichtete Ehegatte bewusst mit Benachteiligungsabsicht gehandelt hat. Die Zweitkorrektorin merkt hierzu an, dass diese Norm nicht sauber durchgeprüft worden sei. Dieser Kritik ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Anspruchsführer die Norm nennt und ihren Regelungsgehalt darstellt. Eine erneute Darstellung der Benachteiligungsabsicht des M konnte hier unterbleiben, da der Widerspruchsführer dieser ja bereits im Rahmen der 2. Frage (S. 6) bejaht hatte. Mit dem Hinweis auf den Bürgschaftsanspruch der Bank (S. 9) dürfte der Widerspruchsführer auch hinreichend klar gemacht haben, woraus er diese Benachteiligungsabsicht herleitet.

Schließlich stellt der Widerspruchsführer noch kurz dar, dass sich der Ausgleich gem. § 1378 Abs. 1 BGB auf die Hälfte desjenigen Überschusses bezieht, welchen der Ehegatte mit dem höheren Zugewinn erzielt hat. Der Zugewinn von M (2 Mio. €) und F (0 €) wird zutreffend dargestellt.

Leider übersieht der Widerspruchsführer nachfolgend die Problematik des § 1378 Abs. 2 BGB, und kommt daher zu der (insoweit folgerichtigen) Lösung, dass F einen Ausgleichsanspruch gegenüber S in Höhe von 1 Mio. € hat.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass der Widerspruchsführer zwar nicht alle, aber fast alle im Fall angelegten Probleme erkennt und einer zutreffenden Lösung zuführt. Dabei zeigt der Widerspruchsführer nicht nur Problembewusstsein, sondern auch, dass das für eine Falllösung nötige Grundwissen vorhanden und sachgerecht dargestellt werden kann, so dass die Ausarbeitung des Widerspruchsführers – auch mit den vorhandenen Mängeln – noch eine voll und ganz den durchschnittlichen Anforderungen entsprechende Klausurlösung ist. Dieser Teil der Prüfung dürfte daher von den möglichen 40 % an Punkten, die hier erreichbar waren, mindestens 20 % erreicht haben.





e) Frage 4

In der vierten Frage geht es darum, ob F auch von S als Erben Unterhaltszahlungen verlangen kann und ob umgekehrt S von F den durch M eventuell zuviel gezahlten Unterhalt zurückverlangen kann.

Inhaltlich waren hier Trennungsunterhalt nach § 1361 BGB und nachehelicher Unterhalt nach 1573 Abs. 1 BGB zu erörtern. Leider wird der Anspruch auf Trennungsunterhalt vom Widerspruchsführer nicht geprüft. Dies liegt wohl daran, dass er – wie bereits auch zuvor – davon ausgeht, dass, weil die Voraussetzungen einer Scheidung vorliegen, die Trennungszeit der Ehegatten bereits beendet ist. Bei einem solchen Folgefehler gilt, dass dieser nicht zu einer Minderbewertung führen darf (vgl. FG Hamburg, Urteil vom 15.12.2003, Az. V 12/02; Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 2. Aufl., Rn 527).

Hinsichtlich des nachehelichen Unterhalts erkennt der Widerspruchsführer mit §§ 1573, 1586b die maßgebliche Anspruchsgrundlage. Zutreffend bejaht der Widerspruchsführer auch eine Bedürftigkeit der F. Ebenfalls zutreffend sind die Ausführungen des Widerspruchsführers zu § 1586 b Abs. 1 S. 2 und 3, wonach es nicht mehr auf die Leistungsfähigkeit des Erblassers ankommt, sondern auf die Beschränkung der Erbenhaftung auf den kleinen Pflichtteil. Diesen berechnet der Widerspruchsführer zutreffend nach § 1931 BGB auf $\frac{1}{4}$ des Erbes.

Der Erstkorrektor merkt denn auch an, dass der Unterhaltsanspruch im „wesentlichen sachgerecht“ geprüft werde, bemängelt jedoch, „dass zur Höhe der monatlichen Unterhaltsrente nichts ausgeführt wird“. Dabei übersieht der Prüfer, dass der Widerspruchsführer Ausführungen hierzu im Rahmen der Rückzahlungsverpflichtung erörtert. Dort stellt er auf den maßgeblichen § 1578 BGB ab und führt aus, dass ein Unterhalt von 1000 € bei einem Monatseinkommen des Mannes von 2100 € „gerecht“ sei. Dabei bezieht sich der Widerspruchsführer – offensichtlich – auf die bereits zuvor angesprochenen „ehelichen Lebensverhältnisse“. Da nach dem Sachverhalt das monatliche Arbeitseinkommen des M in den letzten Jahren unverändert 2100 € betrug, ist dieser Betrag damit auch für die ehelichen Verhältnisse maßgeblich. Denn nach dem Sachverhalt ist auch nicht davon auszugehen, dass M sein Bankguthaben in Höhe von 2 Mio. € regelmäßig für den familiären Unterhalt genutzt hat. Da eine detaillierte Rechnung von den Prüflingen hier nicht erwartet werden konnte (so auch der Erstkorrektor in seinem Votum), ist an der Einschätzung des Widerspruchsführers, die Höhe sei „gerecht“, nicht auszusetzen.



Im Rahmen der möglichen Rückzahlungsverpflichtung übersieht der Widerspruchsführer dann leider die insoweit maßgeblichen §§ 1360 b, 1361 Abs. 4 S. 4 BGB. Im Ergebnis jedoch zutreffend verneint er eine Rückzahlungsverpflichtung der F.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass der Widerspruchsführer Frage 4 zwar nicht völlig vollständig, aber in den wesentlichen Punkten zutreffend erörtert hat. Offensichtlich hat sich am Ende der typische Klausurzeitdruck realisiert. Selbst bei einer zurückhaltenden Bewertung dürfte dieser Teil der Klausur mit mind. 15 % Eingang in die Gesamtbewertung finden.

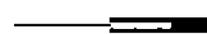
III. Gesamtergebnis

Zusammenfassend ist zu konstatieren, dass die Klausur W III des Widerspruchsführers ein ausgeprägtes Problembewusstsein erkennen lässt.

Soweit die Zweitkorrektorin dem Widerspruchsführer vorwirft, er habe versucht, „offensichtliche Ungerechtigkeiten durch leichtfertige Analogien zu bereinigen“ ist dies ungerechtfertigt. Dies klingt, als habe der Widerspruchsführer willkürlich und unsachgemäß jeweils eine Analogie gewählt, um das von ihm gefundene Ergebnis „durchzudrücken“.

So verhält es sich jedoch nicht. Der Widerspruchsführer greift lediglich zwei Mal auf eine Analogie zurück. Die analoge Anwendung einer Norm gehört zu juristischem Denken und Arbeiten. In beiden Fällen erfolgt dies, um einen Sachverhalt zu lösen, der in dieser Form nicht gesetzlich geregelt ist, nämlich der Tod eines Ehegatten, nachdem die Scheidung beantragt ist und die Voraussetzungen einer Scheidung bereits vorliegen.

Die erste analoge Anwendung erfolgt bei der Frage, ob § 1365 BGB auch bei den eben genannten Fällen anwendbar ist. Aus dem Gesetzeswortlaut und dem Gesetzeszweck erschließt sich eine solche Anwendung eben nicht zwingend. Die lückenhafte Regelung des Gesetzes wird auch daran deutlich, dass die herrschende Meinung in den genannten Fällen die Vorschrift des § 1384 analog anwendet (vgl. zum Streitstand: Ermann, BGB Handkommentar, 8. Aufl., Bd. 2, § 1384, Rn 2). Der Prüfling im ersten Staatsexamen kann nicht auf Kommentierungen oder Lehrbücher zurückgreifen. Nimmt er eine analoge Anwendung an, so erfolgt dies, um einen nicht explizit geregelten Sachverhalt anhand gesetzlicher Wertungen sachgerecht zu lösen. Dies so darzustellen, als habe der Widerspruchsführer hier willkürlich und wild analoge Anwendungen herangezogen, entspricht nicht den Geboten von Unvoreingenommenheit und Sachlichkeit. Dem Bewertungsspielraum des Prüfers steht stets auch ein Antwortspielraum des Prüflings gegenüber.





Dieser Antwortspielraum verlangt, dass die Prüfer ermitteln, ob der Prüfling in der Lage ist, eigenständig einen sachangemessenen Aufbau für die ihm zur Lösung vorgelegten Probleme zu finden und sodann diese Probleme im Rahmen seines Aufbaus sachgerecht zu erörtern, zu gewichten und einer Lösung zuzuführen.

Es bleibt daher festzuhalten, dass nahezu alle Probleme dieser Klausur erkannt und zutreffend gelöst werden. Wie vorstehend dargelegt sind viele der erfolgten Kritikpunkte durch die Korrektoren zu Unrecht erfolgt. Die erfolgte Bewertung ist daher nicht nur neu zu überdenken, sondern auch neu zu fassen, da nicht auszuschließen ist, dass hierdurch das Prüfungsergebnis negativ beeinflusst wurde. Insbesondere ist hierbei auch zu berücksichtigen, dass die Bearbeitung bei unvoreingenommener Betrachtung über wesentlich mehr gute Ansätze und Prüfungsabschnitte verfügt, als es das Votum des Erstkorrektors erscheinen lässt.

Hierbei wird nicht verkannt, dass die Prüfer teilweise über einen nicht gerichtlich überprüfbaren Beurteilungsspielraum verfügen. Dieser Spielraum ist allerdings erst und nur dann eröffnet, wenn die Leistungen des Prüflings zutreffend anhand fachspezifischer Kriterien unter Zugrundelegung des Prüflings zuzugestehenden Antwortspielraums beurteilt worden sind. Die hinsichtlich zahlreicher Aspekte unzutreffende Kritik der Korrektoren wird daher auch und gerade unter Berücksichtigung des prüfungsspezifischen Beurteilungsspielraums zu einer anderen Beurteilung der Leistungen des Prüflings führen müssen.

