

## Wissenschaftliche Beiträge

### Erfolg in der Ersten Juristischen Staatsprüfung: Von Wissensaneignung unabhängige Faktoren

Tomas Kuhn und Christian Wehowsky\*

Ohne erheblichen Aufwand geht es in der Vorbereitung auf das Staatsexamen in seiner gegenwärtigen Gestalt nicht. Ausgehend von Eindrücken aus Klausurbearbeitungen, die selten Wissensdefizite zeigen, plädiert dieser Beitrag dafür, bei der Erschließung des Stoffes – im Unterricht ebenso wie im Selbststudium – vielmehr auf Verständnis und genaue Arbeit am Gesetzestext zu setzen und dabei Problembeusstsein, Erkennen von Begründungsbedürftigkeit und Argumentationsvermögen zu schulen.

#### A. Einleitung

Die Vorbereitung auf die Erste Juristische Staatsprüfung lässt sich aus zahlreichen Blickwinkeln beleuchten. Im Folgenden soll es vorrangig um die „Zusammensetzung“ des Examensstoffes gehen – insbesondere aus der Perspektive, wie er abgefragt wird. Dem Arbeitsfeld der beiden Autoren entsprechend konzentriert sich der Beitrag dabei im Wesentlichen auf das Öffentliche Recht und – mehr noch – auf das Zivilrecht. Viele der angesprochenen Fragen sind aber über alle Examensfächer hinweg von Bedeutung. Spezifika der mündlichen Prüfung bleiben aus Platzgründen außen vor. Auf die intensiv geführte Reformdebatte rund um die juristische Ausbildung nimmt der Beitrag insofern Bezug, als er sich für die allseits beklagte Stofffülle interessiert: Muss für die Erste Juristische Staatsprüfung vor allem viel auswendig gelernt werden? Oder<sup>1</sup> geht es mehr um Verstehen und methodisches Vorgehen und somit<sup>2</sup> auch um das Lernen aus Fehlern,<sup>3</sup> insbesondere durch Übung? Der Anspruch, dass es in der Prüfung eher um Verständnis geht, wird zumindest in den Prüfungsordnungen verfolgt, s. beispielhaft § 16 Abs. 1 S. 3 BayJA-PO: „Die Bewerber sollen in der Prüfung zeigen, dass sie das Recht mit Verständnis erfassen und anwenden können und über die hierzu erforderlichen Kenntnisse in

\* Tomas Kuhn ist Inhaber der Lehrprofessur für Zivilrecht an der Universität Passau und leitet dort den Examenskurs im Zivilrecht; Christian Wehowsky ist Rechtsanwalt in München und führt dort seit Jahren ein eigenes Repetitorium.

- 1 In dieser Zweiteilung liegt eine grobe, für das Anliegen dieses Beitrags u.E. dennoch zweckmäßige Vereinfachung. S. zur Präzisierung etwa *Pilniok*, in: Krüper (Hrsg.), S. 184 ff.
- 2 Näher dazu *Lange*, in: Rechtsdidaktik lehren, S. 273 (Rn. 57–65); *Lohse*, in: Krüper (Hrsg.), S. 824 (Rn. 46–51).
- 3 S. auch *Zwickel/Lohse/Schmid*, Kompetenztraining Jura – Leitfaden für eine juristische Kompetenz- und Fehlerlehre. Die Frage, was alles zu den Fehlern zu rechnen ist und wie sie zu gewichten sind, kann in diesem Beitrag ebenfalls nicht vertieft werden. S. dazu etwa *Kramer*, in: Krüper (Hrsg.), S. 1246 ff. Zum Problem der Objektivität juristischer Klausurbewertungen *Hufeld*, in: ZDRW 2024, S. 59.

den Prüfungsfächern verfügen.“ Zudem § 16 Abs. 2 S. 2 BayJAPO: „Überblick über das Recht, juristisches Verständnis und Fähigkeit zu methodischem Arbeiten sollen im Vordergrund von Aufgabenstellung und Leistungsbewertung stehen.“

Zumindest mittelbar ist mit dem Thema der Stofffülle auch die mentale Belastung der Examensvorbereitung angesprochen, der zunehmend die verdiente Aufmerksamkeit zuteil wird.<sup>4</sup> So dürfte es entlastend und motivierend wirken,<sup>5</sup> wenn die Vorbereitung durch Training der relevanten Fähigkeiten und Fertigkeiten zielgerichtet<sup>6</sup> wird. Auch ist es dem psychischen Wohlbefinden sicher zuträglich, wenn sich die für stumpfes Auswendiglernen aufgewendete Zeit erheblich reduzieren lässt. Zudem wird die hier vorgenommene Analyse der in Klausuren zu Tage tretenden Fehler zeigen, dass diese für die allermeisten Studierenden – zumindest durch Übung – vermeidbar erscheinen. Bewegen sich die folgenden Überlegungen zur Senkung der Belastung somit im bestehenden System, so ist es nicht Ziel dieses Beitrags, den Reformbedarf des Studiums und der Ersten Juristischen Staatsprüfung kleinzureden.<sup>7</sup>

Der Aufbau des Beitrags lehnt sich in den ersten drei Abschnitten (B.I.-III.) an die Arbeitsschritte einer Klausurbearbeitung an: Erfassen der Fallfrage, Auswertung des Sachverhalts, Sachverhalt und anzuwendende Normen. Auch der vierte Abschnitt (B.IV.), in dem es um die verständige Arbeit mit dem Gesetzestext im Übrigen geht, orientiert sich vornehmlich an der Klausursituation. Es wird sich auf all diesen Feldern zeigen, dass man ohne juristisches Einzelwissen sehr weit kommen kann, also allein mit sorgfältiger Arbeit am Gesetzestext, Sprachverständnis, geordnetem Denken und Grundverständnis für gesetzliche Strukturen und Wertungen. Der letzte Abschnitt (B.V.) ist mit „Verbleibender Lernstoff“ überschrieben. Die Aufteilung zwischen Lernstoff und Nicht-Lernstoff ist eine in vielerlei Hin-

4 S. v.a. *Giglberger/Peter/Wüst*, in: ZDRW 2020, S. 236 (238 ff.). Zudem *Schauer*, in: ZDRW 2024, S. 172 ff.; *Mohnert*, in: ZDRW 2022, 132 ff.; *Heidebach*, in: Krüper (Hrsg.), S. 1147 (Rn. 55 ff.; in Rn. 63 auch unter Hinweis auf *Glöckner/Toufigh*, in: AnwBl 2016, S. 706 (709)) – mit der Idee, dass der Befund, dass Frauen deutlich häufiger von Prüfungsangst betroffen seien, ein Grund für deren schlechteres Abschneiden im Examen sein könnte. Zu diesem schlechteren Abschneiden s. *Toufigh/Traxler/Glöckner*, in: ZDRW 2014, S. 8 (20); *Griebel/Schimmel*, LTO vom 11.4.2025 (<https://www.lt-o.de/karriere/jura-studium/stories/detail/frauen-maenner-noten-unterschiede-bewertung-pflichtfachteil-staatsexamen>).

5 Näher zur Rolle der Motivation *Bleckmann*, in: *Griebel* (Hrsg.), S. 97 ff.

6 Für die psychische Gesundheit ist der Eindruck, dass die aufgewandten Mühen sich auch lohnen, von hoher Bedeutung. Näher dazu *Hamed*, Psychische Belastungen in der Vorbereitung auf das erste juristische Staatsexamen. S. auch das Interview mit *Hammed* in Folge 51 von „Gerechtigkeit & Loseblatt – Die Woche im Recht“ (Podcast von NJW und beck-aktuell).

7 S. etwa die iur.reform-Studie von Mai 2023 (<https://iurreform.de>), das Hamburger Protokoll zur Reform der Ersten Juristischen Staatsprüfung der Bucerius Law School (<https://www.law-school.de/hochschulprofil/was-uns-bewegt/reform-der-ersten-juristischen-pruefung-hamburger-protokoll>), den Abschlussbericht des Bundesverbands rechtswissenschaftlicher Fachschaften e.V. zur zweiten Umfrage zum psychischen Druck, Stand: Februar 2022 ([https://bundesfachschaft.de/wp-content/uploads/2022/02/Abschlussbericht\\_Umfrage\\_psychischer\\_Druck\\_final.pdf](https://bundesfachschaft.de/wp-content/uploads/2022/02/Abschlussbericht_Umfrage_psychischer_Druck_final.pdf)). S. ferner den Projektbericht des DZHW von 2017 zu den Ursachen des Studienabbruchs in den Studiengängen des Staatsexamens Jura (<https://www.dzhw.eu/pdf/21/dzwh-gutachten-ursachen-studienabbruch-staatsexamen-jura.pdf>).

sicht angreifbare Vereinfachung;<sup>8</sup> für die Zwecke dieser Untersuchung erscheint sie gleichwohl hilfreich.

