

Die BGB-Klausur - eine Schreibwerkstatt

Bearbeitet von
Von Volker Mayer, und Petra Oesterwinter

2. Auflage 2018. Buch. 242 S. Kartoniert
ISBN 978 3 8487 4333 9

[Recht > Zivilrecht > BGB Allgemeiner Teil](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

NOMOSSTUDIUM

Mayer | Oesterwinter

Die BGB-Klausur – eine Schreibwerkstatt

2. Auflage



Nomos

NOMOSSTUDIUM

Prof. Dr. Volker Mayer
Technische Hochschule Köln

Prof. Dr. Petra Oesterwinter
Fachhochschule Dortmund

Die BGB-Klausur – eine Schreibwerkstatt

2. Auflage



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4333-9 (Print)

ISBN 978-3-8452-8604-4 (ePDF)

2. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Der erfreuliche Erfolg der Erstauflage gab Gelegenheit, manches in der Darstellung zu verbessern und gelegentlich Inhalte zu vertiefen. Konzeption und Didaktik der Schreibwerkstatt sind unverändert und haben sich bewährt.

Die Schreibwerkstatt will gemeinsam mit dem Leser erarbeiten, worauf es beim Lernen und Anwenden des Zivilrechts, insbesondere beim Schreiben von Klausuren, ankommt. Richtig lesen lernen, juristisches Denken lernen, überhaupt richtig lernen zu lernen. Sie richtet sich an Studienanfänger wie Examenskandidaten gleichermaßen. Die Schreibwerkstatt ist ein Arbeitsbuch, das mehrmals und immer wieder neu durchgearbeitet werden will.

Fachlich-inhaltlich nimmt die Schreibwerkstatt Bezug auf die didaktisch vergleichbar aufgebauten Lehrbücher des Autors zum Wirtschaftsrecht: *Mayer*, Rechtsgeschäftslehre, Schuldverhältnisse, Handelsgeschäfte (2015) und *Mayer/Haarmeyer/Hillebrand*, Sachenrecht, Insolvenzrecht, internationales Privatrecht (2016).

Besonderen Dank schulden wir Frau Prof. Dr. Ursula *Kleinert*, Köln, für viele wertvolle Hinweise und Herrn Dipl.-Wirtschaftsjurist (Univ.) Patrick *Stockebrandt*, Köln, für die umsichtige Durchsicht des Manuskripts. Anregungen und Kritik sind weiterhin willkommen: volker.mayer@th-koeln.de.

Köln / Bielefeld, August 2017

Volker Mayer
Petra Oesterwinter

Inhaltsübersicht

1. Teil Schreibwerkstatt	13
A. Einleitung	13
B. Juristisches Denken lernen – die Arbeitstechnik	14
I. Den Überblick bewahren!	16
II. Lernen mit Beispielen	19
III. Schreibwerkstatt ist eine Kunstlehre	21
IV. Anspruchsaufbau	22
V. Aufbauschemata	28
VI. Aufbau einer Anspruchsprüfung auf die vertragliche Primärleistung	43
VII. Anspruchsnormen	75
C. Auffinden der Anspruchsgrundlagen und Normsuche	121
I. Normsuche durch Sachverhaltsinterpretation	122
II. Auswahl nach Anspruchsinhalten aus der Fallfrage	131
D. Strukturieren der Lösung	141
I. Vorgehensweise – die Arbeitsgliederung	144
II. Ausarbeiten der Lösung in der Arbeitsgliederung	160
III. Best practice Beispiel einer Arbeitsgliederung	189
E. Niederschrift des Gutachtens	191
I. Gutachtenstil	193
II. Das eigene Schreiben	198
F. Best practice Beispiel: Merktzettel und Arbeitsgliederung	199
2. Teil Methodische Umsetzung der Schreibwerkstatt	205
A. Kompetenzvermittlung der Schreibwerkstatt	205
I. Kompetenzvermittlung im Studium	205
II. Kompetenzorientiert prüfen in der BGB-Klausur	206
B. Lehr- und Lernmethoden der Schreibwerkstatt	208
I. Das Lehrbare lernbar machen	208
II. Nachvollziehendes aufnehmendes Lernen mit Fällen	210
III. Aktivierendes entdeckendes Lernen mit Fallstudien	218
IV. Lernen durch Lehren	234
Autorenportrait	239
Stichwortverzeichnis	241

Inhalt

1. Teil Schreibwerkstatt	13
A. Einleitung	13
B. Juristisches Denken lernen – die Arbeitstechnik	14
I. Den Überblick bewahren!	16
II. Lernen mit Beispielen	19
III. Schreibwerkstatt ist eine Kunstlehre	21
IV. Anspruchsaufbau	22
1. Aufbau des BGB und Bedeutung des Allgemeinen Teils	24
2. Verweisungstechnik: Die Allgemeinen Teile	25
V. Aufbauschemata	28
1. Struktur durch Prüfungsschemata	31
2. Entstehung eines Anspruchs	33
a) Vertragliche Primäransprüche	34
b) Primäre Haupt- und Nebenpflichten von Sekundäransprüchen unterscheiden	34
3. Rechtsvernichtende Einwendungen	40
4. Einreden (Durchsetzbarkeit eines Anspruchs)	40
5. Kritik des Schemas	41
VI. Aufbau einer Anspruchsprüfung auf die vertragliche Primärleistung	43
1. Struktur der Anspruchsentstehung	45
2. Unterscheidung von Vertragsschluss und Vertragswirksamkeit	49
a) Wirkungsproblematik: Geschäftsfähigkeit	50
b) Keine Wirkungsproblematik ist die Inhaltsbestimmung	52
c) Weitere Wirksamkeitsprobleme: Stellvertretung, Anfechtung	53
3. Juristische Denkfehler im Aufbau	55
a) Unterschiedliche Ebenen: Beispiel Vertragsschluss trotz fehlender Vertretungsmacht	55
b) Vertragsschluss und Wirksamkeit trotz Willensmangel – das anfechtbare Rechtsgeschäft	56
c) Nicht lernen, sondern verstehen: Beispiel Dissens	62
d) Unterschiedliche Ebenen: Beispiel Formmängel	64
4. Rechtsvernichtende Einwendungen	66
a) Klausurprobleme mit rechtsvernichtenden Einwendungen	68
b) Doppelwirkung von Einwendungen: Beispiel Unmöglichkeit	70
5. Anspruch durchsetzbar? (rechtshemmende Einreden)	72
a) Zurückbehaltungsrechte	73
b) Verjährung	74
VII. Anspruchsnormen	75
1. Schematische Darstellung der häufigsten Anspruchsgrundlagen	76
2. Vertragliche Leistungsansprüche	77
a) Nacherfüllung bei Schlechtleistung	81
b) Schema zur Nacherfüllung, §§ 634 Nr. 1, 635	81
3. Dingliche Ansprüche auf Herausgabe einer Sache	83
a) Vindikation	84
b) Grundbuchberichtigungsanspruch	85

4.	Schuldrechtliche Ansprüche auf Herausgabe und Ausgleich	87
a)	Vertraglich begründete Herausgabeansprüche	87
b)	Vorbemerkung zu gesetzlichen Schuldverhältnissen	88
c)	Vertragliche und quasi-vertragliche Herausgabe- und Ausgleichsansprüche	88
d)	Bereicherungsausgleich	90
aa)	Schema zur Leistungskondiktion, § 812 I 1 1. Alt.	92
bb)	Schema zu Nichtleistungskondiktionen, § 812 I 1 2. Alt.	92
cc)	Weitere Ausgleichsansprüche	92
e)	Ansprüche auf Nutzungsersatz	93
aa)	Schema: Nutzungsersatz gem. §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1	93
bb)	Schema: Nutzungsersatz gem. §§ 987 Abs. 2	93
cc)	Schema: Nutzungsersatz gem. § 991 Abs. 1 (Dreipersonenverhältnis)	94
dd)	Schema: Nutzungsersatz gem. §§ 988, 812 ff.	94
5.	Surrogationsansprüche	95
a)	Aufwendungsersatzansprüche	98
aa)	Schema zum Aufwendungsersatz des Geschäftsführers, §§ 683, 677, 670	99
bb)	Weitere Aufwendungsersatzansprüche	100
b)	Verwendungsersatzansprüche	101
aa)	Schema: Verwendungsersatz gem. § 994 Abs. 1	101
bb)	Schema: Verwendungsersatz gem. § 994 Abs. 2, 683, 670	101
cc)	Schema: Verwendungsersatz gem. § 996	101
c)	Gesetzliche Forderungsübergänge	102
6.	Schadensersatzansprüche	103
a)	Schadensersatz aufgrund Garantievertrages	104
b)	Vertragliche Sekundäransprüche auf Schadensersatz	105
aa)	Schema zum Schadensersatz wegen Mangelschäden, § 437 Nr. 3 (Kauf) bzw. § 634 Nr. 4 (Werkvertrag)	105
bb)	Schadensersatz neben der Leistung, § 280 I (culpa in contrahendo oder Nebenpflichtverletzung)	106
cc)	Berechnungsweisen des Schadensersatzes	106
dd)	Verschuldenserfordernis	108
ee)	Verschuldensunabhängige Schadensersatzpflichten	110
ff)	Schema zum Schadensersatzanspruch, § 536 a	110
c)	Schadensersatzansprüche aus vertragsähnlichen Verhältnissen	111
aa)	Überblick	111
bb)	Schema zum Schadensersatz, § 678	112
d)	Schadensersatzansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	113
aa)	§ 989 bzw. §§ 989, 990 Abs. 1	114
bb)	Schema: Schadensersatz gem. §§ 989, 990 Abs. 1	114
cc)	§§ 992, 823 ff.	114
dd)	Schema: Schadensersatz gem. §§ 992, 823	115
ee)	§§ 989, 991 Abs. 2	115
ff)	Schema: Schadensersatz gem. §§ 991 Abs. 2, 989	115
gg)	Fremdbesitzerezzess	115

e)	Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung	116
aa)	§ 823 Abs. 1	116
bb)	Schema zu Schadensersatz, § 823 I	118
cc)	§ 823 Abs. 2	118
dd)	Haftung für Verrichtungsgehilfen nach § 831	119
ee)	Weitere Deliktstatbestände	119
ff)	Schema zu Schadensersatz, § 1 Abs. 1 ProdHaftG	120
7.	Unterlassungsansprüche	120
8.	Zusammenfassung	121
C.	Auffinden der Anspruchsgrundlagen und Normsuche	121
I.	Normsuche durch Sachverhaltsinterpretation	122
1.	Richtige Arbeit mit dem Sachverhalt	123
2.	Merkzettel erstellen	125
3.	Sachziele in Rechtsziele umformulieren	129
II.	Auswahl nach Anspruchsinhalten aus der Fallfrage	131
1.	„Das Klausurproblem“ – Erkennen rechtlicher Schwerpunkte	135
2.	Denken in Gegensatzpaaren	138
3.	Assoziatives Erkennen	141
D.	Strukturieren der Lösung	141
I.	Vorgehensweise – die Arbeitsgliederung	144
1.	Konstruktion des Lösungswegs	145
a)	Zweipersonenverhältnisse und Anspruchsinhalte	146
b)	Besondere Aufbau Probleme	147
2.	Abhängigkeiten von Anspruchsgrundlagen	150
a)	Vertrag	151
b)	Vertragsähnliche Ansprüche	152
c)	Geschäftsführung ohne Auftrag	153
d)	„Dingliche“ Ansprüche	154
e)	Delikt und ungerechtfertigte Bereicherung	155
3.	Aufbau einzelner Anspruchsnormen sowie der Verfügungsgeschäfte	156
a)	Schema zu Forderungsrechten nach Rücktritt	156
b)	Schema zum Eigentumserwerb an beweglichen Sachen, §§ 929 ff.	158
4.	Prüfungsreihenfolge von Einwendungen	159
II.	Ausarbeiten der Lösung in der Arbeitsgliederung	160
1.	Normanwendung	162
2.	Notwendige Differenzierung	171
3.	Anwendung der Norm und Subsumtion	172
a)	Gesetzesauslegung	175
b)	Subsumtion	182
c)	Analogie	186
4.	Meinungsstreite in der Normanwendung	186
III.	Best practice Beispiel einer Arbeitsgliederung	189
E.	Niederschrift des Gutachtens	191
I.	Gutachtenstil	193
1.	Hypothese als Obersatz der Anspruchsprüfung	195
2.	Obersatz bilden	195
3.	Definition, Subsumtion und Ergebnis	196
4.	Sprachliche Gliederung	196

Inhalt

5. Präzision in der Sprache	197
II. Das eigene Schreiben	198
F. Best practice Beispiel: Merkzettel und Arbeitsgliederung	199
2. Teil Methodische Umsetzung der Schreibwerkstatt	205
A. Kompetenzvermittlung der Schreibwerkstatt	205
I. Kompetenzvermittlung im Studium	205
II. Kompetenzorientiert prüfen in der BGB-Klausur	206
B. Lehr- und Lernmethoden der Schreibwerkstatt	208
I. Das Lehrbare lernbar machen	208
II. Nachvollziehendes aufnehmendes Lernen mit Fällen	210
1. Die Rolle von Fällen	210
2. Stärken und Schwächen	211
3. Umsetzung der Schreibwerkstatt	212
a) Wie lassen sich Fälle konkret einsetzen?	212
b) Wie lässt sich theoretisches Wissen lernfördernd vermitteln?	215
4. Tipps und Lernstrategien	215
III. Aktivierendes entdeckendes Lernen mit Fallstudien	218
1. Die Fallstudienarbeit	218
a) Die Gestaltung von Fallstudien	218
b) Der Einsatz von Fallstudien	218
c) Phasen der klassischen Fallstudienarbeit	220
d) Rechtsprechung als Fallstudie	221
2. Problemorientierte Lehre als Weiterentwicklung der Fallstudie	222
a) Abweichende Gestaltung der Fallstudien	222
b) Vorgehen bei der problemorientierten Lehre	223
d) Phasen der problemorientierten Lehre („Siebensprung“)	225
3. Stärken und Schwächen	229
4. Umsetzung der Schreibwerkstatt	230
a) Wie lassen sich Fallstudien und problemorientierte Lehre einsetzen?	230
b) Welche organisatorischen Konsequenzen ergeben sich?	231
5. Tipps und Lernstrategien	232
IV. Lernen durch Lehren	234
1. Abgrenzung einer Lerngruppe von Tutorium und Übung	234
2. Gestaltung von Lerngruppen und Tutorien / Übungen	235
Autorenportrait	239
Stichwortverzeichnis	241

1. Teil Schreibwerkstatt

aussetzungen einer Rechtsfolge im konkreten Sachverhalt verwirklicht sind. Sie „vergleicht“ abstrakte Tatbestandsvoraussetzungen mit konkreten Sachverhaltsumständen und ist gezwungen, eine Entscheidung darüber zu treffen, ob das Konkrete im Allgemeinen aufgeht, von ihm umfasst ist. Die juristische Denkweise muss dafür geschult sein, exakte Differenzierungen treffen zu können.

- 7 Schreibwerkstatt beginnt beim *juristischen Denken Lernen*. Bevor wir in der Schreibwerkstatt anschließend die Methode auch anwenden, nachvollziehbar begründete Entscheidungen zu finden, üben wir das juristische Denken beim Lesen juristischer Texte. Juristisches Lernen muss die Inhalte nach der Art und Weise ihrer geforderten Wiedergabe ordnen: juristische Fallbearbeitungen sind Transferaufgaben. Die Falllösung ist kein Themenaufsatz, worin einzelne aus Lehrbüchern gelernte Kapitel wiedergegeben werden müssten. Sie geschieht auch nicht im Vergleich bereits entschiedener Fälle (case-method des anglo-amerikanischen Rechtskreises). *Juristisches Denken lernen* heißt, das Gesetz, hier das Bürgerliche Gesetzbuch, im Hinblick auf seine Anwendung zu verstehen. Die Gesetzesanwendung orientiert sich ausschließlich *an den Rechtsfolgen*, die sich aus Rechtsinstituten in ganz unterschiedliche Richtung ergeben können. Auf den Zusammenhang mit Rechtsfolgen gerichtet müssen juristische Texte, auch Lehrbücher, *durchgearbeitet* werden. Das ist etwas ganz anderes, als sie auf Inhalt durchzulesen.

Was sagt Dir das, fragst Du?

Du lernst falsch. – Weil Du falsch liest.

B. Juristisches Denken lernen – die Arbeitstechnik

- 8 Ganz gleich, ob es sich etwa um das Zustandekommen eines Vertrages durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen (§§ 145 ff.¹) handelt, um die Problematik der Zugangsvereitelung einer Willenserklärung oder um die Vernehmungstheorien beim Zugang nichtverkörperter Willenserklärungen unter Anwesenden: Es nützt keine noch so detaillierte Kenntnis der Streitstände und gerichtlich ausgeurteilter Einzelfälle für den Einstieg in die Fallbearbeitung. Werden im Sachverhalt der Aufgabenstellung (dem Falltext) möglicherweise auch Hinweise auf ebendiese Probleme gefunden und glaubt der Bearbeiter, „die Klausurprobleme erkannt“ zu haben, wird trotzdem die „Klausur unter'm Strich“ bleiben, wenn und weil das einschlägige Wissen nicht an der richtigen Stelle im *Aufbau der Bearbeitung* dargestellt wird. Es fehlt dann am *logischen Zusammenhang mit der Lösung* und die Bewertung wird „trotz guter Ansätze wegen schwerwiegender Aufbaufehler mangelhaft“ ausfallen.
- 9 Alle Theorien und Probleme wurden nicht erfunden, um den juristischen Prüfungsstoff zu erweitern und bräuchten deshalb nur auswendig gelernt zu werden. Theorien und Probleme betreffen die Folgen gesetzlicher juristischer Prämissen. Nur in diesem logischen Zusammenhang haben sie für die Fallbearbeitung einen Wert. Hierin liegt die hauptsächliche Schwierigkeit von Klausuren, nämlich die Lösung *richtig* „*durchzukonstruieren*“.

Worauf Du achten sollst beim Lernen?

1 §§ ohne Angabe eines Gesetzes sind solche des BGB.

Zuvorderst auf Rechtsfolgen. Und zwar auf Anspruchsgrundlagen und auf Wirkungsnormen. Sie geben die spätere Struktur vor. Die Einsicht in die möglichen Zusammenhänge geht beim Lernen schnell hinter Faktenwissen und Theoriekenntnissen verloren.