Ein Beurteilungsspielraum eröffnet sich nämlich erst, wenn die Leistungsfeststellung und die fachliche Einordnung fehlerfrei erfolgt sind. Erst dann, wenn der Prüfer die Prüfungsleistung vollständig zur Kenntnis genommen, deren Vertretbarkeit (sie muss genau genommen nicht einmal "richtig" im eigentlichen Sinne, sondern nur vertretbar und folgerichtig sein, selbst reine Folgefehler nach anfänglich falscher Weichenstellung dürfen nicht als falsch gewertet werden) richtig eingeordnet hat, eröffnet sich ein Bewertungsspielraum, der der gerichtlichen Kontrolle entzogen ist.

Die Leistung des Widerspruchsführers ist damit – trotz schwächerer Passagen – im Ergebnis als eine mindestens durchschnittlichen Anforderungen genügende Leistung zu sehen.

Mindestens 60 % der Klausurleistung dürften durch den Widerspruchsführer erbracht sein. Selbst wenn man hier noch Raum nach oben lässt für besonders gute, sprachlich oder argumentativ herausragende Klausuren, so ist die Leistung des Widerspruchsführers zumindest eine solche, die sich klar überhalb der „Vier-Punkte-Grenze“ bewegt.





Die abschließende Bewertung der Korrektoren mit drei Punkten ist daher - auch unter Anerkennung des insoweit bestehenden Beurteilungsspielraums – rechtsfehlerhaft erfolgt, so dass eine Neubewertung der Hausarbeit mit mindestens

sechs Punkten

angezeigt ist. Um entsprechende Neubewertung wird hiermit höflichst gebeten.

IV.

Klausur S 1

Die vom Widerspruchsführer im Bereich Strafrecht angefertigte Klausur wurde von Erst- und Zweitkorrektor übereinstimmend mit 3 Punkten bewertet.

1. Formelle Mängel

Auch die Bewertung dieser Klausur lässt formelle Mängel erkennen. Das Grundrecht auf freie Berufswahl (Art. 12 Abs. 1 GG) und das Recht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. IV GG) machen eine schriftlich Begründung der Bewertung in der Art erforderlich, dass das Recht auf gerichtliche Kontrolle des Prüfungsverfahrens unter Beachtung des Beurteilungsspielraums der Prüfer gewährleistet wird. Dies bedeutet – wie bereits ausgeführt –, dass die maßgeblichen Gründe, welche die Prüfer zur abschließenden Bewertung veranlasst haben, hinsichtlich der für das Ergebnis ausschlaggebenden Punkte erkennbar sein müssen (Verwaltungsgericht Schwerin, Beschluss vom 17.11.2000, Az.: 7 B 859/00; BVerwG, NVwZ 1993, S. 677). Die Begründung hat demnach derart zu erfolgen, dass der Prüfling in die Lage versetzt wird, die Gedankengänge der Prüfer nachzuvollziehen und etwaige Einwände gegen sie vorzubringen (Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 11.03.2004, Az.: 6 K 6228/02).

Insofern lassen die Bewertungen von Erst- und Zweitkorrektor bereits einen Begründungsmangel erkennen. Die schriftliche Bewertung muss zwar nicht alle Einzelheiten der Bewertungsgrundlagen wiedergeben, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 GG erfordern allerdings, dass sich die Bewertung der Arbeit für den Prüfling nachvollziehbar darstellt.

Insofern ist zunächst festzuhalten, dass die Klausur lediglich eine einzige Randbemerkung (zwei verbundene Fragezeichen auf S. 16) enthält. Das Votum des Erstkorrektors besteht aus einer Tabelle, in deren linker Spalte überwiegend die „Musterlösung“ festgehalten ist, während die Ausführungen des Widerspruchsführers in der rechten Spalte kommentiert werden.





Gerade die Bewertung in Tabellenform, in welcher der Musterlösung jeweils in der angrenzenden Spalte die erbrachten Klausurleistung gegenübergestellt wird, erweckt hier den starken Eindruck, dass alles, was außerhalb der Musterlösung liegt, als von vornherein „falsch“ gewertet wird. Damit wird jedoch der Antwortspielraum des Widerspruchsführers in unzulässiger Weise eingeschränkt, was noch zu zeigen sein wird.

Eine fachliche Bewertung durch den Zweitkorrektor ist nicht selbständig erfolgt. Das gesamte Votum erstreckt sich auf vier Zeilen:

„Ich bin mit der Bewertung des [...] Erstkorrektors einverstanden. Die zutreffend dargelegten Mängel rechtfertigen keine bessere Beurteilung“

Diese vier Zeilen entsprechen nicht den Anforderungen, die an eine Bewertung einer berufsbezogenen Prüfung zu stellen sind. Die Bewertung von Erst- und Zweitkorrektor hat gerade den Sinn, zwei eigenständige Bewertungen zu einer Klausur zu erhalten. Hier ist die Zweitbewertung aber lediglich eine Bestätigung des Erstkorrektors. Eine eigenständige Auseinandersetzung mit den Stärken und Schwächen der Klausur, also mit der Klausurleistung, ist hier gerade nicht erfolgt. Eine solche Begründung muss jedoch mit wesentlichen Erwägungen erfolgen (Kopp/Ramsauer, Kommentar zum VwVfG, 8. Aufl., § 40 Rn 94a). Dies dürfte besonders dann gelten, wenn es um Bewertungen geht, die über Bestehen oder Nichtbestehen einer Prüfung entscheiden.

2. Bewertungsmängel

Neben den formellen Fehlern bestehen leider auch Bewertungsmängel in materieller Hinsicht.

Die Klausur lässt sich, wie es der Verfasser auch getan hat, in zwei Handlungsabschnitte unterteilen.

a) Erster Handlungsabschnitt: Geschehen im Wald

Zunächst ist das Geschehen im Wald zu begutachten.

Der Widerspruchsführer beginnt hier mit der Prüfung, ob E sich einer gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, Nr. 2 und Nr. 5 StGB strafbar gemacht hat.

Der Erstkorrektor bemängelt an dieser Stelle, dass der Widerspruchsführer die Prüfung nicht mit § 212 Abs. 1 StGB begonnen hat.





Richtig ist zwar, dass grds. das schwerere Delikt vor dem leichteren Delikt geprüft wird. Unbedingt zwingend – im Sinne von falsch – ist dies jedoch nicht. Es handelt sich vielmehr um eine tradierte Aufbauweise, die verhindern soll, dass Delikte durchgeprüft werden, die im Wege der Konkurrenz ohnehin ausscheiden. Gerade dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall.

Der vom Widerspruchsführer gewählte Aufbau ist für seine Lösung vorteilhaft und damit sachangemessen. Er darf daher nicht als falsch gewertet werden. Denn auch Aufbau und Methodik fallen in den dem Prüfling zuzugestehenden Antwortspielraum und sind als fachspezifische Fragen keinem Bewertungsspielraum durch die Prüfer ausgesetzt (BverwG, Beschluss vom 17.12.1997, Az.: 6 B 55.97).

Der Widerspruchsführer bejaht zunächst die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes des § 223 StGB. Anschließend prüft der Widerspruchsführer, ob auch eine gefährliche Körperverletzung nach § 224 StGB in Betracht kommt. Zutreffend und ausführlich führt der Widerspruchsführer hierbei aus, dass eine zerbrochene Glasscheibe zwar keine Waffe im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 darstellt, aber ein gefährliches Werkzeug im Sinne der genannten Norm darstellt. Anschließend bejaht der Widerspruchsführer auch das Vorliegen des objektiven Tatbestandes von § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, da der „Stich in die Bauchgegend“ eine das Leben gefährdende Behandlung darstellt. Auch die objektive Zurechnung wird zutreffend bejaht.

Anschließend stellt der Widerspruchsführer kurz fest, dass E „zumindest mit dolus eventualis“ hinsichtlich der §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5 StGB gehandelt hat. Der Erstkorrektor merkt hierzu an, dass „zum subjektiven Tatbestand [...] insbesondere hinsichtlich Nr. 5 [nähere Anmerkungen fehlten]“. Diese Kritik trifft jedoch allenfalls auf § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB zu. Schon der Sachverhalt enthält keinerlei Aussagen zur inneren Seite der E. Die üblichen Floskeln, wie „beabsichtigte dabei“ oder „nahm in Kauf“, „glaubte“, „hoffte“ fehlen im Sachverhalt. Insoweit kann dann vom Prüfling aber nicht erwartet werden, dass er hierzu breite Ausführungen macht. Ersichtlich ist hier auch gerade keine Abgrenzung zur Fahrlässigkeit gewollt.

Nach ständiger Rechtsprechung (Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 17.05.1995, Az.: 6 C 12.94; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 09.08.1996, Az.: 6 C 3.95) müssen Prüfungsfragen verständlich und in sich widerspruchsfrei sein. Dies gebietet der verfassungsrechtlich verbürgte Grundsatz der Chancengleichheit. Daraus folgt auch, dass fehlende Anmerkungen zu einer im Sachverhalt nicht angedeuteten Problematik nicht zum Nachteil des Prüflings als falsch oder fehlend gewertet werden dürfen (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 23.05.1997, Az.: 22 A 2105/94).



Der Widerspruchsführer hat, wie es in solchen Fällen üblich ist, mangels anderer Hinweise im Sachverhalt zutreffend auf zumindest vorliegenden bedingten Vorsatz geschlossen. Es kann nicht von ihm verlangt werden, dass er an dieser Stelle bloße Vermutungen über das Innenleben der E anstellt. Allenfalls zu § 224 Nr. 5 StGB wäre ein klarstellender Satz erforderlich gewesen. Die Kritik des Erstkorrektors ist damit lediglich teilweise zutreffend.