Die Autoren dieses Beitrags konnten nur in Bayern eigene Erfahrungen sammeln, und so stammen auch die meisten der vorgestellten Beispiele aus Bayern, oftmals dabei aus Original-Prüfungsaufgaben.<sup>9</sup> Auch wenn sie für andere Bundesländer nicht uneingeschränkt repräsentativ sind, ist ihre Analyse hoffentlich trotzdem lohnend. Wo möglich, wird zu diesen Beispielen auch über die konkreten Schwierigkeiten berichtet, die in den Bearbeitungen sichtbar wurden – auch weil viele der Originalklausuren später zur Bearbeitung im Probeexamen an der Universität Passau ausgegeben wurden. Daraus lassen sich hoffentlich auch Erkenntnisse für die Gestaltung der Examensvorbereitung gewinnen,<sup>10</sup> sei es in ihrer individuellen Form,<sup>11</sup> in der Lerngruppe oder angeleitet durch (universitäre oder außeruniversitäre) Dozenten.<sup>12</sup><sup>13</sup> Leider blieb hier kein Raum mehr, um konkrete Gestaltungsvorschläge für Unterricht oder Lehrmaterialien<sup>14</sup> zu unterbreiten. Immerhin finden sich immer wieder Überlegungen dazu, aus welchem Grund der jeweilige Fehler gemacht worden sein könnte und, sofern erörterungsbedürftig, wie er sich vermeiden lassen könnte.

## B. Hauptteil

### I. Erfassen der Fallfrage

Ohne die präzise Erfassung der Fallfrage ist kein geordneter Aufbau (und keine annähernd adäquate Lösung des Falles) möglich. Umgekehrt lässt sich positiv sagen: Oftmals ergibt sich der Aufbau, zumindest im Einstieg – unter Nutzung etwaiger weiterer Hinweise im Sachverhalt – aus der richtigen Erfassung der Fallfrage quasi von selbst. Sehr gut nutzen lässt sich auch eine vom Aufgabensteller in der Regel bewusst gewählte Reihenfolge von Fragestellungen.

Beispiele:

- (1) EJS:<sup>15</sup> „Kann A sich vom Vertrag lösen?“ Viele antworteten mit der Prüfung von Ansprüchen, obwohl nach solchen gar nicht gefragt war. Dies kann nur

8 S. bereits oben bei und in Fn 1.

9 Zu Qualitätsmerkmalen von Prüfungsaufgaben *Kramer*, in: Krüper (Hrsg.), S. 1246 (Rn. 5–15); speziell zur Gestaltung von Musterlösungen *Czerny*, in: Krüper (Hrsg.), S. 950 ff.

10 Allgemein zu Juristischen Lernstrategien *Lohse*, in: Krüper (Hrsg.), S. 824 ff.

11 Näher allgemein zum Selbststudium *Bleckmann*, in: Krüper (Hrsg.), S. 1098 ff.; speziell zur Examensvorbereitung: *Broemel*, in: Bleckmann (Hrsg.), S. 169 ff.; *Heidebach*, in: Krüper (Hrsg.), S. 1147 (Rn. 50 ff.).

12 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird das generische Maskulin verwendet; gemeint sind damit stets alle Geschlechter gleichermaßen.

13 Speziell zur Lehre juristischer Methoden, gerade auch im Zusammenhang mit der Fallbearbeitung *Steffahn*, in: Krüper (Hrsg.), § 32; allgemein zu didaktischen Formaten im Jurastudium *Broemel*, in: Krüper (Hrsg.), § 24.

14 Zum massiven Einfluss der KI auf die künftige Entwicklung der Lehrmaterialien *Jung*, in: JZ 2025, S. 252 (259).

15 Erste Juristische Staatsprüfung (in Bayern, so auch im Folgenden) 2008-I-1.

daran gelegen haben, dass sonst in Zivilrechtsklausuren sehr oft nach Ansprüchen gefragt wird und/oder daran, dass gar nicht bekannt ist, wie man einen Anspruch erkennt, obwohl solche im Zivilrecht seit Studienbeginn geprüft wurden (Legaldefinition in § 194 Abs. 1 BGB: Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen). Beides ist gleichermaßen grundlegend.

- (2) EJS:<sup>16</sup> „Durfte A den Pkw in der beschriebenen Weise wieder an sich nehmen?“ Viele fanden das hier einschlägige Selbsthilferecht aus § 859 Abs. 2 BGB. Obwohl aus der Rechtsfolge des § 859 Abs. 2 BGB „so darf er sie dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter wieder abnehmen“ klar erkennbar ist, dass diese Rechtsfolge eine vollständige Antwort auf die Fallfrage liefert, prüften viele noch zusätzlich (oft seitenlang) diverse Ansprüche des A auf Herausgabe des Pkw, teilweise auch anstelle von § 859 Abs. 2 BGB. Letzteres offenbart ein grundlegendes Fehlverständnis: Die Annahme, man könne einen Anspruch grundsätzlich (und nicht nur ausnahmsweise wie im Falle eines Selbsthilferechts etwa aus § 859 Abs. 2 BGB) eigenmächtig durchsetzen.
- (3) EJS:<sup>17</sup> „A möchte wissen, ob er zur Erreichung seiner Wünsche etwas unternehmen müsse und wenn ja, wie er diese am besten und sichersten verwirklichen könne.“ Hier zeigten sich oftmals große Schwierigkeiten beim Aufbau.<sup>18</sup> Dabei ergibt sich dessen Grobstruktur direkt aus der Fallfrage: (1) Zunächst sind dem Sachverhalt die Wünsche des A zu entnehmen und ggf. rechtlich zu „übersetzen“, was aber nicht so schwierig war: Zu lesen war im Sachverhalt, A wolle das Familienanwesen „unbedingt haben und nicht wieder hergeben“, also Eigentümer sein und keinem Anspruch auf Übereignung ausgesetzt sein, der nach dem Sachverhalt aber wegen eines Kaufvertrags in Frage kam. Sodann (2) sind diese Wünsche mit der bestehenden Rechtslage zu vergleichen („ob er zur Erreichung seiner Wünsche etwas unternehmen muss“). Konkret war festzustellen, dass A (durch Alleinerbschaft) Eigentümer geworden war, aber eventuell auch die Verbindlichkeit geerbt hatte, das Grundstück zu übereignen. Somit stimmten die Wünsche nicht zu 100% mit der bestehenden Rechtslage überein. Daher musste schließlich (3) überlegt werden, wie das Problem (dem Anspruch ausgesetzt zu sein) beseitigt werden kann. Dazu kam nach dem Sachverhalt insbesondere in Frage, Gestaltungsrechte auszuüben.<sup>19</sup>
- (4) EJS:<sup>20</sup> : „Hat S... dem Grunde nach einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Freistaat Bayern?“ (Eine zuvor von der Polizei sichergestellte Sache

16 EJS 2025-I-3.

17 EJS 2005-I-3.

18 Allgemein zu Aufbauschwierigkeiten auch noch unten bei und in Fn. 32.

19 Dazu noch näher unten bei Fn. 30.

20 EJS 2017-II-5.

war nicht mehr auffindbar und konnte deswegen nicht zurückgegeben werden. Auch wie diese Sache abhandengekommen war, konnte nicht mehr aufgeklärt werden.) – Schadensersatz und Entschädigung sind zweierlei. Gefragt war nur nach ‚Schadensersatzansprüchen‘, also vornehmlich nach § 280 Abs. 1 BGB analog einerseits (im Rahmen besonders enger Verwaltungsrechtsverhältnisse) und dem Amtshaftungsanspruch andererseits (Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB). Nicht gefragt war unter der konkreten Formulierung nach ‚Entschädigungsansprüchen‘ (seien es spezielle, wie etwa Art. 87 PAG, oder solche nach dem Aufopferungsgewohnheitsrecht, wie insbesondere dem enteignungsgleichen und enteignenden Eingriff). Die von Teilen der Kandidaten vorgenommene Prüfung von Entschädigungsansprüchen welcher Art auch immer lag neben der Aufgabenstellung.