Aber nicht die Lehrbücher sind unzulänglich, sondern der Umgang mit ihnen. Immer wieder während der Lektüre eines Kapitels und jedes Textabschnittes eines Lehrbuchs muss sich der Leser aktiv und vor allem anderen fragen, ob ihm der *Anwendungsreich* des soeben Gelesenen klar ist. 10

„Wo gehört das hin, was ich in meinem Lehrbuch soeben gelesen habe?“

Die hier beispielhaft und völlig beliebig aufgegriffenen Themen des Zustandekommens eines Vertrages durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen, der Zugangsvereitelung bei Willenserklärungen und die Vernehmungstheorien beim Verhören einer gesprochenen Willenserklärung sind typische Gegenstände von Anfängerklausuren. Solche Probleme werden in den meisten Lehrbüchern der Einführungsliteratur zum Bürgerlichen Recht auf den ersten dreißig bis vierzig Seiten besprochen. Bereits *nach dem erstmaligen Lesen* bleibt wohl bei jedem Studenten hängen, dass für Verträge das Konsensprinzip gilt, das durch Angebot und Annahme und ihre inhaltliche Übereinstimmung ausgedrückt wird. Jeder kann anschließend auf die genaue Uhrzeit hin sagen, wann von einer in den Briefkasten eingeworfenen Erklärung Kenntnis erlangt wird und wie sich ein Urlaub des Empfängers hierauf auswirkt. Auch spricht sich schnell herum, dass es regelmäßig keine rechtlich nachteilhaften Auswirkungen für denjenigen hat, der einen eingeschriebenen Brief nicht bei der Post abholt. Schließlich wird man sich auch noch merken können, dass es „*nach herrschender Meinung*“ für den Zugang einer Willenserklärung genügt, wenn der Hörer des gesprochenen Wortes sie nach den Umständen vernehmen konnte und jedenfalls keine Anzeichen macht, die zu Zweifeln am richtigen Verständnis Anlass geben würden. Symptomatisch ist in Klausurbearbeitungen dann zu lesen, eine „Erklärung sei nach(!) der eingeschränkten Vernehmungstheorie zugegangen“ (Korrekturbemerkung am Rand: „Quatsch“). 11

Das alles wurde beim Lesen säuberlich mit Textmarker hervorgehoben. Weil sonst alles gelb wäre, sicher abwechselnd auch in anderen Farben. Solches „Lesen“ war dann mit ziemlicher Sicherheit vertane Zeit! So wirst Du das niemals in einer juristischen Klausur abgefragt werden.

Noch gefährlicher ist die trügerische Sicherheit: Du hast Dir den Inhalt des Gelesenen gemerkt und meinst, es damit verstanden zu haben. Mitnichten. Hast Du Dir bloß ein beispielhaftes Ergebnis, bestenfalls ein in sich abgeschlossenes Thema gemerkt? Du hast gelernt, aber hast Du verstanden?

Was Du tun sollst?

Wer intensiv lernen will, sollte beim Lesen die jeweils tragenden *Argumente* für irgendwelche Ergebnisse und Meinungen stichwortartig auf Karteikarten *exzerpieren* (*herausschreiben*). Das Wissen, dass etwas „nach h.M.“ so oder anders behandelt wird, bringt für die Benotung nahezu nichts. Brauchbar ist nur ein nachvollziehbares (be gründetes) Ergebnis. 12

Aber auch das ist es nicht, was beim Lesen falsch angegangen wird. Sondern?

1. Teil Schreibwerkstatt

- 13 Ohne Frage ist es wichtig, „natürliche und juristische Personen“ oder „die Rechts- und Geschäftsfähigkeit“ als Themenkomplex zu verstehen. Oder das Kapitel „Willenserklärungen“ usf. durcharbeiten. Von Anfang an darf der Text aber nicht essayistisch gelesen werden, als mehr oder weniger spannende Denkanstöße. Normales Lesen zielt darauf ab, den Stoff zusammenfassen und wiedergeben zu können. Der Extremfall ist das Auswendiglernen.
- 14 Juristisches Lernen darf nicht nur inhaltlich-thematisch vorangehen. Keine Rechtsanwendung und deshalb auch keine Klausur fragt z.B. nach „dem Recht der Stellvertretung“. Erfolgreiches juristisches Lernen orientiert sich auch nicht systematisch am Gesetzesaufbau. Die analysierende Darstellung eines Regelungsbereichs im Lehrbuch ist nicht Rechtsanwendung.

Sondern?

- 15 Juristisches Denken geht im Zivilrecht von § 241 Abs. 1 aus: *pacta sunt servanda*, Verträge sind einzuhalten. Das gilt nicht nur für Verträge, sondern für die Wahrung aller rechtlichen Verhältnisse.

Und das heißt?

- 16 Wir interessieren uns strukturell nur für drei Fragen:
- (1) Besteht ein Anspruch auf Erfüllung einer bestimmten Pflicht?
 - (2) Besteht ein Anspruch, wenn eine Pflicht nicht erfüllt wurde?
 - (3) Wie *entsteht* diese „Pflicht“, von der in (1) und (2) die Rede ist?
- 17 Alle juristischen Themen, insbesondere die der allgemeinen Teile müssen sich diesen Fragen unterordnen. Das tun sie aber nicht thematisch geordnet „im Ganzen“, sondern sehr eklektisch, also „stückchenweise“. Und diese Struktur müssen wir uns erarbeiten.

Was Du Dich beim Lesen also fragen musst?

Wo im Anspruchsaufbau ist was zu behandeln und warum ist es an dieser Stelle zu behandeln? – Erst anschließend stellt sich die Frage nach der inneren Struktur des einzelnen Prüfungsgegenstandes. „Das richtige Ergebnis“ (materielle Gerechtigkeit) gibt nicht die Lösungsschritte vor, sondern entsteht durch die richtige Konstruktion des Lösungsaufbaus und die Erörterung (Auslegung und Subsumtion) der relevanten Tatbestandsmerkmale auf diesem Lösungsweg.

I. Den Überblick bewahren!

Genau jetzt stehst Du an der Wegscheide zum Klausurerfolg oder Klausurversagen.

- 18 Wichtiger als die exzerpierten Einzelheiten (einschließlich der Begründungen) zu kennen, ist es, sich die fortschreitende Gliederung des gelesenen Lehrbuchs zu vergegenwärtigen. Und da sich gerade am Anfang des Studiums niemand alles merken kann, ist *die Entwicklung des Stoffes in der Abfolge der Gliederung noch wichtiger zu lernen als der ausgebreitete Inhalt.*

Sehr gute Dienste leisten auch in dieser Hinsicht die Gesetzeskommentare. Die Arbeit mit dem „Palandt“ (es genügt für zuhause ein kostengünstiges Exemplar der (Vor-)Vorausgabe, mit dem dann noch lange gearbeitet werden kann) sollte parallel

zu den Einführungsvorlesungen begonnen werden: nicht die Einzelfälle der Kommentierung, sondern v.a. die Vorbemerkungen und Einleitungen sollten durchgearbeitet werden.

Der erste Satz oder Absatz jeder neuen Gliederungsziffer oder eines Abschnittes erläutert die so wichtige systematische Stellung und damit den **Anwendungsbereich** der nachfolgenden Details. Was nach einer Selbstverständlichkeit klingt, hat in einem juristischen Lehrbuch eine unvergleichlich größere Bedeutung als in einem Roman oder bei der Zeitungslektüre.

19

Alles klar? Drei Fragen (aus Rn. 16) kannst Du Dir merken, sagst Du. Gut, aber Auswendiglernen war ja das, was Dich nicht recht weiterbringt, sagten wir. Deshalb gleich die Probe:

Wie stehen die drei Fragen von eben zueinander, wie ist ihr Verhältnis?

Es geht in juristischen Texten nicht darum, einen Szenenwechsel erscheinen zu lassen oder irgendwohin überzuleiten, sondern das Lehrbuch will den *Bauplan* offenlegen. Fast ist zu Beginn des Studiums dieser Bauplan nicht nur wichtiger als die schöne Ausführung inhaltlicher Details, sondern sogar ausreichend. Dies will ich anhand der vorhin aufgegriffenen Themen kurz darstellen.

20

Der Umgang mit einem Lehrbuch ist ein anderer als mit einem Lesebuch. Die Einleitungen zu jeder Gliederungsziffer müssen unbedingt ernst genommen und verstanden werden.

► **BEISPIEL:**

21

Der Vertragsschluss aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen ist nicht lediglich eine Einleitung zur Behandlung von Angebot und Annahme, den Bestandteilen einer Willenserklärung und ihrem Wirksamwerden durch Zugang. Vielmehr findet sich überall gleichsam als Überschrift etwa folgender Einleitungssatz: „Der Vertrag begründet ein Schuldverhältnis. Aufgrund eines Schuldverhältnisses kann eine Person von einer anderen ein Tun oder Unterlassen verlangen.“ Diese Aussage ist so in § 241 Abs. 1 definiert. Sie besagt etwas, das leider viele bis zum Ende des Studiums nicht zur Kenntnis nehmen. Nämlich: Das Schuldverhältnis **enthält** die Forderungsrechte. Z.B. umfasst *der Kauf* den Anspruch auf die Kaufpreiszahlung (§ 433 Abs. 2), nicht (irgendwie) der Vertrag. Ein Schuldverhältnis ist überhaupt nur deswegen Kauf, weil der Verkäufer Übergabe und Übereignung einer Sache oder eines anderen Kaufgegenstandes und der Käufer dafür die Zahlung eines Kaufpreises als Gegenleistung sich gegenseitig versprochen haben.

Ist der Kauf vorgegeben (so, wenn im Falltext steht: „K kauft von V“), sind deshalb jedenfalls die Primäransprüche des § 433 per definitionem entstanden. Die Erwähnung eines Vertrages, insbesondere seines Zustandekommens durch Willenserklärungen bedarf es an dieser Stelle deshalb nicht. Ja, sie wäre sogar schädlich (dazu später unter Rn. 93).

Auf ganz anderer Ebene liegt nämlich der Vertragsschluss. Die Abschlusstechnik ist nur das technische Hilfsmittel zur Begründung eines Schuldverhältnisses, wobei Begründung hier Schaffung, Herstellung bedeutet. Die Ansprüche folgen nicht aus dem Vertrag, sondern „kraft eines Schuldverhältnisses“ (§ 241 Abs. 1). Der Vertrag ist der rechtstechnische Begriff für einen von den Beteiligten gefundenen Konsens, an den sie sich gebunden zu fühlen verpflichtet haben. Der Inhalt dieser verpflichtenden Einigung ist ein bestimmter Gegenstand zum Kauf und ein bestimmter Betrag als Kaufpreis.

Zustande kommt das Vertragsverhältnis in technischer Hinsicht, indem der eine ein entsprechendes Ansinnen (Angebot) in Richtung einer anderen Person äußert, es dort so anlangt, dass vom Gehört- oder Gelesenwerden ausgegangen werden kann und der Empfänger seinerseits eine bejahende Antwort (Annahme) rechtzeitig äußert und zum anderen zurückgelangen lässt. Aus vernünftigen, praktischen Gründen ist in § 130 Abs. 1 bestimmt, dass eine Willenserklärung erst mit

1. Teil Schreibwerkstatt

Zugang beim Empfänger wirksam wird, das Angebot also erst dann angenommen werden kann, und der Konsens erst mit Zugang der Annahmeerklärung als getroffen gilt.

Erst durch diese Regelung in § 130 Abs. 1 können die Detailprobleme entstehen, welche den Vernehmungstheorien und der Zugangsvereitelung zugrunde liegen. § 130 Abs. 1 sagt nämlich bei genauem Lesen des Wortlauts nichts darüber aus, ob eine unter Anwesenden abgegebene Willenserklärung (dazu gehört nach § 147 Abs. 1 S. 2 auch eine telefonisch abgegebene) zugeht, wenn sie exakt richtig zu Gehör gekommen ist. Zugegangen kann sie ja auch sein, wenn durch irgendeine Störung unbemerkt ein Teil der Aussage verloren gegangen oder verändert worden ist (z.B. 10,- Euro statt 110,- Euro). – Würde dabei das nur bruchstückhaft oder sonst falsch übertragene Angebot als gar nicht zugegangen gelten, könnte es auch durch ein Ja des Empfängers nicht angenommen worden sein. Ohne Zugang kein wirksames Angebot und damit nichts, was angenommen werden könnte. Der Konsens scheiterte bereits auf der formalen Ebene. Die Antwort des Verhandlungspartners wäre für den Vertragsschluss bedeutungslos. Weitere Ausführungen dazu, ob inhaltliche Einigkeit etwa als Ergebnis einer Auslegung besteht, wären fehl am Platz.

Ähnliches gilt für die Zugangsvereitelung. Entstände der Konsens erst mit der regelmäßigen Möglichkeit zur Kenntnisnahme der Annahmeerklärung beim Empfänger, bräuchte dieser nur Augen und Ohren zu verschließen oder seinen Briefkasten abzuhängen und könnte sich so jeder Bindungswirkung entziehen, falls er es sich nach Abgabe seines Angebots inzwischen etwa anders überlegt haben sollte.

Kommt der juristische Bearbeiter nun zu der Überlegung, ob das wirklich richtig sein könne oder meint er gar, das sei „eindeutig unbillig und rechtsmissbräuchlich“, dann erst – nach einer solchen **Entwicklung des Problems** – ist es angemessen und richtig, gelernte Argumente und Detailkenntnisse hier anzubringen.

Es stimmt schlicht in mehrfacher Hinsicht nicht und zeugt von fehlendem Verständnis, wenn Bearbeiter stattdessen ihre Ausführungen einleiten mit Formulierungen wie „der Vertrag könnte nach der strengen Vernehmungstheorie unwirksam sein“. Nicht nur sind es die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale statt einer Theorie, welche über die Wirksamkeit rechtlicher Verhältnisse bestimmen. Außerdem können Fragen des richtigen Vernehmens nur beim Zugang und zwar nur einer unverkörpernten Willenserklärung oder bei der inhaltlichen Interpretation einer daraufhin ergangenen etwa mündlichen Antwort relevant werden. Dass solches dann Auswirkungen auf den Vertragsschluss und ggf. auf den Inhalt des Schuldverhältnisses haben kann, ist daraus nur eine konsequente Folge. ◀

Also, nochmals: Wie stehen die drei Hauptfragen von oben zueinander? Die Beispiele haben die Struktur erläutert. Du brauchst für die Antwort kein juristisches Wissen. Aber Du stehst hier am Scheideweg zum juristischen Denken. – Beinahe hätte ich gesagt: „ob die Juristerei etwas für Dich ist, oder nicht“. Also?

- 22 Das Interesse wird beim Lernen / Lesen vor allem durch die Antworten auf konkrete (Lebens-)Beispiele geweckt und nur was interessiert, wird auch behalten. In der Klausur ist solches „*case law*“ – Wissen ziemlich wertlos und oftmals sogar schädlich. Vielmehr ist nur das WARUM der Lösung merkwürdig – und zwar nicht nur das inhaltliche, sondern das systematische Argument, das die Lösung trägt (nur darauf beruht auch das Harvard-Konzept, vgl. Rn. 700, wie auch das anglo-amerikanische case law Falllösungen ähnlich systematisch gewinnt). Frage Dich also: An welchem Tatbestandsmerkmal genau scheitert etwas? Wo fügt sich dieses Tatbestandsmerkmal in den Lösungsaufbau ein?

So, jetzt brauchen wir endlich die Antwort auf die Struktur der drei Fragen. Frage (3) hat die Antwort für sich bereits ausgesprochen. Sie steht eine Ebene unter den beiden anderen. Sie betrifft eine Voraussetzung von (1) und (2). Ist bereits keine „Pflicht“ entstanden, braucht keine erfüllt zu werden und kann auch keine verletzt werden.

Und (1) und (2)? Auf den ersten Blick spricht viel dafür, sie hintereinander stehend zu sehen. Erst soll erfüllt werden (1). Wird dann aber nicht wie geschuldet erfüllt, stellt sich die Frage nach der Folge (2). Dann wäre wieder (1) die Voraussetzung für (2), wobei für (2) ein weiteres Merkmal hinzutreten würde, nämlich die Nichterfüllung. – Klingt gut, ist aber nicht logisch, sondern würde dazu führen, dass Frage (1) überflüssig wäre und auf jede Pflichterfüllung ein Anspruch bestünde. (1) ginge also in (3) auf. Wo ist der Fehler?

Nicht die Frage (1) geht in Frage (2) auf, sondern nur deren Tatbestandsmerkmal der zu erfüllenden Pflicht. Es kann ja Pflichten geben, die zwar zu erfüllen sind, aber worauf kein Anspruch besteht. Also enthält Frage (2) allenfalls alle Merkmale von Frage (1) plus ein zusätzliches. Damit wäre (2) spezieller als (1). Aber das ist jetzt gemogelt, nämlich im Zahlwort alle. Es ist nur ein gemeinsames Merkmal von vielleicht mehreren. Das lässt sich der Frage nicht entnehmen. Also: (1) und (2) stehen nebeneinander. Ob ihre Antworten dabei alternativ sind oder kumulativ sein können, kann aus den Fragen nicht abgeleitet werden.

Die Aufzählung von drei Fragen ist also an sich falsch, oder? Es sind vier, müsste man konsequent sagen. Das stimmt! Allerdings sind zwei davon identisch, denn Frage (3) kommt doppelt vor. Also sind es doch drei, aber auf zwei unterschiedlichen Ebenen liegende Fragen. Die Aufzählung ist keine Gliederung! – Und die logische Gliederung zu verstehen, ist der Kern dessen, was juristisches Denken bedeutet.

II. Lernen mit Beispielen

Ohne Beispiele wäre kaum ein Text lesbar und verständlich. Auch die gesetzlichen Typen vertraglicher Schuldverhältnisse wie Kauf, Miete etc. sind nur Beispiele. Es sind auch nur Beispiele und niemals Abstraktionen oder Theorien, welche in der Welt konkret vorhanden sind. Jede Fallbearbeitung ist notwendigerweise ein konkretes Beispiel. Das widerspricht zwar nicht der Existenz abstrakter Dinge, Naturgesetzmäßigkeiten, Prinzipien bis zur Metaphysik, aber angefasst, gesehen und gehört, unmittelbar wahrgenommen und begriffen werden, können nur konkrete Erscheinungen.