Im Anschluss daran prüft der Widerspruchsführer, ob E sich in einer Notwehrlage befand und somit durch Notwehr nach § 32 StGB gerechtfertigt war. Zunächst prüft der Widerspruchsführer das Vorliegen einer Notwehrlage und bejaht diese zutreffend („körperlich unterlegen“, „rechtswidriger, gegenwärtiger Angriff“). Anschließend erörtert der Widerspruchsführer, ob die Handlung der E auch verhältnismäßig war. Diese Verhältnismäßigkeit präzisiert er durch die Begriffe „angemessen“ und „geeignet“. Hierzu führt er aus, dass sich E zwar wehrte, der A ihr aber körperlich überlegen war, so dass sie zur Glasscheibe griff. Diese war „[nach dem] Sachverhalt die scheinbar einzige Möglichkeit die drohenden Vergewaltigung abzuwehren“. Die Kritik des Erstkorrektors zu diesem Abschnitt lautet: „Im Rahmen der Prüfung der Rechtswidrigkeit werden Notwehrlage sowie Erforderlichkeit und Gebotenheit (Verfasser spricht nur ungenau von Verhältnismäßigkeit)“ [...] knapp dargestellt“. Diese Kritik ist unberechtigt, da der Widerspruchsführer – wie erläutert – die Verhältnismäßigkeit eben gerade durch die Stichwörter „angemessen“ und „geeignet“ näher präzisiert.

Zunächst ist anzumerken, dass in Literatur und Rechtsprechung Einigkeit darüber herrscht, dass nicht jede Verteidigungshandlung durch § 32 StGB gerechtfertigt sein kann. Die Handlung muss dementsprechend angemessen sein und darf somit nicht über das Ziel der reinen Verteidigung „hinausschießen“. Uneinigkeit herrscht jedoch auch in der Literatur darüber, nach welchen Gesichtspunkten die Verteidigungshandlung im Einzelnen bemessen werden muss. Joecks (Joecks, Studienkommentar StGB, 2. Aufl., § 32 Rn 4,11) beispielsweise spricht von Erforderlichkeit, Geeignetheit und dem mildesten Mittel, Fischer (Tröndle/Fischer, StGB, 51. Aufl., § 32 Rn 12) dagegen von Erforderlichkeit und Gebotenheit, *Haft* dagegen lediglich ganz pauschal von Erforderlichkeit (*Haft*, Strafrecht Fallrepetitorium, 3. Aufl., S. 22). Andere Autoren (Schröder, *JUS* 2000, 235ff), sprechen von Erforderlichkeit dann, wenn eine Handlung geeignet und das schonendste Mittel ist. Festzuhalten bleibt damit, dass die gewählten Bezeichnungen nicht stets übereinstimmend gebraucht werden, sondern dass sprachlich durchaus, auch in ihren Nuancen unterschiedliche Wendungen gebraucht werden. Entscheidend ist jedoch – und dies hat der Widerspruchsführer auch erkannt – zu sehen, dass nicht jedwede Abwehrhandlung von § 32 StGB erfasst ist.





Der Widerspruchsführer hat anhand des Sachverhalts dargelegt, dass die E sich aus eigener Kraft nicht wehren konnte und die Glasscherbe das alleinige, ihr zur Verfügung stehende Verteidigungsmittel darstellte. Der Widerspruchsführer hat damit das Problem dieses Abschnitts erkannt und sachgerecht und zutreffend gelöst. Dass er hierfür andere, in ihrem Sinngehalt doch vergleichbare Begriffe wie Verhältnismäßigkeit, Angemessenheit und Geignetheit benutzt, darf daher nicht zu seinen Lasten verwendet werden. Entscheidend ist doch, dass der Widerspruchsführer eine eigene Lösung sachgerecht entwickelt und dargestellt hat. Die Art der Darstellung, insbesondere die sprachliche Gestaltung, ist dabei von dem jedem Prüfling nach Art. 12 Abs. 1 GG zuzustehenden Antwortspielraum erfasst (vgl. BVerwG, Beschluss vom 13.05.2004, Az.: 6 B 25.04).

Schließlich kommt der Widerspruchsführer zu dem Ergebnis, dass E nach § 32 StGB gerechtfertigt war, so dass sie sich nicht nach §§ 223, 224 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat.

Anschließend prüft der Widerspruchsführer eine Strafbarkeit nach § 212 Abs. 1 StGB.

Der eigentlichen Prüfung stellt der Widerspruchsführer dabei die Frage voran, „wo der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit bzgl. der Handlung der E zu setzen ist“. Hierzu führt er aus, dass der Stich als Körperverletzung ja gerechtfertigt gewesen sei, die E also bei sofortigem Todeseintritt besser stünde, als bei einem späteren Tod des A. Daher sei der „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ hier nicht mehr auf den Stich zu legen, sondern „darauf, dass es E unterließ, rechtzeitig Hilfe zu holen.“ Im Folgenden leitet der Widerspruchsführer dann zu einer Prüfung der Strafbarkeit wegen Tötung durch Unterlassens nach §§ 212 Abs. 1, 13 StGB über.

Der Erstkorrektor hat bemängelt, dass der Widerspruchsführer keine Ausführungen zu § 212 I StGB gemacht habe. Insbesondere fehlten Ausführungen zum *dolus subsequens*. Diese Kritik ist - jedenfalls so - nicht richtig. Der Widerspruchsführer hat, dies zeigen seine Ausführungen deutlich, gesehen, dass an sich auch eine Strafbarkeit nach § 212 Abs. 1 StGB durch den von E ausgeführten Stich in Betracht kommt (vgl. S. 5). Da die E jedoch – wie die vorherige Prüfung des Widerspruchsführers ergab – in ihrer Handlung gerechtfertigt war, muss letztlich eine Strafbarkeit nach § 212 StGB ausscheiden.

Richtig ist, dass der Widerspruchsführer den Begriff des *dolus subsequens* nicht verwendet. Jedoch zeigen die Ausführungen des Widerspruchsführers, dass er diese Figur in ihrem Kerngehalt erkannt hat. Er verdeutlicht dies, indem er ausführt, dass E bei einem späteren Tod des A schlechter stünde als beim sofortigen Tod. Daher müsse auf das Liegenlassen, und nicht auf den Stich abgestellt werden.





Durch diese Sichtweise zeigt der Widerspruchsführer, dass er erkannt hat, dass *dolus subsequens* eben für ein strafbares Verhalten nicht ausreicht. Gerade deshalb muss auch auf eine neue Handlung zur „Vorwerfbarkeit“ abgestellt werden. Der Prüfer muss – nach ständiger Rechtsprechung (BVerwG, Urteil vom 16.3.1994, Az.: 6 C 5/93) die vom Prüfling angesprochenen Gesichtspunkte und Gedanken – unabhängig davon, ob sie in der "Musterlösung" enthalten sind – danach beurteilen, ob sie sich im Rahmen des vom Prüfling gewählten Aufbauschemas bewegen sowie ob sie sachlich richtig oder zumindest vertretbar und logisch begründet sind. Dabei muss der Prüfer auch unvoreingenommen an die Ausführungen des Prüflings herantreten und sich bemühen, diese in ihrem Sinngehalt zu verstehen (vgl. BVerwG, Urteil vom 20.09.1984, Az.: 7 C 57.83), auch wenn sie der Musterlösung nicht entsprechen, oder geforderte Stichwörter nicht nennen.

Hier hat der Widerspruchsführer gezeigt, dass er die Problematik erkannt hat. Die Vorwerfbarkeit legt der Prüfling also nicht auf den Wechsel des inneren Willens der E, sondern auf eine nun folgende neue Handlung, nämlich das Liegenlassen. Begründet wird dies damit, da E ansonsten bei einem sofortigen Tod besser stünde, als bei einem späteren. Die Erwägungen des Widerspruchsführers zeigen demnach nicht nur Problembewusstsein, sondern gerade auch eine eigenständige, vertretbare Begründung.

Festzuhalten ist damit, dass der Widerspruchsführer sehr wohl eine Strafbarkeit nach § 212 Abs. 1 StGB durch den Stich gesehen hat, und auch erkannt hat, dass E hierbei gerechtfertigt ist.

Hinsichtlich der Prüfung der §§ 212, 13 StGB prüft der Widerspruchsführer zunächst, ob das Unterlassen der E auch für den eingetretenen Erfolg, den Tod des A, kausal war und bejaht dabei auch die Erforderlichkeit und die tatsächliche Möglichkeit, den A noch zu retten. Im Anschluss hieran prüft er dann, ob der E auch eine Garantenpflicht zum Handeln oblag. Im Ergebnis zu Recht verneint der Widerspruchsführer eine Garantenpflicht aus Ingerenz. Der Korrektor merkt hierzu an, die „Begründung (hierfür) [sei] zu oberflächlich“. Diese Kritik ist jedoch nicht berechtigt. Der Widerspruchsführer stellt – wie auch ein Teil der Literatur und der BGH (vgl. m.w.N. Tröndle/Fischer, StGB, 51. Aufl., § 13, Rn 11; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 28. Aufl., Rn 726) – darauf ab, ob das vorangegangene Verhalten pflichtwidrig war. Da E in Notwehr handelte, handelte sie nicht pflichtwidrig, so dass Ingerenz entfällt. Dies wird auch in Literatur und Rechtsprechung so gesehen (vgl. Tröndle/Fischer, aaO). Als Begründung für eine Ablehnung der Pflichtwidrigkeit führt der Widerspruchsführer den Gesichtspunkt von „Zumutbarkeit“ und „Unverständlichkeit“ einer Rettungshandlung an, und damit Gesichtspunkte der Bewahrung der Rechtsordnung (vgl. Joecks, Studienkommentar StGB, 2. Aufl., § 13, Rn 40).



Ähnlich formuliert auch *Wessels/Beulke* (Strafrecht AT, Rn 726): „es ginge auch zu weit, hier das Opfer mit der Garantenhaftung zu belasten“. In Anbetracht der Zeitknappheit der Klausur und des umfänglichen Streitstandes in der Literatur (vgl. nur Tröndle/Fischer, StGB, 51. Aufl., § 13, Rn 11) kann für diese Streitfrage im Rahmen einer Klausur wohl kaum eine umfangreiche Darstellung der unterschiedlichsten Ansichten verlangt werden. Entscheidend für die Bewertung der Prüfungsleistung ist, dass der Widerspruchsführer im Rahmen seines Antwortspielraums die rechtliche Problematik erkannt und sie mit vertretbarer Begründung sachgerecht gelöst hat. Der Erstkorrektor lässt auch nicht erkennen, welche Gesichtspunkte er in der Begründung des Prüflings vermisst. Die Kritik der „Oberflächlichkeit“ bleibt somit selbst oberflächlich und stellt keine angemessene Begründung dar. Vielmehr ist sie auch inhaltlich – wie gezeigt – nicht berechtigt.