(5) Umgekehrt gibt es immer wieder Klausuren, in denen nur nach Entschädigung gefragt ist – EJS:<sup>21</sup> Ein antragsgemäß erteilter immissionsschutzrechtlicher Vorbescheid wurde seitens der Behörde wegen seiner Rechtswidrigkeit wieder aufgehoben. Gefragt war nunmehr, ob für eine Reihe aufgelisteter Schäden „Entschädigung“ verlangt werden könne und wie „eventuelle Entschädigungsansprüche“ durchzusetzen seien. Viele Kandidaten prüften (im Umfeld der Rücknahme eines Verwaltungsakts!) neben der eigentlichen Anspruchsnorm des Art. 48 Abs. 3 BayVwVfG auch Schadensersatzansprüche aus Amtshaftung und lagen auch hier von vornherein neben der Aufgabenstellung.

(6) Ist die Fragestellung hingegen offen und grenzt nicht hinsichtlich einzelner Anspruchskategorien ein, dann sind grundsätzlich *alle* Anspruchsarten des Rechts der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen im Spiel (Schadensersatzansprüche, Entschädigungsansprüche und Erstattungsansprüche).

EJS:<sup>22</sup> „In einem Gutachten ist zu prüfen, ob die Ansicht des Freistaates Bayern, der KG stehe *aus keinem denkbaren Rechtsgrund* ein Anspruch auf Zahlung der 4.800 DM zu, zutreffend ist.“ Oder EJS:<sup>23</sup> „Könnte die U-GmbH ... von der Gemeinde G Zahlung von 2 Millionen Euro verlangen?“ (Aus welchem Rechtsgrund auch immer.) Oder EJS:<sup>24</sup> Der Protagonist, ein philippinischer Student (S), wollte eine deutsche Fahrerlaubnis erwerben und hatte deswegen seinen philippinischen Führerschein zunächst bei der zuständigen Fahrerlaubnisbehörde zwecks Überprüfung der Gültigkeit abgegeben. Die Behörde hat daraufhin im Rahmen einer Aussonderungsaktion zur Reduzierung des Aktenbestandes den Originalführerschein irrtümlich vernichtet, woraufhin S sich nochmals einen neuen philippinischen Führerschein persönlich bei der zuständigen Behörde seines Heimatortes auf den Philippinen aus-

21 EJS 1984-II-6.

22 EJS 1999-II-7.

23 EJS 2020-I-6.

24 EJS 2018-II-6.

stellen lassen und hierfür Flugkosten i.H.v. 700 € aufwenden musste. Die Fragestellung lautete: „Kann S von der Stadt ... Ersatz für die Flugkosten i.H.v. 700 € verlangen?“ Auch hier kam es bei der konkreten Fragestellung auf Schadensersatz- (§ 280 Abs. 1 BGB analog, Amtshaftung) wie auch auf Entschädigungsansprüche (enteignungsgleicher Eingriff) an (die auch alleamt gegeben waren). Einige Kandidaten hatten den enteignungsgleichen Eingriff aber nicht geprüft und damit von vornherein einige Punkte „liegenlassen“. – Freilich ist in diesem Zusammenhang auch festzuhalten, dass es sich bei den geschilderten Mängeln nicht nur um „Unkonzentriertheiten“ bei der Bearbeitung handeln dürfte, sondern durchaus auch um ein vorhandenes Fehlverständnis in den (schon terminologischen) Grundlagen, was dann auch zu einem Missverständnis der Fragestellung führt. Ohne Kenntnisse der grundlegenden Terminologie klappt es natürlich nicht. Speziell im Recht der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen gilt es, wie gesehen, auf die konkrete Terminologie der jeweiligen Fragestellungen präzise zu achten.

## II. Auswertung des Sachverhalts

### 1. Vorbemerkung

Betont sei vorab ein Aspekt, der aus unserer Sicht oft zu kurz kommt: Die Sachverhalte lassen sich ganz in der Regel nicht komplett *vorab* analysieren. Typisch ist zumindest im Zivilrecht und im Öffentlichen Recht vielmehr, dass einige Sachverhaltsangaben Subsumtionsmaterial zu Regelungen bieten, die man zuvor noch nie angewendet hat oder bei denen dies zwar der Fall ist, die aber so wenig vertraut sind oder bislang nur im Zusammenhang mit völlig anderen Sachverhaltskonstellationen in Verbindung gebracht wurden, dass sie auch durch eine genaue Sachverhaltsanalyse allein nur schwer erkannt werden können. Dies ist aber kein Grund zur Unruhe. Vielmehr geht es nicht nur darum, durch den Sachverhalt und die Fallfrage einschlägige Normen zu finden, sondern durch deren vollständige Lektüre sowie durch die Lektüre benachbarter und/oder mit ihnen inhaltlich oder systematisch zusammenhängender Vorschriften auf für die Fallbearbeitung relevante Regelungen zu stoßen, unter deren Voraussetzungen sich bis dahin unverwertete Sachverhaltspassagen subsumieren lassen.<sup>25</sup>

### 2. Beispiele zur Auswertung des Sachverhalts

- (1) EJS (vereinfacht):<sup>26</sup> V hat die der E gehörende Sache an den bösgläubigen K verkauft und übereignet. *E ist aber zur Genehmigung der Übereignung bereit.* V verlangt von K Zahlung des Kaufpreises.

Viele sind hier in ihrer Bearbeitung davon ausgegangen, *E habe die Genehmigung bereits erteilt*. Denkbare Erklärungen für diesen Fehler: (1) Der Sachver-

25 Näher dazu mit Beispielen Kuhn, in: JURA 2023, S. 1376 ff. S. auch den Werkstattbericht von Brüderlin/Hinrichsmeyer/Eckl/Hinz, in: ZDRW 2024, S. 138 (140 ff.).

26 EJS 2006-II-2.

halt wurde nicht genau genug gelesen. (2) Es wurde davon ausgegangen, man dürfe bei der Bearbeitung unterstellen, etwaige Gestaltungsrechte seien ausgeübt worden. (3) Es bestand Unsicherheit, wie mit der bloßen Genehmigungsbereitschaft der E umzugehen ist. Zu erkennen war hier: Die Genehmigungsbereitschaft der Eigentümerin E führt dazu, dass dem Anspruch des V gegen K aus § 433 Abs. 2 BGB nicht schon die Einwendung aus § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB (wegen subjektiver Unmöglichkeit der Übereignung, § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB) entgegensteht, sondern erst die Einrede aus § 320 BGB (auf die sich K allerdings auch berufen muss).

(2) EJS<sup>27</sup> (vereinfacht): Die Eheleute E betreiben im Zentrum einer Gemeinde eine Pension mit 20 Betten. Die nähere Umgebung ist geprägt durch kleine Ladengeschäfte, Büros, Gaststätten, das Rathaus, eine Kirche und Wohnbebauung. Mehrere Häuser dienen ausschließlich dem Wohnen. Die meist aus dem 19. Jahrhundert stammenden Fachwerkhäuser haben höchstens drei Stockwerke, sind in geschlossener Bauweise errichtet und haben Straßenfronten von max. 20 m. Unmittelbar auf dem Nachbargrundstück zu dem Pensionsgrundstück will ein Investor ein fünfgeschossiges Hotel mit zwei Türmen errichten, das nicht nur 200 Gästen Übernachtungsplätze bieten, sondern eine Straßenfront von 40 m aufweisen und doppelt so viel Platz in Anspruch nehmen soll wie das Rathaus, das das größte Gebäude im Umkreis ist.

Einige Bearbeiter gingen davon aus, dass das unmittelbar benachbarte „Großhotel“ allein wegen seiner Dimension im Verhältnis zur näheren Umgebung – und der dabei sofort gehegten Vermutung, dass von diesem Großbetrieb eine spürbare Störung ausgehe – „rücksichtslos“ sei. Sie übersahen damit aber den Hinweis im Sachverhalt, dass „durch eine Auflage sichergestellt [war], dass bei dem Nachbarn keine unzumutbaren Lärm- oder Geruchsimmissionen auftreten“. Sie übersahen auch, dass – auch wenn das neue Hotel den vorhandenen Umgebungsrahmen sprengt – keine automatische Verletzung des Gebots der Rücksichtnahme gegeben ist, vielmehr eine „spürbare Unzumutbarkeit“ hinzutreten muss (die in der Rechtsprechung mit „erdrückender Riegelwirkung“, „Eingemauertsein“ und „Gefängnishofatmosphäre“ oder „Verschattung“ usw. umschrieben wird). Aber genau hiervon war im gesamten Sachverhalt nicht die Rede. Es zeigt sich erneut, dass eine Fehldeutung des Sachverhalts sehr oft mit unzureichenden Rechtskenntnissen schon in den Grundlagen einhergeht.