► BEISPIEL:

Wir sehen nicht eine Röte, sondern das konkrete Rot etwa eines Lippenstifts. Ist die Farbe Rot Deine Lieblingsfarbe, so findest Du zwar den passenden Nagellack im Regal. Dass er aber wirklich rot ist, weißt Du, weil Du ihn mit Deinem abstrakten Begriff von Rot (das ist die Röte) identifizierst (na ja, und weil es draufsteht). Leider nun steht im Sachverhalt nicht dabei, was für ihn juristisch gilt. Deshalb ist Aufgabe der Fallbearbeitung genau dieses Wiedererkennen des Konkreten im Allgemeinen. Außerdem ist rot nicht gleich rot, sondern es muss zu jedem Anlass das passende Rot gefunden werden und es soll außerdem aus verantwortungsvoller Herstellung stammen. Schließlich entscheiden Marke und Preis ebenso noch mit, wie der Umstand, dass Abwechslung zum jetzt schon so lange verwendeten Produkt gesucht wird.

Das ist in etwa der Komplexitätsgrad, mit dem wir uns beschäftigen müssen. Das BGB besteht weitestgehend aus abstrakten Rechtssätzen, die auf konkrete Lebenssachverhalte anzuwenden sind. Deshalb zurück zum juristischen Denken Lernen mit Beispielen. ◀

Die bereits erwähnte Zugangsvereitelung bei Willenserklärungen tritt sehr gut nachvollziehbar beim Versuch auf, eine Kündigung etwa eines Miet- oder Arbeitsverhältnisses auszusprechen. Nämlich dann, wenn der zu Kündigende sich dem Zugang dadurch entzieht, dass er entweder schlicht urlaubsabwesend ist oder aber, den Inhalt ahnend, die Annahme des Briefes gegenüber dem Postboten ablehnt und die Sendung zurückge-

23

24

25

1. Teil Schreibwerkstatt

hen lässt. Insbesondere zur zweiten Fallgestaltung existiert eine umfangreiche und bisweilen auch entgegengesetzte Rechtsprechung, die sich heute jedoch darin einig ist, dass in diesem Zeitpunkt dennoch der Zugang als bewirkt gilt, der Erklärende aber dennoch einen Zustellungsversuch unverzüglich wiederholen muss, um dem Empfänger auch faktisch die Kenntnis dessen zu ermöglichen, was rechtlich als bereits zugegangen gilt.

26 ► BEISPIEL:

So viel, so gut. Was bedeutet das aber für ein postlagerndes Einschreiben mit Rückschein, worin das Kündigungsschreiben enthalten ist? Auch dieses Beispiel mag man in seinen Unterlagen ausgebreitet finden und man kann sich merken, dass mangels Abholung in diesem Beispiel doch kein Zugang erfolgt. Weitere Fallgestaltungen und insbesondere Ausnahmen in der rechtlichen Bewertung ergänzt (was, wenn Einschreiben mit Rückschein die vertraglich vereinbarte Form für die Kündigung ist?), wird der Lernende zum wandelnden Lexikon der Zugangsprobleme. Dies jedenfalls auf seinen exerzierten Karteikarten, die Reproduktionschancen in der Klausur seien dahingestellt. *Solche Wissensanhäufung hat nichts mit Rechtsklugheit (Jurisprudenz), nichts mit juristischer Arbeitsweise und auch nichts mit guter Klausurvorbereitung zu tun.* ◀

27 Lernen anhand von Beispielen heißt demgegenüber, die **Abstraktionsebene begreiflich** zu machen. Nur deshalb werden solche Fälle dem Studienmaterial beigelegt.

Übungsbücher und Fallsammlungen sind sehr gute Übungsmöglichkeiten und geben Anschauungsmaterial. Völlig verfehlt wäre ihr Sinn aber, wenn die jeweiligen Fälle gelernt würden („Ist das nicht wie in dem anderen, wo...“). Lernen aus Fällen kann sich nur auf die Gliederung und die Darstellungsform beziehen. Inhaltlich erhellen Beispiele immer nur einen kleinen, meist sehr speziellen Ausschnitt und es ist unmöglich, viele solche Ausschnitte quasi als Puzzle zu einem vollständigen Bild zusammenzusetzen.

Den Grundsätzen problemorientierter Lehre (vgl. Rn. 740) folgt in bewährter Weise etwa das – Vorwissen voraussetzende – Lehrbuch von *Grunewald*, Bürgerliches Recht, 9. Aufl. 2014.

28 Für den Zugang von Willenserklärungen lautet die Abstraktion: der Zeitpunkt, in dem der Absender *regelmäßig mit Kenntnisnahme rechnen kann*. Bezogen auf den Zeitpunkt stecken darin zwei Aussagen, nämlich zum einen der normale Lauf der Dinge („regelmäßig“) und zweitens ein qualitatives Vertrauenselement („mit etwas rechnen“), welches sich nicht lediglich auf die Zuverlässigkeit der Post richtet, sondern eben auch auf Obliegenheiten und Pflichten des Empfängers. Hier kommt zum Tragen, ob der Empfänger sich möglicherweise für bestimmte Sendung empfangsbereit halten musste, z.B. weil eventuell gerade die Form des eingeschriebenen Briefes in einem Mietvertrag (zu Beweis Zwecken) von den Parteien vereinbart und vorgeschrieben worden war. Das ist anders als mit Beispielen kaum verständlich zu machen und auch kaum zu merken, aber es ist unsinnig, die Beispiele zu lernen. Leider besteht das Interesse des Lesers zuerst allein darin zu sehen, wie wohl der Beispielfall „ausgehen“ möge.

29 Zielführendes Lernen kann immer nur darin bestehen, den Zusammenhang zu erfassen, in dem das Gelesene steht. Das gilt für die nur illustrativen Beispiele deshalb ganz genauso, wie für die zuvor erwähnten Tatbestandsvoraussetzungen etwa auf den Ebenen des Vertragsschlusses und von Schuldverhältnissen.

Die im Studium zu erlernende Rechtsanwendung besteht weder darin, auf rein abstrakter oder theoretischer Ebene die dem Gesetz zugrundeliegenden Prinzipien und seine von ihm verfolgten Zwecke zu analysieren und zu bewerten (so die Rechtsphilosophie), noch besteht sie im rein betrachtenden und damit praktischen Vergleich von Sachverhalten (so mittelalterliche Volksrechte und auch neuzeitliche Ideen von Volksrechtsbüchern). Rechtsanwendung bedeutet beim deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, den *Ausgleich zwischen abstraktem Rechtssatz bzw. seinen abstrakten Tatbestandsmerkmalen mit einem konkreten Lebenssachverhalt* herzustellen. 30

Juristisch zu arbeiten, auch eine Klausur zu schreiben, heißt, eine konkrete Rechtsfolge zu bestimmen für ein konkretes rechtliches Verhältnis, das in einem konkreten Lebenssachverhalt verwirklicht ist. Die Rechtsfolge bestimmst Du, indem Du darlegst, dass der konkrete Lebenssachverhalt eine Teilmenge derjenigen Möglichkeiten ist, welche die abstrakten Tatbestandsvoraussetzungen erfüllen, bei deren Vorliegen das Gesetz von der Wirksamkeit eines solchen rechtlichen Verhältnisses ausgeht, für das wiederum allgemein eine Rechtsfolge vorgesehen ist, wie sie der konkret gewünschten entspricht. 31

III. Schreibwerkstatt ist eine Kunstlehre

Diesen Weg werden wir uns nun gemeinsam erschließen. Der Weg besteht nicht darin, möglichst viele Materien oder Paragraphen des BGB angesprochen oder gar ausführlich behandelt zu haben. Der Weg wird auch nicht dadurch erschlossen, dass wenigstens die angesprochenen Materien umfassend bearbeitet würden. Die Schreibwerkstatt will erst recht kein Kommentar sein. Sie kann und soll aber auch kein Lehrbuch ersetzen und noch weniger vom Besuch der Vorlesungen und anderer Lehrveranstaltungen abhalten, in denen die einzelnen Gebiete ausgebreitet und eingeübt werden sollen. 32

Die Schreibwerkstatt ersetzt auch kein Klausurentraining, sondern will dazu anleiten, *Klausuraufgaben zu entschlüsseln*. Die zusätzlich für den Klausurerfolg notwendige **Routine** wird nur **durch Selbermachen** erlangt. Aber es gibt einen dafür notwendigen und jedenfalls hilfreichen „Klausurenblick“ auf das Zivilrecht, der jetzt hergestellt und geschärft werden soll. 33

Jurisprudenz (Rechtsklugheit), und nichts anderes ist auch erfolgreiches Klausuren-schreiben, wird durch Nachahmen hergestellt. Das Subsumieren des konkreten Lebenssachverhalts unter die abstrakten Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm ist Nachahmen des Allgemeinen im Konkreten. Das Herausarbeiten der jeweiligen Tatbestandsmerkmale als Arbeit des Organisierens und Sortierens ist Nachahmung der in einer Norm (Anspruchsgrundlage) vorgegebenen Ordnung. Nachahmung ist aber immer Ausdruck eines Schauspiels. Rechtsanwendung ist in gewisser Weise Schauspielkunst. 34

Ein Schauspieler ist gut, wenn er in seiner Rolle ganz aufgeht. Dann wird nicht mehr er selbst wahrgenommen, sondern nur noch der von ihm Dargestellte. Eine Klausur ist dann gut, wenn der Bearbeiter in seinen Gedankengängen und Formulierungen ganz hinter dem Gesetz zurücktritt. Das hat nichts Automatisiertes und nicht Geringschätziges – wie wir viele historische Figuren nur durch die Rolle von Schauspielern und Filmhelden kennen und letztlich also doch der Schauspieler nicht nur eine Rolle spielt, sondern den Charakter vertritt. 35

1. Teil Schreibwerkstatt

Alle juristischen Theorien und Du, als Du Dich in der Fallbearbeitung für die eine oder andere – natürlich mit guter Begründung – entscheidest, vertreten in der Nachahmung den Gesetzgeber und das Gesetz. Aber dem guten Juristen merkt man das nicht an, vielmehr erscheint das Ergebnis geradewegs vom Gesetz so bestimmt zu sein – obwohl ein anderer, nicht minder guter Jurist zu einem diametral entgegengesetzten Ergebnis kommen mag.

- 36 Diese institutionelle Machtstellung nicht nur eines Richters, sondern kraft des Arguments genauso jedes Juristen verlangt einerseits danach, durch die Nachahmung des Gesetzes eingeeht zu werden, um nicht Willkür zu sein, wie sie aber andererseits gerade daraus erst in der Überzeugungskraft eines so gefundenen Arguments erwächst. Das übt der Student in der Klausur. Und zu Recht werden hieran höchste Anforderungen gestellt. Diese Waffe des Juristen lässt Existenzen entstehen oder kann sie vernichten.
- 37 Die Schreibwerkstatt ist eine juristische Kunstlehre. Sie versucht, eine Anleitung zu geben, **Rechtsfälle in einem regelhaften, praktischen Verfahren, gleichmäßig zu lösen**. Damit ihr Ergebnis zugleich vom Standpunkt des geltenden Rechts rational nachprüfbar ist, muss die Systematik des Verfahrens, seine Methode, aus dem Gesetz abgeleitet sein. Ziel ist, das Lehrbare lernbar zu machen und das Gelernte in der Fallbearbeitung umsetzen zu können.

IV. Anspruchsaufbau

- 38 Der gravierendste Mangel zivilrechtlicher Klausuren liegt in aller Regel beim sog. Anspruchsaufbau. Zwar kann dieser auf die Elementarfrage „Wer will was von wem woraus?“ zurückgeführt werden. Auch ist damit insbesondere für umfangreiche Klausuren ein zwingend notwendiges Ordnungssystem vorgezeichnet, als jedes Recht stets *einen* Berechtigten hat, der es allein oder mit anderen gemeinsam geltend machen kann, und *einen* Verpflichteten, der allein oder mit anderen zusammen, darauf haftet.
- 39 Gerade Klausuren mit mehreren Beteiligten müssen immer in **Zwei-Personen-Verhältnisse** gegliedert werden und was der eine im einen Verhältnis schuldet, dafür mag er im anderen Verhältnis zu einem Dritten Regress nehmen können. Selbst hier nicht weiter zu verfolgende Ausnahmen gemeinschaftlicher Berechtigung oder Verpflichtung haben bildlich gesprochen dennoch einen eindimensionalen Anspruch entsprechend der eben erwähnten Elementarfrage. Diese erinnert sodann auch daran, dass stets nur ein ganz konkretes Rechtsziel mit einem vollstreckungsfähigen Inhalt begehrt werden kann (z.B. die „Zahlung von 5000,- Euro“; „Rückübertragung des Eigentums am Auto“ oder „Herausgabe des Pkw“). Außerdem zwingt sie dazu anzugeben, „woraus“ die Rechtsfolge abgeleitet werden soll (z.B. als Kaufpreis nach § 433 Abs. 2; aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt.; aus Eigentum nach §§ 985, 986).
- 40 Beim juristischen Denken muss dieser Elementarsatz wie eine Schablone über das Gelesene gelegt und mit bedacht werden. Wie schon früher angemerkt, verfolgen die meisten Lehrbücher nicht primär das Ziel einer Klausurvorbereitung, sondern ordnen ihren Inhalt nach der gesetzlichen Systematik, also nach rechtlichen Institutionen. Das ist aus praktischen Gründen im Interesse einer vollständigen Aufbereitung des Zivilrechts kaum anders möglich.

Vgl. aber *Schellhammer*, Schuldrecht nach Anspruchsrundlagen, 9. Aufl. 2014, ders. Sachenrecht nach Anspruchsrundlagen, 5. Aufl. 2017, und insbesondere für

Fortgeschrittene sehr empfehlenswert: *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht – Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 26. Aufl. 2017. Der Autor der Schreibwerkstatt hat einen Mittelweg versucht in *Mayer*, Wirtschaftsrecht – Band 1: Rechtsgeschäftslehre, Schuldverhältnisse, Handelsgeschäfte, 2015, und *Mayer/Haarmeyer/Hillebrand*, Band 2: Sachenrecht, Insolvenzrecht, Internationales Privatrecht, 2016.

Dennoch liegt gerade in dieser *unterschiedlichen Ordnung* von Gesetz und Lehrbüchern *einerseits* und dem in der Fallbearbeitung und damit in Klausuren *andererseits* geforderten „Anspruchsaufbau“ die wesentliche Schwierigkeit und Hürde begründet. 41

Wer will was von wem woraus?

Für die erfolgreiche Klausur vergleichen wir nun zuerst den Aufbau des BGB, welchem das vertiefende Lernen aus praktischen Gründen immer folgen müssen, mit dem für die Fallbearbeitung in der Klausur zwingenden Anspruchsaufbau. Als Ergebnis werden wir feststellen, dass beide zueinander in einem spiegelverkehrten Verhältnis stehen. 42

Das BGB bestimmt Rechtsinstitute nach ihren Voraussetzungen (im Schuldrecht z.B. vertragliche und gesetzliche Schuldverhältnisse, aber auch die Irrtumsanfechtung, Verjährung etc.). Es geht bei den Schuldverhältnissen von *Lebenstypen* aus, überlegt die *Risikoverteilung* in verschiedenen Situationen, formuliert die Risikotragung als konkrete Pflichten und klärt, was gelten soll (als *Rechtsfolge*), wenn sich in einem Pflichtenverstoß ein Risiko realisiert. So behandelt das Schuldrecht zuerst vertragliche Schuldverhältnisse wie z.B. den Kauf und leitet daraus primäre Leistungsrechte, Forderungen, ab. Es überlegt, wer das Risiko einer Sachverschlechterung (Güte-Risiko) tragen soll, bestimmt dazu die Pflicht zu einer bestimmten Erfüllungsqualität und knüpft daran z.B. Gewährleistungsrechte oder Unmöglichkeitfolgen. Ähnlich regelt es gesetzliche Schuldverhältnisse (z.B. der ungerechtfertigten Bereicherung oder der unerlaubten Handlung) und gibt Ausgleichsansprüche. Auch im Allgemeinen Teil greift das BGB Rechtsfiguren auf (z.B. Irrtümer, allgemeiner: Willensmängel) und knüpft daran Rechtsfolgen an (z.B. die Anfechtbarkeit und die Nichtigkeitsfolge der Anfechtung). 43

Reflektiert und abgebildet werden in der *Fallbearbeitung* dagegen (nur) die Rechtsfolgen. Von diesen ausgehend müssen die Institute und ihre Tatbestandsvoraussetzungen geprüft werden. Aufgabe des Klausurbearbeiters ist dabei, die jeweils richtigen Rechtsfolgen und ihre jeweilige Zusammensetzung aus einzelnen Bausteinen zu erkennen. Die Bausteine sind die Anspruchsgrundlage mit den in ihr bestimmten Tatbestandsmerkmalen. Die Tatbestände sind im Gesetz abstrakt (nämlich für eine Vielzahl von Fällen) formuliert und wir müssen in der Klausur die konkrete Tatbestandsverwirklichung aus dem allgemeinen Spektrum filtern. Dieser Vorgang ist die Subsumtion, sie fasst das Konkrete unter das Allgemeine und will feststellen, inwieweit das möglich ist. 44

Die Falllösung ist, vereinfacht gesagt, umgekehrt aufgebaut wie das BGB. Sie stellt und beantwortet stets vom Ergebnis nacheinander folgende Fragen:

„Welches ist das konkrete (wirtschaftlich passende) Recht?“ – Dann: „Was braucht es dafür?“ Und: „Gibt der Sachverhalt das her?“

ist materielle Anspruchsvoraussetzung dieses Unterlassungsanspruchs und beschreibt das unmittelbar Drohende der Gefahr. Darüber hinausgehend begründet bereits die Erstbegehungsgefahr die vorbeugende Unterlassungsklage.

► **BEISPIEL:**

Die strafbewehrte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung hat denn auch ihre eigentliche Bedeutung nicht in der Schaffung eines vertraglichen Unterlassungsanspruchs, sondern in der darin liegenden Beseitigung der Erstbegehungs- und vor allem einer bestehenden Wiederholungsgefahr durch das Strafversprechen.

Einzelheiten dieses aus einer Rechtsfortbildung der §§ 12, 862, 1004 anzuerkennenden Unterlassungsanspruchs können hier nicht dargestellt werden, sind jedoch von erheblicher Prüfungsrelevanz. ◀

393

8. Zusammenfassung

Diese Darstellung nach Sachgruppen und Anspruchszielen ersetzt Dir auf keinen Fall das Erlernen der einzelnen Institutionen (z.B. Verträge, gesetzliche Schuldverhältnisse, dingliche Rechte). Der hier auch nur skizzierte Überblick und das Herausstellen inhaltlicher Zusammenhänge zwischen den Anspruchsgrundlagen bestimmt jedoch die Herangehensweise in der Fallbearbeitung.