Im Folgenden prüft der Widerspruchsführer eine Strafbarkeit nach § 221 Abs. 1, 3 StGB, die er zutreffend, knapp und folgerichtig anhand der bereits angeführten Aspekte verneint.

Der Kritik des Erstkorrektors ist zuzugeben, dass der Prüfling eine Strafbarkeit nach § 227 StGB ebenso übersieht, wie eine Strafbarkeit nach §§ 212 Abs. 1, 13 StGB durch Abhalten des B von Rettungsmaßnahmen, die jedoch nicht unbedingt auf der Hand lag. Daher dürfte allein das Fehlen von § 227 StGB zu Lasten des Widerspruchsführers ins Gewicht fallen.

Für das Ende des ersten Handlungsabschnitts prüft der Widerspruchsführer abschließend, ob sich E und B gem. § 323c StGB strafbar gemacht haben.

Hinsichtlich der diesbezüglichen Strafbarkeit der E bejaht der Widerspruchsführer zunächst zutreffend das Vorliegen einer Notlage, das Unterlassen einer möglichen Hilfeleistung („Hilfe leisten durch Hilfe holen“) sowie Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der Hilfeleistung. Hierbei erkennt der Widerspruchsführer auch zutreffend, dass es bei § 323c StGB – anders als bei den vorsätzlichen Unterlassungsdelikten – im Rahmen der Zumutbarkeit nicht auf ein mögliches pflichtwidriges oder pflichtgemäßes Vorverhalten des Täters ankommt, sondern dass es sich um eine allgemeine Pflicht handelt (so auch Tröndle/Fischer, StGB, 51. Aufl., § 323c, Rn 7f). Der Erstkorrektor bemängelt an dieser Stelle, dass „keine klare Trennung dieses Handlungsabschnitts von dem folgenden [erfolge], da schon hier das Eintreffen des B miteinbezogen [werde]“. Dies ist jedoch nicht richtig. Der Widerspruchsführer leitet lediglich im Rahmen der Vorsatzprüfung aus dem Umstand, dass die E dem B „wider besseren Wissens verschwie“, dass dieser noch am Leben ist, ab, dass E vorsätzlich handelte. Das Eintreffen des B dient daher allein der Bejahung des Vorsatzes, ohne dass dies für den Tatbestand einen Unterschied machen würde. Die Kritik des Erstkorrektors ist damit unberechtigt.



Der Widerspruchsführer kommt dann zu dem zutreffenden Ergebnis, dass sich E gem. § 323c StGB strafbar gemacht hat.

b) zweiter Handlungsabschnitt: Geschehen im Haus

Im zweiten Handlungsabschnitt dieser Klausur ging es um die Vorgänge im Haus des F.

Der Widerspruchsführer beginnt diesen Abschnitt der Prüfung mit einer Strafbarkeit der E wegen versuchten Diebstahls nach §§ 242 Abs. 1, 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB.

Der Widerspruchsführer stellt fest, dass versuchter Diebstahl nach § 242 Abs. 2 StGB strafbar ist und dass die Tat nicht vollendet wurde. Letzteres begründet er damit, dass F die K „zwar vor dem Haus, jedoch noch auf seinem Grundstück überrascht“. Der Erstkorrektor bemängelt hier, dass diese Begründung für die Verneinung eines vollendeten Diebstahls falsch sei. Diese Kritik trifft jedoch nicht zu.

§ 242 StGB ist mit Wegnahme der Sache vollendet (Tröndle/Fischer, StGB, 51. Aufl., § 242 Rn 53). Wegnahme bedeutet die Aufhebung fremden und die Herstellung neuen, eigenen Gewahrsams gegen oder ohne Willen des Berechtigten (Joecks, Studienkommentar StGB, 2. Aufl., § 242 Rn 10). Ob eine Gewahrsamserlangung durch den Täter stattgefunden hat, ist nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen; dafür kommt es stets auf die Einzelheiten eines Falles an, insbesondere die gegebenen Örtlichkeiten und die Größe des Diebesgutes. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass F hinsichtlich aller in seinem Haus, aber auch vor seinem Haus befindlichen Sachen Herrschaftswillen hat. Geht man davon aus, dass das Haus des F – wie fast jedes deutsche Haus – nicht direkt an der Straße liegt, sondern einen wenigstens kleinen Vorgarten aufweist, so hat F auch Gewahrsam an den Dingen, die sich in seinem Vorgarten, also vor seinem Haus befinden (ähnlich: Pflug des Bauern auf dem Feld). Wenn man weiterhin annimmt, dass das Ölgemälde „der Streit“ nicht nur prächtig gemalt ist, sondern auch zumindest so „prächtige“ Ausmaße hat, dass es nicht einfach in eine Tasche gesteckt werden kann, so ist es vertretbar, anzunehmen, dass E direkt vor dem Haus eben noch keinen neuen Gewahrsam im Sinne einer gefestigten, eigenen Sachherrschaft hatte. Denn in diesem Zeitpunkt war das Bild eben noch nicht der Beherrschungssphäre des Berechtigten, des F, entzogen. Allein das Fortschaffen vom Tatort (hier: aus dem Inneren des Hauses) ist für die Abgrenzung zwischen Gewahrsamsbruch und neuem Gewahrsam kein geeignetes Kriterium (Tröndle/Fischer, StGB, 51. Aufl., § 242, Rn 17). Da der Sachverhalt weder die Örtlichkeiten, noch Größe des Bildes ausführlich beschreibt, ist die nach den Vorstellungen des Widerspruchsführers begründete Annahme, ein vollendeter Diebstahl liege nicht vor, vertretbar.





Die Kritik des Erstkorrektors ist damit unberechtigt und damit auch falsch.

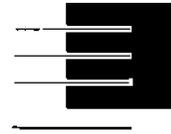
Im Folgenden prüft der Widerspruchsführer, ob ein besonders schwerer Fall des Diebstahl gem. § 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB bzw. ein Wohnungseinbruch nach § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB vorliegt, da E möglicherweise einen „falschen“ Schlüssel zum Eindringen in das Haus des F benutzt hat. Mit vertretbarer Argumentation bejaht der Widerspruchsführer die „Falschheit“ des Schlüssels und das Eindringen in Gebäude und Wohnraum.

Der Erstkorrektor bemängelt anschließend, dass der Widerspruchsführer die „angedachte Drittzueignungsabsicht [...] nicht herausgearbeitet [habe]“. Dem ist insoweit zuzustimmen, als die Ausführungen des Widerspruchsführers an dieser Stelle in der Tat sehr knapp ausgefallen sind. Allerdings hat der Prüfer selbst durch das Wörtchen „angedacht“ gezeigt, dass der Widerspruchsführer sehr wohl die Drittzueignung gesehen hat. Dies wird auf S. 13 der Klausur dargestellt („[...] da sie [E] das Bild dem B übergeben wollte“). Auf S. 15 bejaht der Widerspruchsführer dann die Zueignungsabsicht der E. Es fragt sich hier auch, ob anlässlich der Fassung des Sachverhaltes hier ohnehin längere Ausführungen von den Prüflingen zu erwarten gewesen sind. Dass E das Bild nicht für sich, sondern für B entwenden wollte, liegt auf der Hand. Eine andere Betrachtungsweise lässt der Sachverhalt auch gar nicht zu. Festzuhalten ist damit, dass die Ausführungen des Widerspruchsführers an dieser Stelle zwar knapp sind, aber ersichtlich ist, dass der Widerspruchsführer die Problematik der Drittzueignung erkannt hat. Die (Dritt)Zueignungsabsicht der E wird auch zutreffend bejaht. Die Ausführungen des Widerspruchsführers an dieser Stelle sind daher als vertretbar und richtig zu bewerten.

Der Widerspruchsführer bejaht im Folgenden unmittelbares Ansetzen, Rechtswidrigkeit und Schuld. Leider richtig ist, dass es der Widerspruchsführer hier versäumt, auf eine Rechtfertigung nach §§ 34, 35 StGB einzugehen.

Stattdessen prüft der Widerspruchsführer, ob die Voraussetzungen eines Rücktritts vorliegen, was er zutreffend verneint.

Die folgende Prüfung der Strafbarkeit des B nach §§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 22, 23, 25 StGB leidet erkennbar unter dem vor allem im Strafrecht vorherrschenden Zeitmangel für die Bearbeitung. Der auf S. 16 zu findende Satz des Widerspruchsführers („[...] wenn es sich bei den Beteiligten um Mittäter i.S.v. § 25 (2) handelt“ ist offensichtlich ein durch den Zeitdruck entstandenes Schreib- bzw. Zitierversehen. Dass der Widerspruchsführer von einer mittelbaren Täterschaft ausgeht, wird schon dadurch klar, dass er dies im Obersatz voranstellt und auf die Tatherrschaftslehre abstellt.



Hierzu führt er aus, dass B vorgibt, das Geschehen in der Hand zu haben und die E den Willen des F verwirklicht, weil „sie Angst vor Strafverfolgung hat“. Es gibt keinen allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsatz, dass Unachtsamkeitsfehler grds. dem Prüfling anzurechnen sind. Im Gegenteil ist jedes Prüfungsverfahren darauf angelegt, den wesentlichen Wissens- und Leistungsstand eines Prüflings zu erkennen. Offensichtliche Irrtümer und Versehen müssen daher auch als solche betrachtet werden. Eine negative Auswirkung auf die Bewertung hat demgemäss zu unterbleiben (Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 2. Aufl., Rn 394). Entgegen der Ansicht des Erstkorrektors sind die Überlegungen des Widerspruchsführers zu Täterschaft und Teilnahme gerade nicht „nicht nachvollziehbar“. Klar wird, was der Widerspruchsführer hier anprüfen will (mittelbare Täterschaft), aber eben aus Zeitmangel nicht mehr zu Ende führen kann.

