

Begleitendes Skript
zur Vorlesung Legal Writing

Prof. Dr. B. Boemke

WS 2019/2020

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung.....	7
1. Teil: Allgemeine Grundsätze	11
§ 2 Normen im Recht.....	11
A. Begriff	11
B. Die Rechtsnorm im Zivilrecht	11
I. Anspruchsgrundlagen	12
II. Hilfsnormen.....	13
III. Wirknormen.....	13
1. Definition	13
2. Tatbestandsmerkmale und Wirknorm	13
3. Einwendung	14
4. Einrede.....	15
5. Gutachtentechnik	15
C. Aufbau von Rechtsnormen	16
I. Tatbestand und Regelung.....	16
II. Einzelne Tatbestandsmerkmale	17
III. Normenhierarchie.....	18
§ 3 Logik im Recht.....	19
A. Syllogismus.....	19
B. Logische Schlussfolgerungen	20
I. Erst-Recht-Schluss (argumentum a maiore ad minus).....	20
II. Umkehrschluss (argumentum e contrario)	21
III. Argumentum ad absurdum.....	22
C. Logische Fehlritte	23
I. Zirkelschluss	24

II. Tautologie	25
III. Verstoß gegen Humes Gesetz	25
IV. Begriffsverschiebung (quaternio terminorum)	26
V. Sprung im Schließen (Saltus in concludendo)	26
VI. Voreilige Verallgemeinerungen	27
§ 4 Juristisches Argumentieren	28
A. Meinungsstreitigkeiten	28
I. Erarbeiten des Problems	28
II. Darstellung der bestehenden Ansichten und Subsumtion	28
III. Eigene Ansicht	31
B. Gesetzesauslegung	32
I. Die einzelnen Auslegungsmethoden	32
1. Wortlaut	32
2. Systematik	33
3. Historie	33
4. Telos	34
5. Verfassungskonformität	34
6. Unionsrechtskonformität	34
II. Verhältnis der Methoden zueinander	34
C. Rechtsfortbildung	35
I. Analogie	35
II. Teleologische Reduktion	36
III. Richterrecht	36
D. „Scheinargumente“	37
I. Autoritätsargument (argumentum ad verecundiam)	37
II. Argumentum ad hominem	38
III. Argumentum ad consequentiam (Beurteilung anhand von Konsequenzen)	38
IV. Unterstellung schlechter Motive	38

V. Scheinkausalität (Cum hoc ergo propter hoc).....	39
§ 5 Sprache im Recht	40
A. Juristische Sprache.....	40
B. Sprachstil	40
I. Sachlich, präzise, konzentriert und ohne Ausschmückungen	40
II. Emotions- und wertfrei	40
III. Schreibperspektive.....	41
C. Orthographie, Grammatik, Darstellung	44
I. Allgemeines	44
II. Überschaubare Satzlänge.....	46
III. Variantenreicher Satzbau.....	47
IV. Nominalstil sparsam verwenden	47
V. Füllwörter vermeiden	48
VI. Überflüssiges streichen	50
VII. Aktiv statt Passiv.....	50
VIII. Verneinungen vermeiden.....	51
IX. Ökonomische Formulierungen wählen	52
X. Übertreibungen streichen	52
XI. „Verwaltungsdeutsch“ vermeiden	52
C. Verwendung von Fachtermini	53
I. Juristisch exakt.....	53
II. Adressatinnenorientiert	55
2. Teil: die Klausur	56
§ 6 Erfassen von Sachverhalt und Fragestellung	56
A. Bedeutung des Sachverhalts	56
B. Informationen des Sachverhalts richtig werten und einordnen	56
C. Bearbeitervermerk und Fallfrage	58
D. Arten von Klausuren	59

I. Grds.: Gutachten.....	59
II. Sonderfälle.....	60
1. Themen- oder Aufsatzklausuren	60
2. Anwältinnenklausuren	60
III. Sonderfall: Prozessuale Einkleidung.....	60
§ 7 Vorbereitung der Klausurlösung	62
A. Zeiteinteilung.....	62
B. Sachverhaltsskizze erstellen.....	62
C. Gliederung erstellen.....	63
D. Schwerpunktsetzung	66
§ 8 Die zivilrechtliche Klausurlösung	68
A. Anspruchsgrundlagen	68
I. Wahl der Anspruchsgrundlage	68
II. Prüfungsreihenfolge innerhalb einer Anspruchsgrundlage.....	70
B. Allgemeine Prüfungsreihenfolge zivilrechtlicher Ansprüche.....	72
C. Mehrere Anspruchsgrundlagen.....	74
I. Konkurrenzen.....	74
II. Alternative Anspruchsgrundlagen	75
III. Spezielle Anspruchsgrundlagen.....	75
D. Mehrheit von	77
I. Überblick.....	77
II. Mehrere Anspruchsziele	78
III. Mehrere Anspruchsgegnerinnen	78
IV. Mehrere Anspruchstellerinnen	79
§ 9 Der Gutachtenstil.....	80
A. Überblick.....	80
B. Obersatz	81
C. Definition.....	82

D. Subsumtion.....	83
E. Konklusion	84
F. Vorziehen von Tatbestandsmerkmalen.....	84
G. Abgrenzung zum Urteilsstil; Wahl des richtigen Stils.....	85

§ 1 Einleitung

“Legal writing is a type of technical writing used by lawyers, judges, legislators, and others in law to express legal analysis and legal rights and duties.”¹ Diese Vorlesung widmet sich also dem „juristischen Schreiben“ oder auch dem Schreiben juristischer Texte. Sie soll Ihnen eine Hilfestellung für das Schreiben von Klausuren, Hausarbeiten und Seminararbeiten geben.

Die Bedeutung des guten Schreibens wird gerade in der Anfangsphase eines Studiums unterschätzt. Studierende glauben häufig, ausreichendes inhaltliches Wissen sei ein Garant für eine gute Leistung und Bewertung; dies ist leider ein Irrglaube. Das vorhandene Wissen muss vielmehr auch adressatengerecht präsentiert werden. Generell, insbesondere aber auch in juristischen Texten, ist es erforderlich, dass die Leserin – bei universitären Prüfungsleistungen die Korrektorin/Prüferin – den Gedankengang der Bearbeiterin nachvollziehen kann. Neben einer logisch strukturierten Darlegung gibt es grundlegende Anforderungen an die sprachliche Präsentation. Die Bearbeiterin muss hierzu die Grundlagen des (juristischen) Schreibens beherrschen. Idealerweise soll die Prüferin das Gutachten nicht nur nachvollziehen können, sondern auch Spaß am Lesen haben. Hierfür bedarf es gewisser Fähigkeiten im *Legal writing*. Die Sprache ist zumeist das Erste, was der Korrektorin auffällt. Sie ist der erste Eindruck, über den viel gewonnen oder verloren werden kann.

Neben dem sprachlichen Ausdruck gehört zum *Legal Writing* auch die logisch geordnete Darstellung. Häufig ist eine misslungene Darstellung ein Zeichen dafür, dass die Bearbeiterin das Inhaltliche nicht richtig verstanden und durchdrungen hat. Ordnung in der Sprache bedarf zwingend der Ordnung im Gedankengang.

Nicht nur für die Korrektorin, sondern auch für die Bearbeiterin kann die Sprache wichtige Hinweise geben. Sie ermöglicht, den eigenen Gedankengang kritisch auf die Probe zu stellen. Nur wenn sich der Gedankengang im Gutachten schlüssig formulieren lässt, ist er auch wirklich in sich stimmig. Durch den Gutachtenstil wird eine Hilfestellung für die gedankliche Ordnung der Prüfung und der sprachlichen Problemlösung gegeben. Es wird so sichergestellt, dass die Prüfungspunkte in der richtigen

¹ https://en.wikipedia.org/wiki/Legal_writing (abgefragt am 03.05.2018).

§ 1 Einleitung

Reihenfolge abgearbeitet werden. Hierdurch wird die Wahrscheinlichkeit, einzelne Aspekte zu vergessen, verringert.

Gelungene, prägnante Darstellungen können im Vergleich zu umständlichen Formulierungen viel Zeit sparen. Dabei geht es nicht nur um die eigene Zeit, die insbesondere in jeder Klausur begrenzt ist, sondern auch um die Zeit der Korrektorin. Es hebt die Laune nicht, sich durch seitenlange, kompliziert formulierte, wenig zielführende Ausführungen zu quälen. Demgegenüber freut sich jede Korrektorin, wenn sich auf wenigen Seiten sprachlich angemessen dargestellte, zutreffende Lösungen finden.

In der Universität gilt für die Falllösung wie für jede andere juristische Darstellung das Motto: „Der Weg ist das Ziel“. Es geht in erster Linie darum, die Darstellung logisch folgerichtig, sprachlich angemessen und juristisch begründet zu präsentieren. Das Ergebnis ist zwar nicht völlig unwichtig, aber sekundär. Das führt dazu, dass es in der Rechtswissenschaft nicht um das Auswendiglernen von Lösungen und Meinungen geht, sondern um das Entwickeln von Meinungen am konkreten Fall. Dies ist eine Fähigkeit, die man lernen kann und muss. Die Erfahrung zeigt: Auch bei Aufgabenstellungen, deren Probleme der Bearbeiterin scheinbar nicht bekannt sind, wird die Lösung oftmals über das formale Herangehen gefunden. Nur wer handwerklich sauber vorgeht, stößt zu den zentralen Fragestellungen vor und kann eine solide, überzeugende Lösung entwickeln. Wer das juristische Handwerk beherrscht, fühlt sich bei der Falllösung auch in einer unbekanntem Rechtslage wohler und erzielt bessere Ergebnisse als derjenige, der Fragestellungen handwerklich nicht korrekt bearbeitet. All das darf natürlich nicht über eines hinwegtäuschen: wer über kein inhaltliches Wissen verfügt, ist nicht in der Lage, ein brauchbares Gutachten zu schreiben.

Im Gegensatz zu einer mündlichen Prüfung kann die Korrektorin einer schriftlichen Ausarbeitung nicht nachfragen, wenn sie etwas nicht versteht. In einer Klausur, einer Hausarbeit und einer Seminararbeit hat die Bearbeiterin nur eine Chance, ihr Wissen und Können zu vermitteln. Diese Chance gilt es zu nutzen.

Es sind nicht nur universitäre Prüfungsleistungen, bei denen das Schreiben wichtig ist. Auch bei fast allen juristischen Berufen ist die Fähigkeit, Texte gut zu verfassen, essentiell. Die Anwältin, die es im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens nicht schafft, die Richterin an ihren gedanklichen Überlegungen teilhaben zu lassen, wird keinen Erfolg haben – mag der Gedankengang auch noch so grandios sein. Auch im

§ 1 Einleitung

Mandantinnengespräch muss die Anwältin das Wissen situationsgerecht und adressatinnenorientiert vermitteln; versteht die Mandantin die Ausführungen ihrer Anwältin nicht, werden unter Umständen wichtige Informationen nicht übermittelt. Kann eine Richterin nicht begründen, wie sie zu ihrem Urteil kommt, büßt sie und in der Folge das gesamte Justizsystem an Akzeptanz durch die Bevölkerung ein. Die Nachvollziehbarkeit eines Urteils ist ein demokratisches, rechtsstaatliches Grundbedürfnis.

„Übung macht den Meister“ - das gilt auch für das Schreiben! Diese Veranstaltung will die grundlegenden Aspekte des juristischen Schreibens thematisieren, Ihnen Anhaltspunkte für die richtige Fallbearbeitung geben und Sie für vermeidbare Fehler sensibilisieren. Diese Vorlesung kann Ihnen aber nicht die Übung abnehmen. Besonders Schwerpunktsetzung und Zeiteinteilung lernt man nicht durch theoretische Überlegungen, sondern durch aktives Üben. Sie sollten in jedem Stadium des Studiums, besonders häufig jedoch in den ersten Semestern, immer wieder Falllösungen ausformulieren. Die Klausuren, die angeboten werden, sollten Sie wahrnehmen, auch wenn Sie sie nicht für das Bestehen der Zwischenprüfung oder der großen Scheine brauchen. Daneben sollten Sie auch im privaten Rahmen das Formulieren juristischer Gutachten üben. Eine gute Möglichkeit dafür bieten private Arbeitsgemeinschaften, in denen Sie nach dem Schreiben die Klausuren tauschen und gegenseitig korrigieren. Auf diese Weise erlangen Sie auch erste Erfahrungen, als Korrektorin eine Klausur zu lesen. So können Sie sich besser in die Situation der Korrekturen hineinversetzen und deren Erwartungshaltung erkennen. Zugleich können Sie sehen, was Kommilitonen besser oder schlechter machen als Sie selbst. So können Sie voneinander lernen.

Die Vorlesung ist in drei Teile eingeteilt:

Im ersten Teil werden die allgemeinen Grundsätze des juristischen Denkens und Schreiben behandelt. Dabei spielt neben der sprachlichen Gestaltung (§ 5) auch das logische Denken (§ 3) und juristische Argumentieren (§ 4) eine große Rolle. Dies alles muss aber stets unter Einbindung der einschlägigen Normen erfolgen (§ 2).

Im zweiten Teil werden die Besonderheiten der Klausurbearbeitung behandelt. Der erste, häufig unterschätzte Schritt ist hier die Erfassung von Sachverhalt und Fragestellung (§ 6). Wer den Sachverhalt missversteht oder die Fragestellung falsch deutet, kann zu keiner gelungenen Klausurbearbeitung kommen. Nachdem der Sach-

§ 1 Einleitung

verhalt erfasst und die Fragestellung beachtet wurde, geht es noch nicht ans Schreiben; vielmehr ist die Klausurlösung vorzubereiten (§ 7). Erst nach sorgfältiger Vorbereitung kann die Klausurlösung (§ 8) im Regelfalle im Gutachtenstil (§ 9) abgesetzt werden.

Im dritten Teil werden die Besonderheiten bei Haus- und Seminararbeiten behandelt. Nach einem Überblick (§ 10) werden allgemeine Grundsätze der inhaltlichen Manuskriptgestaltung (§ 11), aber auch formelle Fragen der Ergebnisgestaltung (§ 12) angesprochen. Im Unterschied zur Klausurbearbeitung besteht die Möglichkeit, die Lösung unter Berücksichtigung einschlägiger Rechtsprechung und Schrifttums zu gestalten. Hier ist eine sinnvolle Materialrecherche und -auswertung von besonderer Bedeutung (§ 13). Zum wissenschaftlich redlichen und korrekten Arbeiten gehört natürlich auch das richtige Zitieren (§ 14). Schließlich kommt bei Seminararbeiten noch die mündliche Präsentation hinzu (§ 15).

1. Teil: Allgemeine Grundsätze

§ 2 Normen im Recht

Zentraler Anknüpfungspunkt für juristische Gedanken und Ausführungen zum geltenden Recht müssen die Gesetze i. S. v. Art. 2 EGBGB, also die Rechtsnormen, sein. Die Rechtsnormen sind das Handwerkszeug, mit dem die Juristin ihre Fälle oder sonstigen Aufgabenstellungen bearbeitet und löst.

Daneben kommt auf Grund des Grundsatzes der Privatautonomie in der zivilrechtlichen Falllösung vertraglichen Regelungen eine besondere Bedeutung zu. Sie können vom Gesetz abweichende Regelung enthalten, sind aber gegebenenfalls auf ihre Wirksamkeit zu prüfen

A. Begriff

Rechtsnormen lassen sich in ganz unterschiedlicher Hinsicht klassifizieren.² Der Begriff des Gesetzes kann z. B. im formellen oder im materiellen Sinne verstanden werden. Hinsichtlich des Normgebers kann z. B. zwischen Bundes- und Landesrecht sowie dem selbstgesetzten Recht der Selbstverwaltungskörperschaften unterschieden werden. Ein einheitlicher Begriff des Gesetzes oder der Rechtsnorm existiert nicht.³

B. Die Rechtsnorm im Zivilrecht

Für die Fallbearbeitung kommt der Unterscheidung zwischen Anspruchsgrundlagen, Hilfsnormen und Wirknormen grundlegende Bedeutung zu.

² Vgl. z. B. Staudinger/Merten (2013) EGBGB, Artikel 2 Rn. 15 ff.

³ Staudinger/Merten (2013) EGBGB, Artikel 2 Rn. 5.

§ 2 Normen im Recht

I. Anspruchsgrundlagen

Der Anspruch ist nach der Legaldefinition in § 194 Abs. 1 BGB das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Anspruchsgrundlagen sind dementsprechend alle Vorschriften, die jemandem einen solchen Anspruch gewähren.

Anspruchsgrundlagen sind nur Bestimmungen, die als Rechtsfolge ein Recht der einen Seite auf Leistung gewähren oder aber spiegelbildlich die Verpflichtung der anderen Seite regeln, eine Leistung zu erbringen.

Beispiele: § 433 I 1 BGB - Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen.
§ 433 II BGB: Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

Das Auffinden der - zutreffenden - Anspruchsgrundlage ist gerade bei der juristischen Falllösung von erheblicher Bedeutung. Ihr sollte daher ganz besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden. Wird eine Bestimmung zum Ausgang der Prüfung gewählt, die keine Anspruchsgrundlage enthält oder nicht als Rechtsfolge – zumindest abstrakt – das gewünschte Begehren gewährt, ist die darauf aufbauende Prüfung nahezu wertlos. Wird umgekehrt eine Anspruchsgrundlage nicht als solche erkannt und infolgedessen nicht geprüft, ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Bearbeiterin wesentliche Schwerpunkte des Falles übergeht, hoch.

Beispiele: § 194 I BGB - Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung. Diese Bestimmung definiert zwar den Anspruch, enthält aber selbst keine Anspruchsgrundlage. Rechtsfolge ist nämlich gerade nicht, dass die eine Seite von einem anderen etwas verlangen kann.

II. Hilfsnormen

Hilfsnormen enthalten nicht Tatbestand und Rechtsfolge, sondern Definitionen, Begriffsbestimmungen oder Beschreibungen von Pflichten. Sie werden daher in die Prüfung von Anspruchsgrundlagen und Wirknormen „eingebaut“.⁴

Beispiel: Nach § 288 I 1 BGB ist „eine Geldschuld [...] während des Verzugs zu verzinsen.“ Zum Tatbestand des § 288 I 1 BGB gehört das Merkmal des Verzugs. Wann Verzug eintritt, ergibt sich aus der Hilfsnorm des § 286 BGB. Außerdem regelt § 288 I 1 BGB nicht, wie hoch der Verzugszinssatz ist. Hier greift als Hilfsnorm § 288 I 2 BGB: „Der Verzugszinssatz beträgt für das Jahr fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.“

Es stellt sich eine weitere Frage: Was ist der „Basiszinssatz“? Hier hilft als Hilfsnorm § 247 BGB.

III. Wirknormen

1. Definition

Wirknormen enthalten eine Rechtsfolge, die im Rahmen von Anspruchsgrundlagen als Tatbestandsmerkmal oder als rechtshindernde/rechtsvernichtende Einrede zu prüfen sind. Die Prüfung von Wirknormen wird also in die Prüfung von Anspruchsgrundlagen „eingebaut“.⁵ Innerhalb der Wirknormen wird unterschieden zwischen Tatbestandsmerkmalen, Einwendungen und Einreden.

2. Tatbestandsmerkmale und Wirknorm

Tatbestandsmerkmale sind die einzelnen Elemente des Tatbestands einer Rechtsnorm. Im Rahmen der Prüfung, ob ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal im konkreten Sachverhalt vorliegt, sind im Rahmen der Falllösung unter Umständen die Wirknormen hinzuzuziehen.

⁴ Jaensch, Klausurensammlung Bürgerliches Recht, 2012, 1. Abschnitt, III. 3.

⁵ Jaensch, Klausurensammlung Bürgerliches Recht, 1. Abschnitt, III. 2.

§ 2 Normen im Recht

Beispiel: V macht gegen K einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung (§ 433 II BGB) gelten. K wendet ein, er habe den Kaufvertrag wirksam angefochten. § 142 I BGB ist hier wirkt noch um, weil sie darüber Auskunft gibt, wie die Anfechtung wirkt.

3. Einwendung

Es gibt rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen.⁶ Bei den rechtshindernden Einwendungen sind zwar die anspruchsbegründenden Tatbestandsvoraussetzungen der Anspruchsgrundlage erfüllt, gleichwohl entsteht der Anspruch nicht, weil auch die Tatbestandsvoraussetzungen der rechtshindernden Einwendung vorliegen.

Beispiel: Die Werkunternehmerin W hat die Privatwohnung der Bestellerin B vereinbarungsgemäß mit Farbe gestrichen. Allerdings hat sie dabei den Kristalleuchter von B im Wert von 13.500 € zerstört. Damit sind die anspruchsbegründenden Tatbestandsvoraussetzungen nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB dargetan.

Gleichwohl entsteht der Anspruch nach § 280 II 2 BGB nicht, wenn W die Pflichtverletzung (Zerstörung des Kristalleuchters nicht zu vertreten hat.

Rechtsvernichtende Einwendungen bringen einen entstandenen Anspruch zum Erlöschen oder verändern ihn.

Die wichtigsten rechtsvernichtenden Einwendungen sind⁷:

- § 362 I BGB: Erfüllung
- § 275 I BGB: Unmöglichkeit

⁶ Boemke/Ulrici, BGB-AT, 2. Auflage 2013, § 19 Rn. 6.

⁷ Boemke/Ulrici, BGB-AT, § 19 Rn. 10.

§ 2 Normen im Recht

Bei Einwendungen muss der Schuldner darlegen und ggf. beweisen, dass die Voraussetzungen der Einrede bestehen. Sind dem Sachverhalt hierzu keine Angaben zu entnehmen, kann das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen nicht festgestellt werden, d. h. die Einwendung ist nicht gegeben.

4. Einrede

Einreden lassen den Anspruch als solchen unberührt, hindern ihn aber in seiner Durchsetzung.⁸ Im Gegensatz zu einer Einwendung muss die Einrede erhoben werden. Der Schuldner kann einseitig kundtun, dass er die Einrede nicht weiter aufrechterhält, dann kann der Anspruch wieder uneingeschränkt durchgesetzt werden.⁹

Es gibt unterschiedliche Arten von Einreden:

Dauernde (peremptorische) Einreden verhindern die Durchsetzung für immer, z. B. die Verjährung (§ 214 Abs. 1 BGB).