In der Klausur brauchst Du für das Auffinden von Normen, Anspruchsgrundlagen und Gegenrechten, den Blick *auf* die gesetzlich geregelten Materien und Anspruchsgrundlagen. Die anschließende Ausarbeitung der so gefundenen (möglichen) Ansprüche muss mit dem Wissen und dem Blick *aus* den einzelnen Rechtsinstituten erfolgen. Die Kenntnis der Tatbestandsmerkmale und wichtiger Definitionen dazu (einschließlich typischer Abgrenzungsprobleme und des jeweiligen Streitstandes) sind für den Gang der Prüfung und damit für die Gliederung unerlässlich. Sie verstellen jedoch allzu leicht auch den „Blick aufs Ganze“.

Im Weiteren geht es nun darum, den soeben gegebenen systematischen Überblick auf den konkreten Sachverhalt anzuwenden, sich zurecht zu finden und so diejenigen Anspruchsgrundlagen zu identifizieren, welche die Lösung dieses Falles tragen. Anschließend widmen wir uns der inhaltlichen Arbeit, welche die Gliederung der Lösung bestimmt.

394

C. Auffinden der Anspruchsgrundlagen und Normsuche

Wenn die von der Rechtsfolgenseite einschlägigen Anspruchsnormen bekannt sind, sind sie darauf zu überprüfen, für welche von ihnen der Sachverhalt Umstände schildert, die die jeweiligen Tatbestandsmerkmale erfüllen. Diese Prüfung ist die sog. Subsumtion. Sie bedeutet, dass der Sachverhalt unter die Tatbestandselemente der Anspruchsnorm geführt und auf Übereinstimmung mit ihnen überprüft wird.

395

Selbstverständlich wäre es ermüdend und ließe am Weitblick fehlen, die Subsumtion für alle Anspruchsnormen mit einschlägiger Rechtsfolge in der Klausur zu Papier zu bringen. Vielfach werden zahlenmäßig die meisten Anspruchsnormen derart fernliegen, dass sie keiner Erwähnung bedürfen. Liegt etwa Kauf vor, sind mietrechtliche Vorschriften von vornherein auszusondern. Dennoch ist auch eine solche Vor-Auswahl Subsumtion und kann nicht pauschal dadurch ersetzt werden, dass eine Fallbearbeitung sich von Anfang an immer nur auf *eine* Anspruchsnorm beschränkte.

396

1. Teil Schreibwerkstatt

- 397 Liegt etwa ein Kauf vor, können je nach Sachverhalt eben doch neben kaufrechtlichen Primär- und Sekundäransprüchen oftmals auch solche aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff.), dingliche Ansprüche und evtl. auch bereicherungsrechtliche Ansprüche relevant werden. Und aufpassen, der „Kauf“ der Kinokarte wäre u.a. Miete und Werkvertrag.
- 398 Da es unsinnig wäre, alle Anspruchsgrundlagen für alle Anspruchsziele auswendig zu lernen und auch obige Aufstellung nur eine Auswahl ist, erfolgt das Auffinden von Anspruchsnormen in der klausurmäßigen Fallbearbeitung praktisch meist doch in genau umgekehrter Richtung (nämlich vom erkannten Tatbestand aus und anschließend nach „passenden“ Rechtsfolgen sortiert).
- 399 Die Fallbearbeitung muss stets von einer Anspruchsnorm ausgehen. Die Tatbestandsmerkmale dieser Norm entscheiden, ob ein Anspruch entstanden ist. Wir sind bislang von vertraglichen Ansprüchen auf die Hauptleistungen ausgegangen, deren einfachster Fall der Anspruch auf Übergabe und Übereignung einer Kaufsache nach der Anspruchsnorm in § 433 Abs. 1 bzw. der Gegenanspruch auf Kaufpreiszahlung nach der Anspruchsnorm in § 433 Abs. 2 ist. Einziges Tatbestandsmerkmal dieser Anspruchsnormen ist das Zustandekommen und die Wirksamkeit eines vertraglichen Rechtsverhältnisses. Aus diesem Grund umfasste der erste Prüfungsschritt „Anspruch entstanden?“ den Vertragsschluss und die Wirksamkeit des Vertragsverhältnisses zwischen den Beteiligten.
- 400 Welche Normen im konkreten Fall geeignete Anspruchsgrundlagen sind, hängt in erster Linie von der Rechtsfolge ab, auf die sich die Fallfrage richtet, anderenfalls von denjenigen Rechtsfolgen, welche jeder einzelne Beteiligte sinnvollerweise begehren könnte. Ist in der Fallfrage sogar konkret nach Schadensersatz gefragt, sind nur Anspruchsnormen zu prüfen, welche die Pflicht zum Schadensersatz als Rechtsfolge bestimmen.

Ruft eine handelnde Figur des Sachverhaltsgeschehens nach Schadensersatz heißt das hingegen gar nichts. Es müssen dann trotzdem alle wirtschaftlich sinnvollen Anspruchsinhalte überprüft werden. Allerdings mag ein Klausurschwerpunkt darauf liegen, den Übergang von vertraglichen Primär- zu Sekundäransprüchen anhand von Tatbestandsmerkmalen (zumeist: Fristsetzung, vgl. z.B. §§ 281 Abs. 1, oder ähnlich dazu Mahnung, § 286 Abs. 1; manchmal ist diese aber entbehrlich, z.B. jeweils Abs. 2) herauszuarbeiten und in der Lösung deutlich herauszustellen.

I. Normsuche durch Sachverhaltsinterpretation

- 401 Das Erfassen des Sachverhalts und den Sachverhalt genau zu verstehen, mit ihm zu arbeiten, ist Ausgangspunkt für die Lösung eines Falles. Der Sachverhalt ist nicht erst der „Stoff“ für die Subsumtion der Tatbestandsmerkmale von Anspruchsnormen und Gegenrechten (rechtshindernden, rechtsvernichtenden Einwendungen bzw. rechtshemmenden Einreden), welche im Zusammenhang mit der Anspruchsnorm zu prüfen sein können.

Vielmehr sind die für die Lösung eines Falles maßgebenden Gesetzesbestimmungen, zuvorderst alle relevanten Anspruchsnormen, schon nur aus der Analyse des Sachverhalts heraus aufzufinden. Vor allem anderen steht in der Fallbearbeitung daher die Arbeit mit dem Sachverhalt. 402

Nochmals: Fallbearbeitung heißt gerade nicht, irgendwelches Wissen, Theorien oder Rechtsinstitute darzustellen und bestenfalls noch den Fall dafür als Aufhänger zu nutzen. Keine Klausur bringt z.B. „das Bereicherungsrecht“ dran, sondern einen konkreten tatsächlichen Umstand, einen individuellen Fall. Der Bearbeiter muss von seinem ersten Gedanken bis zum Schlusssatz nur danach zielen, den Leser der Lösung dieses Falles näher zu bringen. Dabei mag dann ein bestimmter Bereicherungsanspruch zwar vom Zusammenhang her naheliegend erscheinen, aber aufgrund einer Besonderheit des Falles ausnahmsweise abzulehnen sein, ein anderer Bereicherungsanspruch „geht dafür durch“. Keinesfalls aber darf der Eindruck entstehen, dass einfach mal verschiedene Anspruchsgrundlagen irgendwie beliebig durchprobiert wurden. Selbst wenn die richtigen dabei wären, liest sich die Lösung wie ein schlechter Abriss aus einem Rechtsgebiet – sie segelt nicht entlang dem Fall, sondern irgendwelchen nicht nachvollziehbar ausgewählten Normen entlang. Bis ein Zufallsergebnis (ein richtiges oder falsches) ausgeworfen wird.

Die Arbeit mit dem Sachverhalt ist die eigentliche Tätigkeit praktisch arbeitender Juristen. Denn es gilt, alles abzufragen, herauszufinden, was erheblich für die Beurteilung sein könnte. Da der Jurist meist keine eigene Anschauung vom Geschehensablauf hat, muss er die Beteiligten befragen. Da diese zwar das tatsächliche Geschehen kennen, aber nicht wissen, worauf es rechtlich ankommt, hängt der Erfolg der Ermittlung allein von den Fragen ab. Es bedarf also der richtigen Ideen für die zu stellenden Fragen. Allzu oft heißt es zu spät: „Hätte ich das früher gekannt, wäre alles anders verlaufen“. 403

Die Schwierigkeit der Sachverhaltsermittlung in der Praxis lässt sich in der klausurmäßigen Fallbearbeitung in einen Nutzen verkehren. Zwar muss der Bearbeiter dieselben Fragen an den Sachverhalt stellen, wie der Praktiker, nur hat er auch die Sicherheit, Antworten auf die (richtigen) Fragen zu bekommen. Da ergänzende Fragen ausgeschlossen sind, muss alles präsentiert sein. Da es nun (anders als in Klausuren des Assessorexamens) gänzlich unüblich ist, „blinde Spuren“ im Sachverhalt zu legen, gilt: Je konkreter ein Detail des Klausursachverhaltes ist, umso bedeutender ist dieses. Je offener und allgemeiner ein Geschehen in einem Punkt dargestellt wird, umso unbedeutender ist diese Passage. 404

1. Richtige Arbeit mit dem Sachverhalt

Die zu Anfang zu leistende Arbeit ähnelt der einer Gedicht- oder Textinterpretation im Deutschunterricht. „Der Fall“ in der Klausur darf nicht lediglich als Bericht oder historische Dokumentation eines Geschehens behandelt werden, worin keine Wertungen des Erstellers enthalten wären. Auch wenn durchaus zu Recht als (neutraler) Sachverhalt bezeichnet, gleicht er praktisch mehr einer Erzählung. Wesentlich ist die Verbindung zwischen dem, *was erzählt wird* und dem, *wie es erzählt wird*. 405

Der Fallbearbeiter muss das Zusammenspiel beider Faktoren ausmachen. Anders als in einer juristischen Berufstätigkeit findet der Klausurbearbeiter eben nicht lediglich eine Aneinanderreihung von Geschehnissen und Wahrnehmungen, die zuerst auf „blinde Spuren“ zu filtern wären, sondern er erhält bereits ein fachmännisch erarbeitetes Kon- 406

1. Teil Schreibwerkstatt

zentrat aus allem Bedeutsamen – von dem aber eben auch alles bedeutsam ist. Andererseits handelt es sich beim Sachverhalt wiederum nicht um einen zielgenauen Urteilstatbestand, der präzise auf die Entscheidungsgründe, also die „Musterlösung“ zugeschnitten wäre.

- 407 Es gilt, „zwischen den Zeilen zu lesen“! Die relevanten Informationen sind selten wirklich versteckt, aber doch verklausuliert wiedergegeben. Je verschleiender eine Umschreibung werden soll, desto mehr Worte und Zeilen benötigt der Ersteller der Klausur. Und darauf muss der Prüfungskandidat als Interpret dieser Erzählung achten. Der Klausursachverhalt schildert über weite Strecken grobe Handlungsstränge und schreitet in der Schilderung schnell voran (was interessant zu lesen ist und neugierig macht). Dazwischen finden sich kleinere Stellen, oft nur einzelne Sätze, die hingegen blumig ausgeschmückt, detailreich, auffallend genau (z.B. ein einzelnes Kalenderdatum) bestimmte Umstände beschreiben oder einordnen (- und dadurch den Fortgang der Handlung aufhalten, weshalb schnell darüber hinweggelesen wird).

Die Interaktion aus „Was“ und „Wie“ in der Erzählung weist Dir den Weg zu entscheidenden Stellen für das Gutachten.

408 ► BEISPIEL:

Erwirbt jemand einen Gegenstand unter „anonymen Umständen eines verrufenen Marktes“ und zahlt hierfür einen „unschlagbar günstigen“ Preis, so benötigt der Bearbeiter eines solchen Klausurfalles beide Hinweise zur Begründung der *groben* Fahrlässigkeit (vgl. § 932 Abs. 2), falls sich herausstellt, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehörte und gutgläubiger Erwerb in Rede steht. Für die *einfache* Fahrlässigkeit, etwa zur Begründung einer Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 1 in diesem Zusammenhang, hätte je nach Kaufgegenstand die Sorglosigkeit des Erwerbers bereits aufgrund nur eines dieser Umstände genügen können.

Handelt es sich in einem anderen Klausurfall um den gutgläubigen Erwerb eines Neufahrzeugs aus der Hand eines *autorisierten Markenhändlers* ohne Übergabe des Kfz-Briefes (Zulassungsbescheinigung II), so weist die auffallend besondere Charakterisierung des Veräußerers daraufhin, dass hier jedenfalls nicht der Normalfall grober Fahrlässigkeit vorliegt, den der fehlende Kfz-Brief grundsätzlich darstellt. Diese *Diskussion* ist an dieser Stelle das *Problem* der Klausur. Fahrlässigkeit bedeutet nach § 276 Abs. 2 Sorgfaltspflichtverletzung. Zu erörtern ist also, ob und warum (bzw. *warum nicht*) unter den konkreten Umständen des Sachverhalts eine *Nachforschungspflicht* bestanden haben bzw. ihr gröblich zuwider gehandelt worden sein könnte. ◀

Es gilt zwingend, das gesamte Sachverhaltsgeschehen juristisch auszuwerten. Du musst davon ausgehen, dass alle Bemerkungen im Falltext auf einen spezifischen juristischen Gesichtspunkt bezogen und dort zu subsumieren sind. Das Sachverhaltsgeschehen ist aber nicht nur der grobe Handlungsablauf, sondern das sind die Charakterisierungen und Attribuierungen im Detail! – Genau das, was oft nur flüchtig gelesen und noch öfter überlesen zu werden pfllegt.

409 ► BEISPIEL:

Ein Preisetikett (ebenso eine Verkaufsanzeige an einer Autoscheibe) gibt zwingend Anlass zur Abgrenzung von einer Willenserklärung (*invitatio ad offerendum*). Und zwar nicht nur im Hinblick auf das Zustandekommen eines Kaufvertrages, sondern ggf. auch seiner Wirksamkeit. Anfechtbarkeit (§ 142 Abs. 1) wegen Irrtums (§ 119 Abs. 1) setzt etwa Verschreiben *bei der Abgabe* der Willenserklärung voraus. Eine irrtümliche Preisauszeichnung ist daher irrelevant und wenn eine Kassiererin anschließend den etikettierten Preis scannt oder eintippt. So soll sie das tun (Vertretungsmacht nach § 54 HGB) und will sie das tun, irrt also nicht (relevanter Zeitpunkt: Abgabe der Willenserklärung). Nur darauf käme es nach § 166 Abs. 1 für die Irrtumsanfechtung jedoch an.

Steht im Kaufvertrag über einen Gebrauchtwagen „Km-Stand: 160.000“ und stellt sich später eine höhere Gesamtlauflistung heraus, muss durch Auslegung bestimmt werden, ob als vereinbarte Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 S. 1) die Gesamtlauflistung oder nur die Richtigkeit der Ableseung des aktuellen Tachostands gemeint war. Letzterenfalls wäre das Auto mangelfrei, trotzdem dass ein Austauschmotor mit neuem Tachometer eingebaut worden oder der Tachometer zurückgedreht worden war. Statt Gewährleistungsansprüchen könnte dann eine Anfechtung nach § 123 in Rede stehen oder ein *beiderseitiger* Eigenschaftsirrturn zur Vertragsanpassung zwingen, vgl. § 313 Abs. 2 (statt § 119 Abs. 2). An dem einen unklaren Wort („km-Stand“ – was ist das?) hängt an dieser Stelle das Problem der Klausur. Wer es überliest oder vorschnell irgendeinen Inhalt damit assoziiert, wird kaum insoweit eine ausreichende Leistung erbringen, denn es zählt nicht ein (zufälliges) „Ergebnis“ am Ende des Gutachtens. Aufgabe ist, den *Sachverhalt* umfassend zu begutachten, nicht (an ihm vorbei) ein vermeintlich einschlägiges Rechtsproblem darzustellen. ◀

Überlege Dir an dieser Stelle selbst, wie der Falltext im zuletzt skizzierten Beispiel weiter formuliert sein müsste, dass die Klausur Anhaltspunkte für die Auslegung dieser untechnischen km-Angabe liefert und dabei nicht auf Mangelgewährleistung hinausläuft. Schildert der Verkäufer, „die Karosserie ist viel besser in Schuss als die 160.000 km erwarten lassen“, spräche das deutlich für die Vereinbarung einer Gesamtlauflistung (weil auf die Karosserie bezogen) und führte ggf. zum Sachmangel.

Also, Ideen zur Formulierung, wenn nur ein schlichter „Ablesewert“ wiedergegeben sein sollte? – Echt, probiere es wirklich. Wenn Du ein Geschenk machst, musst Du auch wissen, worauf der Beschenkte anspricht – oder versetzte Dich in Deinen Gegner hinein, so gewinnt man Herz, Schlacht oder eine Klausur. Das meint *Oes-terwinter* im 2. Teil mit *docendo discimus* (Rn. 761 ff.).

2. Merktzettel erstellen

Weil dem Grundsatz nach alles im Falltext wichtig ist, taugt das beliebte „Lesen mit dem Textmarker“ nicht. Hilfreich ist vielmehr, auf einem gesonderten Blatt Papier oder am Rand des Falltextes stichwortartig alles zu notieren, was Dir an *juristischen Gesichtspunkten* beim Durchlesen einfällt. Diese Liste kann ständig durch neue Stichworte ergänzt werden und verhindert, dass Ideen wieder entfallen oder bei der späteren Ausarbeitung übersehen oder vergessen werden. Die Stichworte sind im ersten Schritt zusammenhanglos und sollten auch zusammenhanglos, eines unter das andere notiert werden. Bezüge können erst später hergestellt werden und setzen eine rechtliche Beurteilung voraus. Alles andere liefe die Gefahr einer vorschnellen Verengung.

410

Es geht bei der Liste (Merktzettel) nicht um eine Sachverhaltswiedergabe, sondern um juristische Gesichtspunkte, Ideen zu rechtlichen Fragen und zur rechtlichen Einordnung von Bemerkungen im Sachverhalt, um Auslegungsfragen etc. Ob diese Ideen zutreffend und ob sie vollständig sind, bleibt der späteren Subsumtion vorbehalten. Mit diesem Merktzettel muss und kann aber auch gearbeitet werden und je geübter der Bearbeiter im Erkennen von Asymmetrien in der Sachverhaltserzählung ist (wir erinnern uns: detailverliebte Ausschmückungen, wörtliche Wiedergabe von Aussagen oder Passagen aus Dokumenten, alle eingehender beschriebenen Umstände also), desto fruchtbarer wird dieser Merktzettel für die spätere Lösungsskizze.