Für eine vollständige Prüfung der §§ 244, 23, 25 StGB fehlt im Folgenden offensichtlich ebenso die Zeit wie für eine Prüfung des § 253 StGB und die Darstellung der Konkurrenzen. Immerhin bejaht der Widerspruchsführer in einem Satz die Strafbarkeit des B nach § 240 StGB.

V. Ergebnis

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass der Widerspruchsführer den ersten Handlungsabschnitt (Geschehen im Wald) nahezu vollständig und zutreffend löst. Wie bereits erörtert, sind viele Anmerkungen des Erstkorrektors fehlerhaft, da sie den Grundsätzen einer sachgerechten, fairen und unvoreingenommenen Prüfung widersprechen oder Richtiges und Vertretbares als Falsch bewerten.

Festzuhalten bleibt auch, dass der Widerspruchsführer – wie auch in seinen übrigen Klausuren – seine Prüfungsleistung klar gegliedert und zutreffend aufgebaut hat. Die im Fall angelegten Probleme des ersten Teils werden nahezu vollständig erkannt, und mit dem nötigen Problembewusstsein vertretbar und sachgerecht gelöst.

Der zweite Teil der Klausur (Geschehen im Haus) leidet erkennbar unter der fehlenden Zeit für die Bearbeitung. Dennoch sind die Ausführungen des Widerspruchsführers bezüglich einer Strafbarkeit der E mit Ausnahme von § 35 StGB vollständig und zutreffend erfolgt. Hinsichtlich der Strafbarkeit des B wird immerhin noch ein Ergebnis formuliert. Der Umfang und die Schwierigkeit des ersten Abschnitts dürften diejenigen des 2. Abschnitts überwiegen. Dies muss auch in der Gesamtbewertung der Klausur zu berücksichtigen sein.





Insgesamt hat der Widerspruchsführer mit seiner Lösung gezeigt, dass er über fundierte Kenntnisse im Strafrecht verfügt, und auch unbekannte Sachverhalte sachgerecht und mit einem Blick für die inhaltlichen Probleme lösen kann. Wegen der zum Großteil ungerechtfertigten Kritik dürfte daher eine Neubewertung der Klausur mit mindestens

fünf Punkten

zu erwarten sein. Um eine solche wird hiermit höflichst gebeten.

VI.

Klausur Z III

Die vom Widerspruchsführer angefertigte Klausur Z III wurde von Erst- und Zweitkorrektor übereinstimmend mit jeweils 3 Punkten (mangelhaft) bewertet.

Inhaltlich behandelte diese Klausur Erwerb und Abtretung einer Sicherungsgrundschuld. Den Prüflingen wurden vier Aufgaben gestellt:

a) Aufgabe 1a

In Aufgabe 1a) war zu erörtern, ob die K-AG zu Recht die Zwangsvollstreckung in das Grundstück der F betreiben durfte.

Der Widerspruchsführer beginnt die Falllösung mit der richtigen Anspruchsgrundlage, nämlich mit dem Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung nach den §§ 1191 Abs. 1, 1192 Abs. 1, 1147 BGB. Hier muss zunächst der Erwerb der Grundschuld durch G geprüft werden. Zutreffend bejaht der Widerspruchsführer einen Erwerb der Grundschuld durch G durch Einigung und Eintragung nach §§ 1192 Abs. 1, 873 BGB. Auch die Berechtigung der F zur Bestellung der Grundschuld wird zutreffend bejaht. Der Widerspruchsführer stellt auch fest, dass der Grundschuld eine entsprechende, zu sichernde vorliegt. Dies bedeutet jedoch nicht, wie der Erstkorrektor bemängelt, dass dem Widerspruchsführer der Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld nicht geläufig ist. Vielmehr zeigt sich hier lediglich, dass der Widerspruchsführer Probleme hatte, den Erwerb einer Sicherungsgrundschuld darzustellen.

Anschließend bejaht der Widerspruchsführer zutreffend, dass F als Eigentümerin des Grundstücks Anspruchsgegnerin ist. Auch die Fälligkeit der Forderung wird zutreffend bejaht. Demnach bejaht der Widerspruchsführer die Entstehung des Anspruchs, bevor er mögliche Einwendungen und Einreden der F überprüft.





Er überprüft die im Sicherungsvertrag vereinbarte Abrede zwischen F und G, die Grundschuld der F erst nachrangig, nach Inanspruchnahme der Bürgschaft, zu verwerten und wertet dies zutreffend als Einrede der F. Der Widerspruchsführer kommt dann zu dem zutreffenden Ergebnis, dass der dem G zustehende Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung mit einer Einrede belastet ist.

Anschließend prüft der Widerspruchsführer die Übertragung von Grundschuld und Forderung auf die K-AG nach §§ 1191 Abs. 1, 1192, 1154, 398 BGB.

Hierbei problematisiert er zu Recht im Rahmen des § 398 BGB die Vertretungsverhältnisse der K-AG. Dabei erkennt er auch die maßgeblichen Vorschriften der §§ 77 ff. AktG und die Problematik eines Verkehrsgeschäftes, da G als Inhaber von Forderung und Grundschuld gleichzeitig Gesellschafter der K-AG als Erwerberin ist.

Der Widerspruchsführer bejaht schließlich eine wirksame Übertragung von Forderung und Grundschuld auf die K-AG. Anschließend prüft er, ob die F die Einrede aus dem Sicherungsvertrag auch gegenüber der K-AG geltend machen kann. Hier sieht der Widerspruchsführer dann die insoweit maßgebliche Regelung des § 1157 BGB, und kommt somit zu dem Ergebnis, dass die K-AG die Grundschuld zwar erworben hat, die Einrede aus dem Sicherungsvertrag allerdings auch ihr gegenüber geltend gemacht werden kann.

Zuzugeben ist den Korrektoren, dass es der Widerspruchsführer leider versäumt, einen gutgläubigen Erwerb durch die K-AG zu prüfen. Unrichtig ist allerdings, dass der Widerspruchsführer nicht zu einem Ergebnis im Rahmen der ersten Frage kommt. Sein Ergebnis nennt der Widerspruchsführer auf den Seiten 9 und 10: Zunächst stellt er fest, dass F die Einreden aus dem Sicherungsvertrag auch gegenüber der K-AG zustehen (§ 1157 BGB). Abschließend stellt er fest, dass die K-AG Forderung und Grundschuld erworben hat. Im Anschluss hieran erörtert der Widerspruchsführer dann die Auswirkungen der vollstreckbaren Ausfertigung auf den Fall und leitet so auf Frage 2 der Aufgabenstellung über. Das vom Widerspruchsführer auf S. 9 verwendete „Fraglich“ bezieht sich demnach nicht auf das vom Widerspruchsführer zum ersten Teil gefundene Ergebnis, sondern leitet die Frage 1b ein („Fraglich ist [...], wenn der K-AG eine vollstreckbare Ausfertigung zugegangen ist“).

Im Ergebnis bleibt damit festzuhalten, dass der Widerspruchsführer – mit Ausnahme des gutgläubigen Erwerbs – Frage 1a vollständig, ausführlich und nahezu fehlerfrei erörtert hat.



b) Aufgabe 1b)

In Frage 1b) wurde nach den verfahrenrechtlichen Möglichkeiten der F zur Verteidigung gegen die Zwangsvollstreckung gefragt.

Den Korrektoren ist zuzugeben, dass der Widerspruchsführer hier leider die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO übersieht, und stattdessen auf §§ 707, 719 ZPO abstellt. Der Widerspruchsführer erkennt aber, dass die F geltend machen müsste, dass ihr „ein die Zwangsvollstreckung hinderndes Recht zur Verfügung steht“. Für dieses Recht stellt der Widerspruchsführer zutreffend auf die Einrede aus dem Sicherungsvertrag ab. Anhand der Regelungen der §§ 707, 719 ZPO kann auch grds. eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung erreicht werden. Leider verkennt der Widerspruchsführer hier den Anwendungsbereich der genannten Normen. Hierbei ist aber auch zu bedenken, dass in der universitären Ausbildung die notarielle Unterwerfungsklausel als Titel häufig nur unzureichend oder auch gar nicht behandelt wird.

c) Aufgabe 1c)

In Aufgabe 1c) war zu unterstellen, dass M als Mieter des Grundstücks der F, den Darlehensbetrag an die K-AG ausbezahlt. Es sollten dann Ansprüche gegenüber F, S und B geprüft werden.

Der Widerspruchsführer prüft zunächst kurz Ansprüche des M gegenüber B aus §§ 677, 680, 683 BGB.

Dieser Ansatz ist gut vertretbar, da die Tilgung fremder Schuld ein klassisches Beispiel für das Vorliegen eines fremden Geschäftes ist (Jauernig, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., 2004, § 677 Rn 3). Zutreffend erkennt der Widerspruchsführer dann, dass dies nur für den Schuldner gilt, nicht aber auch für den nur mittelbar betroffenen Bürgen (so auch Palandt, Kommentar BGB, 62. Aufl., § 677 Rn 4). Mit ähnlicher Begründung verneint der Widerspruchsführer daher auch Ansprüche des M gegen F.

Die Kritik des Erstkorrektors an dieser Stelle, dass der Widerspruchsführer den Forderungsübergang nach § 268 Abs. 3 BGB nicht gesehen hat, trifft leider zu.

Allerdings hat der Widerspruchsführer dafür andere Ansprüche, nämlich diejenigen aus GoA und ungerechtfertigter Bereicherung gesehen und zutreffend verneint. Es ist anerkannt, dass Ersatzausführungen nach falscher Weichenstellung Teil der Lösung sind und auch positiv bewertet werden müssen, wenn sie in sich folgerichtig und vertretbar sind (Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 2. Aufl., Rn 393).