Aufschiebende (dilatorische) Einreden verhindern die Durchsetzung vorübergehend, z.B. die Stundung (§ 205 BGB).

Zuletzt gibt es noch beschränkte Einreden. Bei diesen ist die Durchsetzbarkeit des Anspruchs von bestimmten Voraussetzungen abhängig, z. B. kann der Gläubiger bei der Einrede eines Zurückbehaltungsrechts aus §§ 273, 320, 1000 BGB nur Leistung Zug-um-Zug verlangen.¹⁰

5. Gutachtentechnik

Bei Einwendungen und Einreden ist zu beachten, dass im Gutachten immer die Wirknorm den Ausgangspunkt bildet und mitzitiert wird.

Beispiel: Wie oben III 2 - Wirksamkeit eines Kaufvertrags und Anfechtung durch den Käufer.

Die Unwirksamkeit des Kaufvertrags infolge der Anfechtung ergibt sich aus § 142 I

⁸ Boemke/Ulrici, BGB-AT, § 19 Rn. 13.

⁹ Boemke/Ulrici, BGB-AT, § 19 Rn. 14.

¹⁰ Boemke/Ulrici, BGB-AT, § 19 Rn. 15.

§ 2 Normen im Recht

BGB. §§ 119 ff. BGB sind nur im Rahmen der Prüfung des Anfechtungsgrund von Bedeutung, also für die Frage, ob ein anfechtbares Rechtsgeschäft vorliegt.¹¹

C. Aufbau von Rechtsnormen

Für das Verständnis von Rechtsnormen und ihrer Anwendung ist es wichtig den Aufbau einer Rechtsnorm zu kennen.

I. Tatbestand und Regelung

Gesetzliche Vorschriften, lassen sich in Tatbestand und Rechtsfolge unterteilen.¹²

Beispiel: § 362 I BGB: Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird.

Tatbestand: Die geschuldete Leistung wird an den Gläubiger bewirkt.

Rechtsfolge: Das Schuldverhältnis erlischt.

Besonders deutlich wird dieser Aufbau bei Anspruchsgrundlagen.

Beispiel: § 823 I BGB: Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Tatbestand:

1. Recht oder Rechtsgut des Gläubigers (Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, sonstiges Recht)
2. Verletzung des Rechts oder Rechtsguts
3. Verletzungshandlung des Schuldners
4. Kausalität zwischen Verletzungshandlung und Rechts- oder Rechtsgutsverletzung
5. Rechtswidrigkeit

¹¹ Diederichsen/Wagner, Die BGB-Klausur, 9. Auflage 1997, 2. Teil, IV. 2. g).

¹² Körber, JuS 2008, 289 (292).

§ 2 Normen im Recht

6. Vorsatz oder Fahrlässigkeit

Rechtsfolge: Anspruch des Geschädigten auf Schadensersatz

Sogar bei Hilfsnormen kann dieser Aufbau zugrunde gelegt werden.

Beispiel: § 90 BGB: Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.
Tatbestand: Etwas ist ein körperlicher Gegenstand.
Rechtsfolge: Das Etwas ist eine Sache.

II. Einzelne Tatbestandsmerkmale

Welche Voraussetzungen eine Norm hat, ergibt sich zumeist aus der Norm selbst. Mittels konzentrierter Gesetzeslektüre kann die Bearbeiterin die entsprechenden Voraussetzungen herauslesen. Diese Voraussetzungen müssen bei den meisten Normen kumulativ vorliegen, um die Rechtsfolge zu bewirken.¹³

Beispiel: § 985 BGB: Der Eigentümer kann vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen. Daraus ergeben sich folgende Tatbestandsmerkmale:

- a) Sache
- b) Eigentümer
- c) Besitzer

Nicht: Fehlendes Recht des Besitzers zum Besitz

§ 986 BGB normiert keine (negative) Tatbestandsvoraussetzung in Form des fehlenden Rechts des Besitzers zum Besitz. Vielmehr handelt es sich hierbei nach Rspr. und h. M. um eine Einwendung.¹⁴

Der Grund für diese Verlagerung der Voraussetzungen liegt in der Beweislast. Diese trifft immer diejenige, die sich auf eine Tatsache beruft. Das führt dazu, dass die An-

¹³ Tettinger/Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Auflage 2015, Rn. 234 f.

¹⁴ BGH, Urteil vom 22.4.1999 – I ZR 37-97, NJW 1999, 3716, 3717; Baldus in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 986 Rn. 76 f.

§ 2 Normen im Recht

spruchsgegnerin beweisen muss, dass sie ein Recht zum Besitz hat und nicht etwa die Anspruchstellerin, dass die Anspruchsgegnerin kein Recht zum Besitz hat.¹⁵

Manchmal gibt es auch ungeschriebene Tatbestandsmerkmale, die nicht im Gesetztext stehen, sondern von der Rechtsprechung oder Literatur ergänzend verlangt werden.

Beispiel:	§ 666 Var. 2 BGB: „Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber [...] auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen [...] Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal: berechtigtes Interesse des Auftraggebers an der Auskunft. ¹⁶
-----------	--

III. Normenhierarchie

Die Normen einer Rechtsordnung stehen nicht bezuglos nebeneinander, sondern bilden gemeinsam ein Rechtssystem. Kommt es im Rahmen der Fallbearbeitung für die Fallentscheidung auf eine bestimmte Rechtsnorm an, muss im Einzelfall deren Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht geprüft werden. Dies verdeutlicht, dass es auch bei der Lösung eines zivilrechtlichen Falles unter Umständen erforderlich ist, Kenntnisse des öffentlichen und des Europarechts anzuwenden.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG genießt das Unionsrecht grundsätzlich einen Anwendungsvorrang gegenüber dem nationalen Recht, auch gegenüber dem GG (auf die Grenzen soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden). Es folgen einfache Bundesgesetze und Verordnung. Satzungen stehen auf unterster Stufe der Normpyramide.

Sobald eine Norm gegen höherrangiges Recht verstößt, ist sie nicht anzuwenden, soweit eine geltungskonforme Auslegung ausscheidet.

¹⁵ Berger in Jauernig, BGB, 17. Auflage 2018, § 986 Rn. 2.

¹⁶ Schäfer in Münchener Kommentar zum BGB, § 666 Rn. 23.

§ 3 Logik im Recht

A. Syllogismus

Der lateinische Begriff „syllogismus“ geht zurück auf das griechische „syllogismos (συλλογισμός)“. Aristoteles bezeichnete mit „syllogismos“ ein deduktives Argument, bei dem, wenn etwas vorausgesetzt wird, sich auch etwas Anderes als das Gesetzte hieraus zwingend ergibt. Der Syllogismus ist daher eine Methode der Logik, um von mehreren Prämissen auf etwas hieraus Folgendes zu schließen.

Ein Syllogismus ist eine Schlussform, bei der aus zwei Sätzen als Prämissen in der Form Subjekt, Kopula (Bindewort) und Prädikat auf einen dritten Satz mit dem gleichen Aufbau als Konklusion gefolgert wird.¹⁷

Folgendes allgemein bekanntes Beispiel:

1. Alle Menschen sind sterblich.
2. Sokrates ist ein Mensch.
3. Also ist Sokrates sterblich.

Diese Schlussfolgerung ist ersichtlich gültig. Der Begriff „Mensch“ stellt die Verbindung zwischen den beiden Prämissen dar. Er wird als Mittelbegriff bezeichnet und taucht in der Schlussfolgerung nicht mehr auf.

Es handelt sich hierbei um die Grundform des logischen Schlusses.

Auf Grundlage des Syllogismus werden auch Subsumtionen vorgenommen.¹⁸

1. Prämisse: Wenn der Tatbestand erfüllt ist, tritt die Rechtsfolge ein.
2. Prämisse: Der Tatbestand ist erfüllt.
3. Konklusion: Die Rechtsfolge tritt ein.

Dies funktioniert auch innerhalb des Tatbestandes

¹⁷ Joerden, Logik im Recht, 3. Auflage, 7. Kapitel.

¹⁸ Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Auflage 2018, S. 92 ff.

1. Prämisse: Wenn die Voraussetzungen 1 bis 5 erfüllt sind, ist der Tatbestand erfüllt.
2. Prämisse:
 - a) Voraussetzung 1 ist erfüllt.
 - b) Voraussetzung 2 ist erfüllt
 - c) Voraussetzung 3 ist erfüllt
 - d) Voraussetzung 4 ist erfüllt
 - e) Voraussetzung 5 ist erfüllt
3. Konklusion: Der Tatbestand ist erfüllt.

B. Logische Schlussfolgerungen

Um juristisch sinnvoll und zulässig zu argumentieren, gibt es logische Figuren, derer man sich bedienen kann und die dabei helfen können, den richtigen Weg zu finden.

I. Erst-Recht-Schluss (argumentum a maiore ad minus)

Der Erst-Recht-Schluss wird verwendet, wenn eine stärkere Behauptung bereits feststeht und deswegen die schwächere Behauptung stimmen muss.¹⁹

Bsp.: § 2255 S. 1 BGB legt fest, dass der Erblasser ein Testament widerrufen kann. Daraus folgt, dass der Erblasser *erst recht* einen Teil des Testaments widerrufen kann.

Wer das Recht zur außerordentlichen Kündigung nach § 314 BGB hat, der kann *erst recht* ordentlich kündigen.

Nach § 123 I BGB kann eine Willenserklärung anfechten, wer zu ihrer Abgabe durch arglistige Täuschung oder durch widerrechtliche Drohung bestimmt ist. Wer *sowohl* durch arglistige Täuschung *als auch* durch widerrechtliche Drohung zur Abgabe gebracht wurde, kann *erst recht* anfechten.

Die Abtretung einer Forderung nach § 398 BGB ist gem. § 185 II BGB auch wirksam, wenn der Verfügende die Forderung erst nach der Abtretung erwirbt. Daraus folgt, dass die Abtretung einer zukünftigen Forderung *erst recht* möglich ist.²⁰

¹⁹ Joerden, Logik im Recht, 7. Kap. B. II. 1.

²⁰ Lieder in BeckOGK BGB, Stand 1.9.2018, § 398 Rn. 150.

II. Umkehrschluss (argumentum e contrario)

Eine Aussage wird ermittelt, indem ihr kontradiktorisches Gegenteil festgestellt wird.²¹

Beispiel:

„Der Vermieter hat die Mietsache [...] während der Mietzeit in [vertragsgemäßem] Zustand zu erhalten“ (§ 535 I 2 BGB). Daraus kann man folgern, dass der Mieter grundsätzlich nicht für die Erhaltung des vertragsgemäßen Zustands verantwortlich ist.²²

Manchmal kann daraus, dass etwas für eine Sache geregelt ist, gefolgert werden, dass es für eine andere Sache nicht gilt.

Beispiele:

Im Werkvertragsrecht findet sich in § 637 I BGB ein Selbstvornahmerecht des Bestellers; im Kaufrecht ist ein solches nicht normiert. Daraus folgt, dass es im Kaufrecht kein Selbstvornahmerecht gibt.²³

§ 309 Nr. 6 BGB legt fest, wann eine Vertragsstrafe unzulässig ist. Daraus folgt, dass in allen nicht genannten Fällen eine Vertragsstrafe zulässig vereinbart werden kann.²⁴

§ 309 Nr. 6 BGB ordnet an, dass bei einem Vertragsverhältnis, das die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand hat, gewisse Laufzeiten nicht vereinbart werden dürfen. Daraus kann gefolgert werden, dass bei den nicht genannten Dauerschuldverhältnissen diese Bestimmung nicht gilt.²⁵

²¹ Schnapp, Logik für Juristen, 7. Auflage 2016, § 35.

²² Specht in BeckOK Mietrecht, 12. Edition, Stand 1.6.2018, § 535 BGB Rn. 4415.

²³ Näher Lorenz, NJW 2003, 1417.

²⁴ Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Auflage 2016, § 307 BGB Rn. 164.

²⁵ Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 307 BGB Rn. 164.

§ 844 BGB normiert, unter welchen Voraussetzungen Dritte Ersatzansprüche erfolgreich geltend machen können. Das bedeutet, dass Dritte, sofern § 844 BGB nicht einschlägig ist, keine Ersatzansprüche geltend machen können.

Es ist leider nicht leicht zu entscheiden, wann ein Umkehrschluss angebracht ist und wann nicht. Im Einzelfall kann eine Bestimmung einen allgemeinen Rechtsgedanken enthalten, sodass diese auf einen nicht geregelten Fall entsprechend angewandt werden kann. Die Schwierigkeit besteht darin, zu entscheiden, ob die Gegenposition wirklich das kontradiktorische Gegenteil ist. Manchmal kann zur Lösung eines Problems mit einem Umkehrschluss oder mit einem Erst-Recht-Schluss gearbeitet werden (mit gegensätzlichem Ergebnis). Dann muss das Ergebnis durch Wertung ermittelt werden.

Zentrale Frage ist also „Ist eine Gleichbehandlung aus Gründen der Gerechtigkeit oder eine Andersbehandlung aus Gründen der Rechtssicherheit zu bejahen?“²⁶

III. Argumentum ad absurdum

Bei diesem Argument wird auf das Ergebnis einer bestimmten Auslegung abgestellt und sodann gezeigt, dass das hieraus folgende Ergebnis nicht Bestandteil einer sinnvollen Ordnung sein kann, sodass die betreffende Auslegung abgelehnt werden muss²⁷.

Beispiel:

Im Rahmen der AGB-Kontrolle unterliegen deklaratorische Klauseln nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht der Angemessenheitskontrolle. Nach [§ 306 Abs. 1](#) müsste nämlich an die Stelle einer unwirksamen deklaratorischen Klausel wieder die inhaltsgleiche gesetzliche Regelung treten, sodass die Inhaltskontrolle im Ergebnis leerliefe.²⁸

Sokrates war angeklagt worden, gottlos zu sein. Der Ankläger Meletos behauptete,

²⁶ Bergmeister/Würdinger, Jura 2007, 15 (16).

²⁷ Schnapp, Logik für Juristen, § 40; Staudinger/HonsellBGB, Einleitung Rn. 150.

²⁸ Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 307 BGB Rn. 1 dort 7 Fn. 48.

Sokrates glaube an übermenschliche „daimonische“ Wesen. Sokrates erklärte daraufhin: „Gibt es jemanden, der zwar an Wirkungen von göttlichen Wesen (daimonia) glaubt, an göttliche Wesen (daimones) selbst jedoch nicht?“ – „Wenn ich also an die Realität von göttlichen Wesen glaube, wie du behauptest, und wenn diese göttlichen Wesen eine Art von Göttern sind, habe ich dann nicht recht, wenn ich sage, dass du ein Rätsel vorträgst [...], da du behauptest, dass ich nicht an Götter glaube?“²⁹

Fallbeispiel:

A verkauft und übereignet ein bebautes Grundstück an B. Der Kaufvertrag ist wirksam, die Übereignung unwirksam. Das führt dazu, dass A neben der Herausgabe des Grundstücks auch die Mieteinnahmen nach § 818 I BGB verlangen kann. Wenn sowohl das schuldrechtliche als auch das dingliche Geschäft nichtig sind, finden die Regelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses Anwendung. Nach § 993 I Hs. 2 BGB muss der Besitzer Nutzungen nicht herausgeben. Das führt dazu, dass der Eigentümer, der sein Eigentum nicht verloren hat, schlechter dasteht, als wenn beide Rechtsgeschäfte nichtig gewesen wären. Da dieses Ergebnis absurd ist, muss die Sperrwirkung des § 993 I Hs. 2 BGB in diesem Fall durchbrochen werden.³⁰

C. Logische Fehlritte

Neben den logischen Schlussfolgerungen gibt es logische Fehlritte, die vermieden werden müssen.

²⁹ Platon, Apologie, 27c/27d, zitiert nach Stellhorn, ZJS 2014, 467 (467).

³⁰ Stellhorn, ZJS 2014, 467 (469).

I. Zirkelschluss

Bei einem Zirkelschluss wird versucht, eine Aussage mittels einer Argumentation zu begründen, an deren Beginn genau diese Aussage als Prämisse auftritt.³¹

Beispiele:

Das Rechtsgeschäft ist sittenwidrig, weil es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dies aber ist die Definition der Sittenwidrigkeit i. S. v. § 138 I BGB.

Ein Gericht stellt fest, dass ein Zeuge glaubwürdig ist. Als Begründung für die Glaubwürdigkeit wird nur die konkrete Aussage des Zeugen herangezogen.³²

„Ein intelligenter Mann war nachts überfallen und verletzt worden. Worauf nach dessen Beschreibung ein Individuum verhaftet und dem Verletzten am nächsten Tag vorgestellt wurde, mit der Frage, ob dies der Täter sei. Er erkannte ihn mit Sicherheit wieder. Da aber seine Beschreibung nicht vollkommen gestimmt hatte, wurde der Zeuge gefragt, warum er denn so bestimmt glaube, dass dies der Täter sei. ‚Sonst hätten Sie ihn wohl nicht hier, wenn er nicht der Richtige wäre.‘ – War die verblüffende Antwort.“³³

„Gibt es überpositives Recht? – Ja, denn Art. 1 GG nimmt darauf Bezug.“³⁴

„S sagt, Gott habe mit ihm gesprochen.“ „Das glaube ich nicht, S lügt!“ „Das kann nicht sein, Gott würde nie mit jemandem sprechen, der lügt!“³⁵

Mir ist es wichtig, Weihnachten zu feiern, weil es mir wichtig ist, Traditionen zu bewahren.

³¹ Schnapp, Logik für Juristen, § 52.

³² Joeden, Logik im Recht, 3. Auflage, S. 316

³³ Groß, Kriminalpsychologie, 2. Auflage 1905, S. 43 f.

³⁴ Schnapp, Logik für Juristen, § 52.

³⁵ Hesse, Das kleine Einmaleins des klaren Denkens, 2009, S. 22

Ich mag keinen Blumenkohl, weil ich kein Gemüse mag.

II. Tautologie

Eine Tautologie ist eine Aussage, die immer wahr ist, aber keinen Mehrwert bringt.

Beispiele:

§ 4 I 1 ProdhaftG: „Hersteller im Sinne dieses Gesetzes ist, wer das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt hergestellt hat.“

§ 1906 I 1 BGB: „Eine Unterbringung des Betreuten durch den Betreuer, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist ...“.

§ 856 I BGB: Der Besitz wird dadurch beendet, dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert. Diese Norm ist vom Wortlaut her tautologisch. Gleichwohl versteht die h. M. sie so, dass „Besitz“ in diesem Zusammenhang nicht die tatsächliche Gewalt an sich meint, sondern die aus der tatsächlichen Gewalt ableitbaren Befugnisse.³⁶

Es regnet oder es regnet nicht.

„Wenn du kein iPhone hast, hast du kein iPhone.“³⁷

III. Verstoß gegen Humes Gesetz

Mit Humes³⁸ Gesetz wird ein metaethisches Prinzip bezeichnet, wonach nicht von einem Sein auf ein Sollen geschlossen werden kann. So darf beispielsweise nicht aus Fakten gefolgert werden, wie Normen zu sein haben oder ausgelegt werden müssen.³⁹

³⁶ Berger in Jauernig, BGB, § 856 Rn. 1.

³⁷ Werbeslogan von Apple, <https://www.watson.ch/apple/iphone/760619840-wenn-du-kein-iphone-hast-hast-du-kein-iphone> (abgefragt am 28.09.2018).

³⁸ David Hume (1711 - 1776) war ein schottischer Philosoph, Ökonom und Historiker.

³⁹ Quante/Siep in Wils, Die kulturelle Form der Ethik, 2004, S. 91 (98).

Bsp.: Aus der Tatsache, dass die Ehe (früher) ein heterosexuelles Verhältnis vorausgesetzt hat, folgt nicht zwingend, dass die Ehe auch in Zukunft ein heterosexuelles Verhältnis voraussetzen muss.

Zutreffend dagegen BGH: Ende der 1980er Jahre wurde bei Bankformularen verbreitet eine "Oberschrift" für den Überweisungsträger verlangt. Dies stellt aber keine Unterschrift i. S. v. § 126 BGB dar.⁴⁰ Formulare müssen dem Gesetz entsprechen, nicht umgekehrt.⁴¹

IV. Begriffsverschiebung (quaternio terminorum)

Quaternio Terminorum ist ein logischer Schlussfehler, der darin besteht, dass der Mittelbegriff im Ober- und Untersatz eines Syllogismus nicht der gleiche ist, sodass mit Subjekt und Prädikat vier statt drei Begriffe im Schluss enthalten sind.⁴²

Beispiele:

Was einen Bart hat, kann man rasieren.

Schlüssel haben einen Bart.

Fehlschluss: Schlüssel kann man rasieren.

Der Betrug wird nach § 263 StGB bestraft.

A hat ihren Ehemann betrogen.

Fehlschluss: Also wird A nach § 263 StGB bestraft.

V. Sprung im Schließen (Saltus in concludendo)

Hierbei wird aus einer Aussage eine andere abgeleitet, ohne zu beachten, dass die Ableitung nicht zwingend ist, weil es noch andere Möglichkeiten gibt.⁴³

Beispiel:

Was du nicht verloren hast, das hast du noch.

⁴⁰ BGH, Urteil vom 20.11.1990 – XI ZR 107/89,, BGHZ 113, 48-54.

⁴¹ Mansel in Jauernig/, BGB, § 126 Rn. 2.

⁴² Vgl. Joerden, Logik im Recht, 7. Kap. B. II. 4. e).

⁴³ Schnapp, Logik für Juristen, § 47.

Hörner hast du nicht verloren.

Fehlschluss: Du hast also Hörner.

VI. Voreilige Verallgemeinerungen

Dieser Fehlschluss beruht darauf, dass aus der Beobachtung einzelner wahrer Aussagen ein Gesetz abgeleitet wird, das aber im Ergebnis nicht für alle möglichen Fälle gilt.⁴⁴

Bsp.: „Jemand, der einem anderen mit einem Messer in den Brustkorb sticht, ist ein Verbrecher. Ein Chirurg, der eine Operation vornimmt, sticht einem anderen mit einem Messer in den Brustkorb. Also ist der Chirurg ein Verbrecher.“⁴⁵

⁴⁴ Schnapp, Logik für Juristen, § 50.