(3) Zur fehlerhaften Auswertung des Sachverhalts gehört auch das immer wieder anzutreffende Phänomen, dass nicht der konkret gestellte, sondern der typische, weil etwa durch die Rechtsprechung so entschiedene, sprich: deswegen auch so gelernte, aber nicht der in der Klausur bewusst abgewandelte (gegenläufige) Sachverhalt gelöst wird.

27 EJS 2010-I-5.

EJS:<sup>28</sup> In dem vom EuGH<sup>29</sup> entschiedenen Fall ging es um einen „europaweit tätigen Garnhersteller mit marktführender Stellung“, dem unionsrechtswidrig eine Beihilfe gewährt worden war, die wegen später erkannter Rechtswidrigkeit letztlich wieder zurückgefordert wurde. Im Originalfall konnte sich der Garnhersteller als Förderungsempfänger nicht auf Vertrauensschutz berufen, da bei einem „international verflochtenen Unternehmen“ wie dem seinigen davon auszugehen war, dass es sich über die Einhaltung unionsrechtlicher Vorgaben durch nationale Behörden Gewissheit verschafft hatte. Im Examensfall ging es um einen Kleinunternehmer mit 20 Mitarbeitern, der sich durch die Rückforderung „völlig überrumpelt“ fühlte und meinte – „zumal als juristischer Laie“ – sich auf Vertrauensschutz berufen zu können. Als „kleiner Unternehmer“ ohne Rechtsabteilung, der zudem „keine internationalen Geschäfte“ abwickele, „könne er doch über die Beihilfenkontrollpraxis der Kommission nicht Bescheid wissen“. Im Examensfall war somit umgekehrt als im Originalfall Vertrauensschutz zu gewähren, was manche Kandidaten, die Originalentscheidung vor Augen, geradezu schematisch verkannnten. – Es zeigt sich wiederum, dass mit einer falschen Sachverhaltsanalyse (stets) auch ein – hier: methodischer – Rechtsanwendungsfehler (fehlende präzise Subsumtion und Begründung) einhergeht.

### 3. Unterstützende Hinweise im Sachverhalt

Oftmals enthalten Sachverhalte Hinweise, die anspruchsvolle Stellen etwas entschärfen sollen. Diese Hinweise werden in vielen Bearbeitungen nicht hinreichend genutzt.

#### Beispiele:

- (1) EJS:<sup>30</sup> „Am Nachlass interessiere A in erster Linie das Familienanwesen; dieses wolle er um jeden Preis für sich haben. Er wolle auf keinen Fall, dass K das Anwesen bekomme. Dieser habe allerdings bereits erklärt, auf alle Fälle die Erfüllung des Kaufvertrages zu verlangen. Im Hinblick auf den übrigen Nachlass möchte A zwar wirtschaftlich möglichst günstig dastehen, er würde auf das Erbe jedoch notfalls auch verzichten, wenn sich nur so der Erhalt des Familienanwesens verwirklichen ließe.“

Hier gibt es deutliche Hinweise darauf, dass es A (dessen Alleinerbenstellung leicht zu ermitteln war) in erster Linie darauf ankommt, Eigentümer des Nachlassgrundstücks zu sein und zu bleiben; weiter darauf, dass er eventuell deswegen nicht Eigentümer bleiben kann, weil er einem Anspruch des K aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB ausgesetzt sein könnte. Und schließlich darauf, dass

28 EJS 1996-II-7.

29 EuGHE 1994 I, 833 = EuZW 1994, S. 250 [Textilwerke Deggendorf – TWD]; EuGH NJW 1998, S. 47 = Ehlers, in: JK 1999, VwVfG § 48/18 [Alcan].

30 EJS 2005-I-3. S. bereits oben bei Fn. 17 ff. („A möchte wissen, ob er zur Erreichung seiner Wünsche etwas unternehmen müsse und falls ja, auf welchem Wege er diese am besten und sichersten verwirklichen könnte“).

ein „Verzicht“ auf die Erbschaft (also eine Ausschlagung, §§ 1942 ff. BGB)<sup>31</sup> zu prüfen ist, und zwar – auch dieser Hinweis ist enthalten! – gerade als Instrument zur „Bekämpfung“ des Anspruchs aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB. Soll die Ausschlagung dort relevant werden, dann ist sie also auch dort zu prüfen.<sup>32</sup>

(2) EJS:<sup>33</sup> Gefragt war nach einem Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises für ein Grundstück, das dem Verkäufer V nicht gehörte. Viele haben hier nicht gesehen, dass der Anspruch gegen Käufer K wegen § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB eventuell schon nicht bestand. Vielmehr prüften sie nur, ob er gemäß § 320 BGB nicht durchsetzbar war.

Der Sachverhalt gab hier folgende Hilfe (Hervorhebung nur hier): K argumentiert gegen seine Verpflichtung aus § 433 Abs. 2 BGB („lehnte die Zahlung des Kaufpreises ab“) wie folgt: „V [...] könnte ihm...kein Eigentum verschaffen. *Sollte dies nicht stimmen*, so sei er *zur Zahlung nur Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des Grundstücks bereit.*“

Der Sachverhalt weist hier hin...

- ...auf das Gegenrecht des K gegen den Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB aus § 326 Abs. 1 S. 1 BGB, denn dessen Rechtsfolge (bei Anwendung auf den Kaufvertrag) ist es, den Anspruch auf die Kaufpreiszahlung gerade deswegen entfallen zu lassen, weil (Voraussetzungsseite des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB) die Übereignung dem V subjektiv *unmöglich* ist<sup>34</sup> („*könne ihm...kein Eigentum verschaffen*“).
- ...auf das Gegenrecht des K gegen den Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB aus § 320 Abs. 1 S. 1 BGB, denn dessen Voraussetzung ist dort im Gegen- satz zu § 326 Abs. 1 S. 1 BGB („*Sollte dies nicht stimmen*“), dass die Leis- tung noch erbracht werden kann, also nicht unmöglich ist; zudem ist Rechtsfolge gerade die von K erwähnte bloße Zug-um-Zug-Verpflichtung, s. § 322 BGB.
- ...darauf, dass zuerst § 326 Abs. 1 S. 1 BGB und erst dann § 320 BGB zu prüfen ist („*Sollte dies nicht stimmen*“). Dies folgt allerdings auch aus dem Gesetz: Im Falle von § 326 Abs. 1 S. 1 BGB besteht der Anspruch nicht, im Falle von § 320 BGB ist er nur nicht durchsetzbar.

(3) EJS:<sup>35</sup> „Die B-Bank AG will gegen die Zwangsvollstreckung in die Maschine, von der sie zufällig erfahren hat, gerichtlich vorgehen. *Wenn die Pfändung eines Zubehörstücks überhaupt zulässig sei,...*“