411

Du erinnerst Dich, Anspruchsnormen, Einwendungen und Einreden findest Du im Gesetz dadurch, dass Du die entsprechenden Abschnitte zu rechtlichen Instituten vollständig durchsiehst. Der Merktzettel mit der Liste an Stichworten zu rechtlichen Gesichtspunkten weist genau hierfür den Weg. Solches jetzt bewusst salopp be-

1. Teil Schreibwerkstatt

zeichnete Herumsuchen und Herumlesen in Abschnitten des Gesetzes zu möglicherweise einschlägigen Rechtsinstituten gehört zur eigentlichen Arbeit am Sachverhalt. Bei naheliegenden Paragraphen ist besondere Aufmerksamkeit allen ihren Absätzen und Sätzen zu widmen und unbedingt auch ein Blick auf unmittelbar benachbarte Vorschriften zu werfen.

Es gilt: Je merkwürdiger ein Umstand ist, je schlechter er in den Normalfall einzuordnen ist, umso sicherer kannst Du sein, dass genau hierfür eine passende Regelung im Gesetz existiert, die aber vielleicht erst ein oder zwei „Hausnummern“ später und dort leider auch in den hinteren Absätzen „versteckt“ sein mag. Gehe davon aus, dass der Gesetzgeber des BGB die allermeisten Probleme (zumal solche in Anfängerklausuren) ziemlich konkret vorhergesehen hatte.

Von Dir ist deshalb vor allem *strukturierte* Kreativität im Auffinden der Normen und dann in der Definition der dortigen Tatbestandsmerkmale gefordert. Der anschließende Abgleich der abstrakten Definition mit den konkreten Umständen des Sachverhalts (die eigentliche Subsumtion) ist zwar die eigentliche juristische Entscheidungsfindung. Aber mit der „richtigen“ Norm bereitet die Subsumtion meist kaum Probleme (später dazu mehr). Passt aber der Sachverhalt nicht richtig, ist es eher die Vorschrift, die nicht die exakt einschlägige ist.

Der Merktzettel hilft auch, Zusammenhänge zu erkennen.

412 ► BEISPIEL:

Schildert der Falltext zu Anfang einen „Kontoeröffnungsantrag für einen Minderjährigen“ und erteilen sich die als gesetzliche Vertreter unterzeichnenden Eltern darin formulärmäßig ausdrücklich Einzelvollmacht zur Verfügung über das Konto, sollte der Bearbeiter das eigene Minderjährigkonto und die Einzelvollmacht exzerpieren.

Hebt später der Vater das eingezahlte Geld ab, besteht die Chance zu erkennen, dass in der Abhebung – im Innenverhältnis – weder die Ausübung elterlicher Gewalt (§§ 1626, 1629, 1664 Abs. 1) liegt, noch – im Außenverhältnis – gar etwas Unrechtmäßiges getan wird, sondern schlicht ein rechtsgeschäftlicher Vertreter handelt. Außerdem ist das Standardproblem des bloß auf den Namen des Minderjährigen eingerichteten Sparbuchs (hat der Minderjährige ein eigenes Forderungsrecht nach § 328?) schnell erledigt, wenn hier klar gelesen wird, dass rechtlich der Minderjährige selbst das Konto eröffnet hatte (auch, wenn er davon nichts weiß und gesetzlich vertreten wird durch die Eltern). Er ist nicht „Dritter“, sondern Vertragspartner.

Das erkennt nur, wer sich zwingt, Satz für Satz alle Hinweise auf rechtliche Gesichtspunkte zu filtern und auf eine Liste herauszuschreiben – und sich nicht vom Fortgang der Erzählung mitreißen und zum oberflächlichen Lesen hinreißen lässt. Oberflächliches Lesen (gerade wörtliche Passagen aus einer Urkunde sind besonders fade) würde beides nicht erkennen lassen, sondern einen Standardfall assoziieren. *Das Herausschreiben auf die Merkliste parallel zum Lesen, Analysieren und Überlegen jedes einzelnen Satzes zwingt zur sorgfältigen Unterscheidung.* Wo und wie diese Erkenntnisse im Gutachten unterzubringen sind, ist für den Merktzettel noch unerheblich und hängt maßgeblich von der Fallfrage ab.

Aber auch die Anspruchsgrundlage hängt von dem Vollmachthandeln ab. Der Vater verfügt über das Konto nicht als Nichtberechtigter, sondern gar nicht! Er handelt als Vertreter und die Bank leistet bei der Auszahlung an den Vertretenen. § 816 Abs. 2 muss deshalb ausgeschlossen werden.

Später verbraucht der Vater dann das herauszugebende Geld (Achtung: Abheben und Verausgaben sind zwei verschiedene Umstände!). Dadurch erlangt er einen Vermögensvorteil (ersparte Aufwendung eigenen Geldes) in sonstiger Weise auf Kosten des Sohnes, weshalb der Vater ihm Ersatz nach § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. (Eingriffskondiktion) schuldet. Die Bereicherung ist rechtsgrundlos, wenn das ursprünglich für den Sohn angelegte Geld ihm endgültig hatte verbleiben sollen. Dafür spricht das auf ihn lautende Konto. § 181 steht einer ursprünglichen Schenkung an

C. Auffinden der Anspruchsgrundlagen und Normsuche

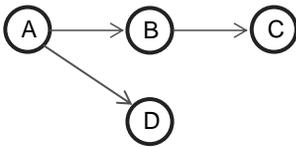
den Sohn nicht entgegen, weil sie für den Sohn nur rechtlich vorteilhaft war (teleologische Reduktion des Wortlauts von § 181). ◀

Satz für Satz entschlüsselt, ist auch ein derart schwieriger Fall plötzlich gut zu strukturieren. Die hier nur skizzierte Lösung müsste gutachtlich ausgebreitet und je nach vorhandener Zeit könnte noch manches abgegrenzt werden (dazu kommen wir noch mehrfach auf den Fall zurück). Aber sind die einzelnen Umstände des Sachverhalts erst einmal richtig den Tatbeständen zugeordnet, ist das übrige nur noch Schreib-Routine.

Sinnvoll kann es sein, den Merktzettel um einen **Zeitstrahl** oder eine Zeichnung zur Wiedergabe von Vorgängen zu ergänzen. Der Zeitstrahl bietet sich insbesondere dann zur Sachverhaltserfassung an, wenn konkrete Angaben zu Kalenderdaten oder Uhrzeiten nahelegen, dass die Chronologie von Ereignissen für die Lösung bedeutsam sein könnte. Beim Zeitstrahl geht es in erster Linie nicht um juristische Gesichtspunkte, sondern um die Verschaffung einer Übersicht über den Geschehensablauf. Der Zeitstrahl ist nichts anderes als der Merktzettel, aber er ordnet die Geschehnisse und mit ihnen ihre rechtliche Interpretation nochmals neu und unter einem anderen Aspekt, nämlich dem zeitlichen Ablauf.

413

Beispiel für Zeichnung:



Beispiel eines Zeitstrahls:



Greifen Handlungen verschiedener Personen (hier mit A bis D bezeichnet) ineinander oder folgen hintereinander ab, wie dies etwa im Falle mehrfacher Übereignungsvorgänge oder mehrfacher Belastungen einer Sache auftritt, hilft es, sich die tatsächlichen Verhältnisse anhand einer **Zeichnung** zu verdeutlichen. Diese Zeichnung kann etwa die Form eines Dreiecks haben (so z.B. beim Vertrag zugunsten Dritter, der abgekürzten Lieferung im Streckengeschäft oder des gutgläubigen oder gesetzlichen Eigentumserwerbs beweglicher Sachen eines dritten Eigentümers nach §§ 932 ff. bzw. §§ 946 ff.). Es wird ein Viereck sein, wenn in Überweisungsfällen Zahlender und Empfänger jeweils eine eigene Bank als Zahlstelle eingeschaltet haben.

414

Beim Vertreterhandeln bietet sich eine Zeichnung an, die die eigentlichen Vertragsparteien verbindet und von der Person des Vertretenen eine abknickende Strecke zum Vertreter zeigt (erst im Hinblick auf §§ 177, 179 wird daraus ein geschlossenes Dreieck).

415

In allen Fällen sollte die Zeichnung genügend Raum lassen, um die das Verhältnis der Personen untereinander charakterisierenden Rechtsvorschriften auf den Verbindungslinien zwischen den Personen vermerken zu können: § 433 als Kurzwiedergabe zwischen Verkäufer und Käufer, § 164 für das Vertretungsverhältnis, §§ 929 S. 1, 932 für einen entsprechenden Fall des gutgläubigen Erwerbs oder §§ 985, 986 zur Kenntlichmachung einer angedachten Vindikationslage.

416

Dabei könntest Du Dir von vornherein angewöhnen, Hinweise zum schuldrechtlichen Rechtsgeschäft (Verpflichtungsgeschäft) stets auf die eine Seite der Verbindungslinie, solche zum dinglichen Verfügungsgeschäft auf die andere Seite zu notie-

1. Teil Schreibwerkstatt

ren („Trennungsprinzip“). Auch gescheiterte Austauschverhältnisse lassen sich daraus dann leicht entwickeln, indem auf der „schuldrechtlichen Seite“ Nichtigkeitsgründe, Rücktritt oder Widerruf ergänzt und der Platzhalter des Schuldgeschäfts etwa mit einem schräg verlaufenden Doppelstrich gekennzeichnet wird. Auf der „dinglichen Seite“ kann entsprechend die Kondition der §§ 812 ff. angefügt werden (Gegenstand der Herausgabe ist ja auch die erlangte Rechtsposition, also das dingliche Eigentum etwa, nicht die Sache). Wirksamkeitshindernisse der dinglichen Einigung lassen sich auf dieser Seite entsprechend anfügen, etwa das vorbehaltene Eigentum (§§ 929 S. 1, 158 / „EV“) oder der Hinweis auf die Anfechtung des dinglichen Geschäfts wegen eines sog. Doppelmangels. – Mit ein wenig Übung lässt sich so eine Fülle von Informationen sehr anschaulich graphisch wiedergeben und erleichtert damit die weitere Fallbearbeitung erheblich.

Auch dabei geht es aber nicht nur um das Grobgeschehen, sondern um jedes *Detail eines jeden einzelnen Satzes* des Aufgabentextes. Im Beispiel von Rn. 412 etwa das bestehende Vertragsverhältnis zwischen Bank und Sohn, wobei der Vater als Vertreter auf Seiten des Sohnes steht.

- 417 Wichtig ist bei der Erfassung des Sachverhalts, diesen in seiner Schilderung *beim Wort zu nehmen*. Zur Bearbeitung gestellt ist möglicherweise und wohl zumeist nicht exakt der typische und hinlänglich bekannte Lehrbuchfall, sondern ein ihm ähnlicher mit einer entscheidenden Abweichung im Detail. Beim Durchlesen, im Anfertigen der Merkliste und der weiteren Bearbeitung liegt eine erhebliche Gefahr darin, sich von eigenen Assoziationen zu früher gelesenen Fällen leiten zu lassen, anstatt die konkret geschilderten Umstände zu erfassen. Als Folge davon würde schlicht ein anderer als der zur Bearbeitung gestellte Fall gelöst werden. Wir waren bereits zuvor darauf zu sprechen gekommen, dass es einen Unterschied macht, ob Eltern ein Konto „auf den Namen des Kindes“ eröffnen. Sie sind dann Vertragspartner der Bank, das Kind ist als Dritter i.S.d. § 328 eventuell Forderungsinhaber nach Maßgabe der Willensrichtung von Bank und Eltern bei Errichtung des Kontos. Eröffnet dagegen das Kind direkt als Vertragspartner der Bank das Konto, vertreten natürlich durch seine Eltern („im Namen des Kindes“) und von dem Vorgang meist auch nichts ahnend, besteht das Kontoverhältnis direkt zwischen Kind und Bank. Im zweiten Fall wäre es Zeitverschwendung und überdies falsch, etwa über den Verbleib des Sparbuchs als wesentliches Indiz einer Kontoinhaberschaft nach § 328 zu spekulieren. Der Sachverhalt sagt dazu nichts, obwohl es das wesentliche Indiz für eine Lösung über § 328 wäre. Der Vertrag zu Gunsten Dritter kann und muss dann mit wenigen präzisen Hinweisen verneint werden. Leider greifen Bearbeiter an solchen Stellen statt dessen oftmals zu wilden Spekulationen oder eigenmächtigen Unterstellungen und treiben damit die Lösung in eine andere und falsche Richtung.

Es ist ein Warnzeichen, wenn der Sachverhalt zu einem für die rechtliche Beurteilung vermeintlich ganz wesentlich entscheidenden Umstand keinerlei Angaben enthält. Deine Aufgabe ist niemals, den Sachverhalt zu ergänzen oder über wahrscheinliche Entwicklungen zu spekulieren. Der entscheidungserhebliche Sachvortrag ist immer vollständig vorgegeben. Auf fehlende Angaben kommt es nicht an. Entweder greifen Beweislastregelungen (z.B. § 280 Abs. 1 S. 2 oder § 476). Oder das Gesetz sieht für solche Fälle eine ausdrückliche Regelung vor. Eine offen gebliebene Frage nach dem Ob einer Vergütung beantworten §§ 612 Abs. 1 und 632 Abs. 1, die nach ihrer Höhe jeweils Abs. 2. Der geschuldete Zustand einer Sache als

Voraussetzung einer Mängelbestimmung ergibt sich mangels anderweitiger Vereinbarung aus §§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2.

In vielen anderen Fällen suchst Du aber vergeblich im Falltext nach Stoff für die Subsumtion eines Tatbestandsmerkmals, weil die einschlägigen (richtigen) Rechtsnormen die Entscheidung nicht von diesem Umstand abhängig machen. Fehlt also „wirklich“ eine Sachverhaltsangabe, ist ziemlich sicher der Lösungsweg der falsche. Und dies (sieht man von der Möglichkeit einer falschen Rechtsanwendung ab) zumeist deshalb, weil der Sachverhalt gerade an dieser Stelle eine andere Wendung nimmt, als der assoziierte Standardfall. Vielleicht bringen ja die weiteren Absätze des angewandten Paragraphen oder die folgenden „Hausnummern“ die richtige Lösung. Aber ebenso muss der Blick nochmals unvoreingenommen vom gedachten Lösungsweg auf den Sachverhaltstext gerichtet werden, ob nicht etwas übersehen oder falsch interpretiert wurde.

Eine Einschränkung zur authentischen Ausdeutung des Sachverhalts muss insoweit gemacht werden, als darin bisweilen Meinungen von Beteiligten wiedergegeben werden, die juristische Laien sind, aber dennoch Fachtermini gebrauchen. So ist es lediglich ein deutlicher Hinweis an den Fallbearbeiter zu einer Prüfung der diesbezüglichen Rechtsfrage, wenn bereits ein Protagonist im Falltext seine vertragliche Bindung wegen Sittenwidrigkeit infrage stellt. Es macht einen entscheidenden Unterschied, ob Fachbegriffe im Sachverhalt objektiv geschildert werden („... schließen einen Werkvertrag“, „... verkauft ...“), von deren Richtigkeit dann uneingeschränkt auszugehen ist, oder ob im Sachverhalt ein Notar eine Vertragsurkunde in der Überschrift und im Text mit juristischen Fachbegriffen versieht, für deren Richtigkeit dann immerhin eine Vermutung spricht, oder ob Laien lediglich etwas in den Mund gelegt wird. Letzteres kann in zweierlei Richtung bedeutsam sein, nämlich als Hilfestellung an den Bearbeiter, in diese oder eine ähnliche Richtung zu denken, eine Abgrenzung vorzunehmen und jedenfalls die Definition des entsprechenden Rechtsinstituts exakt auszubreiten und den Sachverhalt darunter zu subsumieren. Zum anderen kann in einer geäußerten Rechtsansicht eine Gestaltungserklärung liegen, welche für die Fallbearbeitung durch Auslegung genauer zu bestimmen ist. 418

► **BEISPIEL:**

Lehnt ein Beteiligter ein geschlossenes Geschäft als sittenwidrig ab, oder gibt sonstwie zu erkennen, dass es „null und nichtig“ sei, liegt darin ggf. eine Anfechtungserklärung (§ 143 Abs. 1). „Verrechnet“ ein Schuldner seine Zahlungspflicht mit Gegenansprüchen oder verlangt, der Gläubiger müsse sich darauf etwas „anrechnen“ lassen, erklärt er dadurch ggf. die Aufrechnung mit einem Gegenanspruch (§ 388 S. 1) oder macht zumindest ein Zurückbehaltungsrecht geltend (§ 273). ◀ 419

3. Sachziele in Rechtsziele umformulieren

Die Suche nach Anspruchsnormen wird bestimmt (und eingegrenzt) durch die Fallfrage am Schluss des zu begutachtenden Sachverhalts. Sie gibt den Anspruchsinhalt vor, nach dem gesucht werden soll, also die gewünschte Rechtsfolge. Wir erinnern uns: Die Rechtsfolge gibt die Gliederung des Anspruchsaufbaus vor und zwar beginnend mit der Gutachtenhypothese, aber ebenso hinsichtlich von Einwendungen und Einreden. Um sich über den Umfang der gestellten Aufgabe klar zu werden, ist anhand der Fallfrage von den **wirtschaftlichen Zielen** (Sachzielen) der Beteiligten auszugehen. Diese sind zu Rechtsfolgen (Rechtszielen) zu konkretisieren. Für diese Rechtsfolgen sind dann die passenden Anspruchsnormen zu suchen. 420

1. Teil Schreibwerkstatt

Hierbei soll sich die ab Rn. 222 vorgeschlagene Bildung der Gruppen von Anspruchsinhalten bewähren. Sie gibt die möglichen Kategorien von Rechtsfolgen vor, in denen das wirtschaftliche Begehren rechtlich verwirklicht werden kann. Hierin vollzieht sich der Übergang von Sachzielen zu Rechtszielen.

421 ► BEISPIEL:

Greifen wir nochmals den Fall des Minderjährigenkontos auf (Rn. 412), welches der Vater des Kontoinhabers aufgrund seiner Kontovollmacht abgeräumt und den Betrag dann ausgegeben hat. Der Sohn fordert später das Geld zurück (Sachziel). Als welche Rechtsziele kann das wirtschaftliche Begehren formuliert werden?