⁴⁵ Schnapp, Logik für Juristen, § 50.

§ 4 Juristisches Argumentieren

A. Meinungsstreitigkeiten

Zentraler Bestandteil von juristischen Texten sind Meinungsstreitigkeiten. Dort wo es unterschiedliche Meinungen zu einer Rechtsfrage gibt, liegt fast immer ein Bearbeitungsschwerpunkt. Von der Bearbeiterin wird daher die intensive Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Rechtsauffassungen, das Abwägen von Meinungen und letztendlich die Entscheidung für eine Position erwartet.

I. Erarbeiten des Problems

Die Erarbeitung des Problems erfolgt immer fallbezogen. Lehrbuchartige Ausführungen sind falsch. Wichtig ist, dass das Problem nicht an einem bestimmten Stichwort aufgehängt oder ein auswendig gelernter Streit dargelegt, sondern dass der Streitstand im Gutachten entwickelt wird.

Nicht empfehlenswert: Fraglich ist, ob § XY hier angewendet werden kann. Dies ist strittig. Eine Meinung bejaht diese, eine Meinung verneint dies.

Besser: Fraglich ist, ob § XY hier angewendet werden kann. Dafür spricht... Dagegen spricht...

II. Darstellung der bestehenden Ansichten und Subsumtion

Bei der Darstellung der bestehenden Ansicht ist bei Haus- und Seminararbeiten darauf zu achten, die Meinungen anderer möglichst richtig wiederzugeben. Hier wird von Studentinnen besonders häufig der Fehler begangen, eine Ansicht nicht aus der Quelle, welche die jeweilige Vertreterin der Ansicht selbst verfasst hat, zu übernehmen, sondern aus einer Quelle, welche eigentlich einer anderen Auffassung folgt (s. später § 14 Blindzitat). Dies ist besonders ungünstig, weil dadurch einmalig aufgetretene Falschinterpretationen nicht aufgedeckt werden und nicht alle relevanten Argu-

§ 4 Juristisches Argumentieren

mente nachvollzogen werden können. Die Darstellung der bestehenden Ansichten sollte möglichst objektiv und wertfrei erfolgen.

Im Rahmen der Fallbearbeitung sind nicht nur die jeweiligen Meinungen darzustellen, sondern es hat auch eine Subsumtion des konkreten Sachverhalts unter die einschlägigen Normen so wie sie sich nach der betreffenden Meinung darstellen zu erfolgen. Es ist ein Fehler, den Meinungsstreit nur abstrakt darzustellen und zu entscheiden. Meinungsstreitigkeiten müssen nämlich nur dann entschieden werden, wenn der Streit für die Falllösung erheblich ist, d. h. wenn unterschiedliche Meinungen im konkreten Fall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Wenn alle dargelegten Auffassungen zum selben Ergebnis kommen, so braucht der Streit nicht entschieden werden. Eine Entscheidung wäre nicht nur überflüssig, sondern auch falsch, weil das Gutachten immer fallbezogen sein muss.

Die unterschiedlichen Meinungen sind darzustellen, ohne die Argumente hierfür im Einzelnen darzutun. Die Argumente interessieren nämlich nur, wenn die unterschiedlichen Meinungen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Nur dann ist der Streitstand zu entscheiden. Dies ist auch aus taktischen Gesichtspunkten angezeigt. Werden die Argumente schon bei der Präsentation der Auffassungen präsentiert, fehlen sie dann bei der eigenen Stellungnahme. Es muss dann entweder ein „dünnes Süppchen gekocht werden“ oder Wiederholungen werden erforderlich.

Sinnvoll ist es dabei, die Subsumtion mit der Darstellung der jeweiligen Meinung zu verbinden.

Beispiel: Arbeitgeberin Anne-Greta (AG) hat die Kündigungserklärung am 01.04. ggü. ihrer unerkant geisteskranken Arbeitnehmerin Anna-Nora (AN) abgegeben. Nach der Bestellung von Gerda-Brunhilde findet diese das Kündigungsschreiben am 13.06. bei einer Sichtung der Geschäftspapiere von AN. Ist die Kündigung wirksam erklärt?⁴⁶

⁴⁶ Beispiel nach BAG, Urteil vom 28.10.2010 – 2 AZR 794/09, NJW 2011, 872 ff.

§ 4 Juristisches Argumentieren

Gesetz: § 131 I BGB: „Wird die Willenserklärung einem Geschäftsunfähigen gegenüber abgegeben, so wird sie nicht wirksam, bevor sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht.“

Problem: Muss die Willenserklärung, um wirksam werden zu können, an den gesetzlichen Vertreter gerichtet sein?

I. Meinungsstand

1. WE ggü. der gesetzlichen Vertreterin

a) Darstellung der Meinung

Nach einer in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung muss die Erklärung an die gesetzliche Vertreterin gerichtet sein oder sie muss doch zumindest ihr gegenüber abgegeben sein. Es genügt daher nicht, dass die gesetzliche Vertreterin nur zufällig von einer Willenserklärung an die Geschäftsunfähige erfährt.⁴⁷

b) Subsumtion

AG hat die Willenserklärung ggü. ihrer Arbeitnehmerin, der unerkannt geisteskranken und damit geschäftsunfähigen (§ 104 Nr. 2 BGB) AN abgegeben.

c) Ergebnis

Da die Willenserklärung an die geschäftsunfähige AN und nicht an ihre gesetzliche Betreuerin GB gerichtet war, wäre sie nicht wirksam geworden, obwohl GB sie zur Kenntnis genommen hat.

⁴⁷ BAG, Urteil vom 28.10.2010 – 2 AZR 794/09, NJW 2011, 872, 873 (Rn. 24 ff.); Einsele in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2015, § 131 Rn. 3.

§ 4 Juristisches Argumentieren

2. WE ggü. der Geschäftsunfähigen genügt

a) Darstellung der Meinung

Nach einer abweichenden Auffassung soll es genügen, wenn die Willenserklärung gegenüber der Geschäftsunfähigen abgegeben wurde. Sie wird in diesem Falle wirksam, wenn die gesetzliche Vertreterin sie zur Kenntnis nimmt.⁴⁸

b) Subsumtion

AG hat die Willenserklärung nicht ggü. GB, sondern ihrer Arbeitnehmerin, der unerkannt geisteskranken und damit geschäftsunfähigen (§ 104 Nr. 2 BGB) AN abgegeben. Die eingesetzte Betreuerin GB hat die Kündigungserklärung am 13.06. zur Kenntnis genommen

c) Ergebnis

Da die an die geschäftsunfähige AN gerichtete Willenserklärung von der gesetzlichen Betreuerin GB am 13.06. zur Kenntnis genommen wurde, wäre sie mit dieser Kenntnisnahme wirksam geworden

III. Eigene Ansicht

Bei der Wahl, welcher Auffassung gefolgt wird, ist die Bearbeiterin frei, sofern sie genügend und gewichtige Argumente auf ihrer Seite hat. Eine Ausarbeitung wirkt dann überzeugend, wenn die Bearbeiterin erkennbar hinter der von ihr präferierten Meinung steht und diese auch mit Argumenten untermauern kann. Kein Argument in diesem Sinne ist die „herrschende Meinung“. Zu den Möglichkeiten der juristischen Argumentation sogleich unter § 4 B.

Keineswegs gibt es die Pflicht, immer der Ansicht der Klausurerstellerin, der Korrektratorin oder der Prüferin zu folgen - zumal diese regelmäßig nicht bekannt sind.

Besondere Obacht bei der Entscheidung für die eine oder andere Ansicht ist dann geboten, wenn sich der Lösungsweg ‚gabelt‘ und die weitere Klausurlösung sich

⁴⁸ Boemke/Schönfelder, JuS 2013, 7, 9; Gomille in BeckOGK BGB, Stand: 01.07.2018, § 131 Rn. 7.

§ 4 Juristisches Argumentieren

maßgeblich verändert. Führt die von der Bearbeiterin präferierte Meinung zu einer Lösung, nach der die (scheinbaren) Probleme des Falles nicht erörtert werden müssen und relevante Tatsachen ohne Bedeutung bleiben, empfiehlt es sich regelmäßig aus klausurtaktischen Erwägungen heraus sich für eine andere Auffassung zu entscheiden.

B. Gesetzesauslegung

Geht es darum, zu ermitteln, was eine Norm aussagt, so muss sie ausgelegt werden. Hierfür gibt es verschiedene Methoden. Dieselben Methoden können ähnlich auch herangezogen werden, wenn es darum geht, einen Vertragstext auszulegen.

Da die Auslegungsmethoden detailliert auch in der Vorlesung ‚Legal Reading‘ behandelt werden, wird hier nur ein Überblick gegeben.

I. Die einzelnen Auslegungsmethoden

1. Wortlaut

Der Wortlaut ist stets der erste Anknüpfungspunkt. Fraglich ist aber immer, welcher Wortlaut gemeint ist. Folgende Fragen müssen gestellt werden.⁴⁹

a) Ist unter den Begriff das zu fassen, was der üblichen Bedeutung entspricht, oder das, was gerade noch darunter gefasst werden kann?

Bsp.: Ist ein abgetrennter Körperteil eine Sache im Sinne des § 90 BGB?

b) Geht es um das Verständnis eines Laien oder das eines Juristen?

Bsp.: Meist verstehen Laien etwas Anderes unter einem „Bootsverleih“ als Juristen.

c) Ist der Wortlaut im Sinne der allgemeinen juristischen Fachsprache gemeint oder gibt es in dem Gesetz ein besonderes Verständnis?

⁴⁹ Olzen/Wank, Zivilrechtliche Klausurenlehre, 7. Auflage 2012, 1. Kap. D. V. 5. a).

§ 4 Juristisches Argumentieren

d) Gibt es möglicherweise ein Verständnis, das nur die konkrete Norm hat, auch wenn andere Norm innerhalb desselben Gesetzes eine andere Bedeutung haben?

Bsp.: § 859 I BGB: „Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren.“ In diesem Zusammenhang meint „Besitzer“ aber nicht sämtliche Formen von Besitzern, sondern nur den unmittelbaren Besitzer. Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus § 869 S. 1 BGB, der festlegt, dass der mittelbare Besitzer nur die Ansprüche aus §§ 861, 862 BGB hat.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber innerhalb desselben Gesetzes die Begriffe auch gleich verwendet hat. Darüber hinaus sollten Worte zuerst in der besonderen juristischen Fachsprache des Gesetzes verstanden werden, gibt es diese nicht, kann die allgemeine juristische Fachsprache zurate gezogen werden. Zuletzt kann ein Begriff, sofern er keine explizite juristische Bedeutung hat, so verstanden werden, wie er im allgemeinen Sprachgebrauch von Laien verwendet wird.⁵⁰

Enthält das Gesetz eine Legaldefinition, ist diese zu verwenden, z. B. § 276 II 2 BGB („Fahrlässigkeit“).

Der Wortlaut bildet die absolute Grenze der Auslegung. Alles was mit dem Wortlaut nicht vereinbar ist, kann nicht in einer Norm ausgelegt werden. In dem Fall bleibt nur noch die Möglichkeit der Rechtsfortbildung (s.u.).

2. Systematik

Die Stellung einer Regelung kann etwas über ihren Inhalt aussagen. Es gibt die sog. innere Systematik, also die Stellung der Regelung innerhalb eines Gesetzes und die äußere Systematik, also die Stellung einer Regelung innerhalb der Rechtsordnung.⁵¹

3. Historie

Bei der historischen Auslegung wird berücksichtigt, was der Grund und Anlass für den Gesetzgeber war, tätig zu werden.⁵² Entwürfe, Motive und Protokolle können zur Ermittlung des Inhalts einer Norm herangezogen werden.

⁵⁰ Boemke/Ulrici, BGB-AT, § 3 Rn. 10.

⁵¹ Boemke/Ulrici, BGB-AT, § 3 Rn. 12.

4. Telos

Unter dem Telos versteht man den Sinn und Zweck einer Norm. Um den Zweck zu ermitteln, können die vorhergenannten Auslegungsmethoden herangezogen werden.⁵³

5. Verfassungskonformität

Gibt es mehrere Möglichkeiten der Gesetzesauslegung, so ist die zu wählen, die der Verfassung am meisten zur Geltung verhilft.

6. Unionsrechtskonformität

Wenn ein deutsches Gesetz auf einer EU-Richtlinien beruht, so muss sich die Auslegung des deutschen Gesetzes danach ausrichten, wie der Zweck, den die Richtlinie verfolgt bestmöglich realisiert wird.

Die verfassungskonforme und die unionsrechtskonforme Auslegung können als Teil der systematischen Auslegung begriffen werden.⁵⁴

II. Verhältnis der Methoden zueinander

Alle Auslegungsmethoden stehen in einem Verhältnis gegenseitiger Ergänzung. Sind mehrere Auslegungsvarianten denkbar, ist die zu wählen, die dem Unionsrecht und der Verfassung am meisten zur Geltung verhilft. Man kann von einer Vorrangigkeit dieser beiden Methoden sprechen.⁵⁵ Zudem ist die teleologische Auslegung besonders wichtig.⁵⁶

⁵² Vgl. BGH, Urteil vom 24.6.1955 – I ZR 88/54, NJW 1955, 1433, 1434.

⁵³ Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 153 ff.

⁵⁴ Boemke/Ulrici, BGB-AT, § 3 Rn. 13.

⁵⁵ Boemke/Ulrici, BGB-AT, § 3 Rn. 19.

⁵⁶ Sprau in Palandt, BGB, 76. Auflage 2017, Einleitung Rn. 46.

C. Rechtsfortbildung

Jedes Gericht hat aufgrund des Justizgewährungsanspruchs die Pflicht, einen vor ihm vorgetragenen Rechtsstreit tatsächlich zu entscheiden. Wenn das Gesetz einen bestimmten Fall nicht berücksichtigt und auf ihn keine Antwort bereithält, so muss das Gericht das Recht fortbilden.⁵⁷

I. Analogie

Eine Analogie ist die Erweiterung des Anwendungsbereichs einer Rechtsnorm über den Anwendungsbereich hinaus, den sie ihrem Wortlaut nach hat. Es gibt zwei verschiedene Arten von Analogien: die Einzelanalogie und die Gesamtanalogie. Bei der Einzelanalogie wird eine einzelne Vorschrift auf einen vergleichbaren und unregulierten Fall angewandt. Bei der Gesamtanalogie wird aus verschiedenen einzelnen Normen auf ein übergeordnetes Rechtsprinzip geschlossen, dieses wird auf alle gleich gelagerten Fälle angewandt.⁵⁸

Erste Voraussetzungen für eine Analogie ist eine planwidrige Regelungslücke. Das heißt, der Gesetzgeber darf nicht gewollt haben, dass ein Sachverhalt von der Norm nicht erfasst ist. Diese Versehen kann entweder von Anfang an bestanden haben oder es hat sich erst später ergeben. Zweite Voraussetzung ist die Vergleichbarkeit der Interessenlage.⁵⁹

Ob die Regelungslücke planwidrig ist und ob die Interessenlage vergleichbar ist, muss die Bearbeiterin argumentativ erarbeiten.

Rechtsfolge der Analogie ist die Schließung der Regelungslücke entsprechend dem Regelungskonzept des Gesetzgebers. Wichtig ist hier, dass die Bearbeiterin nicht ihre eigene Rechtsauffassung darlegt, sondern ermittelt, wie der Gesetzgeber die Situation geregelt hätte, wenn er sie bedacht hätte. Es kommt also zu einer Gleichbehandlung des geregelten und des unregulierten Falls.⁶⁰

⁵⁷ Boemke/Ulrici, BGB-AT, § 3 Rn. 20.

⁵⁸ Boemke/Ulrici, BGB-AT, § 3 Rn. 25.

⁵⁹ Boemke/Ulrici, BGB-AT, § 3 Rn. 25.

⁶⁰ Boemke/Ulrici, BGB-AT, § 3 Rn. 25.

II. Teleologische Reduktion

Die teleologische Reduktion führt zur Nichtanwendung einer vom Wortlaut her anwendbaren Norm in den Fällen, in denen die Norm vom gesetzgeberischen Zweck her nicht angewendet werden sollte. Das ist gleichbedeutend mit der Einführung einer Ausnahme durch die Rechtsanwenderin.

Eine teleologische Reduktion muss vorgenommen werden, wenn eine Norm ihrem Wortlaut nach einen Lebenssachverhalt erfasst, der aber durch diese Regelung nicht sinnvoll geregelt werden kann. In diesem Fall muss die Norm eingeschränkt werden. Ansonsten würde eine Gleichbehandlung von Ungleichen und somit ein Verstoß gegen Art. 3 I GG vorliegen.⁶¹

III. Richterrecht

Als „Richterrecht“ wird Recht bezeichnet, das sich nicht unmittelbar im Rechtsnormen wiederfindet, sondern durch die Rechtsprechung der Gerichte entsteht, um bestehende Gesetzeslücken zu schließen. Anders als das Gewohnheitsrecht wird es alleine durch die Judikative begründet. Es ist auch keine verbindliche Rechtsquelle, so dass sich keine Bindung von untergeordneten Gerichten anders Richterrecht ergibt.

Es können zwischen vier verschiedenen Arten des Richterrechts unterschieden werden.

Gesetzeskonkretisierendes Richterrecht: Es vervollständigt Gesetze, ohne an deren Stelle zu treten. So werden von den Gerichten z. B. unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln in eine konkrete Form gebracht und auf den jeweiligen Fall angewendet.

Gesetzeskorrigierendes Richterrecht: eine solche Auslegung contra legem ist grundsätzlich unzulässig. Sie verstößt sowohl gegen die Bindung eines Richters an Gesetz und Recht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG sowie gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG. Allerdings können Gesetze im Wege der verfassung- oder europarechtskonformen Auslegung korrigierend ausgelegt werden, wenn sie mit höherrangigem Recht nicht vereinbar sind.

⁶¹ Boemke/Ulrici, BGB-AT, § 3 Rn. 24.

§ 4 Juristisches Argumentieren

Gesetzesvertretendes Richterrecht: Den Gerichten ist es nicht nur gestattet, Lebensbereiche zu ordnen, die gesetzlich ungeregelt sind, aber einer Regelung bedürfen, sie sind hierzu sogar verpflichtet. Sie können hier gleichwohl kein eigenes Recht schaffen, sondern haben rechtliche Regelung unter Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundlagen sowie verfassungsrechtliche Wertentscheidungen zu entwickeln.

Lückenfüllendes Richterrecht: Es ergänzt unvollständige Gesetze. Ebenso wie das gesetzeskonkretisierende Richterrecht dient es zwar der Konkretisierung bestehender Gesetze im individuellen Fall, tritt aber nicht an deren Stelle

D. „Scheinargumente“

Scheinargumente sind Aussagen, die auf den ersten Blick wie Argumente für eine bestimmte Position wirken, bei näherem Hinsehen aber nicht überzeugen können.

I. Autoritätsargument (argumentum ad verecundiam)

Hierbei wird versucht, durch den Verweis auf eine Autorität zu überzeugen.⁶² Sehr weit verbreitet ist es, eine Aussage damit zu begründen, dass ein oberstes Bundesgericht oder die herrschende Meinung dies so sähen. Problematisch ist bereits ab wann eine Auffassung als herrschend angesehen werden kann. Geht es ausschließlich um die Quantität ihrer Vertreter oder spielt auch die wissenschaftliche Reputation eine Rolle? Wie wird diese ermittelt? Abgesehen davon muss in jeder Argumentation eine Auseinandersetzung mit dem Thema erfolgen. Dies ist vor allem deswegen wichtig, weil sich eine herrschende Meinung nie mehr ändern könnte, wenn alle weiteren Autorinnen sich nicht mehr mit dem Thema auseinandersetzen, sondern sich darauf beschränken, die Standpunkte ungeprüft zu übernehmen.

Wenn eine Meinung herrschend ist, spricht eine erste Vermutung dafür, dass diese Meinung gute Argumente auf ihrer Seite hat, in einer Diskussion müssen diese dar-

⁶² Löffler, Einführung in die Logik, 2008, S. 40. – „Auctoritas, non veritas facit legem“ (Autorität, nicht Wahrheit schafft das Recht) Aussage Hobbes im Levithian.

§ 4 Juristisches Argumentieren

gelegt werden. Findet die Verfasserin genügend und gewichtige Gegenargumente, kann sie von der h. M. abweichen. Es empfiehlt sich, in einer wissenschaftlichen Arbeit nicht die h. M. als solche zu betiteln.⁶³ Möchte die Verfasserin dies gleichwohl tun, so muss in den Fußnoten auch deutlich werden, dass die Auffassung mehrere Vertreterinnen hat. Es müssen also mehrere Fundstellen angegeben werden.

II. Argumentum ad hominem

Beim Argumentum ad hominem setzt sich die Bearbeiterin nicht mit dem Thema in der Sache auseinander, sondern beschränkt sich darauf, die Gegenseite zu diffamieren, indem sie sie persönlich angreift.⁶⁴

Bsp.: Die Prozessbevollmächtigte der Gegenseite kann gar nicht Recht haben, weil sie in der ersten juristischen Prüfung nur vier Punkte hatte.

III. Argumentum ad consequentiam (Beurteilung anhand von Konsequenzen)

Eine Aussage wird in Zweifel gezogen, weil die Konsequenzen nicht sein können. Hierbei wird übersehen, dass aus der Tatsache, dass etwas nicht sein soll, nicht zwangsläufig folgt, dass etwas nicht ist (Humes Gesetz, s. § 3).

Bsp.: V kann keinen Regressanspruch gegen H haben, weil das sonst die Zahlungsunfähigkeit von H bedeuten würde.

Die Beurteilung einer Aussage anhand ihrer Konsequenzen ist nicht immer ein Scheinargument, es kann sich auch um einen logisch zulässigen Rückschluss handeln.

Bsp.: Wenn A ist, dann ist auch B. B ist unerwünscht, also ist A unerwünscht.