31 Ein Erbverzicht wäre ein Vertrag mit dem Erblasser, s. § 2346 Abs. 1 BGB.

32 Zur Relevanz der Rechtsfolge für den Aufbau ausführlich *Kuhn*, in: JuS 2008, S. 956.

33 EJS 2006-II-2.

34 Oder weil ihr ein Fall des § 275 Abs. 2 oder 3 BGB entgegensteht.

35 EJS 2009-I-2.

Hiermit soll das Auffinden von § 865 Abs. 2 S. 1 (i.V.m. Abs. 1) ZPO<sup>36</sup> erleichtert werden, das vielen nicht gelungen ist. Zu erkennen, dass die Pfändung der Maschine gegen diese Vorschrift verstoßen könnte, erfordert genauere Kenntnisse des Zwangsvollstreckungsrechts. Mit dem Hinweis, dass die Pfändung gerade deswegen unzulässig sein könne, weil es um ein Zubehörstück gehe, hat man aber wiederum *mit Grundwissen* Chancen, die Norm zu finden (zudem auch ohne Grundwissen allein mit dem Sachverzeichnis unter „Zubehör“). Denn zum Grundwissen zählt sicher, dass im BGB erklärt wird, was Zubehör ist. Auch gibt es zahlreiche Normen, die zeigen, dass das Zubehör, obwohl nicht Teil des Eigentums an der Hauptsache (§ 97 Abs. 1 S. 1 BGB: „ohne Bestandteile der Hauptsache zu sein“), gerade im Falle von Grundstückszubehör in mancherlei Hinsicht das Schicksal der Hauptsache teilt (was auch schon der Begriff „Zubehör“ nahelegt): §§ 311c, 926, 1120 ff. BGB. Dieser Befund muss nun mit der (aus dem Inhaltsverzeichnis ablesbaren, und sicher nur die Grundzüge betreffenden) Erkenntnis zusammengebracht werden, dass es eine – hier nach dem Sachverhalt relevante – Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gibt (Buch 8, Abschnitt 2, §§ 802a ff. ZPO) und innerhalb von dieser auch eine solche in Grundstücke (Titel 3: Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, §§ 864 ff. ZPO). Dieser Titel umfasst nur neun Vorschriften; § 865 ZPO steht am Anfang und behandelt auch keine exotische Frage, sondern diejenige, ob bewegliche Gegenstände und dabei insbesondere Zubehör(-sachen), gepfändet werden können (für bewegliche Sachen: §§ 808 ff. ZPO), auch wenn sie, insbesondere als Zubehör, zum Haftungsverband der Hypothek (§ 1120 BGB) gehören und damit im Falle der Vollstreckung (wegen einer Geldforderung) in ein Grundstück dem Vollstreckungsgläubiger eigentlich zusammen mit diesem Grundstück als Haftungsvermögen zur Verfügung stehen sollen.

(4) EJS:<sup>37</sup> Die Sachverhaltsangabe, dass A *drei* Gründe vorbringt, um ein zweites Versäumnisurteil anzugreifen, wurde oft gar nicht verwertet oder auch dann nicht mit § 514 Abs. 2 S. 1 ZPO<sup>38</sup> in Beziehung gebracht, wenn diese Vorschrift gefunden wurde. – Grund dafür dürfte in den meisten Fällen nicht gewesen sein, dass dies übersehen wurde, sondern dass Unsicherheit bestand, wie damit umzugehen ist, dass *nur einer dieser drei Gründe vom Wortlaut des § 514 Abs. 2 S. 1 ZPO gedeckt* ist. Aber allein zu erwähnen, dass der Wortlaut zwei der drei Gründe nicht erfasst, hätte schon Punkte gebracht, weitere Punkte die Formulierung der Frage, ob die beiden Gründe über den

36 § 865 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 ZPO: „(1) Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen umfasst auch die Gegenstände, auf die sich bei Grundstücken und Berechtigungen die Hypothek [...] erstreckt.“

(2) <sup>1</sup>Diese Gegenstände können, soweit sie Zubehör sind, nicht gepfändet werden.“

37 EJS 2006-II-2.

38 § 514 Abs. 2 S. 1 ZPO: „Ein Versäumnisurteil, gegen das der Einspruch an sich nicht statthaft ist, unterliegt der Berufung oder Anschlussberufung insoweit, als sie darauf gestützt wird, dass der Fall der schuldhaften Versäumung nicht vorgelegen habe.“

Wortlaut hinaus trotzdem erfasst sein sollten oder eher nicht. Dies zeigt: Es ist schon taktisch die falsche Entscheidung, ein erkanntes Problem unter den Tisch zu kehren, nur weil man meint, das nötige Wissen zu seiner Lösung nicht zu haben.

(5) EJS.<sup>39</sup> In dem bereits oben bei Fn. 27 geschilderten Fall des „fünfgeschossigen Hotels mit Türmen“ war schon anhand der Umgebungsbeschreibung zu erkennen, dass das im Verhältnis zu den Fachwerkhäusern völlig überdimensionierte „Großhotel“ kraft seiner Dominanz und beherrschenden Prägung (auch hinsichtlich der zu erwartenden Fluktuation der Besucher) geradezu einen „Fremdkörper“ darstellte und den Gebietscharakter qualitativ völlig veränderte, weswegen seitens der Nachbarn ein ‚Anspruch auf Aufrechterhaltung der typischen Prägung eines Baugebiets‘ bestand. Im vorletzten Satz des Sachverhalts stand zu dieser Problematik abrundend nochmals der Hinweis: „Das Hotel passe überhaupt nicht in das Ortsbild.“ Dennoch hatte die Mehrheit der Bearbeiter diese Kategorie des Drittschutzes seinerzeit nicht erkannt.

Was lässt sich hieraus ableiten? – Zwar ist zuzugestehen, dass einem Kandidaten, der die Grundlagenkenntnisse (hier des nachbarlichen Drittschutzes) beherrscht – und damit auch von dem oben bezeichneten ‚Anspruch auf Aufrechterhaltung der typischen Prägung eines Baugebiets‘ schon gehört hat – eine erfolgreiche Sachverhaltsanalyse und Falllösung leichter gelingt. Andererseits bleibt aber auch die Erkenntnis, dass bei penibler Erfassung der Aufgabenstellung – mit ihren zahlreichen Angaben, die in eine bestimmte Richtung weisen – eine erfolgreiche Analyse ebenso gelingen und in die Entwicklung einer ebenbürtigen Lösung münden kann. So genügten die Sachverhaltsangaben ohne weiteres, um zu erkennen, dass das neue moderne Hotel als riesiger Baukörper quasi „aus der Reihe tanzt“ und den typischen „Flair“ der mit Fachwerkhäusern und sehr viel kleineren Nutzungen gewachsenen Umgebungsbebauung (aus dem 19. Jahrhundert!) verloren gehen lässt. – Man muss, auch das ist eine wichtige Schlussfolgerung, nicht nur den Mut, sondern auch die Bereitschaft haben, sich auf den gestellten Sachverhalt „einzulassen“.

### III. Sachverhalt und anzuwendende Normen

#### 1. Normen als Beleg für Behauptungen

Nicht selten erwecken Klausurbearbeitungen den Eindruck, dass schon gar nicht der Versuch unternommen wird, für die aufgestellten Behauptungen eine Norm zu suchen oder zu erklären, warum eine solche für entbehrlich gehalten wird. Dies hinterlässt – zumal mit Blick auf Art. 20 Abs. 3 GG (Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht) – einen denkbar schlechten Eindruck. Es ist zu vermuten, dass vielen nicht bewusst ist, wie negativ dies bewertet wird.

39 EJS 2010-I-5.

### Beispiele:

- (1) EJS:<sup>40</sup> Was unmittelbarer Besitz ist, was verbotene Eigenmacht durch Besitzentziehung bedeutet, wird von vielen ohne Gesetzeszitat (§ 854 BGB; § 858 Abs. 1 Alt. 1 BGB) behauptet.
- (2) EJS:<sup>41</sup> Geprüft wird der gutgläubige Erwerb einer beweglichen Sache durch eine GmbH. Viele stellen dabei auf den Geschäftsführer ab, ohne eine Norm zu nennen, die sich mit dieser Frage beschäftigt und ohne zu erklären, warum die Prüfung auch ohne Norm möglich sei. Vermutlich ist die Vorschrift (§ 166 Abs. 1 und ggf. auch Abs. 2 BGB) schon nicht gesucht worden. Sie befindet sich im Vertretungsrecht; dass der Geschäftsführer Vertreter der GmbH ist, § 35 GmbHG, wissen die allermeisten.
- (3) Sehr verbreitet findet sich in Klausuren ohne jede Herleitung aus dem Gesetz die Behauptung, der redliche, unverklagte (unberechtigte) Besitzer sei schutzwürdig.

Richtig wäre dagegen, die Normen, aus denen dies folgt (etwa §§ 989, 990 Abs. 1 BGB), einfach anzuwenden. Dann würde sich überdies zeigen, dass diese Behauptung gar nicht ausnahmslos stimmt (möglicherweise auch im Falle des konkret zu beurteilenden Sachverhalts nicht): So kann auch der gutgläubige Besitzer einmal haften: auf Nutzungsherausgabe (§ 988 BGB), aber auch auf Schadensersatz, § 991 Abs. 2 BGB (auch in analoger Anwendung im Zwei-Personen-Verhältnis) – sog. Fremdbesitzerexzess –; der Begriff muss aber nicht erwähnt werden, da das Gesetz ihn ebenfalls nicht verwendet. Ferner greift die Ausweitung der Haftung durch § 990 Abs. 2 BGB nur beim unredlichen Besitzer ein, nicht schon beim verklagten (also bei Rechtshängigkeit, §§ 261 Abs. 1, 253 Abs. 1 ZPO). Und wenn die Voraussetzungen des § 992 BGB nicht vorliegen, beschränkt sich die Schadensersatzhaftung des Besitzers auch bei Rechtshängigkeit oder Unredlichkeit auf die in § 989 BGB genannten Schäden.