Erster Komplex: die Abhebung. (1) *Vertragliche Ansprüche auf primäre Leistung* hinsichtlich der Geldsumme könnten nur aus einer ursprünglichen Schenkung an den Sohn herrühren. Sie können schnell beiseitegelegt werden. Die früheren Einzahlungen der Eltern auf das Konto waren vollzogen und die spätere Abhebung macht eine Erfüllung dieser Schenkung nicht rückgängig. (2) *Dingliche Herausgabe* der ausgezahlten Scheine (§ 985) wäre möglich, setzt aber Klärung der Eigentumslage voraus. Zwar zahlte die Bank an den Vater als Vertreter des Sohnes aus und es liegt nahe, von einer entsprechend vollzogenen Übereignung der Bank an den vertretenen Sohn auszugehen. Zwingend ist es aber nicht, denn der Vater hätte der Bank ja auch einen Überweisungsauftrag an einen Dritten erteilen können. Die Bank zahlt immer eigenes Geld aus und verbucht den Aufwand nach § 670 auf dem Konto. Die Kontovollmacht berechtigt also immer nur dazu, den Aufwand zu legen. Da der Sachverhalt zum Auszahlungsvorgang gar nichts aussagt, wäre jede weitere Überlegung Spekulation und damit unzulässige „Sachverhaltsquetsche“. (3) Als *schuldrechtliche Herausgabe- und Ausgleichsansprüche* liegen bei Vertreterhandeln immer § 667 nahe. Vertretung betrifft das Außenverhältnis zu Dritten, im Innenverhältnis zum Vertretenen liegt regelmäßig ein Auftrag (oder Arbeitsvertrag etc.) zugrunde. Der Falltext schweigt sich aus und ein an die Eltern erteilter Auftrag (hier als Insihgeschäft des Vaters) ist eher ungewöhnlich, wenn auch nicht ausgeschlossen. Blicke alternativ dazu (4) ein *Bereicherungsungleich* (Eingriffskondition, § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt.). Denn ohne Auftrag wäre die Abhebung rechtsgrundlos (GoA liegt inhaltlich fern und die Leistungskondition scheitert an der fehlenden Leistung der Bank an den Vater). Aber auch die Auftragslosigkeit können wir konsequenterweise nicht mit Bestimmtheit annehmen. (4) Schließlich *Schadensersatz*: in Frage kommen kann nur nachvertragliches Verschulden aus der ursprünglichen Schenkung. Aber diese war bereits erfüllt. Damit wären weitere Überlegungen dazu „sehr weit hergeholt“. – Um alles das scheint sich „der Fall“ nicht zu drehen bzw. nicht drehen zu sollen, sonst hätte mehr mitgeteilt werden müssen. Für die Klausur kann es also nur darum gehen, die verschiedenen Anspruchsgrundlagen darzustellen und gegeneinander abzugrenzen.

Zweiter Komplex: das Ausgeben des Geldes. Vertragliche Leistungsansprüche, nein. Dingliche, ebenfalls nein (s.o.) und der Gegenstand ist ja vielmehr weggegeben (§ 935 Abs. 2 würde sowieso einen Strich durch die Rechnung machen). Bleibt also der schuldrechtliche Bereicherungsungleich, hier: § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. wegen der Aneignung des wirtschaftlichen Wertes (Zueignung und Verwendung für eigene Zwecke des Vaters). Vorrangig zu dieser Eingriffskondition ist allerdings als speziellere Norm der Surrogatanspruch nach § 816 Abs. 1 und 2. Aber hier verfügt der Vater gar nicht, sondern er eignet sich das Geld selbst zu (Begründung von Eigenbesitz als Unterschlagung; Vermischung mit eigenem Geld), indem er es für eigene Zwecke nutzt. ◀

Das ist kein Gutachten, sondern sind nur Gedanken zur Erstellung einer Lösungsskizze. Aber schau Dir jetzt nochmals den ersten Komplex an. Wer den Auftrag mit § 667 als vertraglichen Anspruch, der er ja ist, voranstellt, dann dingliche Ansprüche (§ 985) prüft und schließlich zum Bereicherungsrecht wechselt, verliert den roten Faden. In der Kategorie der schuldrechtlichen Herausgabe- und Ausgleichsansprüche fügt er sich als logisches Glied nahtlos ein. In der ersten Gruppe finden sich deshalb besser nur vertragliche Primärleistungsansprüche und nicht alle vertraglichen Ansprüche.

Meist ist das Umformulieren der Sach- in Rechtsziele einfach, weil die Fallfrage gezielt nach Ansprüchen auf eine vereinbarte Leistung oder auf Ersatz eines entstandenen Schadens oder Herausgabe einer Sache im Verhältnis zweier Personen lautet. Nur diese Frage ist dann zu beantworten. Das Verhältnis zu anderen Personen des Falles aber auch andere Anspruchsziele zwischen den Beteiligten, z.B. Gegenansprüche sind also nicht zu untersuchen – besser: jedenfalls nicht als selbständige Ansprüche. 422

► **BEISPIEL:**

Ist der Zahlungsanspruch aus einem Vertragsverhältnis zur Aufgabe gestellt, sind weder die Ansprüche auf Lieferung oder Nacherfüllung bzw. Gewährleistung selbständig zu untersuchen. Allerdings ist unbedingt zu überlegen, wie im Sachverhalt offensichtlich aufgeworfene Probleme vielleicht doch im Anspruchsaufbau berücksichtigt werden können. So ist auf Gegenansprüche etwa einzugehen, als diese ein Zurückbehaltungsrecht geben (§§ 320, 273), das als rechtshindernde Einrede der Durchsetzbarkeit des zu prüfenden Begehrens entgegensteht. Es handelt sich dabei um eine sog. inzidente Prüfung, also eine in Abhängigkeit vom anderen Anspruch stehende (auch sog. „verschachtelter Prüfungsaufbau“). 423

Gerade Einreden können das Verbindungsglied auch zu Rechten Dritter sein. So kann im Rahmen der Prüfung des Anspruchs gegen den Bürgen aus dem Bürgschaftsvertrag wegen §§ 768, 770 Anlass bestehen, auf das Rechtsverhältnis zwischen Hauptschuldner und Gläubiger einzugehen. Ähnliche Konstellationen können sich z.B. im Zusammenhang mit der Abtretung von Forderungen aufgrund der §§ 404, 407, 408 ergeben. ◀

II. Auswahl nach Anspruchsinhalten aus der Fallfrage

Für das Auffinden der Anspruchsnorm und die gesamte Fallbearbeitung entscheidend ist, sich klar zu machen, dass Ansprüche stets nur Rechtsfolgen in Zwei-Personen-Verhältnissen bewirken und in einem solchen bilateralen Verhältnis dann nach inhaltlich verschiedenen Anspruchszielen zu unterscheiden ist. 424

Die Richtung gibt allein die Fallfrage anhand der wirtschaftlichen Ziele der Beteiligten vor. Jede Hypothese muss dabei so konkret formuliert werden, dass sie den Rechtsfolgen einer Gesetzesbestimmung inhaltlich entspricht: *Wer* haftete oder Vertragspartner geworden sei, ist kein tauglicher Einstieg in eine gutachtliche Prüfung. Z.B. beantworten § 433 Abs. 1 oder § 823 Abs. 1 nicht, wer Käufer bzw. Verkäufer oder wer Deliktsschuldner ist, sondern nur, *dass* ein Käufer Lieferung beanspruchen kann und *dass* derjenige, der den objektiven Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt, auf Schadensersatz haftet. 425

Viele Fragestellungen am Ende des Aufgabentextes sind dabei nur scheinbar konkret genug, um als Inhalte einer Anspruchshypothese zu dienen. Reihen sich etwa verschiedene Übereignungstatbestände nach §§ 929 bis 931 hintereinander und wird nach der *Eigentumslage* gefragt, gilt es zu erkennen, dass der Herausgabeanspruch nach §§ 985, 986 der hier interessierende Inhalt des Eigentums ist. Statt die Übertragungsvorgänge selbständig zu untersuchen, ist deshalb *vom Herausgabeanspruch auszugehen*. Die Fragestellung ist also dahin zu konkretisieren, dass der Erste in der Veräußerungskette gegen den aktuellen Besitzer (beide sind mit ihren Namen nach dem Aufgabentext zu bezeichnen) Herausgabe nach §§ 985, 986 verlangen könnte (ggf. bestehen daneben weitere Anspruchsgrundlagen, die ebenfalls zu prüfen wären). Nur so ist eine Anspruchsprüfung möglich, innerhalb derer für das Tatbestandsmerkmal des Eigentums dann die dingliche Rechtslage historisch-chronologisch zu entwickeln ist. Hierher, in dieses Tatbestandsmerkmal, gehören die Übertragungsvorgänge. 426

1. Teil Schreibwerkstatt

427 ► BEISPIEL:

Stellt in einem Kölner Brauhaus der Köbes regelmäßig dem Gast ein frisches Glas Kölsch hin, wenn das frühere nahezu ausgetrunken ist, und wollte der Gast nach einer gewissen Anzahl lieber ein Wasser bestellen, muss er den Automatismus aktiv unterbrechen. Ist er dagegen in ein Gespräch vertieft und bemerkt er das neue Glas erst verspätet, mag die Frage darauf gerichtet sein, was der Gast bezahlen müsse, wenn er das inzwischen abgestandene Bier zurückgehen lässt und stattdessen ein Wasser ordert.

Für die Lösung ist nun davon auszugehen, dass jede einzelne Bestellung ein kaufrechtliches Element innerhalb des einheitlichen Gaststättenvertrages als gemischt-typischem Vertrag ist. Es wäre aufgrund der klaren wirtschaftlichen Ziele der Beteiligten verfehlt, den Kaufpreisanteil des bestellten Wassers zu untersuchen. Dieses wie die früheren Biere wird der Gast ohne weiteres zu zahlen bereit sein. Streitig ist allein das eine retournierte Kölsch. Alles andere bedeutete Zeitverlust in der Klausur für die Behandlung von Fragen, welche nicht aufgeworfen sind.

Lautete die Fallfrage ganz allgemein nach der Rechtslage, wäre es ganz unsinnig, einen Anspruch auf Lieferung des Sprudels darzustellen. Natürlich bekommt der Gast das Getränk. Die Frage bleibt auch dann allein eine nach der Gesamthöhe der Rechnung mit alleinigem Augenmerk auf das letzte Kölsch. Alle relevanten Rechtsfragen sind in diesem einen Rechnungsposten unterzubringen. Die vermeintlich allgemeine Fallfrage ist dann ihrerseits interpretationsbedürftig; es gilt, die wirtschaftlich und rechtlich „aufgeworfenen“ Fragen zu erkennen. Bereits dieser Einstieg erfordert einiges Nachdenken. ◀

428 Noch einen Schritt weitergehend kann es erforderlich sein, die Gutachtenfrage bereits aus der Sachverhaltsschilderung herauszulesen. Solches ist unproblematisch, wenn der Interessenwiderstreit der Parteien im Sachverhalt so zugespitzt ist, dass die Abschlussfrage „Zu Recht?“ für das Verständnis genügt. Die allgemeine Frage nach der Rechtslage kann jedoch auch erforderlich machen, die wirtschaftlichen Ziele erst zu interpretieren. In diesem Fall muss überlegt werden, was die Beteiligten jeweils von den anderen sinnvollerweise begehren könnten. Um zu Ansprüchen zu kommen, müssen die Ziele und Wünsche jeweils in ein Tun oder Unterlassen (vgl. Legaldefinition des Anspruchs in § 194 Abs. 1) formuliert werden.

429 ► BEISPIEL:

Will jemand einen Gegenstand behalten, so kann dies möglicherweise als Anspruch auf Übereignung verstanden werden, eher jedoch als *Herausgabeverlangen des Gegners*. Letzteres lässt sich dann ggf. unter §§ 985 oder 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. subsumieren.

Ist ein Käufer nicht bereit, einen Aufpreis zu zahlen, so ist für die Fallbearbeitung nicht davon, sondern vom Zahlungsverlangen des Verkäufers oder Werkunternehmers auszugehen (es gibt keinen Zuschlag im Kaufrecht). Verlangt der Werkunternehmer ein höheres als vereinbartes Entgelt, ist dagegen an §§ 645, 650 zu denken.

Ist umgekehrt ein Lieferant nicht bereit, einen Nachlass zu gewähren, kann für die gutachtliche Prüfung von seinem (vollständigen) Zahlungsanspruch ausgegangen werden.¹⁰ Ist dieser bereits berichtigt worden, bietet sich an, Rückzahlungsansprüche des Abnehmers zu prüfen, etwa in Folge Minderung (vgl. etwa § 441 Abs. 4 mit § 346 Abs. 1; parallel für § 638 Abs. 4) oder aufgrund sonst rechtsgrundloser Zahlung (z.B. § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt.). Erst wenn alle einschlägigen Anspruchsnormen mit entsprechenden Inhalten im Gutachten verneint werden konnten, wäre daran zu denken, dass ein entsprechendes Verlangen als Angebot zum Abschluss eines Änderungsvertrages verstanden werden könnte, das sich dann ausnahmsweise dem Anspruchsaufbau entziehen würde.

10 Interessant ist BGH NJW 2016, 1951: Die nach dem Online-Shopping ausgesprochene Drohung, anderenfalls den Kauf zu widerrufen, ist als Argument für das Verlangen eines Preisnachlasses nicht rechtsmissbräuchlich. Und BGH NJW 2015, 2959 (zu § 312 g Abs. 2 Nr. 8) ermöglicht entsprechende Spekulationen etwa mit Preisschwankungen bei Heizöl (aber nur bis zum Einfüllen in den Tank, § 312 g Abs. 2 Nr. 4).

C. Auffinden der Anspruchsgrundlagen und Normsuche

Will der Käufer einen Kauf rückgängig machen, weil er sich geirrt hat, oder will er den Rücktritt wegen einer mangelhaften Kaufsache erklären, muss auch für diese Fragestellung ein Anspruchsaufbau gefunden werden. Dafür ist ein Begehren zu formulieren, das Inhalt eines Anspruchs sein kann. Und zwar ist wiederum von den Rechtsfolgen auszugehen. Die Anfechtung hätte Nichtigkeit des geschlossenen Vertrages zur Folge (§ 142 Abs. 1), der Rücktritt führte zu einem Rückgewährschuldverhältnis (§§ 346 ff.). Anfechtung und Rücktritt sind Gestaltungsrechte, die nicht unmittelbar eine Anspruchsgrundlage bilden. Also muss weiter überlegt werden, welche Anspruchsgrundlagen darauf aufbauen. Das wirtschaftliche Ziel hängt dann davon ab, ob der Leistungsaustausch bereits erfolgt war oder noch nicht. Vor Leistungsaustausch wäre im Gutachten der Anspruch auf die *Primärleistung des Verkäufers(!)* zu prüfen. In diesem Rahmen bestünde hier Anlass, die Nichtigkeit infolge Anfechtung als rechtshindernde Einwendung (Anspruch entstanden?) bzw. den Rücktritt als rechtsvernichtende Einwendung (Anspruch untergegangen?) des Käufers einzuordnen und auszuführen.

War der primäre Leistungsaustausch bereits erfolgt, handelt es sich dagegen um Rückzahlungs- bzw. Rückübertragungsansprüche *des Käufers*. Im Falle der Anfechtung ist dafür typischerweise an die Leistungskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt.) zu denken. Im Hinblick auf das Abstraktionsprinzip könnte dabei auch mit einem dinglichen Herausgabeanspruch (§ 985) begonnen werden, der aber außerhalb von Doppelmängeln (die dingliche Einigung ist nur ausnahmsweise von der Anfechtung des Schuldgeschäfts betroffen) abgelehnt werden müsste. Beim Rücktritt greift schließlich § 346 Abs. 1 (wir kommen hierauf gleich noch einmal zurück). ◀

Solche offenen Formulierungen bergen Gefahren in zwei einander entgegengesetzte Richtungen. Sie können aufgrund zu schneller Festlegung auf einen bestimmten Anspruchsinhalt die Prüfung zu sehr verengen, so dass wesentliche Punkte und Ansprüche übersehen werden. Umgekehrt mag eine Unsicherheit in der Interpretation der maßgeblichen wirtschaftlichen Ziele dazu führen, dass gar nicht gefragte Ansprüche (etwa Regress- und Ausgleichsansprüche verschiedener in Frage kommender Schuldner) überflüssigerweise einbezogen werden.

430

► BEISPIEL:

Bevor auf Sekundäransprüche aufgrund von Leistungsstörungen (Unmöglichkeit, Verzug oder Gewährleistung wegen Schlechterfüllung) eingegangen wird, sollte stets der Primäranspruch auf die (vertraglich vereinbarte) Leistung dargestellt werden.

Bevor Ersatzansprüche aus dem Eigentum (§§ 987 ff.) oder bereicherungsrechtliche Ansprüche in Folge gesetzlichen Eigentumsübergangs (§§ 951 Abs. 1, 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt.) oder aufgrund Zuschlags in der Zwangsvollstreckung geprüft werden, sollte immer vorab die Eigentumslage anhand des Anspruchs nach §§ 985, 986 herausgearbeitet werden.

Zwar mögen diese im Vorfeld der „eigentlich interessanten“ Fragestellung liegenden Anspruchsinhalte möglicherweise zu verneinen sein. Ihre Vorwegnahme entzerrt aber den Prüfungsaufbau und zwingt dazu, die Voraussetzungen klarer ins Auge zu fassen, als dies bei Inzidentprüfung der Fall wäre. Da das Eingehen auf den Primäranspruch (etwa innerhalb der Leistungsstörung), auf die vorausliegenden Verfügungsgeschäfte (für die Eigentumslage) oder ein als Rechtsgrund dienendes Rechtsverhältnis (im Bereicherungsrecht) sowieso erforderlich wäre, verursacht solche Abschtichtung keine unnötige Zusatzarbeit.

Die Gefahr, wesentliche Anspruchsnormen zu übersehen, wird durch Autosuggestion vergrößert, wenn der Bearbeiter bei einer offenen Fallfrage die wirtschaftlichen Ziele voreilig zu eng fasst und damit sein Prüfungsprogramm etwa auf „Rückzahlung“ festlegt. Dadurch kommen womöglich nur bereicherungsrechtliche oder Rücktrittsansprüche in den Blick, wo Überlegungen zu einem allgemeineren *Zahlungsbegehren* ergänzend die mögliche Qualifizierung als Schadensersatzanspruch vor dem Vergessen bewahrt. Im Fall von Rücktritt und Anfechtung könnte je nach Rücktrittsgrund (hier z.B. Kaufmangel) ohne weiteres ein paralleler (vertraglicher) Schadensersatzanspruch nach § 437 Nr. 3 oder aus c.i.c. bestehen (vgl. ausdrücklich § 325). Will der Käufer zurücktreten, interessiert er sich selbstverständlich auch für die Folgen. - Vergleichbares gilt insbesondere für eine mögliche Konkurrenz des Widerrufsrechts in Verbraucherverträgen mit evtl. parallelen Gewährleistungsansprüchen. ◀

431

1. Teil Schreibwerkstatt

Erinnere Dich an dieser Stelle nochmals daran, dass die juristische Denkweise zwar zwingend von Rechtsfolgen ausgehen muss, für das Auffinden von Anspruchsnormen und Rechtsnormen überhaupt aber zuerst das „Abklopfen“ der gesetzlichen Regelungen zu den im Sachverhalt identifizierten Rechtsinstituten effizienter ist. Von daher ist es nicht nur ratsam, sondern zwingend, im Hinblick auf jedes Anspruchsziel zu überlegen, ob dafür vertragliche, vertragsähnliche, quasi vertragliche Ansprüche, solche aus dem Eigentum (Eigentümer-Besitzer-Verhältnis) oder bereicherungsrechtliche bzw. schließlich Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung in Frage kommen. Solches Abklopfen findet in der Niederschrift des Gutachtens keine Erwähnung, sofern im entsprechenden Bereich keine relevanten Anspruchsnormen gefunden wurden. Die Vorgehensweise dient nur der eigenen Absicherung dagegen, etwas zu übersehen.