IV. Unterstellung schlechter Motive

Auch hier findet eine Auseinandersetzung in der Sache nicht statt. Es mag durchaus sein, dass die Diskussionsgegnerin die unterstellten schlechten Motive hat. Allerdings führt das noch nicht automatisch dazu, dass sie auch im Unrecht ist.

⁶³ Schimmel, Klausuren und Hausarbeiten, 12. Auflage 2016, Rn. 176.

⁶⁴ Hannken-Illjes, Argumentation, 2018, 3.2.

§ 4 Juristisches Argumentieren

Bsp.: Die Kaufsache kann gar nicht mangelfrei gewesen sein, weil Verkäufer so etwas immer behaupten, um sich vor Gewährleistungsansprüchen zu schützen.

V. Scheinkausalität (Cum hoc ergo propter hoc)

Aus dem Zusammentreffen zweier Begebenheiten wird auf die zwangsläufige Kausalität geschlossen. Dabei wird übersehen, dass die beiden Begebenheiten auch zufällig oder aus anderen Gründen zusammenfallen können.⁶⁵

Bsp.: Fast alle Straftäter in Deutschland essen regelmäßig Brot, deswegen ist die Begehung von Straftaten die Folge von Brotmahlzeiten.

⁶⁵ Schnapp, Logik für Juristen, § 54.

§ 5 Sprache im Recht

A. Juristische Sprache

Das Handwerkszeug einer jeden Juristin ist die Sprache. Schließlich soll sie ihre Leserin, ZuhörerIn oder die Prozessbeteiligten von ihrer Rechtsansicht überzeugen. Das gelingt ihr nur, wenn sie eine **verständliche Sprache** verwendet. Dazu müssen knappe, einfache und klare Sätze gebildet werden, die den Regeln der Grammatik entsprechen. Da es sich bei Jura um eine Fachwissenschaft handelt, sind auch die gängigen **juristischen Fachbegriffe** zu benutzen. Auch der **Stil** der Sprache, nämlich Gutachten- oder Urteilsstil, ist zu beachten. **Weiterhin ist auf Sachlichkeit und Objektivität zu achten.⁶⁶ Übersteigerungen oder gar Emotionen vermitteln den Eindruck, die Bearbeiterin habe nicht genügend Abstand zum Thema.**

B. Sprachstil

I. Sachlich, präzise, konzentriert und ohne Ausschmückungen⁶⁷

Die Verfasserin sollte eine einheitliche klare Linie in dem gesamten Text verfolgen und sich nicht von in vorherigen Textpassagen getroffenen Aussagen abwenden. Trotzdem dürfen Unsicherheiten der Autorin deutlich werden, solange es nicht zu Widersprüchen im Text kommt. Ironie ist in wissenschaftlichen Texten verfehlt. Metaphern u. ä. können verwendet werden, sollten aber nicht häufiger eingesetzt werden, als dies für ein gutes Verständnis der Leserin erforderlich ist.

II. Emotions- und wertfrei

Durch die Wortwahl darf nicht eine inhaltliche Position angedeutet werden, wenn diese nicht bereits zuvor argumentativ hergeleitet wurde. Das bedeutet auch, dass politische Kampfbegriffe, wie z. B. Genderwahn oder Embryonenmord, nicht verwendet werden sollen. Es soll also darauf geachtet werden, dass die Beschreibung und die Bewertung von Ansichten, Situationen und Rechtslagen strikt voneinander getrennt

⁶⁶ Mann, Arbeitstechnik, Rn. 213.

⁶⁷ Teubert, Das Schreiben wissenschaftlicher Arbeiten, 2008, S. 17.

werden. Schreibt die Bearbeiterin sehr emotional, entsteht der Eindruck, dass sie nicht genügend Abstand zur Ausarbeitung hat. Geschrieben werden sollte aber stets aus einer neutralen und objektiven Position.

III. Schreibperspektive

Die Bearbeiterin richtet sich mit ihrer Arbeit an die Leserin. Direkt ansprechen sollte sie sie aber nicht. Bei einer Haus- und Seminararbeit ist das in erster Linie die Korrektorin oder Betreuerin. Abschlussarbeiten, die veröffentlicht werden, richten sich an ein breiteres Publikum. Jedoch werden auch hierbei die Leserinnen juristische Kenntnisse haben. Daher kann die Bearbeiterin voraussetzen, dass die Leserin juristische Grundprinzipien und Fachbegriffe versteht. Lediglich besonderes Spezialwissen muss näher erläutert werden, damit auch Juristinnen, die auf dem Gebiet keine Spezialistinnen sind, dem Gedankengang der Arbeit folgen können.

Ob juristische Texte in der Ich-Perspektive verfasst werden dürfen, ist umstritten⁶⁸. Da bei den meisten universitären Prüfungsleistungen unbekannt ist, wie die Korrektorin oder die Prüferin dazu steht, sollte auf die Verwendung von Ich-Formulierungen weitgehend verzichtet werden. In juristischen Texten ist es nämlich üblich, dass sich die Verfasserin im Hintergrund hält.⁶⁹ Der wissenschaftliche Text sollte daher grundsätzlich „ich-frei“ sein.⁷⁰ So schafft die Bearbeiterin die für die Wissenschaft notwendige Distanz zum Thema und stellt die Objektivität der Arbeit sicher. Entgegen abweichenden Empfehlungen⁷¹ sollte die Ich-Form auch in der Einleitung vermieden werden.

Stattdessen kann man z. B. formulieren: „Im Folgenden soll ... vorgestellt werden“ bzw. „Es ist festzuhalten, dass...“; denn was die Auffassung der Bearbeiterin ist, ergibt sich aus dem Text selbst. Damit stehen die Argumente im Vordergrund und nicht die Bearbeiterin. In jedem Falle sollte die Arbeit nicht zum Subjekt erklärt werden, weil die Arbeit nicht untersucht, die Hausarbeit nicht fragt und sich ein Kapitel

⁶⁸ Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 13. Auflage 2018, Rn. 394; Haft, Einführung in das juristische Lernen – Unternehmen Jurastudium, 7. Auflage 2015, S. 416.

⁶⁹ Mann, Arbeitstechnik, Rn. 388; Schimmel, Klausuren und Hausarbeiten, Rn. 394.

⁷⁰ Teubert, Das Schreiben wissenschaftlicher Arbeiten, S. 17; Eco, Abschlussarbeit, 13. Auflage 2010, V.2. , S. 195.

⁷¹ Teubert, Das Schreiben wissenschaftlicher Arbeiten, S. 17.

§ 5 Sprache im Recht

nicht mit etwas beschäftigt.⁷² Besser ist es zu formulieren: „Im folgenden Kapitel steht die Frage im Mittelpunkt, ob ...“.

Die Wir-Form sollte grds. vermieden werden (Ausnahme: sog. Autorenkollektiv) Das „Wir“ wirkt auf viele entweder wie der pluralis majestatis („Wir, Wilhelm von Gottes Gnaden) oder wie eine governantenhafte Einbeziehung der Leserin, die an ein Ärztin-Patientin-Gespräch erinnert. („Wir nehmen jetzt die Tablette und gehen dann schlafen“)⁷³. Leider ist der „Pluralis Modestiae“ (Bescheidenheitsplural, Bescheidenheitsmehrzahl) noch nicht so sehr im Bewusstsein der breiten Masse verankert.

Formulierungen wie „nach Auffassung der Verfasserin“ wirken fehl am Platz. Sie stammen aus einer Zeit, in der eine Schriftkundige die Aufgabe hatte, die Texte einer Wissenschaftlerin zu Papier zu bringen.⁷⁴

Bevor einen juristischen Text geschrieben wird, sollten entschieden werden, ob und, wenn ja, wie der Text gegendert wird.

⁷² Franck in Franck/Stary, Die Technik wissenschaftlichen Arbeitens, 17. Auflage 2013, S. 117, 138.

⁷³ Theisen, Wissenschaftliches Arbeiten, 17. Auflage 2017, S. 158

⁷⁴ Theisen, Wissenschaftliches Arbeiten, S. 158.

§ 5 Sprache im Recht

Folgende Möglichkeiten stehen Ihnen zur Verfügung.⁷⁵

	Beispiel	Kritik
Nennung beider Geschlechter	Studentinnen und Studenten (auch in anderer Reihenfolge möglich)	umständlich
Binnen-I	StudentInnen Student/-innen Student*innen	umständlich
Verwendung geschlechterneutraler oder abstrakt, indifferenter Ausdrücke	Studierende	funktioniert nicht immer
Ausschließliche Verwendung der männlichen Form	Studenten	Frauen fühlen sich evtl. nicht angesprochen
Ausschließliche Verwendung der weiblichen Form	Studentinnen	Männer fühlen sich evtl. nicht angesprochen, allerdings wird dies durch Jahrhunderte ausgeglichen, in denen es andersherum gehandhabt wurde.
Manche Wörter sind im Plural von Natur aus geschlechterneutral	Die Beschäftigten	funktioniert nicht bei allen Wörtern
Alle Zusammensetzungen mit „-person“ oder „-kraft“ sind geschlechtsneutral	Teilzeitkraft	wird von manchen als diskriminierend empfunden
Satzumstellungen	Bei Mobilitätseinschränkungen <i>statt</i> die Behinderte/ der Behinderte	verkompliziert die Satzstruktur
Umformulierungen können die Genderfrage obsolet machen.	Fachleute für Arbeitsrecht <i>statt</i> Arbeitsrechtler /Arbeitsrechtlerin	Es wird ein weiterer Ausdruck benötigt, der nicht immer passgerecht gefunden werden kann

⁷⁵ Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Leitfaden Geschlechtergerechter Sprachgebrauch, o. D., <https://www.bmgf.gv.at/cms/home/attachments/5/3/2/CH1577/CMS1471603705915/bmask-gendergerechter-sprachgebrauch-leitfaden.pdf> (abgefragt am 05.10.2018). – Noch wenig vertieft behandelt wurde, wie das dritte oder gar ein viertes bzw. fünftes Geschlecht darstellungstechnisch korrekt berücksichtigt werden kann.

C. Orthographie, Grammatik, Darstellung⁷⁶

I. Allgemeines

Es ist selbstverständlich, dass der geschriebene Text den Regeln der deutschen Rechtschreibung⁷⁷ entsprechen muss. Es macht einen sehr schlechten Eindruck, wenn der Text mit Rechtschreib- und Tippfehlern durchzogen ist. Die Korrektorin wird beim Lesen über die Fehler stolpern und das Gefühl haben, dass die Arbeit auch inhaltlich fehlerhaft ist. In manchen Fällen wird die Arbeit auch bewusst herabgewertet.⁷⁸ Vorwerfbar ist dabei nicht das Fehlermachen, sondern das Fehlen einer Korrektur.⁷⁹ Die Rechtschreibung kann bei den meisten Textverarbeitungsprogrammen überprüft werden. Zusätzlich sollte der Text kritisch gegengelesen werden, weil die Programme weder alle Fehler finden noch sämtliche Feinheiten der deutschen Sprache beherrschen. Ist sich die Bearbeiterin nicht sicher, sollte sie sich nach der Rechtschreibung eines bestimmten Wortes mit Hilfe von zuverlässigen Quellen erkundigen. Es ist sinnvoll, ein solches Kontrolllesen zum Abschluss von einer anderen Person durchführen zu lassen. Die Bearbeiterin, die ihre Arbeit inzwischen fast auswendig kennt, liest diese häufig nicht mehr mit der erforderlichen inhaltlichen Distanz und übersieht so leicht die eigenen Fehler. **Sollte sich einmal keine (zuverlässige) andere Person finden, hilft es, den geschriebenen Text auszudrucken und die Wörter und Sätze von hinten nach vorne zu lesen.**

Neben der richtigen Schreibweise einzelner Wörter muss auf die richtige Groß- und Kleinschreibung und auf die richtige Zeichensetzung geachtet werden. Dies lässt sich nicht so einfach überprüfen. Dennoch wird von einer (angehenden) Juristin erwartet, dass sie die Grundregeln beherrscht. Hauptwörter, Eigennamen und alle Wörter zu Beginn eines Satzes werden immer großgeschrieben. Haupt- und Nebensätze sowie Aufzählungen werden durch Kommata getrennt. Ein Punkt kann nur hinter einen vollständigen Satz gesetzt werden, der mindestens ein Substantiv und ein Prädikat (= Verb) enthält. Der Strichpunkt oder auch Semikolon ist ein Satzzeichen, das zur Ver-

⁷⁶ Vgl. für den Abschnitt: Teubert, Das Schreiben wissenschaftlicher Arbeiten, S. 68 ff.

⁷⁷ Aktuelle Regeln der deutschen Rechtschreibung sind zum Beispiel in der Einleitung des „Duden – Die deutsche Rechtschreibung“ zu finden.

⁷⁸ VGH Mannheim, Urteil vom 27.1.1988 – 9 S 3018/87, NJW 1988, 2633: „Ein Prüfer, der eine Aufsichtsarbeit im Rahmen der Ersten juristischen Staatsprüfung wegen gehäufter sprachlicher und orthographischer Mängel statt mit ausreichend (4 Punkte) mit mangelhaft (3 Punkte) bewertet, überschreitet damit nicht die ihm zustehende Beurteilungsermächtigung.“

⁷⁹ Schimmel, Klausuren und Hausarbeiten, Rn. 324.

§ 5 Sprache im Recht

bindung gleichrangiger Sätze eingesetzt wird. Er bewirkt eine stärkere Trennung als ein Komma, aber eine schwächere als ein Punkt. Meist wird er bei Halbsätzen verwendet. Auch hier sind für einen Satz mindestens ein Substantiv und ein Prädikat erforderlich. Nach einem Komma und Strichpunkt wird klein weitergeschrieben. Fehlende oder überflüssige Satzzeichen können der Leserin das Verständnis erheblich erschweren und sogar den Sinn der Aussage ändern.

Außerdem ist auf die richtige Beugung der Verben zu achten. Der Duden bietet dazu Hilfe. Jede Zeitform hat eine Bedeutung, sodass sie nicht wahllos benutzt oder gewechselt werden kann. Alles, was im Moment und auf unbestimmte Zeit besteht, sowie Rechtsausführungen stehen im Präsens (Gegenwartsform: sie vereinbaren), abgeschlossene Sachverhalte im Präteritum (1. Vergangenheit/Imperfekt: sie vereinbarten). Das Perfekt (2. Vergangenheit: sie haben vereinbart) ist eine Vorzeitigkeitsform im Verhältnis zum Präsens und drückt das zuvor Geschehene aus, das noch einen Bezug zur Gegenwart hat. In der Umgangssprache und auch in der Schriftsprache ersetzt mittlerweile das Perfekt meist das Präteritum, sodass Ausführungen zum Tatsächlichen auch im Perfekt stehen können. Das Plusquamperfekt (3. Vergangenheitsform: sie hatten vereinbart) ist die Vorzeitigkeitsform für das Präteritum und ist nur zum Ausdruck dafür zu verwenden, dass etwas noch vor einer bereits vergangenen Handlung geschah. Ebenso wichtig ist die richtige Deklination der Nomen nach Fall, Anzahl und Geschlecht. Typischerweise steht das Objekt im Dativ vor dem im Akkusativ: Das Gericht erteilt der Partei (= Dativ) das Wort (= Akkusativ). Manche Verben und Präpositionen sind mit einem bestimmten Fall zu bilden, wie zum Beispiel die Präposition „trotz“, die grundsätzlich mit dem Genitiv und nur bei fehlendem Artikel oder wenn der Genitiv im Plural nicht erkennbar ist, mit Dativ gebildet wird (trotz des Regens, trotz starkem Regen, trotz Beweisen).

Merkt die Bearbeiterin, dass sie bei der Rechtschreibung und Grammatik Schwächen hat, muss er sich Hilfe holen und ihre Arbeit unbedingt von einer kundigen Person überprüfen lassen!

Bei der Wahl der im Text verwendeten Grammatik gibt es ein paar Regeln, deren Beachtung den Text besser macht.

II. Überschaubare Satzlänge

Endlose Schachtelsätze begeistern weder die Leserin noch die Zuhörerin, nicht nur, weil man ihnen oft nicht mehr folgen kann. Häufig führen sie auch dazu, dass sich die Bearbeiterin in ihrem Satzkonstrukt verliert und Satzteile (meist das Verb) fehlen oder nicht korrekt sind. Besser ist es, die Gedanken nacheinander anzuordnen. Natürlich sollten auch nicht bloß kurze Hauptsätze aneinandergereiht werden. Nebensätze sind ein wichtiger Bestandteil der deutschen Sprache, deren Vorteile man durchaus nutzen sollte. Durch einen Nebensatz kann zum Beispiel eine Aussage näher beschrieben werden und mit der einleitenden Konjunktion werden Sätze ins Verhältnis gesetzt. Jedoch sollten nie mehr als zwei Nebensätze mit einem Hauptsatz verbunden werden, weil andernfalls die Verständlichkeit darunter leidet. Der Nebensatz sollte den Hauptsatz nicht zu lange unterbrechen. Nach mehr als zehn Wörtern verliert die normale Leserin im Allgemeinen den Faden und muss zum Anfang zurücklesen.⁸⁰ **Für einen gesamten Satz, also Haupt- und Nebensatz, sollten nicht mehr als 25 Wörter verwendet werden.**⁸¹ Auch die Rolle von Haupt- und Nebensatz ist zu trennen: Die Hauptaussage kommt in den Hauptsatz, die Nebensache in den Nebensatz.

schlecht: A, der den Kaufvertrag angefochten hat, hat die Kaufsache zurückgeschickt.

besser: A hat den Kaufvertrag angefochten, bevor er die Kaufsache zurückgeschickt hat.

schlecht: Das Eigentum erworben habend, verließ A das Geschäft, bevor er die Vase, die die Voreigentümerin B von C entwendet hatte, aufgrund eines Zusammenstoßes mit dem Autofahrer D, der viel zu schnell fuhr, fallen ließ, die daraufhin zerbrach.

besser: B hat C eine Vase gestohlen und diese an A verkauft. Der Autofahrer D fuhr viel zu schnell und stieß deswegen mit A zusammen. Dies führte dazu, dass A die Vase fallen ließ, die daraufhin zerbrach.

⁸⁰ Krämer, Wie schreibe ich eine Seminar- oder Examensarbeit, 3. Auflage 2009, Kap. 6, a), S. 107.

⁸¹ Möllers, Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, Rn. 217.

Anmerkung: Nach ca. 3 Sekunden wird der Speicher des menschlichen Kurzzeitgedächtnisses wieder gelöscht. 3 Sekunden Lesezeit entsprechen ca. 12 Silben. Wörter, die zusammengehören (wie zusammengesetzte Verben), sollten deswegen nie weiter als 12 Silben auseinanderliegen. Das Kurzzeitgedächtnis ist trainierbar, so dass es auch länger als 3 Sekunden speichern kann. Häufig lesen Juristinnen komplizierte Texte, sodass ihr Gedächtnis deutlich trainierter ist als das anderer Berufsgruppen. Hier besteht das Risiko, dass sie immer komplizierter schreiben und sich immer mehr von dem entfernen, was die durchschnittliche Rezipientin, beispielweise die Mandantin, versteht.⁸²

III. Variantenreicher Satzbau

schlecht: Der Kaufvertrag müsste wirksam sein. A müsste volljährig sein. A ist volljährig. Der Kaufvertrag ist wirksam.

besser: Damit der Kaufvertrag wirksam ist, müsste A volljährig sein. Er hat das 18. Lebensjahr vollendet, sodass der Kaufvertrag wirksam ist.

Anmerkung: Machen Sie sich bewusst, dass der Satzbau viel über den Inhalt des Satzes zum Ausdruck bringt und dass eine unterschiedliche Anordnung von Satzteilen zu einer unterschiedlichen Betonung der Aussage führt.

Beispiel:

Ich habe A die Tasche gegeben. (Ich war es, der A die Sachen gab.)

A habe ich die Tasche gegeben. (Ich habe die Sachen nicht B gegeben.)

Die Tasche habe ich A gegeben. (Ich habe A nicht ein Buch gegeben.)

Gegeben habe ich A die Tasche. (Ich habe sie nicht per Post geschickt.)

IV. Nominalstil sparsam verwenden

Oft werden juristische Texte im **Nominalstil** verfasst. Dabei werden aus Verben oder Adjektiven Hauptwörter gemacht. Dieser Stil klingt meist hölzern und ist wenig verständlich. Kennzeichen für solche künstlichen Nomen sind die Endungen „-ung“, „-

⁸² Schneider, Deutsch für Kenner, 3. Auflage 2005, S. 170 ff; Walter, Kleine Stilkunde für Juristen, 3. Auflage 2017, S. 66.

§ 5 Sprache im Recht

keit“ und „-heit“. ⁸³ Besser ist es, Verben zu verwenden, weil sie die Satzkonstruktion vereinfachen und den Satz insgesamt leichter verständlich machen. Zu vermeiden ist ebenso die Konstruktion von Hilfsverb und Adjektiv, insbesondere wenn das Adjektiv aus einem Verb stammt. ⁸⁴ Auch hier drückt das Verb das Gemeinte meist knapper und besser aus. Beispielsweise kann statt „ist abhängig“ das Verb „abhängen“ in der Aktivform verwendet werden.

schlecht: A hat den Kaufvertrag durch Genehmigung zur Geltung gebracht.

besser: A hat den Kaufvertrag genehmigt.

V. Füllwörter vermeiden

Eine knappe Sprache zeichnet sich dadurch aus, dass die Sätze so ausführlich wie nötig und so knapp wie möglich sein sollen. Die Sätze müssen immer so lang sein, dass man ihre Aussage versteht. Es sollte auf nichtssagende Füllwörter sowie auf leere Floskeln und überflüssige Adjektive oder Adverbien verzichtet werden. Die juristische Arbeit ist kein Roman und keine Lyrik, sondern Sachprosa. ⁸⁵ Die häufige Benutzung von Füllwörtern wie zum Beispiel „nämlich“, „wohl“, „freilich“, „allenfalls“ oder „gewissermaßen“ stören beim Lesen und bringen die Aussage des Satzes nicht voran. Die Aussagekraft des Satzes wird dadurch zumeist sogar noch abgeschwächt. Streicht man die Füllwörter, tritt die Aussage viel stärker hervor. Wörter wie „offensichtlich“ oder „selbstverständlich“ sind aus ihrem Sinn heraus schon überflüssig. Die Leserin wird sich fragen, warum so etwas Offensichtliches oder Selbstverständliches überhaupt Erwähnung findet oder gerade daran Zweifel wecken, dass also durch den Hinweis das Fehlen von Argumenten überspielt werden soll.