- (4) ZJS:<sup>42</sup> Geht es im Rahmen des Wiederaufgreifens des Verfahrens um den Tatbestand des Art. 51 Abs. 1 Nr. 1 BayVwVfG, gemäß dem die Behörde ein bestandskräftiges Verwaltungsverfahren unter anderem dann wiederaufzugreifen „hat“, wenn sich die „Rechtslage nachträglich zugunsten des Betroffenen geändert hat“, so wird in Klausuren ohne jede dogmatische Begründung (wenn auch inhaltlich zutreffend) einfach nur behauptet, „eine Änderung der Rechtsprechung“ sei „keine Änderung der Rechtslage“. – Es ist demgegenüber vielmehr angezeigt, von unionsrechtlichen Fragenkreisen ganz abgese-

40 EJS 2025-I-3.

41 EJS 2009-I-2.

42 ZJS (Zweite Juristische Staatsprüfung in Bayern) 2008-II-9 (nicht nur insoweit enthalten Klausuren der Zweiten Juristischen Staatsprüfung ein vollkommen identisches Fehlerbild).

hen,<sup>43</sup> wenigstens eine der denkbaren Begründungen zu geben, die diese Aussage halten, sei es der Wortlaut der Vorschrift („nicht die Rechtslage selbst hat sich geändert, sondern nur die Erkenntnis der Gerichte in die richtige Auslegung und Anwendung der *bestehenden* Rechtsvorschrift“) oder sei es der Zweck der abschließend aufgelisteten Ausnahmetatbestände, *nur* bei deren Vorliegen die mit der Bestandskraft bezeichnete Rechtssicherheit zu durchbrechen, oder sei es die systematische Auslegung mit Blick auf die grundlegende Wertentscheidung des § 79 Abs. 2 BVerfGG. Kurzum: Es geht bei einer Änderung der Rechtsprechung nicht um Rechtsetzung, sondern um Rechtserkenntnis.

## 2. Auffinden der für die Lösung relevanten Normen

Diese Aufgabe lässt sich bewältigen mit (Grund-)Fähigkeiten, zudem mit Grundwissen über den Aufbau der einschlägigen Gesetzesexte sowie dem Wissen darüber, dass die Normen in dem jeweiligen Gesetz konkret einschlägig sein können (im Zivilrecht etwa neben dem BGB das ProdHaftG, das StVG und das HGB). Konkreter: Normen lassen sich finden...

- (1) über die Fallfrage, die in der Regel auf eine Rechtsfolge abzielt.
- (2) über den Sachverhalt (dort genannte Tatsachen als Subsumtionsmaterial, also die Voraussetzungen der gesuchten Normen betreffend).
- (3) über die Voraussetzungen der geprüften Normen.

Die Voraussetzungen sind oftmals *zugleich Rechtsfolge einer anderen Norm*. Etwa: Anfechtbarkeit als Rechtsfolge der §§ 119 Abs. 1 Alt. 1, Alt. 2, Abs. 2, 123 Abs. 1 Alt. 1, Alt. 2 BGB und zugleich als Voraussetzung für § 142 Abs. 1 BGB; Widerrufsrecht als Rechtsfolge der §§ 312g, 495 Abs. 2, 514 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB und zugleich als Voraussetzung des § 355 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 BGB; Nichtigkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrages als Rechtsfolge des Art. 59 Abs. 1, Abs. 2 BayVwVfG und zugleich als Voraussetzung – „ohne Rechtsgrund“ – für den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch.

- (4) über das Lesen weiterer Überschriften in dem betreffenden Abschnitt (hier gemeint als untechnischer Begriff).
- (5) über die Systematik des Gesetzes.

Die Systematik lässt sich für ein einzelnes Gesetz bzw. Bereiche von diesem im Grundsatz auch im Inhaltsverzeichnis und in den Überschriften innerhalb der Bereiche nachlesen/nachvollziehen, auch erstmals in der Klausur (was aber eine Zeitfrage ist).

43 EuGH DVBl. 2004, S. 373 [Kühne & Heitz] = Ehlers, JK 9/04, EGV Art. 10/3; zusammenfassend Kellner, in: BayVBl. 2025, S. 289 (294 f.) – eben auch problematisch in ZJS 2008-II-9.

Bei allen in der Examensvorbereitung (auch außerhalb von Klausurbearbeitungen) angewendeten Normen sollte deren systematische Stellung reflektiert werden.

- Im BGB gibt es nicht nur ein Buch „Allgemeiner Teil“, sondern z.B. auch ein Allgemeines Schuldrecht (Buch 2, Abschnitt 1 bis 7 – besser erkennbar in Abgrenzung zur Bezeichnung von Abschnitt 8: „Einzelne Schuldverhältnisse“) und innerhalb des Allgemeinen Schuldrechts einen AT der gegenseitigen Verträge (§§ 320-326 BGB). Zudem gibt es etwa einen AT des Mietrechts (§§ 535-548a BGB) und einen AT des Grundstücksrechts (§§ 873-902 BGB).
- Im Zwangsvollstreckungsrecht (Buch 8 der ZPO) gibt es einen AT der Zwangsvollstreckung (§§ 704-802 ZPO), einen AT der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen (§§ 802a-807 ZPO) und einen AT der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das bewegliche Vermögen (§§ 803-808 ZPO).
- Speziell zum Mietrecht: In Examensklausuren wird regelmäßig von einem Großteil der Bearbeitungen § 568 Abs. 1 BGB (Schriftformerfordernis für die Kündigung) verfehlt auf die Kündigung von Mietverhältnissen über Geschäftsräume angewendet. Die Beschränkung auf die Wohnraummiete ist aus dem Wortlaut des § 568 BGB nicht erkennbar, sondern nur aus dessen systematischer Stellung im Wohnraummietrecht (§§ 549-577a BGB). Einige erkennen dies zwar, wenden § 568 BGB dann aber verfehlt analog an. Mit Grundverständnis für die (aus Art. 20 Abs. 3 GG folgende – Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht) Analogie-Voraussetzung „planwidrige = versehentliche Lücke“<sup>44</sup> lässt sich dieser Fehler vermeiden: Es wird kein Versehen des Gesetzgebers gewesen sein, in § 578 Abs. 2 iVm Abs. 1 BGB für Räume – und dabei wiederum differenziert danach, ob sie für den Aufenthalt von Menschen bestimmt sind – auf *ausgewählte* Vorschriften aus dem Wohnraummietrecht zu verweisen, *darunter aber nicht* auf § 568 BGB.

Durch bloße Gesetzeslektüre lässt sich die Struktur von Normbereichen erarbeiten. *Beispiele:*

- (1) §§ 293 ff. BGB: Unterscheidung nach Voraussetzungen (§§ 293-299 BGB) und Rechtsfolgen (§§ 300 ff. BGB) des Annahmeverzugs; sind die dort enthaltenen Rechtsfolgen abschließend? nein, s. etwa §§ 274 Abs. 2, 322 Abs. 3 BGB; § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB, §§ 372 ff., 383 ff. BGB; § 615 BGB, § 642 BGB; §§ 373 f. HGB
- (2) §§ 677 ff. BGB, insbesondere: Voraussetzungen der berechtigten und der unberechtigten GoA; Unterscheidung zwischen Ansprüchen des Geschäftsfüh-

44 Zur zulässigen Rechtsfortbildung noch unten im Text bei Fn. 82 ff.

ters gegen den Geschäftsherrn und umgekehrt; Sonderfall des Geschäftsführers ohne Fremdgeschäftsführungswillen in § 687 BGB

- (3) §§ 812 ff. BGB: Wo sind die Anspruchsgrundlagen (Konditionen)? Welche Erkenntnisse kann man aus dem Wortlaut für das Verhältnis der Konditionen zueinander ablesen? Wo finden sich Ausschlussgründe? Beziehen sich diese nur auf bestimmte Konditionen? S. zudem die §§ 818 ff. BGB als weitere Ausgestaltung des Anspruchsinhalts (samt neuem Anspruchsgegner in § 822 BGB).
- (4) §§ 985 ff. BGB; insbesondere dort: Ansprüche des Eigentümers gegen den Besitzer einerseits (§§ 985-993 BGB), Ansprüche des Besitzers gegen den Eigentümer samt Folgerechten andererseits (§§ 994-1003 BGB)
- (5) Rückabwicklungsverhältnisse im Vergleich: §§ 346 ff. BGB, §§ 355 Abs. 3, 357 ff. BGB; §§ 812 ff. BGB, §§ 985 ff. BGB: Die Regelungsfragen wiederholen sich (Werteratzpflicht; Befreiung von der Werteratzpflicht; Nutzungsherausgabe bzw. -ersatz; Verwendungsersatzansprüche; auf die jeweiligen Gegenansprüche gestützte Gegenrechte)

Speziell zum Strukturelement „Normierung von Ausnahmen“ s. unten bei Fn. 47 ff.