- 432 Hat eine Aufgabenstellung mehrere Fallfragen vorgegeben oder werden unterschiedliche wirtschaftliche Ziele identifiziert, sind die Fragen unter Berücksichtigung jeweils aller relevanten Anspruchsnormen hintereinander und unbedingt in einer eventuell vom Aufgabensteller vorgegebenen Reihenfolge zu behandeln. Die Abfolge nach einer vorgegebenen Nummerierung ist zwar prüfungsrechtlich ohne Belang, in nahezu allen Fällen ist die Reihenfolge jedoch eine Hilfestellung, um die Probleme des Falles zu strukturieren und sie besser entwickeln zu können. Außerdem steigt zumeist auch der Schwierigkeitsgrad und mag etwa die letzte Frage nach Erörterung der vorherigen gar mit einem knappen Hinweis oder einer kreativen Idee zu erledigen sein. Würde mit ihr begonnen, bestünde dann die Gefahr, die Lösung unnötig aufzublähen und am Problem vorbei zu schreiben.

433 ► BEISPIEL:

Die Erörterung des Bereicherungsrechts im Mehrpersonenverhältnis sollte etwa stets mit der Betrachtung des eigentlichen Leistungsverhältnisses beginnen. Tätigt eine Bank irrig eine Überweisung im vermeintlichen Kundenauftrag, fordert sie Erstattung wahrscheinlich wahlweise vom Kunden oder dem Überweisungsempfänger. Es bietet sich an, mit Ansprüchen gegen den Kunden zu beginnen, weil die Bank mit dem Zahlungsvorgang ihre Pflichterfüllung in diesem Verhältnis bezweckte. Zu prüfen wäre vertraglicher Aufwendungsersatz nach §§ 675, 670 bzw. 675 c und im Falle eines konkret fehlenden Überweisungsauftrags ggf. die Leistungskondition auf Herausgabe einer Bereicherung aus der auftragslosen Überweisung. Jedenfalls beginnen die Überlegungen im sog. Deckungsverhältnis (begrifflich zu unterscheiden vom Valutaverhältnis und vom rein faktischen Zuwendungsverhältnis). Die Bereicherung kann sich aus seinen Rückzahlungsansprüchen gegen den Zahlungsempfänger ergeben, der von einer Gutschrift aufgrund eines Vertragsverhältnisses zwischen diesen beiden ausgehen durfte (Rückabwicklung entlang der Leistungsverhältnisse „über’s Eck“). Allerdings kann eine Leistung der Bank an ihren Kunden zu verneinen sein, wenn der Kunde mit der Fehlüberweisung rein gar nichts zu tun hatte. Aus seiner Sicht (objektiver Empfängerhorizont) lag dann kein zielgerichtetes Tun für ihn vor. Erst anschließend an diese Feststellung und als Ausnahme wegen der anderenfalls vorrangigen Leistungskondition kann dann eine Nichtleistungskondition als Direktkondition der Bank gegen den tatsächlichen Zahlungsempfänger infrage kommen (Zuwendungsverhältnis).

Diese Prüfungsreihenfolge wird vom Bereicherungsrecht vorgegeben. Durch gezielte Fragestellungen mit einer vorgegebenen Reihenfolge der Anspruchsrichtungen kann der Bearbeiter, gerade in Anfängerklausuren, dabei aber unterstützt werden. Die vergleichbare Problematik stellt sich bei den sog. Einbaufällen, in denen Bauhandwerker ihnen unter Eigentumsvorbehalt geliefertes (alternativ: gestohlenen) Baumaterial auf der Baustelle des Bauherrn einbauen (vgl. § 946) und der Lieferant Ersatz hierfür begehrt. – Wenn es im Bereicherungsrecht im Mehrpersonenverhältnis stets heißt, dass sich schematische Lösungen verbieten, gilt das aber nicht für die *systematische* Herangehensweise. Im Gegenteil, gemeint ist lediglich die Argumentation etwa beim finalen Leistungsbegriff. Lehnt man nämlich konkret ein Leistungsverhältnis zwischen zwei Personen ab,

eröffnet das die Nichtleistungskondition durch Dritte. Der Zahlungsempfänger ist dann plötzlich Einwendungen von mehreren Seiten ausgesetzt sind. Was der „objektive Empfänger“ in seinem Horizont erkennt, soll deshalb vom Ergebnis her zu denken sein: nach vorrangiger Schutzwürdigkeit. Es geht dabei aber nur um ein einzelnes Tatbestandsmerkmal, das nicht schematisch zu behandeln ist. ◀

1. „Das Klausurproblem“ – Erkennen rechtlicher Schwerpunkte

Vorangestellt sei nochmals, dass Aufgabe einer Fallbearbeitung nicht das isolierte Aufspüren einzelner Probleme ist, sondern eine systematische Gesamtdarstellung der Lösung anhand des Anspruchsaufbaus. Je präziser hierbei gearbeitet und auch gewichtet wird, umso eher ist der Aufgabe entsprochen und *dabei* treten dann auch die Schwerpunkte zutage. Gefordert ist auch niemals, das „richtige Ergebnis“ in der Lösung eines Problems. Es zählen allein der folgerichtig aufgebaute Lösungsweg und die mit guten Argumenten vertretene Subsumtion des Sachverhalts unter präzise definierte Tatbestandsmerkmale. „Das Klausurproblem“ ist deshalb regelmäßig allenfalls der gedankliche Aufhänger, um den herum eine Vielzahl rechtlicher Details angeordnet wird (z.B. Vertretungsverhältnisse, parallele Anspruchsnormen, Auslegungsfragen...). Sie erfordern die präzise Erfassung der Chronologie der Ereignisse, klare Unterscheidungen von Anspruchsinhalten oder die Berücksichtigung von Gegenrechten. Mit „lehrbuchhaftem“ Abrollen eines bestimmten Meinungsstreites zu dem der Klausur vielleicht sogar gedanklich zugrundeliegenden Aufhänger ist niemals Wesentliches zu gewinnen. Entscheidend ist, den dafür konkret richtigen „Ort“ im Prüfungsaufbau zu finden und meist noch wichtiger, den Streit von seinen Konsequenzen (den Rechtsfolgen) her zu denken und aufzubauen. Das ist eben der Unterschied einer Falllösung zum Lehrbuch.

434

Das widerspricht selbstverständlich dem nicht, dass jede Klausur und jeder Fall rechtliche Schwerpunkte hat, worauf die Lösung – zudem an der richtigen Stelle des Prüfungsaufbaus – einzugehen hat. Solche Schwerpunkte tun sich durch sorgfältiges Arbeiten in der Fallbearbeitung im Idealfall (und mit viel Übung) von selbst auf. Allerdings lassen sich durch Intuition und Textinterpretation des Sachverhalts die meisten Schwerpunkte erkennen, bevor mit der Konstruktion der Lösung des Falles begonnen wird. Fundiertes angelesenes und in Übungen erworbenes Wissen um juristische Zusammenhänge wird dadurch natürlich nicht entbehrlich.

435

Was für das Erfassen der Sachverhaltserzählung zuvor gesagt wurde, trifft sich hier damit, dass gerade die besonderen Ausgestaltungen des Sachverhalts eben diese Schwerpunktsetzungen sind. Es ging bei der Erfassung des Sachverhalts darum, aus dem *Wie* der Erzählung (unterschiedliche Erzählgeschwindigkeiten, adjektivische Beschreibungen von Umständen, welche der Erzählung Tiefe und Plastizität, manchmal aber auch ermüdende Längen geben), Hinweise für rechtliche Themen der Klausur abzulesen.

436

Auszugehen ist selbstverständlich vom *Was* der Erzählung als Träger der Handlung, welche Gegenstand der juristischen Begutachtung zu sein hat. Die Textanalyse muss auch das *Was* der Erzählung für den Lösungsweg fruchtbar machen. Es geht insoweit dann besonders um jede Art von Dopplungen und Parallelitäten im Geschehensablauf.

437

Nochmals: Meinungsstreite, Differenzierungen, exakte Definitionen von Tatbestandsmerkmalen sind nicht eigentlich „das Klausurproblem“. Sie sind vielmehr die Lösungswege aus einem Problem, einer gesetzlichen Unklarheit etc. Wichtig ist, das Problem zu finden und logisch folgerichtig darzustellen. Gelingt dies durchgängig, ist die Klausur bereits „zweistellig“ - auch ohne Kenntnis von Streitständen

1. Teil Schreibwerkstatt

(aber niemals umgekehrt). Hinweise auf Klausurschwerpunkte gibt die Textinterpretation.

438 ► BEISPIEL:

Dopplungen des Geschehens in gegenständlicher Hinsicht können sein, dass parallel zwei Haushaltsgeräte erworben werden, wovon eines vom Käufer seiner freiberuflichen Sphäre zugeordnet wird. Vgl. dazu § 13 a.E. etwa im Hinblick auf §§ 474 ff.

Oder ein Trödelladen bietet „alte und auf alt gemachte“ Waren an. Vgl. dazu § 309 Nr. 8 b) im Einleitungssatz und § 475 Abs. 2.

Werden bei einem durch Sachmängel bedingten Unfall nicht nur der eben erst gekaufte Pkw, sondern auch noch das auf dem Rücksitz transportierte Laptop zerstört (vgl. beim Verbrauchsgüterkauf § 475 Abs. 3), gibt das einen eindeutigen Anhaltspunkt für Unterschiede in der Lösung (vgl. Beispiel ab Rn. 655).

Verwendet ein zufällig herbeigeeilter Helfer für die Brandbekämpfung nicht nur seinen eigenen Feuerlöscher, sondern kommt dabei auch seine Kleidung zu Schaden, sind die doppelten Kosten mit Sicherheit rechtlich differenziert zu betrachten. Der Ersatz von Aufwendungen nach §§ 662, 670 bzw. §§ 677, 683, 670 ist auf geschäftsspezifische Eigenschädigungen zu erstrecken (obwohl diese keinen *freiwilligen* Vermögenseinsatz darstellen).

Solche Differenzierung gilt vergleichbar für Zubehör (§§ 97, 98) auf einem Grundstücken, wenn dieses mit Grundpfandrechten belastet ist (vgl. §§ 1120 ff.). Erwähnt der Falltext mehrere Zubehörstücke, wird vermutlich deren eines vorübergehend verliehen (vgl. § 1122 Abs. 1) worden, ein anderes unter Eigentumsvorbehalt erworben worden sein (§ 1120 erstreckt sich auch auf das Anwartschaftsrecht). Wurde dieses oder ein drittes anschließend veräußert aber noch nicht vom Grundstück abtransportiert (etwa nach Sicherungsübereignung nach §§ 929 S. 1, 930), zielt das auf § 1121 Abs. 2. – Verschiedene Stücke sind mit Sicherheit unterschiedlichen Normalalternativen zugeordnet!

Die Parallelität der Ereignisse kann auch personenbezogen sein. So z.B. bei zwei Verletzten durch den Unfall eines Taxis, wovon der eine wahrscheinlich ein Fahrgast mit vertraglichen Ansprüchen, der andere ein Passant mit nur deliktischen sein wird.

Dem ist eine Schädigung des Kunden durch einen Arbeitnehmer vergleichbar, neben dem der Rechtsträger des Geschäfts (Arbeitgeber) in Anspruch genommen wird.

Besonders interessant sind vertragliche Schadensersatzansprüche, wenn eine verschuldensunabhängige Haftung in Frage kommt (z.B. aufgrund anfänglicher Mietmängel nach § 536 a). Bestimmte Personen werden dabei in die Schutzwirkung des Vertrages einzubeziehen sein. Soweit ein solcher Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter reicht, erlangen sie Ersatz. Für nicht einbezogene Gäste bleibt es beim Verschuldenserfordernis des Deliktsrechts und sie gehen vielleicht leer aus. Hinweis hierauf ist standardmäßig etwa die Verletzung von Hauskindern und Besuch(skindern).

Im Rahmen deliktischer Ansprüche aus der verschuldensunabhängigen Produkthaftung nach dem ProdHG kann die Schädigung von „Besuchskindern“ wiederum ein Anzeichen für einen Instruktionsfehler eines im Umgang gefährlichen Gerätes sein (ein Reißwolf mit großem Zufuhrschlitz für höhere Papieraufkommen). Erforderlich ist eventuell ein Piktogramm auf dem Gerät selbst, nicht nur der Gefahrenhinweis in der Betriebsanleitung, damit auch kinderlose Besitzer das Risiko für Besuchskinder fortwährend realisieren.

Auch parallele Haftungsgründe einer einzelnen Person können im Hinblick auf eine sequentielle Gläubigermehrheit aus der Forderungsabtretung den entscheidenden Lösungshinweis geben. So gilt für Einreden gegen die persönliche Forderung im Falle der Abtretung § 404. Danach kann z.B. die erfolgte Tilgung oder ein Recht auf Minderung auch dem neuen Gläubiger entgegengehalten werden. Ein Zessionar ist also stets etwas unsicher hinsichtlich der Werthaltigkeit der abgetretenen Forderung. Besteht daneben aber auch eine dingliche Haftung aus einer für die abgetretene Forderung bestehenden Sicherheit (vgl. § 401), kann insoweit ein anderes Ergebnis zu finden sein: Selbst im Fall der streng zur gesicherten Forderung akzessorischen Hypothek auf einem verpfändeten Grundstück werden nämlich Einreden des Schuldners gegen die dingliche Haftung ausgeschlossen, vgl. §§ 1137, 1138 für den gutgläubigen (Zweit)Erwerb einer forderungsentkleideten

Hypothek durch den Zessionar. - Daraufhin muss dann die Klausurlösung konsequent aufgebaut werden! ◀

Noch deutlicher wird die Notwendigkeit entsprechender Unterscheidung sich ähnelnder Umstände eines Sachverhalts, wenn diese nicht in die Geschichte selbst eingewoben sind, sondern in Form von Abwandlungen des Ausgangssachverhalts dargestellt werden. Solche Fallvarianten können eine absichtsvolle Hilfe sein, indem sie vor flüchtigem Überlesen schützen, jedenfalls sollen sie zumeist einen rechtlichen Gesichtspunkt ausbreiten. Das kann ein Unterschied zwischen zwei Haftungsgründen sein oder ein einzelnes Tatbestandsmerkmal. Der Vergleich solcher Fallvarianten muss für das Erfassen der Problematik darauf gerichtet sein, dieses *Unterscheidungskriterium* herauszufinden, um das sich die Lösung dreht.

439

► **BEISPIEL:**

Ist in der Abwandlung nach dem Unterschied im Falle der *Kenntnis* einer Person von einem bestimmten Umstand gefragt, hängt die Lösung offensichtlich von einer Vorschrift ab, welche entsprechende Kenntnis voraussetzt. Das mag z.B. § 166 sein. Möglich ist auch, dass eine solche Vorschrift mindestens (grob) fahrlässige *Unkenntnis* schaden lässt, vgl. z.B. §§ 932 Abs. 2 und 678 oder § 992 für den Fall der Besitzverschaffung durch verbotene Eigenmacht über den Wortlaut der Vorschrift hinaus.

440

Variiert die Abwandlung die *Chronologie* bestimmter Ereignisse, kommt es ganz offensichtlich *darauf* an. So etwa für die Sicherungsübereignung von Zubehörstücken (gleich ob noch unter Eigentumsvorbehalt des Lieferanten stehend) vor/nach ihrer erstmaligen Verbringung auf das mit Grundschuld oder Hypothek belastete Grundstück (vgl. § 1120).

Es kann jedoch auch sein, dass mit der Chronologie eine den Wortlaut und die Systematik des Gesetzes verlassende (Rechtsprechungs)Meinung abgefragt werden soll, wie etwa im Hinblick auf die §§ 987 ff. betreffend solche Verwendungen, die zeitlich vor der Vindikationslage gemacht wurden und nach den Vorschriften des einschlägigen Besitzrechts des Verwendenden nicht ersatzfähig wären. – Solche Fälle setzen auf den ersten Blick breites Fachwissen voraus. Auf den zweiten Blick kann aber mit etwas Routine und guter Textinterpretation der „wunde Punkt“ durchaus auch blind gefunden werden, vorausgesetzt zumindest, das (ungeschriebene) Tatbestandsmerkmal der Vindikationslage in den §§ 987 ff. ist bekannt. Denn worauf soll sich eine zeitliche Vorverlegung der Verwendung sonst beziehen? Die Verpackung des Problems in eine spezifisch diesen Punkt modifizierende Abwandlung ist eine wirkliche Hilfestellung gerade für diejenigen, der weniger gelernt hat. Vorausgesetzt, er kann juristisch - differenzierend - denken.

Beschädigt ein Arbeitnehmer den Firmenwagen, besteht Gelegenheit, die Haftungsprivilegierung aus dem Gesichtspunkt des Betriebsrisikos analog § 254 darzustellen. Für eine Abwandlung bietet sich dem Klausurersteller dann an, denselben Unfall mit dem für die Dienstfahrt genutzten Privatfahrzeug des Arbeitnehmers zu wiederholen. Dadurch wird der Schaden wirtschaftlich verlagert und die Blickrichtung ändert sich. War zuerst die beschränkte Arbeitnehmerhaftung gefragt, muss es jetzt um einen Ersatzanspruch des Arbeitnehmers gehen, damit er in beiden Fällen gleich dasteht. Der Arbeitnehmer könnte im Umfang, wie er sich gegenüber dem Arbeitgeber nach diesen Grundsätzen freizeichnen konnte, Aufwendungsersatz nach §§ 667, 670 verlangen. Passiert der Unfall schließlich zum dritten Mal und zwar mit einem vom Arbeitnehmer entliehenen Mietwagen, kann er Aufwendungsersatz über § 257 als entsprechende Freistellung von Ansprüchen des Autovermieters geltend machen. - Eigentlich logisch. Diesen „Blick dafür“ zu üben, macht gute juristische Arbeit aus. ◀

Solche Möglichkeit, aus dem Aufbau der Sachverhaltsschilderung Lösungshinweise zu gewinnen, ist natürlich mit fortschreitenden Rechtskenntnissen umso größer. Zudem ist mit Erfassen des Unterscheidungskriteriums solcher Parallelitäten und Fallvarianten die maßgebliche Rechtsnorm noch keineswegs gefunden. Das Ergebnis der so auf mehrere Gegenstände oder Personen oder Fallvarianten verteilten Rechtsfrage braucht schließlich nicht notwendig unterschiedlich auszufallen. Möglicherweise weißt Du also mit der Unterscheidung nichts anzufangen, sie nicht fruchtbar zu machen.