Die Formulierung „gewissermaßen“ kann implizieren, dass sich die Bearbeiterin ihrer Aussage selber nicht ganz sicher ist. Die Bearbeiterin muss sich vor Augen halten, dass Füllwörter die Aufgabe haben, den Text lebendiger zu gestalten. Eine wissenschaftliche Arbeit ist jedoch keine Erzählung. Sie soll in erster Linie fachlich und nicht literarisch überzeugen.

⁸³ Möllers, Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, Rn. 227.

⁸⁴ Krämer, Wie schreibe ich eine Seminar- oder Examensarbeit, Kap. 6, b), S. 115.

⁸⁵ Schimmel, Klausuren und Hausarbeiten, Rn. 362.

§ 5 Sprache im Recht

Allerdings ist die Sprache auf dem Weg dorthin ein sehr wirkungsvolles Mittel. Sie sollte daher auch nicht zu karg verwendet werden. Bedeutsam sind vor allem auch solche Bindewörter, die eine Funktion erfüllen. So zeigen die Wörter „dagegen“ und „hingegen“ oder die Formulierung „im Gegensatz dazu“ an, dass nun eine abweichende Aussage zum zuvor Dargelegten folgt. Die Wörter „außerdem“, „zudem“, „darüber hinaus“ machen deutlich, dass das nun Folgende ein weiteres Argument zum vorher Ausgeführten ist. **Weiterhin ist darauf zu achten, dass Wörtern im juristischen Fachjargon im Gegensatz zum allgemeinen Sprachgebrauch eine präzisere Bedeutung zukommt. So werden beispielsweise die Begriffe „wenn“ und „soweit“ umgangssprachlich nahezu synonym verwendet. Bei genauerer Betrachtung fällt jedoch ins Auge, dass „wenn“ absolut ist, während „soweit“ auch bis hin zu einem bestimmten Maße bedeutet.**

Wörter die (fast) immer überflüssig sind:⁸⁶

- bestimmt
- echt
- eigentlich
- einfach
- fraglos
- freilich
- gewiss
- halt
- im Prinzip
- ja
- mal
- nämlich
- natürlich
- nun
- praktisch
- regelrecht
- übrigens
- vollkommen
- wohl

⁸⁶ Entnommen aus <https://conterest.de/fuellwoerter-liste-worte/> (abgefragt am 09.05.2018).

§ 5 Sprache im Recht

- ziemlich
- zugegeben

(Aufzählung nicht abschließend)

VI. Überflüssiges streichen

Das Gutachten soll Antwort auf eine bestimmte Rechtsfrage geben. Überflüssige Ausführungen kosten nicht nur Raum und Zeit, sondern tragen zur Beantwortung der Fallfrage nicht bei. Sie sind daher falsch und wirken sich negativ auf die Benotung aus.

schlecht: Der studierte Rechtsanwalt hat den geschlossenen Kaufvertrag, der vorliegend ein Rechtsgeschäft ist, mittels einer Anfechtung angefochten.

besser: Der Anwalt hat den Kaufvertrag angefochten. *Erläuterung: ein Rechtsanwalt hat immer studiert, ein wirksamer Kaufvertrag ist immer geschlossen und auch stets ein Rechtsgeschäft; eine wirksame Anfechtung ficht stets an.*

Anmerkung: Adverbien sind besonders häufig überflüssig. Diese sollten verstärkt in Frage gestellt werden.

Überflüssig sind auch Doppelungen, bei denen beide Worte Gleiches oder Ähnliches meinen. Bsp.: Kurz und knapp.

Gleiches gilt für Wortverlängerungen. Bsp.: Mithilfe statt Hilfe, Rückschluss statt Schluss, ansteigen statt steigen oder Abänderung statt Änderung.⁸⁷

VII. Aktiv statt Passiv

Die zu häufige Verwendung der **Passivkonstruktion** trägt nicht zur Leserinnenfreundlichkeit bei. Das Passiv verzichtet auf das persönliche Subjekt und suggeriert Autorität und Unangreifbarkeit, weswegen es häufig in der Bürokratie zum Einsatz kommt.⁸⁸ Nur wenn das Subjekt bekannt oder völlig unwichtig ist, kann es weggelassen werden. Aktiv formulierte Sätze sind in der Regel besser zu verstehen und meist auch inhaltlich klarer, weil das Subjekt eindeutig benannt ist. Dies wird an diesem

⁸⁷ Schimmel/Weiner/Basak, Themenarbeiten, B. III. 7.

⁸⁸ Walter, Kleine Stilkunde für Juristen, C. 4., S. 100; Möllers, Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, Rn. 228.

§ 5 Sprache im Recht

Beispielssatz deutlich: Die Früchte können vom Besitzer herausverlangt werden.⁸⁹

Es wird nicht deutlich, wer von wem die Früchte herausverlangen kann und wer die Früchte hat. Die Bearbeiterin sollte die Aktivkonstruktion daher bevorzugen.

schlecht: Durch die Anfechtung ist der Kaufvertrag beseitigt worden.

besser: Die Anfechtung hat den Kaufvertrag beseitigt.

Anmerkung: Geht es nur um ein Ergebnis, nicht aber um den zugrunde liegenden Vorgang, kann es sinnvoll sein, die passive Formulierung zu verwenden.

Beispiele:

Das Eigentum wurde übertragen. (wenn irrelevant ist, was der Rechtsgrund für die Eigentumsübertragung ist)

Der Gegenstand wurde gefunden. (wenn irrelevant ist, wer ihn gefunden hat)

VIII. Verneinungen vermeiden

Verneinungen sind schwerer zu verstehen als positive Aussagen. Die Leserin will vor allem wissen, was ist, und nicht, was nicht ist. Jede Verneinung bedeutet daher für die Leserin eine extra Denkleistung.⁹⁰ Besonders kompliziert sind doppelte Verneinungen. Dabei hebt die eine Verneinung die andere auf, sodass man wieder am Ausgangspunkt landet. Den gleichen Effekt hat man bei der Verneinung eines negativen Wortes, wie zum Beispiel bei „Verzicht auf eine Reduktion“⁹¹. Dieses betonende Stilmittel sollte nur in einfachen Fällen verwendet werden, bei denen Missverständnisse ausgeschlossen sind. Mehr als zwei Verneinungen sollten keiner Leserin zugemutet werden.

schlecht: Es ist nicht unwahrscheinlich, dass ein Angestellter manchmal nicht die maximale Sorgfalt walten lässt.

besser: Ein Angestellter kann manchmal unsorgfältig sein.

⁸⁹ Beispiel aus Walter, Kleine Stilkunde für Juristen, C, 4. d), S. 100.

⁹⁰ Krämer, Wie schreibe ich eine Seminar- oder Examensarbeit, Kap. 6, c), S.117 mit vielen Beispielen.

⁹¹ Das bedeutet dann, dass der Zustand bestehen bleibt.

IX. Ökonomische Formulierungen wählen

schlecht: V und K haben einen Kaufvertrag über ein schwarzes Fahrrad der Marke XY mit 18 Zoll und der Seriennummer YZ geschlossen. Das schwarze Fahrrad der Marke XY mit 18 Zoll und der Seriennummer YZ könnte mangelhaft sein. Dafür müsste die Soll-Beschaffenheit des schwarzen Fahrrades der Marke XY mit 18 Zoll und der Seriennummer XY...

besser: (sofern in dem Sachverhalt nur von einem Fahrrad die Rede ist): V und K haben einen Kaufvertrag über ein Fahrrad geschlossen. Diese müsste mangelhaft sein. Dies ist der Fall, wenn die Soll-Beschaffenheit des Fahrrades...

X. Übertreibungen streichen

Schärfe, Spott, Übertreibungen oder Überheblichkeit gegenüber Personen, die eine andere Ansicht vertreten, sind in wissenschaftlichen Arbeiten immer fehl am Platz.⁹² Sie zeugen nicht nur von Unsachlichkeit, sondern lassen auch vermuten, dass der Bearbeiterin die Argumente fehlen, die Ansicht zu entkräften. Wenn die Gegenansicht zumindest vertretbar ist, sollte sie nicht als unrichtig, abwegig, unsinnig oder unverständlich bezeichnet werden.

schlecht: Der Verkäufer hat den Käufer in besonderes großem Maß mit viel krimineller Energie getäuscht.

besser: Der Verkäufer hat den Käufer arglistig getäuscht.

XI. „Verwaltungsdeutsch“ vermeiden

schlecht: Texte erstellen.

besser: Texte schreiben.

⁹² Möllers, Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, Rn. 223.

C. Verwendung von Fachtermini

I. Juristisch exakt

Ein wichtiger Teil der juristischen Sprache sind die fachlichen Begriffe (Termini). Sie wurden entwickelt, um bestimmte Gegebenheiten auszudrücken. Eine Erklärung ist daher meist nicht erforderlich. Es muss gerade hierbei auf eine präzise und richtige Verwendung geachtet werden. Die falsche Benutzung macht einen sehr schlechten Eindruck. Daher sollte die Bearbeiterin nur solche Begriffe verwenden, die sie zweifelsfrei kennt und deren Bedeutung sie versteht.

Als Anhaltspunkt für Formulierungen ist immer das Gesetz heranzuziehen. Gibt es einen Begriff oder eine Definition vor, so sind diese zu benutzen. Dabei sind sprachliche Nachlässigkeiten zu vermeiden. Ein *terminus technicus* darf nur seiner juristischen Bedeutung entsprechend benutzt werden. Beispielsweise sollte das Wort „Bedingung“ nur im Sinne der Definition in § 158 BGB und nicht als Synonym für Voraussetzung verwendet werden. So ist auch der Satz: „Das Angebot des A ist nur eine *invitatio ad offerendum*“ widersprüchlich, weil die Erklärung des A entweder ein verbindliches Angebot oder eine *invitatio* sein kann, nicht jedoch beides. Besser ist hier: „Das Ausstellen der Ware im Schaufenster des A war trotz des Preisschildes nur eine *invitatio ad offerendum*.“

Die ungenaue Verwendung juristischer Begriffe führt zu Missverständnissen beim Leser. Dazu einige Beispiele⁹³: Eine Ermahnung ist etwas anderes als eine Abmahnung. Beides hat nichts mit einer Mahnung zu tun. Haftungsbedingungen (Zivilrecht) unterscheiden sich von Haftbedingungen (Strafvollzug). Ein Urteil kann rechtskräftig werden, nicht jedoch ein Rechtsgeschäft. Dieses wirkt oder ist rechtswirksam.

Der bewusste Einsatz von Fachbegriffen ist sinnvoll, notwendig und verleiht Ihrer Ausführung einen wissenschaftlichen Ausdruck. Darüber hinaus führt er zu mehr Genauigkeit, Unterscheidungsfähigkeit und lässt die Kommunikation schneller und verlässlicher werden.⁹⁴ Wann immer es für etwas Fachausdrücke gibt, sind sie zu verwenden. Trotzdem ist darauf zu achten, dass nicht die komplette Arbeit auf Latein oder einer anderen Sprache geschrieben ist. Werden lateinische Ausdrücke verwendet, müssen diese zutreffend benutzt werden. Es ist besser, für einen Ausdruck die deutsche Variante zu benutzen als eine falsche lateinische. Falsche lateinische

⁹³ Beispiele aus Schimmel, Klausuren und Hausarbeiten, Rn. 364.

⁹⁴ Schimmel/Weinert/Basak, Themenarbeiten, B. III. 4.

§ 5 Sprache im Recht

Grammatik vermittelt der Korrektorin das Gefühl, dass die Bearbeiterin nicht weiß, was sie schreibt, sondern nur angeben möchte. Vor allem bei lateinischen Rechtsätzen und bei Fremdwörtern muss auf die genaue Schreibweise und die Bedeutung geachtet werden. **So ist es besonders ärgerlich ein Fremdwort an richtiger Stelle, aber mit dem falschen Artikel zu lesen. Beispielhaft können hier „das Klientel“ (tatsächlich aber „die Klientel“⁹⁵) oder auch „der Telos“ (richtig jedoch „das Telos“) aufgeführt werden.** Gegebenenfalls sind hierzu Kenntnisse über die lateinische Grammatik erforderlich, um die betreffenden Aussagen korrekt in den eigenen Satz zu integrieren. Ist sich der Bearbeiter nicht völlig sicher, sollte er ein Synonym oder die deutsche Übersetzung verwenden oder den fraglichen Begriff ganz weglassen. Natürlich zeigt eine korrekte Verwendung solcher Begriffe, dass die Bearbeiterin ein fundiertes Wissen hat. Je nach Art der Arbeit werden bestimmte Begriffe von der (kundigen) Leserin sogar erwartet. Jedoch darf die Arbeit auch nicht von fremdsprachigen Begriffen überladen werden, weil sie dann meist gekünstelt und altklug klingt.

Häufig werden lateinische Ausdrücke auch als Ersatz für eine Begründung verwendet, dies ist immer falsch. Die juristische Prüfung kann nicht durch einen lateinischen Ausdruck ersetzt werden.

Bsp.: Die Aussage stellt kein Angebot dar, weil bloß eine invitatio ad offerendum gegeben ist.

Manche Begriffe haben im juristischen Deutsch eine andere Bedeutung, als bei der Konversation zwischen Laien. Es muss darauf geachtet werden, die Worte in juristischen Arbeiten auch im juristischen Sinn zu verwenden. So bedeutet zum Beispiel ‚grundsätzlich‘ in nicht-juristischen Texten zumeist ‚aus einem Grundsatz heraus‘ oder auch ‚ohne Ausnahmen‘,⁹⁶ in einem juristischen Text hingegen wird damit impliziert, dass es eine Ausnahme von der Regel gibt.

Auch fächerübergreifend ist richtig zu schreiben. So muss auch in Strafrechtsklausuren auf die korrekte Verwendung von „Leihe“ und „Miete“ Wert gelegt werden und auch in einer öffentlich-rechtlichen Arbeit sollte nur „Firma“ verwendet werden, wenn damit die Firma im Sinne des § 17 I HGB gemeint ist. Ausnahmsweise darf ein Wort aus dem allgemeinen Sprachgebrauch dem juristischen Fachwort vorgezogen wer-

⁹⁵ Aus dem Lateinischen „clientela“ und deshalb feminin.

⁹⁶ „Grundsätzlich“ auf Duden online, <https://www.duden.de/rechtschreibung/grundsaeztlich> (abgefragt am 09.05.2018).

§ 5 Sprache im Recht

den, wenn das Fachwort etwas ‚sperrig‘ ist und das allgemeinsprachliche klar dieselbe Bedeutung hat, z.B. darf „Justizvollzugsanstalt“ unter Umständen durch „Gefängnis“ ersetzt werden.⁹⁷

Genauigkeit ist aber auch bei nicht rechtlichen Begriffen wichtig. Nachdem eine Bezeichnung gewählt wurde, muss diese beibehalten werden. Soweit ein juristischer Begriff mit der Umgangssprache nicht übereinstimmt, sollte er definiert werden, damit der Unterschied zwischen juristischem Terminus und Alltagssprache herausgearbeitet wird.⁹⁸ Typisch hierfür ist die „Leihe“, die umgangssprachlich nicht immer unentgeltlich ist (Videoverleih, Bootsverleih).

Nicht nur bei der Wortwahl, sondern auch beim Inbezugsetzen der Worte zueinander ist Genauigkeit gefragt. So kann eine Grundschuld nicht auf einem Grundstück eingetragen werden, sondern nur im Grundbuch. Auch kann nicht eine Sache erlangt werden, sondern nur bestimmte Rechte an der Sache.

II. Adressatinnenorientiert

Wichtig ist, dass die Bearbeiterin stets weiß, an wen sie sich richtet. Fragt sie ein Laie, ob ihm das Auto gehört, das er gekauft hat, so muss sie nicht das gesamte Abstraktions- und Trennungsprinzip erklären. Es genügt, dass sie überprüft, ob eine Übereignung stattgefunden hat, und anschließend derjenigen mitteilt, dass sie Eigentümerin geworden ist. Steht sie hingegen in einer Klausur vor der Frage, nach der Eigentümerinnenstellung, so müssen detailliertere Überlegungen angestellt und der Fall muss gutachterlich gelöst werden.

Während der gesamten Arbeit sollte die Verständlichkeit an oberster Stelle stehen, weil ein Text, den die Rezipientin nicht versteht, überflüssig ist.

Die Verwendung von Standardabkürzungen ist zulässig und erleichtert häufig den Lesefluss. Unbekannte Abkürzungen sollten jedoch vermieden werden, ebenso wie das Einführen eigener Abkürzungen, da die Leserin wahrscheinlich nicht gewillt ist, bei jeder Abkürzung nach vorne zu blättern, um sie zu verstehen.⁹⁹

⁹⁷ Schimmel/Weinert/Basak, Themenarbeiten, Rn. 192.

⁹⁸ Möllers, Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, Rn. 245.

⁹⁹ Zur Ermittlung, ob etwas eine Standardabkürzung ist, ist hilfreich: Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 9. Auflage 2018.

2. Teil: die Klausur

§ 6 Erfassen von Sachverhalt und Fragestellung

A. Bedeutung des Sachverhalts

Der Sachverhalt ist der Gegenstand, der unter Berücksichtigung der Fallfrage in einem juristischen Gutachten gewürdigt werden soll. Wird der Sachverhalt missverstanden oder die Fallfrage nicht hinreichend beachtet, dann kann das Gutachten als solches nicht gelingen. Dies sollte bei der Fallbearbeitung nicht unberücksichtigt gelassen und der Erfassung von Sachverhalt sowie Fallfrage hinreichend Zeit eingeräumt werden.

B. Informationen des Sachverhalts richtig werten und einordnen

Wichtig ist, den Sachverhalt **nie** in Frage zu stellen. Auch subjektive Tatbestandsmerkmale stehen nicht zur Diskussion. Selbst wenn die Bearbeiterin der Meinung ist, etwas könne so gar nicht stattgefunden haben, muss sie den Angaben im Sachverhalt folgen.

Es kommt immer wieder vor, dass der Sachverhalt nicht (ganz) eindeutig ist. In diesem Falle muss er ausgelegt werden, und zwar stets in lebensnaher Weise. Es darf dabei aber weder etwas weggelassen noch hinzugedichtet werden.

Scheint es eine Sachverhaltslücke zu geben, dann geht es häufig um die Anwendung gesetzlicher Vermutungen oder Regelungen zur Darlegungs- und Beweislast.¹⁰⁰

Beispiel: D hat vom Nichtberechtigten N einen Gegenstand übergeben und übereignet bekommen. Dazu, ob D hinsichtlich der Eigentümerstellung von N gutgläubig war, macht der Sachverhalt keine Angaben.

Folge: Nach § 932 I 1 Hs. 2 BGB ist nicht die Gutgläubigkeit von D rechtsbegründend, sondern dessen Bösgläubigkeit rechtshindernd. Dies bringt die Formulierung „es sei denn“ klar zum Ausdruck. D hat daher Eigentum vom Nichtberechtigten N erworben.

¹⁰⁰ Klees/Keisenberg, Klausurtraining Zivilrecht, 2013, A. II. 2. d).

§ 6 Erfassen von Sachverhalt und Fragestellung

Die Bearbeiterin sollte stets hinterfragen, ob ein Begriff technisch oder untechnisch verwendet wurde.

Beispiel: Die technische Definition von Leihe ist etwas Anderes als das, was die meisten Laien verstehen, wenn sie von „Leihe“ reden.

Bei offenen Formulierungen ist es Aufgabe der Bearbeiterin, eine rechtliche Würdigung anzustellen.

Beispiel.: „A teilt dem B mit, er wolle von dem Vertrag nichts mehr wissen“¹⁰¹
Dann sollte geprüft werden, ob der Vertrag wirksam zustande gekommen ist und, wenn dies zunächst der Fall ist, geprüft werden, ob A vom Vertrag lösen kann, z. B. durch Anfechtung, Widerruf, Rücktritt, Kündigung.

Wichtig ist es auch, Bearbeiterinnenvermerk und Fallfrage richtig zu verstehen und zu werten.

Werden als Gutachtaufgabe mehrere Fragen aufgeworfen, so sollten diese auch in der angegebenen Reihenfolge bearbeitet werden. Im Regelfalle gibt die Klausurerstellerin mit der Reihenfolge der Fragen auch eine vernünftige Prüfungsreihenfolge vor.¹⁰² Bei späteren Fallfragen kann dann auf Ausführungen verwiesen werden. So wirkt die Klausurlösung schlanker und eleganter.

Die Fallfrage ist stets im Zusammenhang mit dem Klausursachverhalt zu sehen. Lautete sie z. B. „Wie ist die Rechtslage“, so muss die Bearbeiterin als erstes aus dem Sachverhalt ermitteln, was für Begehren die Beteiligten haben.¹⁰³

Lassen Sie sich nicht von (vermeintlich irrelevanten) Bearbeiterinnenvermerken irritieren. Die Aufforderung, „*ggf. hilfsgutachterlich*“ alle aufgeworfenen Probleme zu thematisieren, bedeutet keineswegs, dass zwingend ein Hilfsgutachten erforderlich ist. Die Klausurerstellerin erwartet hier nicht stets, dass die Bearbeitung an irgendei-

¹⁰¹ Klees/Keisenberg, Klausurtraining Zivilrecht, A. II. 2. d) cc).

¹⁰² Körber, JuS 2008, 289 (291).

¹⁰³ Olzen/Wank, Zivilrechtliche Klausurenlehre, 1. Kap. B.

§ 6 Erfassen von Sachverhalt und Fragestellung

ner Stelle scheitert. Vielmehr hat die Klausurerstellerin erkannt, dass abhängig von der zu einem bestimmten Tatbestandsmerkmal vertretenen Auffassung die Hauptprüfung zu beenden ist, ohne dass alle Probleme, die in dem Gutachten behandelt werden sollen, angesprochen werden konnten.