Für das öffentliche Recht sollen – als Beispiel für viele andere Gesetze mehr – nur einmal die einzelnen Abschnitte unseres Grundgesetzes konzentriert durchgangen werden:<sup>45</sup>

- (1) Der erste Abschnitt beginnt mit dem Grundrechtskatalog (Art. 1-19 GG), also dem klassischen Staat-Bürger-Verhältnis. Alle folgenden Abschnitte betreffen (von vereinzelten Artikeln abgesehen) nicht mehr unmittelbar das Staat-Bürger-Verhältnis, sondern Regularien der Staatsorganisation, die sich in drei große und drei kleine Gruppen aufteilen lassen:
- (2) Die erste (große) besteht nur aus Abschnitt II „Der Bund und die Länder“ (Art. 20-37 GG), der zunächst die wichtigsten und später noch zu ergänzenden Regeln zur Bundesstaatlichkeit enthält.
- (3) In der zweiten Gruppe behandelte Abschnitt III-VI die wichtigsten Bundesorgane: Bundestag (Art. 38-49 GG), Bundesrat (Art. 50-53 GG), deren Gemeinsamen Ausschuss (Art. 53a GG), den Bundespräsidenten (Art. 54-61 GG) und die Bundesregierung (Art. 62-69 GG).
- (4) Die dritte große Gruppe – Abschnitte VII-IX – regelt die Erledigung der wichtigsten Staatsaufgaben: Bundesgesetzgebung (Art. 70-82 GG), Ausführung der Bundesgesetze durch die Landes- und Bundesverwaltung (Art. 83-91

45 Dieser Aufruf erfolgt völlig zu Recht von *Schwabe*, Grundkurs Staatsrecht, S. 9, auch zu allem Folgenden.

GG), Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91a-91e GG) sowie die Rechtsprechung und Gerichte (Art. 92-104 GG).

(5) Die „Finanzverfassung“ hat der Verfassungsgeber in Abschnitt X gesondert eingerichtet (Art. 104a-115 GG). Selbiges gilt für den Abschnitt Xa über den Verteidigungsfall (Art. 115a-115l GG), die den drei großen Hauptgruppen ebenso nachfolgen wie der abschließende Abschnitt XI mit den Übergangs- und Schlussbestimmungen (Art. 116-146 GG).

Weiter lassen sich Normen finden über die Suche nach *typischen Rechtsfolgen*, die an der betreffenden Stelle der Prüfung (sofern nach dem Sachverhalt wiederum von ihrer Voraussetzungsseite her in Betracht kommend)<sup>46</sup> als *nächstes* zu untersuchen sind.

EJS<sup>47</sup> zu § 684 S. 1 BGB: Viele haben nach Verneinung der Voraussetzungen des § 683 S. 1 BGB und der §§ 683 S. 2, 679 BGB (berechtigte GoA) einen Anspruch aus § 684 S. 1 BGB (nichtberechtigte GoA) nicht mehr geprüft – obwohl vermutlich die meisten, wenn nicht sogar alle, wussten, dass es eine nichtberechtigte GoA gibt und dass diese genau dann vorliegt, wenn es an den Voraussetzungen des § 683 BGB fehlt.

Insbesondere ist bei der Suche nach der nächsten zu prüfenden Rechtsfolge an die – bezogen auf die aktuelle Seite – jeweils *gegenteilige Rechtsfolge* zu denken; zunächst dabei an eine solche mit sofortiger Wirkung, sodann aber auch mit Wirkung zu einem späteren Zeitpunkt (dabei ist auf eine mögliche Rückwirkung zu achten, etwa §§ 142 Abs. 1, 184 Abs. 1, 389 BGB). Zu berücksichtigen ist bei allem, welche Zeitpunkte bzw. Zeiträume für die Fallfrage relevant sind.

Neben Ausschlussgründen für Ansprüche sind auch solche für andere Rechte wichtig, etwa für Gestaltungsrechte (s. etwa § 144 BGB für das Anfechtungsrecht, § 390 ff. BGB für das Recht zur Aufrechnung aus § 387 BGB, § 495 Abs. 2 BGB für das Widerrufsrecht aus § 495 Abs. 1 BGB) aber auch für Zurückbehaltungsrechte (§§ 273 Abs. 2 a.E., § 357 Abs. 4 S. 2, 1000 S. 2 BGB).

Nicht selten werden im Examen selbst Ausschlussgründe im selben Satz übersehen – zum Teil auch dann, wenn sie im konkreten Fall eingreifen. Beispiele: § 312c a.E. BGB<sup>48</sup>, § 867 S. 1 a.E. BGB<sup>49</sup>. Noch öfter werden Ausschlussgründe im gleichen Absatz, aber einem anderen Satz übersehen, etwa § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 BGB<sup>50</sup>

<sup>46</sup> D.h. insbesondere: Dass der Sachverhalt Subsumtionsmaterial zu Voraussetzungen dieser Normen enthält, muss einem nicht gleich beim Lesen des Sachverhalts und bei der Suche nach zur Fallfrage passenden Normen einfallen. Es reicht, an den Sachverhalt zurückzudenken, wenn man die betreffende Voraussetzung prüft, die zugleich Rechtsfolge der weiteren Norm ist.

<sup>47</sup> EJS 2019-I-2.

<sup>48</sup> In einer EJS-Klausur von vielen übersehen.

<sup>49</sup> EJS 2025-I-3: Von vielen übersehen (die Ausnahme lag vor!).

<sup>50</sup> EJS 2019-I-2: Von vielen nicht geprüft (die Ausnahme lag allerdings nicht vor).

oder im nächsten Absatz (§ 166 Abs. 2 BGB;<sup>51</sup> § 688 Abs. 2 ZPO<sup>52</sup> – beide im konkreten Fall einschlägig).

Dies alles gilt grundsätzlich auch innerhalb von Vorschriftenregionen des öffentlichen Rechts, wenn man sich nur die unterschiedlichen Rechtsfolgen von Art. 44 Abs. 2 und Abs. 3 BayVwVfG ansieht. Auch kann die Rechtslage durch Anfechtung und Kassation eines Verwaltungsakts (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO), z.B. zur Geltenmachung eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs, umgestaltet werden. Denn solange der Verwaltungsakt (auch rechtswidrig) existiert, bildet er einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen. Schließlich werden auch im öffentlichen Recht Ausschlussgründe übersehen, wenn man nur an die Unbeachtlichkeitsklauseln des § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a-g und Nr. 3 BauGB oder im Bereich der Nebenbestimmungen an Art. 36 Abs. 3 BayVwVfG denkt.

### 3. Prüfung der Voraussetzungen

Erhebliche Bedeutung hat auch dieses Thema schon mit Blick auf Art. 20 Abs. 3 GG: Jede Abweichung vom Wortlaut ist aus Verfassungsgründen rechtfertigungsbedürftig. Schon aus diesem Grund ist es ein Bewertungskriterium von hohem Gewicht, wie sorgfältig mit dem Gesetzestext umgegangen wird. Juristisches Vorwissen ist hierzu ganz in der Regel nicht nötig.