Dies ist im vorliegenden Fall zu bejahen. Sicherlich war in diesem Teil der Aufgabe § 268 BGB der Schwerpunkt. Dennoch darf nicht vergessen werden, dass der Widerspruchsführer hier vertretbare Ausführungen gemacht hat.

d) Aufgabe 2)

In Aufgabe 2 wird der Sachverhalt dahingehend abgewandelt, dass nunmehr statt der K-AG die D-AG die Refinanzierung des G vornimmt. Wie der Erstkorrektor zutreffend bemerkt, erkennt der Widerspruchsführer die sich hieraus ergebende Abweichung des Falls.

Zutreffend erkennt der Widerspruchsführer, dass auch hier der F grundsätzlich die Einrede aus dem Sicherungsvertrag nach §§ 1157, 1192 BGB zusteht. Leider wird auch hier die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs nicht gesehen. Es handelt sich hier – so auch die Anmerkungen des Erstkorrektors – um einen Folgefehler des Widerspruchsführers. Ein solcher Fehler darf nicht noch einmal zu einer Minderbewertung führen (Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 2. Aufl., Rn 527).

VII. Ergebnis

Auch wenn einige Probleme des Falles nicht erkannt werden, so hat der Widerspruchsführer dennoch grundlegendes Verständnis und Problembewusstsein gezeigt. Bei der Bewertung dieser Klausur wird auch zu berücksichtigen sein, dass diese von Schwierigkeitsgrad und Umfang her als überdurchschnittlich schwer anzusehen sein dürfte. Frage 1, die einen Schwerpunkt der Klausur bildete, ist fast vollständig zutreffend gelöst worden. Da die Prüferkritik teilweise nicht berechtigt ist, dürfte eine Neubewertung mit

vier Punkten

angezeigt sein.





VIII.

Gesamtergebnis

Zusammenfassend ist zu konstatieren, dass die Klausuren des Widerspruchsführers ein ausgeprägtes Problembewusstsein erkennen lassen. Nahezu alle Probleme der Klausuren werden in ihrem Kerngehalt erfasst und sachgerecht erörtert.

Inbesondere ist hierbei auch zu berücksichtigen, dass speziell die Klausuren S I und WF III bei unvoreingenommener Betrachtung über wesentlich mehr gute Ansätze und Prüfungsabschnitte verfügen, als dies von den Korrektoren dargetan wurde. Die Bewertung des Widerspruchsführers ist daher zu überdenken, und sollte zu einer Neubewertung der Klausuren führen.

Hierbei wird auch nicht verkannt, dass die Prüfer teilweise über einen nicht gerichtlich überprüfbaren Beurteilungsspielraum verfügen. Dieser Spielraum ist allerdings erst und nur dann eröffnet, wenn die Leistungen des Prüflings zutreffend anhand fachspezifischer Kriterien unter Zugrundelegung des dem Prüflings zuzugestehenden Antwortspielraums beurteilt worden sind.

Der Bescheid vom 17.08.2006 ist nach alldem rechtswidrig und verletzt den Widerspruchsführer in seinen Rechten.

Wir beantragen daher,

1. den Bescheid vom 17.08.2006 aufzuheben
2. die Klausuren Z III, S I und WF III unter Beachtung der vorgebrachten Einwendungen gegen die Bewertungsfehler neu zu bewerten
3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren für notwendig zu erklären.

Dr. Stark
Rechtsanwalt





**Gemeinsames Juristisches Prüfungsamt
der Länder Berlin und Brandenburg
- Präsident -**

Gemeinsames Juristisches Prüfungsamt Berlin-Brandenburg
Salzburger Str. 21-25, 10825 Berlin

Gegen Empfangsbekanntnis
Rechtsanwälte Dr. Stark,
Niedeggen & Kollegen
Breite Str. 147-151
50667 Köln

PA	First not.	KB
SB	EINGEGANGEN	Mdt.
VIII.	06. Juli 2007	Konstanz nahme
Dr. Stark & Kollegen Nachrichtenwä. • Wirtschaftsprüfer • Steuerberater		
Rück- sprachen, z. u. A. per Fax, Zahlung ggü. Bedienung		
Job- stand		

Telefon: (030) 9013 3311
Telefax: (030) 9013 2012
(intern): 913
E-Mail:
gjpa@senjust.verwalt-berlin.de
www.berlin.de/gjpa
www.mdj.brandenburg.de

Aktenz.: [REDACTED]

Bearb.: Herr Hänisch

Datum: 28. Juni 2007

Sprechzeiten:
Mo. Mi. Fr. 9.30 bis 13.00 Uhr

Erste juristische Staatsprüfung Ihres Mandanten [REDACTED]
Ihr Zeichen: [REDACTED] ./ GJPA (Az.: 2006/10257/10-st)

Anlagen

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt Dr. Stark,

auf den Widerspruch Ihres Mandanten gegen meinen Prüfungsbescheid vom 17.08.2006 er-
geht folgender

Widerspruchsbescheid:

1. Der Prüfungsbescheid vom 17.08.2006 wird aufgehoben.
2. Die Kosten des Widerspruchsverfahrens trägt das Land Berlin.
3. Die Zuziehung eines Bevollmächtigten wird für notwendig erklärt.

Begründung:

Mit Bescheid vom 17.08.2006 ist Ihrem Mandanten mitgeteilt worden, dass er von der mündli-
chen Prüfung ausgeschlossen ist und die erste juristische Staatsprüfung nicht bestanden hat,
weil er in mehr als fünf Arbeiten eine schlechtere Note als 'Ausreichend' erzielt hat, § 6 Abs. 2
des Gesetzes über die juristische Ausbildung - JAG - 1993 (GVBl. 554), zuletzt geändert durch
Gesetz vom 4. Juli 2002 (GVBl. S. 188).

Gegen diesen, Ihrem Mandanten am 23.08.2006 durch Einlegen in den Hausbriefkasten zugestellten Bescheid richtet sich der am 15.09.2006 hier eingegangene Widerspruch.

Zur Begründung des Widerspruchs sind die Bewertungen der Aufsichtsarbeiten WF 3/1 (BE)-1.2006/I, S I -1.2006/I und Z III-1-2006/I beanstandet worden.

Der Widerspruch ist zulässig und begründet.

Ich habe die Korrektoren der betroffenen Aufsichtsarbeiten gebeten, zum Widerspruchsvorbringen Stellung zu nehmen und die Arbeiten gegebenenfalls neu zu bewerten.

Die Nachkorrektur hat im Fall der Aufsichtsarbeit WF 3/1 (BE)-1.2006/I zu einer Anhebung der Note um einen Punkt auf 4 Punkte geführt. Bei nunmehr vier Aufsichtsarbeiten mit einer Bewertung von 4,0 oder mehr Punkten ist Ihr Mandant von der mündlichen Prüfung nicht ausgeschlossen. Die mündliche Prüfung kann als Gruppenprüfung im September 2007 abgelegt werden.

Die gegen die Bewertung der Aufsichtsarbeiten S I -1.2006/I und Z III-1-2006/I erhobenen Einwendungen greifen letztlich nicht durch. Die Korrektoren sind zum Ergebnis gelangt, an ihren ursprünglichen Bewertungen festzuhalten. Prüfungs-rechtlich relevante Fehler seitens der Korrektoren vermag ich nicht festzustellen. Der Entscheidungsspielraum, der den Korrektoren nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei prüfungsspezifischen Wertungen verbleibt und einer gerichtlichen Kontrolle entzogen ist, wurde nicht überschritten. Auf die in der Anlage in Kopie beigefügten Stellungnahmen nehme ich Bezug.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 80 Abs. 1 und 2 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Berlin.

Soweit Rügen als unberechtigt beurteilt sind, ist dieser Bescheid als behördliche Verfahrenshandlung gemäß § 44 a VwGO nicht anfechtbar. Ihr Mandant kann die Rügen jedoch nach Abschluss des Prüfungsverfahrens im Rahmen einer etwaigen Anfechtung des neu zu erlassenden Prüfungsbescheids geltend machen.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. 

Beglaubigt



Stellungnahme zum Widerspruch gegen die Bewertung der Klausur

Die erste Frage wird im Wesentlichen zutreffend behandelt. Allerdings sind hier auch kleinere formelle Mängel zu beanstanden, so dass dieser Teil nur mit 14 Punkten (gut) zu bewerten ist. Insbesondere erscheint die Erörterung des Umstandes, dass der Zeitraum zwischen Zustellung des Scheidungsantrages und Tod des Ehemannes weniger als ein Jahr betrug, nicht nachvollziehbar. Insofern hätte näher erklärt werden müssen, warum hier ein Zusammenhang mit dem Vorliegen der Scheidungsvoraussetzungen (§ 1933 S. 1 BGB) bestehen könnte. Ferner werden die einschlägigen Vorschriften oftmals ohne Absatz- bzw. Satznenennung zitiert. Die im Erstvotum enthaltene Kritik, dass der erste und zweite Teil zusammen erörtert werden, wird demgegenüber nicht aufrecht erhalten.

Die Erörterungen zur zweiten und dritten Frage können demgegenüber nur mit jeweils zwei Punkten (mangelhaft) bewertet werden, wobei zunächst auf das Erstvotum Bezug genommen wird.

Ergänzend ist zur Bearbeitung der zweiten Frage auszuführen, dass das Fehlen einer Erörterung zur kokludenten Willenserklärung des Sachbearbeiters der C zwar keinen ganz schwerwiegenden Fehler darstellt, jedoch kann dem Widerspruchsführer nicht bei der Annahme gefolgt werden, es handele sich dabei „allenfalls um ein - leicht übersehbares - Randproblem der Aufgabenstellung“. Vielmehr wurde hier nicht mit der erforderlichen Genauigkeit geprüft; diese Auslassung muss deshalb bei der Bewertung als leichter bis mittelschwerer Mangel angesehen werden.

Als schwerwiegender Mangel ist demgegenüber weiterhin zu werten, dass der Bearbeiter im Rahmen der Prüfung des § 1365 BGB unterstellt, die „Voraussetzungen einer wirksamen Ehe“ hätten nicht mehr vorgelegen. Zunächst steht diese Auffassung im Widerspruch zu der für das Scheidungsrecht grundlegenden Regelung des § 1564 I 1 BGB, die der Bearbeiter in diesem Zusammenhang nicht einmal erwähnt. Ferner ist auch die Annahme, es sei „bereits festgestellt“ worden, dass die Voraussetzungen einer wirksamen Ehe nicht mehr vorgelegen hätten, unrichtig, da im Rahmen des § 1933 S. 1 BGB nur geprüft wurde, ob die Voraussetzung für eine Ehescheidung im Todeszeitpunkt gegeben waren.