Sehen Sie jede Information, die der Sachverhalt enthält, als wichtig an.¹⁰⁴ Haben Sie eine Sachverhaltsinformation nicht verarbeitet, ist dies ein Hinweis darauf, dass sie nicht sämtliche Aspekte des Sachverhalts in ihrem Gutachten berücksichtigt haben. Wurden im Sachverhalt rechtliche Aspekte genannt, die sie in ihrem Gutachten nicht angesprochen haben, spricht dies dafür, dass Sie einen Schwerpunkt übersehen oder zumindest nicht in der erwarteten Tiefe argumentiert haben.

Gibt es Abwandlungen des ursprünglichen Falls, so bedeutet das meist, dass es in der gutachterlichen Lösung Abweichungen zum Ausgangsfall gibt. Hier führen die Unterschiede in tatsächlicher Hinsicht häufig zu einer entsprechenden abweichenden rechtlichen Beurteilung. Der betreffende Punkt ist häufig zugleich ein Schwerpunkt der gutachterlichen Bearbeitung insgesamt, zumindest der Fallabwandlung. Unterschiedliche Zeitpunkte sprechen für ein Fristenproblem; Unterschiede hinsichtlich der Kenntnis einer Person verdeutlichen, dass die Gutgläubigkeit einer Person relevant ist; verschiedene Altersstufen deuten auf unterschiedliche Geschäfts- oder Verschuldensfähigkeit hin.¹⁰⁵

C. Bearbeitervermerk und Fallfrage

An erster Stelle sollte stets das mehrfache und aufmerksame Lesen des Sachverhalts, der Fallfrage und des Bearbeiterinnenvermerks stehen.¹⁰⁶ Die Bearbeiterin muss sich bewusst machen, was zu prüfen ist und was nicht. Wer den Bearbeiterinnenvermerk nicht richtig liest, läuft Gefahr die falschen Schwerpunkte zu setzen und sich überflüssige Arbeit zu machen, die die ohnehin knapp bemessene Zeit in Anspruch nimmt.

Der erste Eindruck mag zwar nicht immer der richtige sein, er zählt aber und bleibt. Daher sollten die ersten Gedanken dazu, an welchen Stellen Probleme und Schwerpunkte der Klausur liegen, stichwortartig niedergeschrieben werden. Im Laufe des

¹⁰⁴ Möllers, Juristische Arbeitstechnik und Wissenschaftliches Arbeiten, 9. Auflage 2018, § 3 I. 4.

¹⁰⁵ Olzen/Wank, Zivilrechtliche Klausurenlehre, 1. Kap. B. I. 4. b).

¹⁰⁶ Vgl. Klee/Keisenberg, Klausurtraining Zivilrecht, A. IV. 2.

§ 6 Erfassen von Sachverhalt und Fragestellung

Erstellens der Lösungsgliederung kann dann überprüft werden, ob diese Gedanken zutreffend sind und im Rahmen der Vorbereitung der Lösung berücksichtigt wurden.

Sie können im Allgemeinen davon auszugehen, dass sämtliche Informationen, die sich im Sachverhalt befinden, auch für die Lösung benötigt werden.¹⁰⁷ Bleiben wesentliche Informationen für ihre Lösung unberücksichtigt, sollten Sie eingehend prüfen, ob sie sämtliche Anspruchsgrundlagen, Einreden und Einwendungen gesehen und sämtliche Tatbestandsmerkmale erörtert haben.

Beschränken Sie sich in Ihrem Gutachten auf die Fallfragen und den konkreten Sachverhalt. Es muss immer der konkrete Sachverhalt gelöst werden. Ausführung zum Thema ‚Was wäre wenn...‘ sind überflüssig, damit falsch und führen zu einem Punktabzug. Erörtern Sie auch nur die für die Lösung des Falles relevanten rechtlichen Fragestellungen. Rechtsprobleme, die für die Falllösung keine Bedeutung haben, müssen unerörtert bleiben. Auch hier gilt: zu viel ist zu viel und wird nicht positiv, sondern negativ bewertet.

D. Arten von Klausuren

Es gibt verschiedene Arten von Aufgabenstellungen.

I. Grds.: Gutachten

Die Gutachtenklausur ist der Regelfall. Hierbei sind alle im Sachverhalt aufgeworfenen und nach dem Bearbeiterinnenvermerk zu beantwortenden Fragen zu behandeln. Ist eine Fallfrage nach Auffassung der Bearbeiterin beantwortet, obwohl noch nicht zu allen Aspekten Stellung genommen wurde, ist ein Hilfsgutachten anzufertigen.

¹⁰⁷ Baumgärtel, JuS 1965, 396.

II. Sonderfälle

1. Themen- oder Aufsatzklausuren

Themen oder Aufsatzklausuren werden nur sehr selten gestellt. Hierbei hat die Bearbeiterin die Aufgabe, zu einem bestimmten Thema aufsatzartige Ausführungen zu machen. Die Schwierigkeit bei derartigen Klausuren besteht darin, einen gelungenen Aufbau zu wählen. Anders als bei gutachterlichen Klausuren wird der Aufbau nicht durch die Anspruchsgrundlagen vorgegeben

2. Anwältinnenklausuren

Bei Anwältinnenklausuren ist die Bearbeiterin aufgefordert, einen anwaltlichen Rat zu erteilen bzw. einen anwaltlichen Schriftsatz zu entwerfen. In einer Anwältinnenklausur hat die Bearbeiterin zunächst die materielle Rechtslage zu klären. Im Anschluss hieran sind Überlegungen zur prozessualen Durchsetzung, z. B. Mahnung, Klage, Vollstreckung und einstweiliger Rechtsschutz, anzustellen.¹⁰⁸

Auch bei Anwältinnenklausuren müssen Meinungsstreitigkeiten umfassend dargestellt werden müssen. Hier besteht aber die Besonderheit, dass im Ergebnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu folgen ist. Ihrem Mandanten ist mit Ihrer eigenen Rechtsauffassung wenig geholfen, wenn diese in Widerspruch zur höchstrichterlichen Rechtsprechung, insbesondere des BGH, steht. Sie verursachen nur Kosten für Ihren Mandanten, wenn Sie einer Minder- oder Literaturmeinung folgen und sodann schon in erster Instanz unterliegen. Sollte es Ihnen nur so möglich sein, einen Anspruch zu begründen, können Sie formulieren, dass aus „anwaltlicher Vorsicht von der Geltendmachung des begehrten Anspruchs abzuraten ist.“

III. Sonderfall: Prozessuale Einkleidung

Prozessuale Einkleidungen kommen im Allgemeinen in zwei unterschiedlichen Gestaltungen vor. Erstens kann nach dem Bearbeiterinnenvermerk die Erfolgsaussichten einer Klage zu prüfen sein. Dann ist die Klausur ähnlich einer öffentlich-rechtlichen Klausur in Zulässigkeit und Begründetheit zu unterteilen. Im Rahmen der Zulässigkeit müssen insbesondere die Punkte angesprochen werden, die nach dem

¹⁰⁸ Tettinger/Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, § 6 III 1.

§ 6 Erfassen von Sachverhalt und Fragestellung

Sachverhalt Probleme aufwerfen könnten. Die Begründetheit befasst sich dann in bewährter Weise mit der materiell-rechtlichen Prüfung der Ansprüche.

Zweitens kann die prozessuale Einkleidung durch die Aufteilung in zwei Fragestellungen erfolgen. Zunächst wird nach der materiellen Rechtslage gefragt. Im Rahmen einer Zusatzfrage werden dann prozessuale Aspekte aufgeworfen.

§ 7 Vorbereitung der Klausurlösung

A. Zeiteinteilung

Zentrale Schwierigkeit vieler Studierenden ist die richtige Zeiteinteilung. Auch hier gilt der Grundsatz: Viel hilft viel! Klausurenschreiben lernt man nur durch ständige Übung. Je mehr Klausuren man unter Echtzeitbedingungen schreibt, desto besser gelingt die Zeiteinteilung.

Eine pauschale Empfehlung, wie viel Zeit für welche Arbeitsschritte verwendet werden, ist nicht möglich. Jede Klausur hat andere Schwierigkeiten und somit auch andere Anforderungen an die Zeiteinteilung. Auch unterscheidet sich das Verhältnis zwischen Vorbereitungs- und Ausarbeitungszeit von Bearbeiterin zu Bearbeiterin. Generell kann gesagt werden, dass für die Vorbereitung der Reinschrift 1/3 der zur Verfügung stehenden Zeit aufgewendet werden kann, u.U. sogar mehr.¹⁰⁹ Es gibt aber auch sogenannte „Rennfahrer Klausuren“, bei denen die Aufgabenstellung so umfangreich ist, dass selten mehr als ein Viertel der Zeit für die Vorbereitung genutzt werden kann

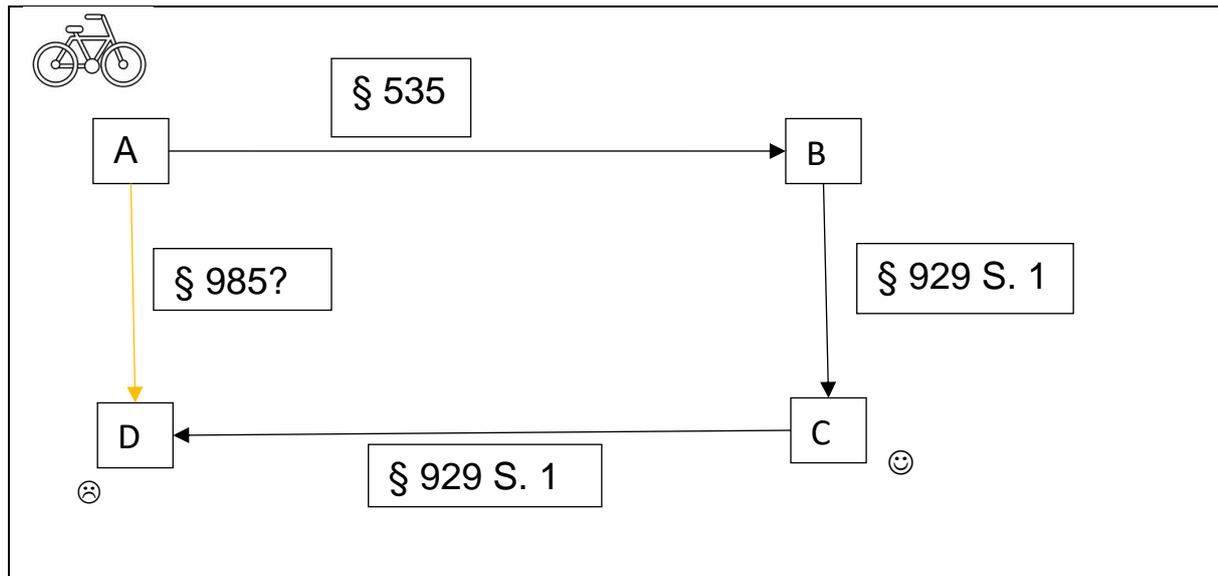
B. Sachverhaltsskizze erstellen

Ist der Sachverhalt gelesen und verstanden, kann eine Sachverhaltsskizze erstellt werden. Dies bietet sich insbesondere an, wenn es mehrere Beteiligte gibt oder der Sachverhalt sich über einen gewissen Zeitraum erstreckt, sodass mehrere Daten angegeben werden. So können die Beziehungen zwischen den Beteiligten (mit Buchstaben abgekürzt) mit Pfeilen und Kästchen dargestellt werden. An jeden Pfeil kann entweder das sie kennzeichnende Verhältnis mit Worten (Bsp. „Miete“) oder besser noch als Paragraph (§ 535) geschrieben werden. Die Darstellung weiterer Symbole ist möglich, so z.B. ☺ für Gutgläubigkeit oder ein Blitz durch den Pfeil für die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.

Beispiel.: A verleiht am 17.06.2018 an B sein Fahrrad. B veräußert dies zwei Wochen später an den gutgläubigen C. C veräußert das Fahrrad am 15.08.2017 wiederum an D, der weiß, dass B das Fahrrad nur von A geliehen hat und es nicht an C hätte veräußern dürfen. A fordert von D die Herausgabe.

¹⁰⁹ Tettinger/Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, Rn. 166.

§ 7 Vorbereitung der Klausurlösung



Kommt es für die Klausurlösung auf den konkreten Zeitablauf und Daten an, können in einem Zeitstrahl alle relevanten Daten und Ereignisse eingetragen werden. So behält man besser den Überblick über das Geschehen.

Zum Beispiel oben:

17.06.: LeihV A/B

01.08.: Veräußerung B/C

15.08.: Veräußerung C/D

C. Gliederung erstellen

Nach der Sachverhaltsskizze wird eine Gliederung entwickelt. Die gutachterliche Lösung wird im Regelfall nicht gelingen, wenn die Bearbeiterin den Gang der Darstellung erst während der Niederschrift in ihrem Kopf entwickelt. Erforderlich ist vielmehr zuvor ein sorgfältiges und schrittweises Nachdenken, wobei der Gang der Darstellung in einer Gliederung schriftlich skizziert wird.¹¹⁰

Die Gliederung ist mehr als eine schlichte Auflistung der Anspruchsgrundlagen. Die Tatbestandsmerkmale sind aufzuführen und schon (mehr oder weniger detailliert) zu

¹¹⁰ Möllers, Juristische Arbeitstechnik und Wissenschaftliches Arbeiten, § 3 II 1.

§ 7 Vorbereitung der Klausurlösung

prüfen.¹¹¹ In der Gliederung sind ganze Sätze verfehlt, vielmehr sollten Stichworte und Abkürzungen verwendet werden. Es kann auch sinnvoll mit Zeichen und Buchstaben gearbeitet werden, so z. B. (+) oder (-) wenn ein Tatbestandsmerkmal erfüllt oder nicht erfüllt ist. Schwerpunkte (S) und Probleme (P) können hier entsprechend gekennzeichnet werden.¹¹² Hier gibt es keine starren Vorgaben, die Bearbeiterin muss finden, womit sie gut zurechtkommt.

Zum Beispiel oben:

Anspr. A gg. D aus § 985

- I. D = Besitzer (+)
- II. A = Eigentümer
 1. Urspr. (+)
 2. Verlust durch LeihV mit B (-)
 3. Verlust durch Übereignung B an C nach § 929 S. 1 (-)
 - a) Einigung (+)
 - b) Übergabe (+)
 - c) Berechtigung (-)
 4. Verlust durch Übereignung B an C nach §§ 929 S.1, 932 S. 1 (+)
 - a) Einigung und Übergabe (+)
 - b) Rechtshindernd:
 - aa) Bösgläubigkeit von C (§ 932) (-)
 - bb) Abhandenkommen (§ 935 I 1) (-)
 - c) Ergebnis zu 4.: C ist Eigentümer
 5. Eigentumsübergang von C auf D nach § 929 S. 1
 - a) Einigung (+)
 - b) Übergabe (+)
 - c) Berechtigung (+)
 - d) Ergebnis zu 5.: D ist Eigentümer
 6. Zwischenergebnis: A ist nicht Eigentümer
- III. Ergebnis: Anspr. A gg. D aus § 985 (-)

Die Gliederung sollte bereits die Gliederungsebenen aufweisen, die auch in der späteren Ausformulierung verwendet werden. Diese sind üblicherweise im alphanumerischen System I. 1. a) aa) (1). Gehen die Gliederungsebenen tiefer, kann A. vorangestellt und auf der unteren Ebene mit (1.1) fortgefahren werden.

¹¹¹ Klee/Keisenberg, Klausurtraining Zivilrecht, A. IV. 2.

¹¹² Körber, JuS 2008, 289 (293).

§ 7 Vorbereitung der Klausurlösung

Sowohl in der Gliederung als auch in der Ausformulierung sind Zwischenüberschriften sinnvoll. Jede Gliederungsebene muss mindestens zwei Gliederungspunkte haben. „Wer A sagt, muss auch ...“ Jede Gliederungsebene, die eröffnet wurde, muss auch wieder geschlossen werden.

Während in der Schreibphase die Gliederung den Weg weist, steht in der Vorbereitungsphase alles zur Disposition. Dies bedeutet insbesondere, dass sich die Bearbeiterin nie zu früh auf einen Lösungsweg festlegen sollte. Vielmehr müssen erst alle alternativen Lösungswege durchdacht werden.¹¹³ Nur wenn die Bearbeiterin ihre eigenen Überlegungen kontinuierlich hinterfragt, überprüft und verbessert, kann das Ergebnis gut werden.

Sobald mit dem Schreiben begonnen wurde, sollte nur noch aus wirklich wichtigen Gründen von der Lösungsskizze abgewichen werden. Sonst besteht die Gefahr, dass sich im Laufe des Gutachtens für Folgefragen abweichende Konsequenzen ergeben und die Bearbeiterin vergisst, dies zu bedenken.

Zum Teil wird empfohlen, Sachverhaltsinformationen je nach Bedeutung in unterschiedlichen Farben auf dem Sachverhaltstext zu markieren bzw. bestimmte Aspekte an den Rand des Sachverhaltstextes zu schreiben oder auf einem separaten Blatt zu notieren. Wer mit diesem Vorgehen gute Erfahrungen gemacht hat, sollte diesen Weg auch weitergehen. Allerdings ist Klausurenschreiben etwas sehr Individuelles, für das es insoweit keine allgemeingültigen Vorgaben gibt. Jede sollte für sich selbst den Weg finden, mit dem sie den Sachverhalt am besten erfassen und einer guten Lösung zuführen kann. Auch hier empfiehlt es sich, verschiedene Wege auszuprobieren. Nur so kann man für sich selbst feststellen, welcher Weg für einen selbst zu den besten Ergebnissen führt. Hat man diesen Weg gefunden, dann sollte er konsequent beibehalten werden. So kann sich die Bearbeiterin eine eigene kontinuierliche Arbeitsweise angewöhnen.

Lassen Sie sich nicht vom vermeintlichen Wiedererkennen eines altbekannten Falles blenden. Dies führt häufig dazu, dass die Besonderheiten des Falles nicht erkannt werden. Gerade Studentinnen in Anfangs- oder in mittleren Semestern neigen dazu, den Sachverhalt auf ein ihnen bekanntes Problem hinzubiegen, obwohl die ihnen bekannte Fragestellung aufgrund der Besonderheiten des konkreten Falles keine

¹¹³ Klee/Keisenberg, Klausurtraining Zivilrecht, A. IV. 1.

§ 7 Vorbereitung der Klausurlösung

Bedeutung für die Lösung hat. Es ist sehr selten, dass zwei Fälle in den rechtlichen Aspekten absolut gleich sind, meist liegt die Schwierigkeit im Detail. Es ist viel sinnvoller, mit Verstand und juristischem Handwerkszeug an einen Fall heranzugehen, als Gedanken und Vorgehensweisen, die man im Rahmen einer anderen Falllösung gelesen hat, auf den zu bearbeitenden Fall zu übertragen.

Nach der Erstellung der Gliederung sollte die Bearbeiterin sich ausreichend Zeit nehmen, um ihre eigene Lösung detailliert noch einmal in Frage zu stellen. Sie sollte überprüfen, ob die Gliederung schlüssig ist und Sachverhalt sowie Fallfragen vollständig erfasst. Änderungen an dieser Stelle vorzunehmen, ist noch deutlich einfacher, als bei der Niederschrift der Klausur.

Folgen Sie im Allgemeinen bei der Niederschrift der Klausur weder spontanen Einfällen noch weichen sie von der Gliederung ab. Natürlich ist es möglich, auch in einem späteren Stadium noch Fehler zu korrigieren, dies sollte allerdings immer nur aus gutem Grund erfolgen. Jeder Einfall sollte gründlich durchdacht werden, bevor die Klausur verändert wird. Dabei sind zwingend auch die Konsequenzen für die weitere Fallbearbeitung zu bedenken. Im Einzelfall kann es besser sein, bestimmte Fehler stehen zu lassen, wenn dafür die Klausurlösung in sich schlüssig und für die Korrektorin nachvollziehbar bleibt. Hat die Bearbeiterin keine Zeit mehr, alle Folgefehler zu korrigieren, sollte lieber ein Anfangsfehler stehen bleiben, sofern es sich nicht um einen Kardinalfehler handelt.¹¹⁴

D. Schwerpunktsetzung

Eng mit der Zeiteinteilung verwandt ist das Thema der richtigen Schwerpunktsetzung. Die Schwerpunkte einer Klausur liegen immer in den problematischen oder strittigen Aspekten. Sind sich Beteiligte in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht uneins, liegt hierin häufig ein Hinweis, dass dieser Punkt einer vertieften Auseinandersetzung bedarf. Auch wenn es bezüglich eines Tatbestandsmerkmals einer Anspruchsgrundlage oder einer sonstigen Streit erheblichen Rechtsnorm einen Mei-

¹¹⁴ Körber, JuS 2008, 289 (296).

§ 7 Vorbereitung der Klausurlösung

nungsstreit gibt und die verschiedenen Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, bedarf es an dieser Stelle einer Vertiefung des Gutachtens.

Werden bestimmte Vorgänge im Sachverhalt besonders ausführlich geschildert, ist dies regelmäßig ein Indiz dafür, dass sich im Gutachten mit diesem Aspekt besonders intensiv auseinandergesetzt werden muss. Werden z. B. konkreter Daten oder Uhrzeiten wiedergegeben, deutete dies häufig auf ein Fristenproblem hin. Wörtliche Zitate vermitteln, dass Ausdrücke evtl. aus einem laienhaften Verständnis stammen und erst noch ‚juristisch übersetzt‘, also ausgelegt, werden müssen.

§ 8 Die zivilrechtliche Klausurlösung

A. Anspruchsgrundlagen

I. Wahl der Anspruchsgrundlage

Am Anfang steht stets die Frage: Wer will was von wem woraus und warum?