441

1. Teil Schreibwerkstatt

- 442 Dennoch – Differenzierung und vergleichende Analyse zum Zweck, einen gemeinsamen übergeordneten Gesichtspunkt herauszufinden, dessen unterschiedliche (entgegen-gesetzte oder vielleicht doch vergleichbare oder untergeordnete) Ausprägung zwei Umstände sind, gehören zum **Fundament juristischen Denkens** und juristischer Arbeitsweise.

Salopp gesprochen lassen sich Äpfel mit Birnen eben doch vergleichen, nämlich nach den Kategorien Kernobst und Zuckergehalt (beide gleich) oder Form (unterschiedlich). Es gilt, das sog. tertium comparationis, den Vergleichsgesichtspunkt zu bestimmen. Für die Fallbearbeitung liegt er in einem Tatbestandsmerkmal einer Norm. Das ist juristisches Denken!

2. Denken in Gegensatzpaaren

- 443 Sind Sachverhaltsaussagen nicht recht einzuordnen und bleibt unklar, „worauf die Aufgabenstellung hinaus will“, lässt sich die Lösung oftmals dadurch vorantreiben, dass versucht wird, für den konkreten Umstand eine gegensätzliche Schilderung zu überlegen und von deren Rechtsfolgen ausgehend weiterzudenken. Vorsicht: Es wäre fatal, den Sachverhalt umzubauen. Das Denken in Gegensatzpaaren dient bloß als Möglichkeit, ein Problem zu identifizieren, es auf den Punkt zu bringen

- 444 Was ein solches Gegensatzpaar sein könnte, lässt sich nur bestimmen, wenn der *Vergleichsgegenstand* bereits bekannt ist, sonst bleibt lediglich die Verneinung oder Auslassung des betreffenden Umstandes (was wenig hilfreich ist, wenn er sowieso als „übrig“ empfunden wird). Allerdings lassen sich Differenzierungen auch anhand typischer Gegensätze suchen. Hinter diesem Hilfsmittel steht der Gedanke, dass nicht nur in Klausuren (aber v.a. dort) vieles oft auf Standardprobleme hinausläuft und die Begegnung mit „alten Bekannten“ und „üblichen Verdächtigen“ kriminalistischen Spürsinn wecken muss, in diese Richtung zu ermitteln (warum sollten sie sonst im Sachverhalt erscheinen) - aber nicht auf jede schnelle Schlussfolgerung hereinzufallen. Solche Typisierungen sind z.B.

- (1) *absolute* Rechte, Verfügungsverbote zu *relativen* (etwa im Hinblick auf § 823 Abs. 1 oder auf § 137 S. 1 zu S. 2)
- (2) *abstrakte* Verfügungen (auch abstrakte Verpflichtungen, §§ 780, 781) zu *kausalen* Verpflichtungsgeschäften im Hinblick z.B. auf die Rechtsfolgen von Mängeln im Grundgeschäft (abstrakte Rechtsgeschäfte müssen im Regelfall kondiziert werden; Ausnahme: Doppelmangel)
- (3) *abstrakte* Schadensberechnung (§ 288 Abs. 1 BGB; § 376 Abs. 2 HGB) zu *konkreter* Schadensberechnung (§ 249)
- (4) *Beschaffungspflicht* zu *Lieferpflicht* (im Hinblick auf Leistungsfahr und Vertretenmüssen von Herstellerverschulden nach § 278)
- (5) *eigen* (Eigenbesitz, Eigengeschäft) zu *fremd* (Fremdbesitz, Fremdgeschäftsführung[swille] der GoA)
- (6) *ex nunc*-Wirkung (Kündigung; Bedingungseintritt, § 158) zu *ex tunc*-Wirkung (Anfechtung; Heilungsvorschriften) im Hinblick auf z.B. die Folgen für eine Berechtigung im Zeitpunkt einer Handlung
- (7) *Holschuld* zu *Schickschuld* oder *Bringschuld* im Hinblick auf Erfüllung, Gefahrübergang, Vertretenmüssen (z.B. im Hinblick auf § 278)

- (8) *Innenverhältnis* zu *Außenverhältnis* (dazu sogleich)
- (9) *konstitutiv* (Schuldanerkenntnis nach §§ 780, 781; Handelsregistereintragung im Fall von z.B. §§ 2, 15, 25 Abs. 2, 28 Abs. 2, 123 Abs. 1 HGB) zu *deklaratorisch* (Schuldanerkenntnis; Handelsregistereintragungen nach §§ 29, 31 ff, 53 HGB)
- (10) *materiell* (inhaltliche Übereinstimmung von Willenserklärungen beim Vertragschluss) zu *formell* (formelles Konsensprinzip im Grundbuchrecht)
- (11) *mittelbar* zu *unmittelbar* etwa im Hinblick auf §§ 123 Abs. 2 S. 1, 143 Abs. 2, 4 S. 1 und 2, 164 Abs. 1 S. 1, 328 Abs. 1, 329, 330 S. 1, 784 Abs. 1, 796, 816 Abs. 1 S. 2, 868-870 (mittelbarer Besitz), 2080 Abs. 1, 2081 Abs. 2 S. 1, 2161 S. 2, 2194 S. 1, 2196 Abs. 1;
- (12) *Nichtigkeit* / *Unwirksamkeit* (z.B. §§ 105, 111, 138, 306) zu *Anfechtbarkeit* (§ 142) oder *schwebender Unwirksamkeit* (z.B. § 108)
- (13) *objektiv* zu *subjektiv* (subjektive Theorien verlangen ergänzend Kenntnis eines Umstandes, z.B. für § 1365)
- (14) *originär* zu *derivativ* (beim Erwerb von Rechten z.B. im Hinblick auf den Verlust von Einwendungen)
- (15) *Pflicht* zu bloßer *Obliegenheit* (im Hinblick etwa auf Schadensersatz); § 377 Abs. 1 HGB ist nur eine Obliegenheit, die Rechtsfolge steht in Abs. 2
- (16) *positives Interesse* (auch: Erfüllungsinteresse) zu *negativem Interesse* (beim Schadensersatz, vgl. § 122, 311 Abs. 2)
- (17) *Scheingeschäft* (bloß scheinbare Verbindlichkeit) zu *Umgehungsgeschäft* (als wirklich geschlossenes Geschäft, aber mit unlauterer Absicht)
- (18) *Wesentlich, erheblich, schwerwiegend*, zu *unwesentlich o.ä.* etwa im Hinblick auf z.B. §§ 93, 94, 119 Abs. 1 („bei verständiger Würdigung“) und Abs. 2, 308, 313, 650 Abs. 1, 775 Abs. 1 Nr. 1, 777, 906; insbesondere auch bei Kündigungen aus wichtigem Grund z.B. nach §§ 543 Abs. 2, 569, 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 1
- (19) *Zweipersonenverhältnis* zu *Mehrpersonenverhältnis* (etwa im Hinblick auf die Leistungsbeziehungen für den Bereicherungsausgleich; vgl. auch § 123 Abs. 2: Beschränkung gilt nicht für die Täuschung durch einen „Nicht-Dritten“). Im Zusammenhang damit steht auch das Gegensatzpaar des *Direkterwerbs* zum *Durchgangserwerb* (z.B. beim Geheißerwerb).

Die Liste lässt sich weiter fortsetzen in Hinblick auf die Unterscheidung von Unternehmer und Verbraucher (§§ 13, 14, 310, 312 ff, 474), Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Betriebsübergang (§ 613 a) zu bloßem Funktionsübergang, Minderjährigkeit etc.

445

► **BEISPIEL:**

446

Das rechtliche Verhältnis zwischen zwei Personen ist *aus ihrer Sicht* immer ein Außenverhältnis. Handelt aber jemand gegenüber einem anderen für einen Dritten, ist aus Sicht des Handlungsgegners die Verbindung zwischen dem Handelnden und dem Dritten, für den die Handlung erfolgt, ein Innenverhältnis dieser beiden. Denn der Handlungsgegners ist nur einem Beteiligten rechtlich verbunden (sein Außenverhältnis). Im Fall des wirksamen Vertreterhandelns (§ 164 Abs. 1) entsteht das Außenverhältnis zum Vertretenen. In Fall der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 667) besteht das Außenverhältnis dagegen mit dem Geschäftsführer. Der rechtsgeschäftliche Auftrag zu einer Geschäftsführung (§ 662) bestimmt in dieser Hinsicht ebenfalls das Innenverhältnis, die Vertragsauslegung ergibt aber regelmäßig, dass darin zugleich die konkludente Erteilung einer Vollmacht liegt (bei der GoA gibt es dagegen keine derart auszulegende Willenserklärung!). Umgekehrt liegt einer Vollmacht meist ein Schuldverhältnis zugrunde (vgl. § 168 S. 1). Pro-

1. Teil Schreibwerkstatt

kuristen (außer sie sind von Beruf Schwiegersöhne) und Handlungsbevollmächtigte sind entweder Arbeitnehmer oder selbständige Handelsvertreter (vgl. § 84 Abs. 1, 2 mit §§ 55, 91 HGB).

Stets sind Innen- und Außenverhältnis strikt auseinanderzuhalten. In der Person des Handelnden (des Vertreters bzw. des Geschäftsführers) treffen sie jedoch aufeinander und bilden quasi die Kehrseiten derselben Medaille. Das Innenverhältnis bestimmt das rechtlich **erlaubte Tun-Dürfen** (oder das Tun-Müssen), das Außenverhältnis das rechtlich **wirksame Können**. Für den Klausurersteller bietet sich aber an, im Sachverhalt die Betonung auf die falsche Seite zu legen:

Geht es um einen „Verkaufsauftrag“ und dabei um die Frage, ob der Erwerber Eigentum erlangt hat, ist rechtlich das Außenverhältnis entscheidend und der Auftrag (Innenverhältnis) verschleiert die konkludent in ihm liegende Vollmacht. Handelt umgekehrt jemand in Vollmacht und der Fall geht um die „Abrechnung mit dem Vollmachtgeber“, ist das Innenverhältnis angesprochen. Die Anspruchsgrundlage ist im Auftragsrecht zu suchen. Es ist also für die Fallbearbeitung immer lohnend zu überlegen, ob die jeweils andere Seite das Verständnis des Sachverhalts zutreffender weiterbringt. ◀

447 ► WEITERE BEISPIELE:

(1) Wir hatten bereits den Zusammenhang von obligatorischem Gefahrübergang und Drittschadensliquidation kennengelernt. – Übrigens: welche Gefahr war relevant, Leistungs- oder Preisgefahr? Das zu verstehen ist elementar wichtig! – Der Übergang der Preisgefahr ist Regelungsgegenstand z.B. des § 447 Abs. 1 (parallel § 644 Abs. 2). Beide Vorschriften haben gleichermaßen eine Art Hintergrund. Sie heißt Schickschuld und bedeutet das Auseinanderfallen von Leistungs- und Erfolgsort (Distanzgeschäft). Unterfall der Schickschulden ist der Versandungskauf, für ihn gilt dann § 447. Liegt in Sachverhalt ein Distanzgeschäft, muss also intuitiv an die Drittschadensliquidation gedacht und diese mit großem „?“ auf dem Merkzettel notieren werden.

(2) Gerät jemand in Verzug, ist genau zwischen Schuldner- und Gläubigerverzug zu differenzieren. Schuldnerverzug betrifft eine Leistungspflicht und gibt als Rechtsfolge Schadensersatz neben der Leistung, §§ 286, 280 Abs. 2, oder ein Rücktrittsrecht, § 323, und Schadensersatz statt der Leistung, § 281, 280 III. Überfälligkeit setzt dabei die Bestimmung einer Leistungszeit voraus, zuvor aber des Leistungsinhalts und des Ortes, wo die Leistung vorzunehmen ist. – Dagegen wird Gläubigerverzug nicht als Pflichtverletzung begründet, sondern bloß aufgrund einer nicht entsprochenen Obliegenheit. Gläubigerverzug führt zur Haftungserleichterung, § 300 Abs. 1, und zum Gefahrübergang wiederum der Preisgefahr nach § 326 Abs. 2. Die Haftungserleichterung wird relevant v.a. im Hinblick auf Schadensersatzansprüche, der Gefahrübergang im Hinblick auf das Entgelt und wiederum ggf. eine Drittschadensliquidation. Im Übrigen ist v.a. an den Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 304, 256 und vergleichbare GoA-Ansprüche zu denken.

(3) Besonders bedeutsam ist die Differenzierung zwischen Schuldner- und Gläubigerverzug für Mitwirkungshandlungen des Bestellers beim Werkvertrag. Der Werkunternehmer ist für seine Leistungshandlung in vielen Fällen auf Unterstützung und Vorgaben des Bestellers angewiesen. Der Bauherr muss dem Bauunternehmen ein Grundstück für den beauftragten Hausbau zur Verfügung stellen, der Kunde dem Maßschneider zur Vermessung und Anprobe bereitstellen. Versäumt er das, kann der Unternehmer nach §§ 642, 643, 645 Abs. 1 S. 2 (nur) Ansprüche auf Entschädigung und Teilvergütung geltend machen und sich vom Vertrag durch Kündigung lösen. Es handelt sich um Gläubigerverzug, weshalb hierauf nicht §§ 280 ff, 323 anwendbar sind (obwohl sie im Ergebnis die gleichen Rechtsfolgen haben könnten). – Aber: was gewöhnlich dem Besteller nur als Mitwirkungshandlung obliegt, kann auch als Hauptpflicht vereinbart worden sein. Hat das Bauvorhaben etwa Pilotcharakter und hat der Unternehmer an der Fertigstellung mehr als nur ein Vergütungsinteresse (vgl. § 641), sondern braucht es (vereinbarungsgemäß) als Referenzobjekt für künftige Wettbewerbe, treffen den Besteller die Leistungsklage und bei Säumnis die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs. ◀

Aber Vorsicht bitte: Die Gegensatzpaare haben keinen eigenständigen Erkenntniswert. Die Lösung erklärt sich nicht *aus* dem glücklich gefundenen Gegensatz heraus. Dennoch: Der Gegensatz weist auf das Problem hin.

Die Überlegung von Gegensatzpaaren hilft bei der Suche nach dem Unterschied zwischen alternativen gesetzlichen Regelungen, juristischen Konstruktionen oder

Auslegungsmöglichkeiten. Für die Fallbearbeitung geht es dabei zuerst um die Interpretation des Sachverhaltes und davon ausgehend um das Auffinden eines gesetzlichen Aufhängers für einen Sachverhaltsumstand.

3. Assoziatives Erkennen

Wir haben uns bisher mit dem Anspruchsaufbau beschäftigt und wichtige Anspruchsgrundlagen kennengelernt. Anschließend sind wir in die Fallbearbeitung eingestiegen und haben überlegt, wie die konkret einschlägigen Normen aufgefunden werden können. Der bisherige Bearbeitungsstand ist der, dass wir einen Merktzettel entwickelt haben, der nicht nur unsystematisch die Ideen zur rechtlichen Bewertung des Sachverhalts enthält, die beim ersten Durchlesen aufgefallen waren. Vielmehr sollte nach der Befriedigung einer gewissen Neugier hinsichtlich des Geschehens im Sachverhalt diese Stoffsammlung vervollständigt werden. Dafür ist von den inhaltlich zusammenhängenden Gruppen von Anspruchsgrundlagen auszugehen, die bestimmte Anspruchsinhalte tragen können (z.B. vertragliche Leistungsansprüche, Schadensersatzansprüche, Herausgabe- oder Ausgleichsansprüche).

448

Gibt der Sachverhalt Anhaltspunkte und Ansätze für die Prüfung entsprechender Anspruchsgrundlagen?

Solche „freie“ Assoziationen im Sinne einer Materialsammlung dürfte jedenfalls für den Anfänger eine zwar aufwendige, aber sehr lohnende und wahrscheinlich die entscheidende Arbeit sein. Weniger hilfreich und hier nicht gemeint ist bloße Intuition, Dein Bauchgefühl oder das vermeintliche Wiedererkennen eines bestimmten Standardfalles. Wir haben deshalb bei den Anspruchsgrundlagen weniger mit Beispielen gearbeitet, als mehr mit Kasuistiken.

Assoziation ist vielmehr ein Abklopfen des Sachverhalts und des Gesetzes im Hinblick auf die bereits erwähnten Reihen von Anspruchsgrundlagen, aber genauso auch – einen Schritt zuvor – auf die dem wirtschaftlichen Begehren der Beteiligten entsprechenden Anspruchsinhalte selbst (unter Berücksichtigung der Fallfrage selbstverständlich). „Frei“ ist diese Arbeit nur, als der Blick noch nicht durch Einzelheiten zu den Tatbestandsvoraussetzungen oder gar eine (vorschnelle und vor-entnommene) Konstruktion einer Lösung verstellt sein soll.

Zu sammeln ist alles, was passend sein könnte! Ob es bei eingehenderer Betrachtung als naheliegend, fernliegend oder gar abwegig, als zu bejahen oder zu verneinen bewertet werden muss, in welcher Reihenfolge es gar abzuhandeln sein wird, spielt für die möglichst umfassende Materialsammlung des Merktzettels noch keine Rolle.

D. Strukturieren der Lösung

Das Strukturieren des Materials, um daraus einen Lösungsweg der Klausur zu schaffen, ist hier nun der nächste Schritt. Er folgt bestimmten Prinzipien und lässt sich schematisieren. Das soll jetzt gezeigt werden.

449

Leitendes Prinzip der Fallbearbeitung ist, wie bereits betont, der Anspruchsaufbau. Jede Fallbearbeitung ist zwingend in das Verlangen nach einem Tun oder Unterlassen (vgl. § 194 Abs. 1 als Legaldefinition des Anspruchs) aufzulösen. Dieser Anspruchsinhalt wird sodann von einer oder mehreren Anspruchsgrundlagen getragen. Die eigent-

450