Die Annahme M habe über sein „gesamtes Vermögen“ verfügt sowie der Umstand, dass das Problem, ob § 1365 I BGB überhaupt auf die Bürgschaft anwendbar ist, gar nicht behandelt wird, müssen ebenfalls als schwerwiegende Mängel angesehen werden. Insgesamt kann aufgrund der vielen schweren Mängel die Bearbeitung der zweiten Frage auch unter Berücksichtigung der im Votum genannten positiv zu bewertenden Punkte nur als glatt mangelhaft angesehen werden.

Auch die Mängel der Erörterungen zur dritten Frage sind so schwerwiegend, dass dieser Teil trotz der im Votum angeführten sachgerecht behandelten Punkte nur mit zwei Punkten bewertet werden kann:

Zunächst wird wiederum die wichtige Regelung in § 1564 I 1 BGB außer Acht gelassen, indem die Eheleute im Rahmen des § 1371 Abs. 1 BGB so behandelt werden, als ob sie schon geschieden wären. Die für den Fall einschlägige Regelung in § 1371 Abs. 2 BGB wird ganz übersehen. Auch der Umstand, dass der Zugewinn systematisch unrichtig unter der Überschrift „Anfangsvermögen“ geprüft wird, kann nicht als „Schönheitsfehler“ angesehen werden, weil gerade in der Ersten Staatsprüfung eine systematisch sachgerechte Prüfung im Gutachtenstil eine wesentliche Prüfungsleistung darstellt. Im Übrigen wird auf das Erstvotum Bezug genommen, wobei noch zu ergänzen ist, dass insbesondere die Auslassung des § 1378 II BGB als sehr schwerer Fehler zu werten ist, da in der Wahlfachgruppe die

Kenntnisse der einschlägigen Gesetzesnormen Grundvoraussetzung ist, um die weitergehenden Problematiken erkennen und sachgerecht bearbeiten zu können.

Die vierte Frage wird demgegenüber unter Bezugnahme auf das Votum mit knapp ausreichend (4 Punkte) bewertet. Denn zwar sind auch hier schwerwiegende Mängel gegeben, da ein Anspruch auf Trennungsunterhalt gar nicht in Betracht gezogen und die Höhe des nahehelichen Unterhalts nicht an der richtigen Stelle - nämlich im Rahmen der Prüfung der Anspruchsgrundlage - sondern erst später behandelt wird. Auch der Umstand, dass für eine Rückzahlungsverpflichtung keine Anspruchsgrundlage genannt wird, muss als schwerer Mangel angesehen werden. Aufgrund der sachgemäßen Prüfung des Unterhaltsanspruches im Übrigen ist die Bearbeitung dieser Frage aber als knapp ausreichend zu bewerten.

Es ergibt sich somit unter Berücksichtigung der Gewichtungen von 10% für die erste Frage, 40 % für die dritte Frage und jeweils 25 % für die zweite und vierte Frage ein Gesamtergebnis von 3,7 Punkte, so dass die Klausur in Abänderung der zunächst getroffenen Bewertung nunmehr mit

ausreichend (4 Punkten)

bewertet wird.

Berlin, den 28. Februar 2007

[REDACTED]

Dr. [REDACTED]

Nachkorrektur der Klausur

Frage 1: Der Bearbeiter prüft die richtigen Normen und kommt zum richtigen Ergebnis, was positiv zu bewerten ist. Die Prüfung ist auch übersichtlich. Bezüglich der rechtlichen Vaterschaft ist der Sachverhalt in der Tat lückenhaft, so dass der Einwand nicht aufrechterhalten bleibt. § 1933 Satz 1 BGB wird falsch wiedergegeben, soweit die Norm auch auf bereits geschiedene Ehen Anwendung finden soll. Auch reicht für die Einschlägigkeit des § 1933 S. 1 BGB das bloße Vorliegen der Scheidungsvoraussetzungen nicht aus – der Erblasser muss entweder die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt haben. Der Bearbeiter prüft dies zwar, der Gutachtenstil erfordert aber, dass die Tatbestandsvoraussetzungen zuvor abstrakte Erwähnung finden. Zu bemängeln ist auch, dass der Bearbeiter ohne weiteres darauf abstellt, dass zwischen Zustellung des Scheidungsantrages und Tod des M weniger als ein Jahr lag. Angesichts des Umstandes, dass es sich bei dieser Frage um eine Frage ohne erhebliche rechtliche Schwierigkeiten handelte, hatte bei der Bewertung die Sorgfältigkeit der Prüfung einen besonders hohen Stellenwert, weshalb die Ungenauigkeiten nicht als unwichtige Kleinigkeiten abgetan werden konnten. Dass die erste und zweite Frage zusammengefasst wurden, soll sich nicht negativ auf die Bewertung auswirken. Es kann aber auch nicht als positiv angesehen werden, dass sich der Bearbeiter über den durch die Fragestellung vorgegebenen Aufbau hinwegsetzt, auch wenn er es sich dadurch durch die Notwendigkeit eines verschachtelten Aufbaus schwerer macht. Wegen der aufgetretenen Ungenauigkeiten handelt es sich insoweit um eine Leistung allenfalls im vollbefriedigenden Bereich (11 Punkte).

Frage 2: Der Umstand, dass der Bearbeiter überhaupt die Frage erörtert hat, ob die E zur Geltendmachung von Einwendungen befugt war, soll als überflüssig nicht weiter negativ bewertet, zumal ausgereifte prozessuale Kenntnisse nicht zu erwarten sind. Negativ ist dann jedoch zu werten, dass der Regelungsgehalt von § 1626 a BGB verkürzt und damit falsch wiedergegeben wird – es ist nicht allein eine Sorgeerklärung des Mannes erforderlich, sondern auch die der Mutter. Die Prüfung des § 1365 BGB krankt zunächst daran, dass nicht zwischen einer unwirksamen Ehe und einer Ehe, die geschieden werden kann, unterschieden wird. Dabei handelt es sich um einen erheblichen Mangel, weil ersichtlich ist, dass nicht klar ist, welche Rechtsfolgen das bloße Vorliegen der Scheidungsvoraussetzungen hat. Das gefundene Ergebnis, die Ehe sei unwirksam, ist falsch. Die Prüfung der analogen Anwendbarkeit ist folgerichtig. Positiv ist insoweit zu sehen, dass sich der Bearbeiter nicht mit dem gefundenen Ergebnis zufrieden gibt. Negativ fällt indes ins Gewicht, dass der Bearbeiter die Voraussetzungen für eine Analogie, namentlich die unbewusste Regelungslücke und die vergleichbare Interessenlage, nicht aufstellt, was der Gutachtenstil erfordert. Das Vorliegen der Regelungslücke ist zweifelhaft. Das gefundene Ergebnis entspricht zunächst nicht der Fragestellung: Der Bearbeiter prüft selbst, ob die Norm dann Anwendung findet, die Voraussetzungen für die Scheidung vorliegen. Sodann bejaht er die Anwendbarkeit auf die geschiedene Ehe. Letzteres ist nicht vertretbar. Es fällt auch besonders negativ auf, dass der Bearbeiter nicht zwischen unwirksamer und geschiedener Ehe und der Ehe, die auf Antrag geschieden werden könnte, differenziert. Im Rahmen der Prüfung verwendet er die Begriffe, als wären sie synonym. Der Bearbeiter prüft dann mit gut vertretbaren Argumenten die Vergleichbarkeit der Interessenlage. Dass dem Bearbeiter die Gesamt – und die Einzeltheorie bekannt sind, vermag nicht aufzuwiegen, dass nicht gesehen wird, dass die Frage der Verfügung über das Vermögen im Ganzen problematisch ist, was das Hauptproblem dieser Frage darstellte. Auch das Problem der Anwendbarkeit der Norm auf die Eingehung einer Bürgschaftsverpflichtung – weitere wesentliche Prüfungsleistung – wird übersehen. § 1366 BGB hätte bei Wahrung des Gutachtenstils konkret in den Einleitungssatz gehört, der Mangel ist jedoch geringfügig. Die Ausführungen zu § 242 BGB vermögen die Mängel der Bearbeitung nicht aufzuwiegen. Dass das Verhalten des M die E ungerechtfertigt benachteiligt, springt derart ins Auge, dass das Erkennen dieser Ungerechtigkeit keine Prüfungsleistung darstellt. Die fehlerhafte Prüfung des § 1365 BGB fällt neben dem Übersehen der wesentlichen Probleme derart ins Gewicht,

dass die Arbeit trotz der aufgezeigten positiven Aspekte insoweit nur als deutlich mangelhaft (2 Punkte) bewertet werden kann.

Frage 3: Die Prüfung des § 1378 Abs.1 BGB, der die richtige Anspruchsgrundlage darstellt, sowie des § 1384 BGB krankt wiederum daran, dass das Vorliegen der Voraussetzungen für die Scheidung mit deren Vorliegen vermengt bzw. gleichgestellt oder verwechselt wird. Die sodann bemühte Analogie wird gar nicht begründet. Es erschließt sich nicht, warum nicht – folgerichtig – § 1372 BGB direkt angewendet wird. Das Übersehen von § 1372 Abs. 2 BGB ist als Folgefehler anzusehen. Der Bearbeiter prüft sodann zwar korrekt aufgegliedert nach Anfangs – und Endvermögen, erörtert die Schulden der E dann jedoch im Rahmen des Anfangsvermögens. Dabei handelt es sich keinesfalls um einen als gering zu bewertenden Fehler. Entweder der Bearbeiter hat die Systematik nicht verinnerlicht, oder er hat nicht genau an Sachverhalt und Gesetz gearbeitet. Bei der bloßen Gesetzesanwendung wiegt aber auch letzteres schwer, da im ersten Staatsexamen das Grundhandwerk der juristischen Bearbeitung, namentlich die fehlerlose Subsumtionstechnik, vorauszusetzen ist. Die knappe Darstellung von § 1573 Abs. 2 Nr. 3 BGB mag so stehen bleiben, ohne negativ ins Gewicht zu fallen. § 1378 Abs. 2 BGB fehlt – eine wesentliche Prüfungsleistung. Wegen des Fehlens des § 1378 Abs. 2 BGB, der Unstimmigkeiten des folgerichtig gewählten Prüfungsablaufes und der zumindest ungenauen Bearbeitung des rechtlich nicht anforderungsreichen Teiles der Frage betreffend das Anfangs – und das Endvermögen ist die Leistung insoweit als mangelhaft (3 Punkte) zu bewerten.