„Wer?“ wird mit der Anspruchsstellerin beantwortet. Meistens stelltfragt die Fallfrage auf Ansprüche einer bestimmten Person / mehrerer bestimmter Personen ab. Dann ist klar, wer die Anspruchsstellerin ist. Ist dem nicht so, müssen sämtliche beteiligten Personen als Anspruchsstellerin behandelt werden. Nur die Personen, bei denen von vornherein klar ist, dass sie keine (erfolgsversprechenden) Ansprüche stellen können, können außer Acht gelassen werden.

„Was?“ meint das Anspruchsbegehren. Entweder ist in der Fallfrage dargelegt, was zu prüfen ist, oder es lässt sich dem Sachverhalt entnehmen, was die Beteiligten wollen.

„Von Wem?“ meint die Anspruchsgegnerin. Wer Anspruchsgegnerin ist, richtet sich nach dem Begehren der Anspruchsstellerinnen. Manchmal legt die Fallfrage auch die Anspruchsgegnerinnen fest, ansonsten sind sämtliche Personen, gegen welche die Anspruchsstellerinnen einen Anspruch haben könnten, als Anspruchsgegnerinnen zu behandeln.

Mit „Woraus“ wird die rechtliche Norm bezeichnet, die das tatsächliche Begehren („Was“) tragen soll. Hier dürfen nur solche Anspruchsgrundlagen berücksichtigt werden, die abstrakt das konkrete Begehren beinhalten. Die Rechtsfolge muss sich also mit dem tatsächlichen Begehren decken. Nur wenn die Rechtsfolge zu der Fallfrage und dem Begehren des Gläubigers passt, ist die entsprechenden Norm zu prüfen.¹¹⁵ Verlangt der Anspruchsteller vom Anspruchsgegner etwa Schadensersatz, dann kommen z. B. §§ 280 ff., §§ 823 ff. BGB als Anspruchsgrundlagen in Betracht, nicht aber §§ 812 ff. BGB.

Welche Anspruchsgrundlagen in Betracht zu ziehen sind, hängt von dem durch die Fallfrage vorgegebenen Anspruchsbegehren ab. Das Anspruchsbegehren kann sehr weit oder sogar offen formuliert sein. Ist lediglich nach der Rechtslage gefragt, sind

¹¹⁵ Olzen/Wank, Zivilrechtliche Klausurenlehre, 1. Kap. D.

§ 8 Die zivilrechtliche Klausurlösung

sämtliche Ansprüche aller im Sachverhalt genannten Personen untereinander zu prüfen, die vernünftigerweise in Betracht gezogen werden können. Ist etwas konkreter nach Ansprüchen von A gegen B gefragt, sind sämtliche vernünftigerweise in Betracht kommenden Ansprüche im Verhältnis von A zu B zu prüfen und entsprechende Anspruchsgrundlagen zu berücksichtigen. Wird gefragt, ob A von B Zahlung verlangen kann, sind sämtliche auf Zahlung eines Geldbetrags gerichteten Anspruchsgrundlagen, die im Sachverhalt verwirklicht sein können, zu prüfen. Dies können sowohl Primär- als auch Sekundäransprüche sein.

In der Festlegung des Anspruchsbegehrens sind auch bei der Entscheidung darüber, welche Anspruchsgrundlagen in die Prüfung einbezogen werden, nicht sämtliche, theoretisch in Betracht kommenden Normen zu prüfen. Geht es um vertragliche Ansprüche und sind bestimmte Vertragstypen offensichtlich nicht gegeben, dann dürfen die entsprechenden, auf diesen vertragstypusbezogenen Anspruchsgrundlagen nicht geprüft werden.

Beispiel: Nach dem Sachverhalt hat Viola Vogler an Klara Kaufbold einen Steinway-Flügel verkauft. Klara hat den Kaufpreis noch nicht bezahlt. Gefragt ist, ob Viola von Klara Zahlung verlangen kann. Theoretisch geben auch § 535 II BGB (Mietvertrag) oder § 631 I BGB (Werkvertrag) Zahlungsansprüche. Gleichwohl wird nur § 433 II BGB geprüft, weil offensichtlich weder ein Miet- noch ein Werkvertrag vorliegt.

Auch Anspruchsgrundlagen, die so offensichtlich nicht erfüllt sind, dass ihre Prüfung abwegig ist, sind nicht zu prüfen. Ob diese Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen, ist nicht immer ganz einfach zu entscheiden. Hat die Bearbeiterin Zweifel, ob eine nähere Begutachtung einer bestimmten Anspruchsnorm, deren Voraussetzungen nicht vorliegen, gleichwohl in Betracht kommt, sollte sie eine Prüfung auch von der ihr zur Verfügung stehenden Zeit abhängig machen. Sieht sie, dass sie in Zeitnot kommen wird, so sind ersichtlich nicht erfüllte Anspruchsgrundlagen die erste Möglichkeit, Zeit einzusparen. Andersherum kann die Bearbeiterin, wenn Zeit verbleibt, diese einsetzen, um auch Anspruchsgrundlagen, die nicht erfüllt sind, zu thematisieren.

Die Wahl der richtigen Anspruchsgrundlagen ist einer der Punkte, die man nur durch das Lesen von Musterklausuren in juristischen Ausbildungsschreibern sowie das ei-

§ 8 Die zivilrechtliche Klausurlösung

gene Schreiben von Klausuren, z. B. in universitären Klausurenkursen, lernt. Durch Erfahrung erhält man ein Gefühl für die relevanten Problemstellungen und richtige Schwerpunktsetzung.

Das „Warum“ bezeichnet den Lebenssachverhalt, aus dem Herausansprüche geltend gemacht werden. Dieser Lebenssachverhalt ist wichtig für die spätere Subsumtion.

II. Prüfungsreihenfolge innerhalb einer Anspruchsgrundlage

Innerhalb einer Anspruchsgrundlage ist ein Anspruch stets nach folgendem Dreischritt aufzubauen:

- I. Anspruch entstanden
- II. Anspruch nicht untergegangen/erloschen
- III. Anspruch durchsetzbar

Auf erster Stufe wird das Vorliegen der Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage geprüft, auf der zweiten die rechtsvernichtenden Einwendungen und auf der dritten die Einreden (s. hierzu näher § 2).

Innerhalb der Prüfung einer Norm müssen die Tatbestandsmerkmale sortiert werden. Es gibt Tatbestandsmerkmale die zueinander in einem logischen Gleichrangigkeitsverhältnis stehen und solche, die zueinander logisch vorrangig bzw. nachrangig sind.

Logisch gleichrangige Tatbestandsmerkmale liegen vor, wenn das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals nicht davon abhängt, dass ein anderes Tatbestandsmerkmal gegeben ist.¹¹⁶

Beispiel:

Bei der Anfechtung nach §§ 119, 121 Abs. 1, 142 I BGB ist unter anderem die Anfechtungserklärung und der Anfechtungsgrund zu prüfen. Die Anfechtungserklärung als Tatbestandsmerkmal ist völlig unabhängig davon, ob es einen Anfechtungsgrund gibt. Entsprechendes gilt aber auch für den Anfechtungsgrund. Ob dieser vorliegt beurteilt sich völlig unabhängig davon,

¹¹⁶ Boemke/Ulrici, BGB-AT, § 3 Rn. 49.

ob es eine Anfechtungserklärung gibt. Weder setzt die Anfechtungserklärung einen Anfechtungsgrund noch umgekehrt der Anfechtungsgrund eine Anfechtungserklärung voraus. Folglich liegt logische Gleichrangigkeit vor.

Bei logisch gleichrangigen Tatbestandsmerkmalen gibt es keine zwingende Prüfungsreihenfolge. Es empfiehlt sich aber, die unproblematischen Merkmale vor den problematischen zu prüfen. Hierdurch kann man sicherstellen, dass später bei der Erstellung des Gutachtens und schwierigen Erörterungen problematischer Tatbestandsmerkmale die unproblematischen nicht vergessen werden. An die problematischen Tatbestandsmerkmale denkt man meist von alleine. Auch wenn ein Tatbestandsmerkmal nicht vorliegt, müssen die übrigen logisch gleichrangigen Tatbestandsmerkmale noch geprüft werden.¹¹⁷

Logisch nachrangige Tatbestandsmerkmale sind solche, die nur dann vorliegen können, wenn die Voraussetzungen logisch vorrangiger Tatbestandsmerkmale gegeben sind.¹¹⁸

Beispiel:

Im Rahmen des § 812 I 1 Alt. 1 BGB ist zu prüfen, ob der Anspruchsgegner etwas erlangt hat (I.) und zwar durch Leistung des Anspruchstellers (II.) und ohne Rechtsgrund (III.). Diese Prüfungsreihenfolge ist logisch-zwingend vorgegeben. Um prüfen zu können, ob der Anspruchsteller an den Anspruchsgegner geleistet hat, muss zunächst festgestellt werden, ob der Anspruchsgegner etwas erlangt hat und, wenn ja, was. Um beurteilen zu können, ob (k)ein Rechtsgrund gegeben ist, bedarf es zuvor der Feststellung, was wer an wen geleistet hat. Hieraus folgt, dass das Merkmal „ohne Rechtsgrund“ logisch nachrangig zu „durch Leistung des Anspruchsgegners“ ist und dass dies wiederum nachrangig ist zu „Etwas erlangt“.

Liegt ein logisch vorrangiges Tatbestandsmerkmal nicht vor, ist die Prüfung an dieser Stelle zu beenden. Ausnahmsweise sind die logisch nachrangigen Tatbestands-

¹¹⁷ Boemke/Ulrici, BGB-AT, § 3 Rn. 49.

¹¹⁸ Boemke/Ulrici, BGB-AT, § 3 Rn. 49.

§ 8 Die zivilrechtliche Klausurlösung

merkmale hilfsgutachterlich zu prüfen. Ein entsprechendes Hilfsgutachten ist anzufertigen, wenn die Aufgabenstellung verlangt, dass zu allen aufgeworfenen Rechtsfragen Stellung zu beziehen ist und der Sachverhalt Ausführungen zu logisch nachrangigen Tatbestandsmerkmalen enthält.¹¹⁹

B. Allgemeine Prüfungsreihenfolge zivilrechtlicher Ansprüche

Für die Prüfungsreihenfolge zivilrechtlicher Ansprüche gibt es ein allgemeines Schema, das in jeder Klausur Beachtung finden sollte:

- I. vertragliche Ansprüche
 - II. vertragsähnliche Ansprüche (§ 311 Abs. 2 BGB, §§ 677 ff. BGB)
 - III. dingliche Ansprüche (z.B. § 985)
 - IV. deliktische Ansprüche (z.B. §§ 823 ff)
 - V. bereicherungsrechtliche Ansprüche (z.B. §§ 812 ff.)
- (die deliktischen und die bereicherungsrechtlichen Ansprüche können auch ihre Plätze tauschen)

Grund für diese Reihenfolge ist, dass die Ansprüche oberer Stufen die Ansprüche auf den unteren Stufen beeinflussen können.¹²⁰ Es gilt stets inzidente Prüfungen und die Klärung langwieriger Vorfragen zu vermeiden.

Beispiele:

Es werden zunächst vertragliche Ansprüche aus Auftragsrecht geprüft. Die Prüfung führt zu dem Ergebnis, dass kein Vertrag zustande gekommen ist. Im Anschluss hieran werden Ansprüche aus GoA geprüft. Aufgrund der vorrangigen Prüfung der Ansprüche aus Auftrag muss nun das Merkmal „ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung“ nicht inzident geprüft werden.

Vertragliche Haftungsmodalität können das Deliktsrecht beeinflussen¹²¹.

¹¹⁹ Boemke/Ulrici, BGB-AT, § 3 Rn. 49.

¹²⁰ Schwab/Löhnig, Falltraining im Zivilrecht, 6. Auflage 2016, S. 6.

¹²¹ Vgl. z. B. BGH, Urteil vom 20.11.1984 – IV a ZR 104/83, NJW 1985, 794 ff., zur Reichweite der Haftungsmilderung nach § 521 BGB.

§ 8 Die zivilrechtliche Klausurlösung

Verfehlt ist es, in der schriftlichen Ausarbeitung stets alle Anspruchsarten zu erwähnen. Es reicht aus, wenn die Bearbeiterin das Schema im Kopf durchgeht und lediglich die Bereiche verschriftlicht, die nicht von vornherein völlig aussichtslos sind.

Sind verschiedene Anspruchsgrundlagen innerhalb der Punkte des oben genannten Prüfungsschemas zu untersuchen, sollte die Prüfungsreihenfolge vor allem Praktikabilitätsgründen folgen. Am sinnvollsten ist es, mit der Norm anzufangen, die dem Begehren des Anspruchstellers am weitgehendsten entspricht. Auch sollten zu Beginn die stärksten Anspruchsgrundlagen stehen. Die Stärke einer Anspruchsgrundlage kann sich entweder daraus ergeben, dass sie die wenigsten Tatbestandsmerkmale aufweist, oder daraus, dass sie die geringsten Beweisanforderungen hat.¹²² Ansonsten gilt auch hier, die Reihenfolge so zu wählen, dass möglichst wenige Tatbestandsmerkmale inzident geprüft werden müssen. Manchmal besteht ein Anspruch gegen eine Person nur, wenn kein anderer für den Schaden haftet (vgl. §§ 829, 839 I 2 BGB), dann ist es am übersichtlichsten, den bedingten Anspruch vor dem bedingenden Anspruch zu prüfen.

Bei der Prüfung von Ansprüchen aus unerlaubter Handlung empfiehlt sich die Prüfungsreihenfolge: § 823 I BGB vor § 823 II BGB und erst dann § 826 BGB.

Des Weiteren werden Gefährdungsansprüche (z.B. § 7 StVG oder § 1 ProdHaftG) im Allgemeinen vor verschuldensabhängigen Ansprüchen geprüft. Dies ist deswegen gerechtfertigt, weil hier ein Vertretenmüssen bzw. Verschulden keine zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung bildet. Im Einzelfall kann es gleichwohl gerechtfertigt sein, zunächst verschuldensabhängige Ansprüche zu prüfen, z. B. wenn es im Rahmen der Gefährdungshaftung Haftungssummenbegrenzung gibt oder Schmerzensgeldansprüche ausgeschlossen sind, aber Schmerzensgeld begehrt wird.¹²³ Wie dann der Prüfungsaufbau gewählt wird, muss von dem jeweiligen konkreten Fall abhängig gemacht werden. Ist ein Verschulden nach dem konkreten Sachverhalt nahe liegend und kommt es dem Anspruchsteller gerade auch darauf an, Schmerzensgeld zu erhalten, ist es ggf. besser, mit den verschuldensabhängigen Ansprüchen zu beginnen.

¹²² Olzen/Wank, Zivilrechtliche Klausurenlehre, 1. Kap. D. III. 2.

¹²³ Olzen/Wank, Zivilrechtliche Klausurenlehre, 1. Kap. D. III. 2.

§ 8 Die zivilrechtliche Klausurlösung

Aber auch hier gilt: der Aufbau des Gutachtens muss und darf nicht erklärt werden.¹²⁴

Essentiell für ein gelungenes Gutachten ist es, alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen zu prüfen. Auch wenn eine Anspruchsgrundlage durchgreift, darf damit die Prüfung nicht enden. Dies folgt schon daraus, dass ein Rechtsgutachten seiner Natur nach umfassend sein muss. Das Gutachten soll die Rechtslage umfassend darstellen. Dies ist in streitigen Auseinandersetzungen, insbesondere auch in Gerichtsverfahren, auch deswegen erforderlich weil die Gegenseite oder die streitentscheidende Person, z. B. die Richterin, eine andere Rechtsauffassung vertreten und die Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage als nicht gegeben ansehen kann. Dann ist es erforderlich, andere Anspruchsgrundlagen aufführen zu können, die den Anspruch ebenso tragen. Auch können die unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen unterschiedliche Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast stellen und in ihrer Durchsetzbarkeit (z. B. bei der Verjährung) unterschiedlichen Regeln folgen.¹²⁵

C. Mehrere Anspruchsgrundlagen

I. Konkurrenzen

Sind mehrere Normen darauf gerichtet, demselben Anspruchsteller gegenüber demselben Anspruchsgegner einen Anspruch bezüglich desselben Anspruchsgegenstandes zu sichern, so können diese in einem Verhältnis kumulativer Konkurrenz oder verdrängender Konkurrenz zueinander stehen.¹²⁶ Bei der kumulativen Konkurrenz sind beide Normen nebeneinander anwendbar. Der Gläubiger kann beide Ansprüche geltend machen. Erfüllt der Schuldner einen der Ansprüche, so erlöschen alle Ansprüche, d.h. der Gläubiger erlangt den Gegenstand nur einmal.¹²⁷

Beispiel: A und B haben einen Mietvertrag über die Wohnung des B geschlossen. A beschädigt vorsätzlich eine Türklinke in der Wohnung. So steht der Anspruch von B aus § 823 I BGB neben dem Anspruch aus §§ 535 I, 280 I.

¹²⁴ Diederichsen/Wagner, Die BGB-Klausur, 3. Teil, I. 5.

¹²⁵ Olzen/Wank, Zivilrechtliche Klausurenlehre, 1. Kap. D. I. 2.

¹²⁶ Olzen/Wank, Zivilrechtliche Klausurenlehre, 1. Kap. D. III.

¹²⁷ Jauernig in Jauernig, BGB, § 194 Rn. 7.

§ 8 Die zivilrechtliche Klausurlösung

Bei der verdrängenden Konkurrenz wird eine Norm durch eine andere verdrängt. Innerhalb der verdrängenden Konkurrenz unterscheidet man zwischen der alternativen Konkurrenz¹²⁸ und der speziellen Konkurrenz¹²⁹.

Sofern es im Gesetz keine Anhaltspunkte für alternative oder spezielle Konkurrenz gibt, ist von kumulativer Konkurrenz auszugehen.

II. Alternative Anspruchsgrundlagen

Bei alternativen Anspruchsgrundlagen ist entweder die eine erfüllt oder die andere. Es können nicht beide Anspruchsgrundlagen gleichzeitig erfüllt sein.¹³⁰

Beispiel: Ein und derselbe Leistungsgegenstand kann nicht gleichzeitig auf vertragliche und bereicherungsrechtliche Anspruchsgrundlagen gestützt werden: Gibt es einen wirksamen Vertrag, dann bestehen auch vertragliche Ansprüche und die bereicherungsrechtlichen Ansprüche scheitern an dem Merkmal „ohne Rechtsgrund“. Gibt es keinen Vertrag, sind vertragliche Ansprüche ausgeschlossen; bereicherungsrechtliche Ansprüche scheiden nicht völlig offensichtlich aus und bedürfen daher einer näheren Prüfung.

Hält sich die Bearbeiterin streng an das Gesetz wird, sie alternative Anspruchsgrundlagen erkennen und keine Probleme mit ihrer Behandlung haben.

III. Spezielle Anspruchsgrundlagen

Bei speziellen Anspruchsgrundlagen regeln zwei Anspruchsgrundlagen denselben Sachverhalt. Sie können auch beide erfüllt sein, es kommt aber bei einer bestimmten Fallgestaltung nur eine zur Anwendung, nämlich die speziellere Bestimmung. Das ist die Regelung, die sämtliche Merkmale der allgemeinen Vorschrift aufweist und darüber hinausgehend eigenständige Tatbestandsvoraussetzungen normiert.¹³¹ Es ist immer zuerst die spezielle Norm zu prüfen. Nur wenn diese nicht gegeben ist, darf auf die allgemeine Regelung zurückgegriffen werden.

¹²⁸ Dazu sogleich § 8 C II.

¹²⁹ Dazu sogleich § 8 C III.

¹³⁰ Olzen/Wank, Zivilrechtliche Klausurenlehre, 1. Kap. D. III. 1 b) aa).

¹³¹ Olzen/Wank, Zivilrechtliche Klausurenlehre, 1. Kap. D. III. 1 b) bb).

§ 8 Die zivilrechtliche Klausurlösung

Beispiele:

Die Regeln des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses sind gegenüber den Regeln des Bereicherungs- und des Deliktsrecht speziell (vgl. § 993 I a. E. BGB)

Der Anspruch auf Arbeitsleistung gem. § 611a I 1 BGB verdrängt den Anspruch aus dem Dienstvertrag gem. § 611 I BGB, weil der Arbeitsvertrag ein Unterfall des Dienstvertrags ist.¹³²

A und B haben einen Mietvertrag geschlossen. Als die Heizung im Oktober kaputtgeht, repariert A sie, ohne B Bescheid zu geben. Anschließend verlangt er die Kosten hierfür von B aus §§ 677, 683, 670 BGB ersetzt. Allerdings legen §§ 539 I, 536a II BGB fest, welche zusätzlichen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit dieser Anspruch besteht.

V gibt sich als Vertreterin von K aus und kauft in dessen Namen ein Gemälde von A. K verweigert die Genehmigung. Der Anspruch von A gegen V aus § 179 I BGB verdrängt den Schadenersatzanspruch gem. §§ 280 I, 311 II BGB.¹³³

L verkauft an A ein Gemälde, das nicht in ihrem Eigentum steht. Für dieses Gemälde hat A bereits einen speziellen Rahmen anfertigen lassen; bevor es zu Über-eignung kommt, erfährt A, dass L nicht Eigentümerin ist. A möchte das Geld, das er für den Rahmen ausgegeben hat, ersetzt bekommen. Der Schadensersatzanspruch aus §§ 311a II 1 Alt. 2, 284, 280 I, III, 283 BGB ist vorrangig gegenüber dem Schadensersatzanspruch aus §§ 311 II Nr. 1, 284, 280 I, III, 283 BGB.

L und K haben einen Vertrag geschlossen. L tritt wirksam gem. § 323 I BGB zurück. Anschließend sind bereits ausgetauschte Leistungen nach § 346 I BGB zurück zug ewähren. § 812 I 1 Alt.1 BGB wird verdrängt.

L und K haben einen Vertrag geschlossen. L widerruft den Vertrag gem. §§ 312g I, 355 BGB wirksam. Ausgetauschte Leistungen sind gem. § 357 I 2 BGB nach den Vorschriften über den Rücktritt auszutauschen. § 812 I 1 Alt. 1 BGB wird verdrängt.

¹³² Maties in BeckOGK BGB, Stand: 5.5.2018, § 611a Rn. 2.

¹³³ Vgl. Schubert in Münchener Kommentar zum BGB, § 177 Rn. 56.