Frage 4: Das Fehlen des § 1361 BGB soll als Folgefehler hier nicht negativ gewertet werden. Im Übrigen wird auf das Erstvotum – auch das des Erstkorrektors – Bezug genommen. Die Leistung ist als ausreichend (5 Punkte) anzusehen.

Die Klausur wird unter Zugrundelegung der vom Erstkorrektor aufgeführten prozentualen Verteilung nunmehr mit

Ausreichend (4 Punkten)

bewertet.

Berlin, den 15. Mai 2007



Stellungnahme zum Widerspruchsschreiben
des Prüflings mit der Kennnummer [REDACTED]

Zu 1. Formelle Mängel:

Randbemerkungen sind nicht erforderlich.
Die linke Spalte dient mir zur Orientierungshilfe.

Zu 2. Bewertungsmängel:

a) Erster Handlungsabschnitt (Geschehen im Wald):

Bei Tötung eines Menschen ist es m.E. angezeigt, mit dem Tötungsdelikt und nicht dem Körperverletzungsdelikt zu beginnen.

Der Hinweis, „mangels Hinweisen aus dem Sachverhalt“ habe E hinsichtlich § 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB „zumindest mit dolus eventualis“ gehandelt, ist m.E. unzureichend. Es ist eine fallorientierte Begründung erforderlich.

Der Begriff Verhältnismäßigkeit gibt ebensowenig wie die Begriffe angemessen und geeignet präzise wieder, was unter Erforderlichkeit und Gebotenheit der Verteidigungshandlung zu verstehen ist.

Die Prüfung des Tötungsdelikts unter dem Gesichtspunkt des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit ist hier nicht fallgerecht, da dem Sachverhalt nicht zu entnehmen ist, dass E zum Zeitpunkt des Stichs mit der Glasscherbe einen Tötungsvorsatz hatte. Damit war m.E. eine getrennte Prüfung von § 212 StGB (Stich) und §§ 212, 13 StGB (Liegenlassen) erforderlich.

Zur möglichen Garantenstellung aus Ingerenz war m.E. angesichts dieses Prüfungsschwerpunktes eine tiefergehende Begründung erforderlich. Immerhin ist dieser Teil aber von mir mit 9 Punkten bewertet worden.

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist das Abhalten des B von Rettungsmaßnahmen ein Prüfungsschwerpunkt. Es liegt eine Strafbarkeit der E gemäß § 212 StGB vor!

Der Hinweis zu § 323c ist in die Bewertung nicht eingeflossen. Unabhängig davon ist es nicht überzeugend, zur Vorsatzbegründung zur Tatzeit auf das spätere Verhalten gegenüber B abzustellen.

b) Zweiter Handlungsabschnitt (Geschehen im Haus):

Von einem Haus des F (ggf. mit Vorgarten) ist in dem Klausursachverhalt nicht die Rede. Es geht um eine Wohnung des K, aus der B das Gemälde entwendet und mit dem sie das Haus verlässt. Die Begründung des Beschwerdeführers trägt also nicht. Die Ausführungen zum Gewahrsamsbruch insoweit in der Widerspruchsbegründung finden sich in der Klausur gerade nicht.

Die Formulierung „angedacht“ bezieht sich darauf, dass - ein Versuch unterstellt - der Tatentschluss der E zu prüfen und demzufolge zu erörtern war, wem E das Gemälde ihrer Vorstellung nach (von ihr also angedacht) zueignen wollte. Der Hinweis, E habe das Gemälde dem B übergeben wollen, kann nicht m. E. als hinreichende Darstellung der Drittzeignungsabsicht angesehen werden.

Die Erwägungen, die zum Ergebnis eines versuchten gemeinschaftlichen Diebstahls hinsichtlich B führen, bleiben für mich nicht nachvollziehbar.

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sind auch beide Handlungsabschnitte gleichgewichtig.

Insgesamt vermag ich daher Bewertungsfehler nicht erkennen, wenn auch der Prüfling seine eigene Leistung abweichend bewerten vermag.

Berlin, den 16. Februar 2007



Dr. [REDACTED]
Vorsitzender Richter am Landgericht -
[REDACTED]

10559 Berlin, den 5.3.2007
Tel (pr.) : [REDACTED]

Verschllossen - Vertraulich

Herrn
Präsidenten
des Justizprüfungsamtes
-Herrn Dr. [REDACTED] o.V.i.A.-

-durch Fach-

Betritt.: Bewertung der Aufsichtsarbeiten in der ersten juristischen Staatsprüfung

hier: Arbeiten aus dem Pflichtfach Strafrecht
Aufgabenzeichen [REDACTED] Kennnummer [REDACTED]

Bezug: Ihr Schreiben vom 21.2.2007 ([REDACTED])

Sehr geehrter Herr [REDACTED],

die Ausführungen des Kd. geben mir keinen Anlass, von meiner Bewertung der Klausur vom 19.6.2006 mit mangelhaft (3 Punkten) abzuweichen. Ich nehme zunächst Bezug auf die Ausführungen des Herrn Erstkorrektors 16.2.2007, denen ich mich anschließe. Soweit der Beschwerdeführer (S.18) ausführt, dass eine fachliche Bewertung der Arbeit durch mich als Zweitkorrektor nicht erfolgt sei, bemerke ich: Eine fachliche Bewertung durch mich ist selbstverständlich erfolgt. Das Ergebnis dieser fachlichen Bewertung, an der ich fest halte, habe ich in dem (richtigen) Satz vom 19.6.2006, dass die zutreffend dargestellten Mängel der Arbeit keine bessere Bewertung rechtfertigen, zusammengefasst.

Mit freundlichen Grüßen

[REDACTED]

15.02.2007

Widerspruch gegen die Bewertung der Aufsichtsarbeit [REDACTED] zur Kennnummer 6397

Nach erneuter Durchsicht der Arbeit halte ich auch unter Berücksichtigung des Widerspruchsvorbringens an der Bewertung mit mangelhaft (3 P.) fest.

Die Frage des gutgläubigen einredfreien Erwerbs der Grundschuld stellte das Problem der Aufgabe 1 a) dar. Unstreitig hat der Verfasser diese Fragestellung nicht aufgeworfen. Bei den geschilderten Vorüberlegungen handelt es sich lediglich um Ansätze, die noch nicht ausreichen, um eine brauchbare Würdigung der Aufgabe anzunehmen.

Dass auch bezüglich der Aufgabe 1 b) keine hinreichende Lösung erarbeitet wurde, räumt der Widerspruch ein.

Die Relevanz der Einrede zeigt sich auch bei der Frage 1 c). Da der Verfasser aber den Übergang der Grundschuld nicht ansatzweise erwägt, wird auch an dieser Stelle die fallspezifische Fragestellung nicht hinreichend beantwortet.

Sicherlich handelt es sich bei den inhaltlich unzureichenden Erwägungen unter 2) um eine Folge der mangelnden Erfassung der Möglichkeit eines gutgläubigen einredfreien Erwerbs. Dieser Fehler ist von mir dem Verfasser nicht gesondert negativ angelastet worden. Allerdings kann den Ausführungen des Verfassers an dieser Stelle auch kein positiver Wert beigemessen werden.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die vorhandenen Ansätze nicht ausreichen, um von einer brauchbaren Gesamtleistung auszugehen.

[REDACTED]

05.03.2007

Stellungnahme zu dem Widerspruch gegen die Bewertung der Aufsichtsarbeit Z III – 1.2006/I mit der Kennnummer 6397

Auch unter Berücksichtigung des Widerspruchsvorbringens kann die Arbeit nach erneuter Durchsicht nicht besser, als im Rahmen der Zweitkorrektur geschehen, bewertet werden.

Der Widerspruchsführer hat das maßgebliche Problem bei der Fallfrage 1 a) – wie er selbst einräumt – nicht erkannt. Die übrigen Ausführungen betreffen zum einen überwiegend unproblematische Vorfragen, zum anderen sind sie – wie etwa die Ausführungen zu der zu sichernden Forderung sowie zu § 1165 BGB - auch keineswegs fehlerfrei. Sie vermögen daher auch mit Blick auf das - positiv berücksichtigte - Problembewusstsein des Widerspruchsführers bezüglich der Vertretungsverhältnisse der K-AG insgesamt keine ausreichende Bearbeitung der Fallfrage zu begründen.

Dies gilt auch hinsichtlich der Aufgabe 1 b). Die maßgebliche Vorschrift wurde – unstreitig - nicht erkannt. Die Ausführungen zu §§ 707, 719 ZPO stellen mithin keine hinreichende Lösung dar.

In der Fallfrage 1 c) hat der Widerspruchsführer erneut, wie der Widerspruch auch einräumt, das maßgebliche Problem nicht erkannt. Die Ausführungen zu Ansprüchen aus GoA und ungerechtfertigter Bereicherung vermögen diesen Mangel in keiner Weise aufzuwiegen.

Auch die Lösung zu Fallfrage 2) berührt das eigentliche Problem nicht. Als Folgefehler habe ich dies zwar nicht negativ berücksichtigt, gleichwohl konnte den Ausführungen wiederum kein positiver Wert beigemessen werden.

Ich halte daher an der Bewertung mit mangelhaft (3 P.) fest.


Richterin am Landgericht