§ 8 Die zivilrechtliche Klausurlösung

Anders als im Strafrecht ist es falsch, zuerst alle Normen durchzuprüfen und abschließend die Konkurrenzen zu erörtern.¹³⁴ Die speziellere Bestimmung verdrängt von vornherein die allgemeine Regelung.

D. Mehrheit von ...

I. Überblick

Häufig beschränkt sich die Fallfrage nicht darauf, nach den Ansprüchen von einer Anspruchstellerin über einen Anspruchsgegenstand gegen eine Anspruchsgegnerin zu fragen. Komplexe Kombinationen von Anspruchsstellerinnen, -gegnerinnen und -gegenständen sind möglich. In einem solchen Fall ist es von ganz besonderer Bedeutung, eine sinnvolle Strukturierung der Anspruchsprüfungen zu finden. Unzureichende Strukturierung der Prüfung kann dazu führen, wesentliche Anspruchsgrundlagen unberücksichtigt zu lassen und dadurch Punkte zu verlieren.

Beim Klausuraufbau gibt es insoweit keine zwingenden Regeln. Es sollte immer der Zweckmäßigkeit gefolgt und ein Aufbau gewählt werden, der die Darstellung so einfach und so übersichtlich wie möglich macht. Dabei sollte der Aufbau so gewählt werden, dass Inzidentprüfungen soweit wie möglich vermieden werden.

Der Aufbau sollte dabei auch klausurtaktisch durchdacht sein. Werden durch die Wahl des Aufbaus bestimmte Probleme abgeschnitten, auf die der Sachverhalt erkennbar ausgelegt ist, so sollte eine andere Vorgehensweise gewählt werden.

An die Reihenfolge in der Fallfrage ist die Bearbeiterin nicht gebunden. Meist hat die Aufgabenstellerin sie aber so gewählt, dass sich die Prüfung entlang der Reihenfolge in der Fallfrage anbietet.

In einem Fall mit mehr als zwei Personen sind zunächst Zweipersonenverhältnisse zu bilden.¹³⁵

¹³⁴ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 26. Auflage 2017, Rn. 13.

¹³⁵ Körber, JuS 2008, 289 (291 f.).

§ 8 Die zivilrechtliche Klausurlösung

II. Mehrere Anspruchsziele

Bei dem Aufbau der Prüfungen von mehreren Anspruchszielen ist grundlegend, dass Primäransprüche vor Sekundäransprüchen zu prüfen sind, d.h. Erfüllungsansprüche gehen Schadensersatzansprüchen vor.¹³⁶

Hat die Klägerin in einer prozessual aufgebauten Klausur einen der Ansprüche als Hauptantrag und einen als Hilfsantrag gestellt, so ist die Einhaltung dieser Reihenfolge zwingend.¹³⁷ Ist der Hauptantrag erfolgreich, hängt es von der Aufgabenstellung bzw. dem Bearbeiterinnenvermerk ab, ob der Hilfsantrag noch geprüft werden muss. Ist der Hauptantrag nicht erfolgreich, ist zwingend der Hilfsantrag zu prüfen.¹³⁸

Auch wenn es sich nicht um eine prozessuale Klausur handelt, aber aus dem Sachverhalt deutlich wird, dass eine Partei ein bestimmtes Ziel prioritär verfolgt, ist dies beim Aufbau zwingend zu beachten.¹³⁹

Beispiel:

Der Anspruchsteller möchte in erster Linie den Erlös einer Sache und nur, wenn dies nicht möglich ist, möchte er die Herausgabe.

III. Mehrere Anspruchsgegnerinnen

Zumeist hat es einen bestimmten Grund, dass es mehrere Anspruchsgegnerinnen gibt. Fast immer sind damit Unterschiede in der materiellen Prüfung verbunden. Deswegen sollten Ansprüche gegen mehrere Personen grds. nicht gemeinsam geprüft werden. Etwas Anderes kann beispielsweise dann gelten, wenn zwei Personen Gesamtschuldnerinnen sind. Aber auch hier können sich dann im Detail Unterschiede ergeben, z. B. in Bezug auf die Verjährung. Sind die Unterschiede zwischen den Prüfungen lediglich marginal, ist es möglich, eine gemeinsame Prüfung vorzunehmen und bei einzelnen Prüfungspunkten zu differenzieren.

Allgemein lässt sich sagen, dass im Zweifel eine getrennte Prüfung gewählt werden sollte, weil hiermit die Struktur deutlicher herausgestellt wird. Sind Prüfungspunkte identisch, kann bei der zweiten Prüfung nach oben verwiesen werden. So läuft die Bearbeiterin auch nicht Gefahr, zu viel Zeit zu verlieren. Das Nach-Oben-Verweisen

¹³⁶ Diederichsen/Wagner, Die BGB-Klausur, Teil 3, II. 1.

¹³⁷ Olzen/Wank, Zivilrechtliche Klausurenlehre, 1. Kap. D. II. 2.

¹³⁸ Baumgärtel, Der Zivilprozessrechtsfall, 2. Auflage 2018, S. 18.

¹³⁹ Olzen/Wank, Zivilrechtliche Klausurenlehre, 1. Kap. D. II. 2.

§ 8 Die zivilrechtliche Klausurlösung

erleichtert nicht nur der Bearbeiterin das Schreiben, sondern erspart der Korrekto-
rin/Prüferin auch Ausführungen zweimal lesen zu müssen.

Allgemeine Aussagen, mit welchem Beteiligten angefangen werden sollte, verbieten
sich. Es können aber folgende Anhaltspunkte beim Aufbau eine Rolle spielen (wobei
auch diese keine allgemeingültigen Regeln sind):

Es sollte mit der Person angefangen werden, deren Prüfung am schnellsten zum
Kern der Klausur führt.¹⁴⁰

Es bietet sich an, mit derjenigen Anspruchsgegnerin anzufangen, die ‚näher am Ge-
schehen‘ war.¹⁴¹

In Haftungsfällen sollte mit der Schadensverursacherin angefangen werden.¹⁴²

Sinnvoll ist es, mit der wirtschaftlich stärksten Beteiligten anzufangen, weil diese für
die Gläubigerin besonders interessant ist.¹⁴³

Die Ansprüche gegen die Vertretene sollten vor den Ansprüchen gegen die (voll-
machtlose) Vertreterin (§ 179 BGB) geprüft werden.¹⁴⁴

IV. Mehrere Anspruchstellerinnen

Auch hier ist nach der Verständlichkeit, der Übersichtlichkeit und der Praktikabilität zu
sortieren. Allgemeine Empfehlungen sind nicht möglich.

So empfiehlt es sich z. B. bei Ansprüchen, die im Ergebnis nur einer Person zu-
stehen können, mit der Person anzufangen, bei welcher der Anspruch nicht erfolg-
reich besteht. Dies gilt nicht immer. So kann es bei der Frage, wer Eigentümerin ist,
sinnvoll sein, mit der Person anzufangen, die Eigentümer (geworden) ist, um dann
bei den anderen Prüfungen einfach nach oben verweisen zu können und sich so
doppelte Ausführungen zu ersparen.

Geht es um mehrere Anspruchstellerinnen, bei denen eine einen Anspruch aus Ver-
trag und eine andere einen aus Gesetz haben kann, so ist es oft empfehlenswert mit
der Person mit dem vertraglichen Anspruch zu beginnen.

¹⁴⁰ Olzen/Wank, Zivilrechtliche Klausurenlehre, 1. Kap. D. II. 1.

¹⁴¹ Klees/Keisenberg, Klausurtraining Zivilrecht, A. III. 2. b) aa).

¹⁴² Diederichsen/Wagner, Die BGB-Klausur, 3. Teil, II. 1.

¹⁴³ Olzen/Wank, Zivilrechtliche Klausurenlehre, 1. Kap. D. II. 1.

¹⁴⁴ Olzen/Wank, Zivilrechtliche Klausurenlehre, 1. Kap. D. II. 1.

§ 9 Der Gutachtenstil

A. Überblick

Der Gutachtenstil ist der Schreibstil, in dem juristischen Gutachten geschrieben werden. Während er am Anfang des Studiums (fast) ausnahmslos befolgt werden muss, ist es im fortgeschrittenen Stadium zulässig, bei unproblematischen Prüfungspunkten von ihm abzuweichen. Kennzeichnend für den Gutachtenstil ist, dass das Ergebnis erst am Ende steht. Er soll es der Bearbeiterin ermöglichen, sich ergebnisoffen sowohl innerhalb einer Norm als auch von einer Norm zur andern heranzutasten.¹⁴⁵ Das führt dazu, dass im Gutachtenstil nicht begründet, sondern hergeleitet wird.¹⁴⁶ Der Lebenssachverhalt wird unter die zu prüfenden Normen untergeordnet.¹⁴⁷

Bei einem Gutachten muss der Fall unter allen rechtlichen Gesichtspunkten untersucht werden. Dies bedeutet, es müssen - unter Berücksichtigung der konkreten Aufgabenstellung - sämtliche sinnvollerweise in Betracht kommenden Ansprüche geprüft werden. Dabei ist auf sämtliche Anspruchsgrundlagen einzugehen, die nicht von vornherein den konkreten Anspruch auf Grundlage des zur Prüfung anstehen Sachverhalts offensichtlich nicht tragen können. Es sind danach auch solche Ansprüche zu prüfen, die im Ergebnis nicht bestehen. Dabei sind auch solche Anspruchsgrundlagen anzusprechen, deren Voraussetzungen im konkreten Fall unter Umständen nicht erfüllt sind.

Der Aufbau ist nicht etwa chronologisch, sondern stets am Anspruchsbegehren ausgerichtet. Am Anfang einer Prüfung steht immer eine Anspruchsgrundlage, anhand derer die weitere Prüfung aufgebaut wird.

Der Gutachtenstil verfolgt drei Hauptziele:¹⁴⁸ Erstens soll die Bearbeitung vollständig sein. Zweitens soll sie ökonomisch sein, d.h. es darf nichts thematisiert werden, was für die Lösung des Falls keine Bedeutung hat. Lehrbuchartige Ausführungen sind überflüssig und damit falsch. Drittens soll eine klare und einfache Gedankenführung erkennbar werden, sodass Ergebnis und Begründung nicht nachvollziehbar sind, sondern auch überzeugen.

¹⁴⁵ Klees/Keisenberg, Klausurtraining Zivilrecht, A. III. 2.

¹⁴⁶ Fritzsche, Fälle zum BGB AT, 6. Auflage 2016, S. 3.

¹⁴⁷ Körber, JuS 2008, 289 (295).

¹⁴⁸ Medicus, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 10. Auflage 2014, § 2 I.

§ 9 Der Gutachtenstil

Für den Gutachtenstil sind Wörter wie „somit“, „folglich“, „daher“ und „damit“ charakteristisch. Dagegen kennzeichnen Wörter wie „da“, „weil“ oder „denn“ den Urteilsstil, weil die Begründung nachgeschoben wird.¹⁴⁹

B. Obersatz

Der erste Satz ist stets der sog. Obersatz. Er soll der Leserin zeigen, welche konkrete Fragestellung gerade untersucht wird.

Im Obersatz ist zunächst eine konkrete Frage zu formulieren, die den Ausgangspunkt der nachfolgenden gutachterlichen Prüfung darstellt.¹⁵⁰ Damit wird die Prüfung schon präzise eingeschränkt. Der Obersatz ist durch fünf Ws gekennzeichnet : Wer (Anspruchstellerin) will von wem (Anspruchsgegnerin) was (Anspruchsbegehren) woraus (Anspruchsgrundlage) und warum (Lebenssachverhalt)?¹⁵¹

Der Obersatz wird nicht als Frage formuliert, sondern als Hypothese, steht also im Konjunktiv.¹⁵²

Beispiel:

A könnte gegen B einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus § 433 II BGB haben.

Für jede zu prüfende Anspruchsgrundlage muss ein eigenständiger Obersatz gebildet werden. Der Konjunktiv ist nicht zwingend, ebenso möglich ist eine Formulierung im Indikativ.

Beispiel:

Zu prüfen ist, ob A einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gegen B aus § 433 II BGB hat.

Es muss unbedingt darauf geachtet werden, dass die Anspruchsgrundlage so genau wie möglich zitiert wird. Hat der Tatbestand Alternativen oder mehrere Varianten, so ist gleich die in Frage kommende Alternative bzw. Variante zu nennen. Für den An-

¹⁴⁹ Klees/Keisenberg, Klausurtraining Zivilrecht, A. III. 2. a).

¹⁵⁰ Mann, Arbeitstechnik, 5. Auflage 2015, Rn. 205.

¹⁵¹ Diederichsen/Wagner, Die BGB-Klausur, 2. Teil, II. 2.

¹⁵² Klees/Keisenberg, Klausurtraining Zivilrecht, A. III. 2.

§ 9 Der Gutachtenstil

spruch aus Leistungskondition also nicht nur § 812 BGB, sondern vielmehr § 812 I 1 Alt. 1 BGB.

Nachdem der Obersatz gebildet worden ist, beginnt die eigentliche juristische Arbeit. Es sind zunächst die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen der zu prüfenden Norm herauszuarbeiten, wobei zwischen anspruchsbegründenden und anspruchshindernden Tatbestandsvoraussetzungen zu unterscheiden ist¹⁵³. **Bei einigen Anspruchsg Grundlagen gibt es auch ungeschriebene Tatbestandsmerkmale, die herausgearbeitet werden müssen.**

Sodann ist jede einzelne Tatbestandsvoraussetzung zu prüfen. Dazu ist das jeweilige Tatbestandsmerkmal gegebenenfalls zu definieren und der Sachverhalt mit dieser Definition zu vergleichen (sog. „Subsumtion“). Schließlich ist als Ergebnis festzuhalten, ob der konkrete Lebenssachverhalt das abstrakte Tatbestandsmerkmal verwirklicht. Dabei sind diese Schritte für jede einzelne Tatbestandsvoraussetzung gesondert zu vollziehen.

C. Definition

Soweit erforderlich sind die Tatbestandsmerkmale der zu prüfenden Rechtsnorm zu definieren.

Dabei ist vorrangig auf Legaldefinitionen oder andere Normen, sog. Hilfsnormen oder ergänzende Bestimmungen, zurückzugreifen.¹⁵⁴ Legaldefinitionen finden sich zum Teil versteckt in anderen Zusammenhängen, z. B. § 121 I 1 BGB: ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich), § 194: das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch); zum Teil finden sie sich aber auch als eigenständige Definitionen in gesonderten Bestimmungen, wie z. B. § 90 BGB: Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände; § 276 II BGB: Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

Begriffe, die nicht legal definiert sind, müssen von der Bearbeiterin eigenständig definiert, also nach ihrem Aussagegehalt ausgelegt werden.¹⁵⁵ Literatur und Rechtsprechung geben meist Anhaltspunkte dazu. Auf deren Formulierungen kann zurückge-

¹⁵³ Dazu oben § 2.

¹⁵⁴ Mann, Arbeitstechnik, Rn. 207.

¹⁵⁵ Methoden zur Auslegung: § 4 B. I.

§ 9 Der Gutachtenstil

griffen werden. Hierbei empfiehlt es sich für die Klausurbearbeitung, gängige Rechtsbegriffe, wie z. B. Rechtsgeschäft oder Willenserklärung, auswendig zu lernen. Dies ist letztlich eine Frage des Zeitmanagements. Wer Standardbegriffe in einer Klausurbearbeitung aus allgemeinen Erwägungen heraus herleiten will, wird am Ende bei der Erstellung seiner Klausurlösung Zeitprobleme bekommen.

Sonstige Begriffe müssen durch logisches Nachdenken und eigene Überlegungen definiert werden, diese Vorgehensweise kommt insbesondere bei unbekanntem Gesetz oder Gesetzesbestimmungen zum Tragen.

D. Subsumtion

In der Subsumtion¹⁵⁶ wird der Sachverhalt zu der genannten Norm in Bezug gesetzt. Es wird geprüft, ob die Definition durch den Lebenssachverhalt erfüllt wird. Es ist dabei darzulegen, ob der Sachverhalt unter der im Wege der Interpretation konkretisierten Norm passt und diese Norm auf den Sachverhalt angewendet werden kann. Dieser Teil bildet neben der Normauslegung den Schwerpunkt der Prüfung. Der Bearbeiter muss den Leser an dieser Stelle davon überzeugen, dass die Tatbestandsmerkmale vorliegen (oder nicht). Er muss daher alle tatsächlichen Umstände anführen und sie mit den Merkmalen abgleichen. Die bloße Feststellung, dass das Merkmal (nicht) vorliegt, genügt in keinem Fall. Um den Leser zu überzeugen, muss begründet werden, warum dies so ist. Es wird also überprüft, ob die Definition durch den Lebenssachverhalt erfüllt wird. Hier ist wichtig, dass der Klausursachverhalt nicht bloß abgeschrieben, sondern auch gewertet wird.

Sobald ein Tatbestandsmerkmal nicht vorliegt, ist die Prüfung abzubrechen und ein Schlusssatz zu finden, der feststellt, dass die geprüfte Anspruchsgrundlage nicht erfüllt ist. Damit ist die Prüfung der Anspruchsgrundlage nicht in jedem Fall beendet. Ggf. müssen sonstige Tatbestandsvoraussetzungen hilfsgutachterlich geprüft werden.

Anders verhält es sich nur ausnahmsweise, wenn eine Tatbestandsvoraussetzung nicht kumulativ, sondern alternativ vorliegen muss.

¹⁵⁶ Vom Lateinischen sub = unter und sumere = nehmen; subsumieren kann daher mit darunternehmen, unterordnen übersetzt werden.

E. Konklusion

Als letzter Schritt folgt das Ergebnis. Der Ergebnissatz schließt die Ausgangsfrage im Obersatz und muss zu diesem passen. Er enthält die Zusammenfassung der gerade durchgeführten Prüfung und gibt zum Beispiel an, ob das Merkmal vorliegt oder nicht. Erst danach kann mit der Prüfung eines weiteren Merkmals begonnen werden. In der Gliederung sollten bereits Punkte für die Ergebnisse angeführt werden, die dann die jeweilige Gliederungsebene auch schließen. Die Ergebnissätze sind wichtig, weil mit ihnen die Gedankenfolge und damit die Prüfung inhaltlich kontrolliert werden kann. Zu jedem Obersatz gehört zwingend ein Ergebnis! Es können auch zwei oder mehrere Ergebnissätze hintereinanderstehen, wenn mehrere Prüfungspunkte abgeschlossen werden.

Formulierungen wie „somit“ oder „folglich“ (im Sinne einer logischen Folge) verdeutlichen noch einmal, dass die Ergebnisse im Gutachtenstil gefunden worden sind.

F. Vorziehen von Tatbestandsmerkmalen

Es gibt Fallkonstellationen, in denen offensichtlich ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt ist. Soweit es keine zwingende Reihenfolge der zu prüfenden Tatbestandsmerkmale gibt, diese also logisch gleichrangig sind, oder das betreffende Tatbestandsmerkmal sogar logisch vorrangig ist, kann dieses Tatbestandsmerkmal zuerst geprüft werden. Die Prüfung ist damit abgeschlossen und die Bearbeiterin erspart sich langwierige Ausführungen, die letztlich nicht zum Tragen kommen.

Im Einzelfall kann es bei logisch gleichrangigen Tatbestandsmerkmalen gleichwohl angezeigt sein, zunächst solche zu prüfen, deren Vorliegen nicht offensichtlich gegeben oder ausgeschlossen ist. Ein solches Vorgehen sollte man dann wählen, wenn nach dem Sachverhalt oder der Art der Aufgabenstellung hier ein Schwerpunkt der Fallbearbeitung liegen soll. Dies gilt insbesondere dann, wenn diese Tatbestandsmerkmale andernfalls in einem Hilfgutachten zu erörtern wären.

Auch bei logisch nachrangigen Tatbestandsmerkmalen ist es in Ausnahmefällen möglich, sie zu Beginn zu prüfen.¹⁵⁷ Es ist aber stets darauf zu achten, dass sich die Bearbeiterin keine Problempunkte abschneidet. Das bedeutet, dass ein Vorziehen von Tatbestandsmerkmalen dann nicht in Betracht kommt, wenn vorherige Punkte

¹⁵⁷ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, Rn. 15.

§ 9 Der Gutachtenstil

problematisch sind und die Bearbeiterin sich diese sonst abschneiden würde. Im Zweifel sollte auf das Vorziehen verzichtet werden.

G. Abgrenzung zum Urteilsstil; Wahl des richtigen Stils

Im Urteilsstil wird das Ergebnis vorangestellt und anschließend begründet. Dieser Urteilsstil darf im Gutachten grundsätzlich nicht verwendet werden. Da Studierende meist Gutachten zu fertigen haben, ist er im Studium noch nicht relevant. Sind einzelne Tatbestandsmerkmale aber offensichtlich gegeben, kann auf den Urteilsstil zurückgegriffen werden. Bei Selbstverständlichkeiten muss der vierstufige Aufbau nicht eingehalten werden, um unverhältnismäßig lange Ausführungen zu vermeiden.. Gutachtenstil ist hier fehl am Platz. Die Prüfung wirkt sonst sehr gekünstelt und ermüdet den Leser.

Dennoch ist das Gutachten hauptsächlich im Gutachtenstil zu fertigen. Soll ein Meinungsstreit aufbereitet und zu ihm Stellung genommen werden, ist der Gutachtenstil überzeugender. Er leitet die Entscheidung Schritt für Schritt her und präsentiert diese nicht als unabänderlich.¹⁵⁸ **In einigen Fällen ist es jedoch eleganter, eine Art „Mischform“ zwischen Urteils- und Gutachtenstil zu verwenden.** Dies zeigt der Korrektorin, dass man ein Tatbestandsmerkmal definieren kann und trotzdem gesehen hat, dass es unproblematisch vorliegt.

Beispiel:

B hat durch die bewusste und zweckgerichtete Mehrung des Vermögens der A auch geleistet.

statt: B müsste an A geleistet haben. Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. B hat das Vermögen der A bewusst und zweckgerichtet gemehrt. Folglich hat B an A geleistet.

¹⁵⁸ Möllers, Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, Rn. 258.