#### a) Unterscheidung zwischen Voraussetzungen und Rechtsfolge

Zum Teil fällt es selbst Examenskandidaten schwer, zwischen Voraussetzungen und Rechtsfolge einer Vorschrift zu unterscheiden, in einer Norm also eine vorhandene Wenn-Dann-Struktur zutreffend zu erfassen (!). *Beispiele:*

- (1) EJS:<sup>53</sup> Zu § 306 Abs. 1 BGB („Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam“) findet sich in Klausurbearbeitungen sehr häufig der Satz: „Die Klausel ist gemäß § 306 Abs. 1 BGB unwirksam.“ Unwirksamkeit bzw. fehlende Einbeziehung ist dort aber nicht Rechtsfolge, sondern Voraussetzung. Rechtsfolge ist die Unwirksamkeit vielmehr in den §§ 307-309 BGB. Damit zusammenhängend: Statt die Rechtsfolge dort einfach aus dem Gesetz zu übernehmen und die Prüfung der §§ 307-309 BGB daran zu orientieren, wird diese oft mit der Ankündigung einer Inhaltskontrolle eingeleitet. Dieser Begriff entspricht zwar der Überschrift des § 307 BGB. Seine Verwendung hält die Bearbeiter aber ganz offensichtlich davon ab, die Rechtsfolge „Unwirksamkeit“ bereits den §§ 307-309 BGB selbst zu entnehmen, und legt damit den Grundstein für den eingangs erwähnten weiteren Fehler bei § 306 Abs. 1 BGB. Auch wird unter der Überschrift „Inhaltskontrolle“ oftmals verfehlt § 305c Abs. 1 BGB geprüft. Diese Vorschrift muss

51 EJS 2009-I-2.

52 EJS 2012-II-1: Von vielen übersehen (die Ausnahme lag vor!).

53 EJS 2025-I-3.

aber schon bei der Frage angesprochen werden, ob die Klausel Vertragsbestandteil wurde („Einbeziehung“), s. die klar formulierte Rechtsfolge. Und schließlich dürfte im Zusammenhang mit §§ 307-309 BGB die Überschrift „Inhaltskontrolle“ zu dem häufigen Fehler beitragen, dass AGB inhaltlich nur am Maßstab der §§ 305 ff. BGB gemessen werden. Vorschriften, die schon für Individualvereinbarungen zwingendes Recht enthalten, sind aber für AGB (selbstverständlich) ebenfalls zu beachten. So wurde in der EJS<sup>54</sup> von vielen übersehen, dass eine mietvertragliche AGB nicht etwa gemäß §§ 307-309 BGB, sondern schon wegen Verstoßes gegen § 573c Abs. 4 BGB unwirksam war.

- (2) EJS:<sup>55</sup> Einige leiten aus § 575a Abs. 1 BGB<sup>56</sup> ein Recht zur außerordentlichen Kündigung her, obwohl ein solches dort vorausgesetzt wird.
- (3) EJS:<sup>57</sup> Das Wort „widerrechtlich“ wird in § 858 Abs. 1 BGB<sup>58</sup> oftmals für eine Voraussetzung gehalten. (Umgekehrt fehlt auf Voraussetzungsseite dann oft die Prüfung der Ausnahme „sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder Störung gestattet“).

#### b) Unterscheidung zwischen gebundener und Ermessensrechtsfolge

Insbesondere bei „exotischen“ Vorschriften des Öffentlichen Rechts, aber nicht nur dort, fällt es selbst Examenskandidaten regelmäßig schwer, zwischen gebundener und Ermessensrechtsfolge einer Vorschrift zu unterscheiden, also zutreffend zu erfassen, ob eine Vorschrift Voraussetzungen enthält, bei deren Vorliegen die vorgesehene Rechtsfolge zwingend auszusprechen ist oder nicht. Beispiele: § 22 S. 1 BGB; Art. 18 Abs. 1 S. 1 BayStrWG.

Diese Unterscheidung spielt nicht nur für die Rechtsfolgenentscheidung als solche eine Rolle, sondern auch im Umfeld daran anknüpfender Vorschriften (Paradebeispiel: Art. 36 Abs. 1 oder Abs. 2 BayVwVfG). – In beiden oben als Beispiel genannten Vorschriften – § 22 Satz 1 BGB und Art. 18 Abs. 1 S. 1 BayStrWG – sind keine Tatbestandsmerkmale vorhanden, bei deren Vorliegen eine bestimmte Rechtsfolge ausgesprochen werden muss, weswegen es sich in beiden Fällen um Ermessensverwaltungsakte handelt.

<sup>54</sup> EJS 2012-II-1.

<sup>55</sup> EJS 2019-I-2.

<sup>56</sup> § 575a Abs. 1 BGB: „Kann ein Mietverhältnis, das auf bestimmte Zeit eingegangen ist, außerordentlich mit der gesetzlichen Frist gekündigt werden, so gelten mit Ausnahme der Kündigung gegenüber Erben des Mieters nach § 564 die §§ 573 und 573a entsprechend.“

<sup>57</sup> EJS 2025-I-3.

<sup>58</sup> § 858 Abs. 1 BGB: „Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitz stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht).“

### c) Prüfung statt Behaupten des Vorliegens von Voraussetzungen

Ist eine Norm gesucht und gefunden worden,<sup>59</sup> dann werden einzelne Voraussetzungen oftmals ohne Auseinandersetzung mit den im Gesetz niedergelegten Anforderungen einfach behauptet.

EJS:<sup>60</sup> Dass eine Leih ein Besitzmittlungsverhältnis i.S.d. § 868 BGB sei, wird verbreitet ohne Begründung festgestellt. Richtigerweise wäre zunächst festzuhalten, dass Leih keines der Beispiele ist, die § 868 BGB für Besitzmittlungsverhältnisse nennt. Sodann müsste geprüft werden, ob sie ein ähnliches Verhältnis im Sinne dieser Vorschrift darstellt.

Oftmals werden die Normen, die angewendet werden, nicht aufgeschlagen. Anders ist es etwa nicht zu erklären, dass die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB („Zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet ...“) in Klausuren oftmals auf Grundstücke angewendet wird (s. stattdessen § 891 BGB aus dem allgemeinen Grundstücksrecht, §§ 873-902 BGB).

Zum Teil fehlt es schon an Sprachverständnis oder schlicht am genauen Lesen, um Voraussetzungen zu erkennen.<sup>61</sup> Beispiele, bei denen sich noch Examenskandidaten schwertun:

- (1) § 284 BGB: Die Voraussetzung „Vergeblichkeit der Aufwendung“ ist abzuleiten aus der Kausalitätsvoraussetzung: „es sei denn, deren<sup>62</sup> Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung nicht erreicht worden“ (s. auch die Überschrift: „Ersatz vergeblicher Aufwendungen“).
- (2) § 687 Abs. 2 S. 1 BGB: Die Voraussetzung „objektiv fehlende Berechtigung“ ist abzuleiten aus der Formulierung „weiß, dass er dazu nicht berechtigt ist“.
- (3) EJS:<sup>63</sup> § 818 Abs. 2 BGB: „zur Herausgabe außerstande“ (mit der Rechtsfolge einer Wertersatzpflicht) ist der Bereicherungsschuldner nicht schon dann, wenn er den ursprünglichen Bereicherungsgegenstand nicht herausgeben kann, sondern erst dann, wenn er auch ein etwaiges Surrogat gemäß § 818 Abs. 1 BGB für den ursprünglichen Gegenstand nicht herausgeben kann. Dies folgt aus der (hier von vielen nicht erkannten) Bezugnahme auf die Formulierung in Abs. 1 „Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich“. Das Gleiche gilt für § 2021 BGB im Verhältnis zu Surrogatsvorschrift des § 2019 BGB (EJS;<sup>64</sup> von über der Hälfte der Bearbeitungen nicht bemerkt).

<sup>59</sup> Zu Behauptungen ganz losgelöst von geprüften Normen bereits oben III.1.

<sup>60</sup> EJS 2009-I-2.

<sup>61</sup> Näher und mit sprachphilosophischen Bezügen Seibert, Recht und Sprache in didaktischer Perspektive, in: Krüper (Hrsg.), S. 757-772 (dort einsortiert im Abschnitt „Juristische Basiskompetenzen“). Zur Bedeutung sprachlichen Wissens im Jurastudium mWn im gleichen Band auch Pilniok, S. 184 (Rn. 40). Mit vielen praktischen Übungen Schimmel, Juristendeutsch.

<sup>62</sup> Gemeint ist die Aufwendung.

<sup>63</sup> EJS 2007-I-2.

<sup>64</sup> EJS 1992-II-4.

(4) EJS:<sup>65</sup> Bei § 934 BGB wurde von vielen nicht erkannt, dass die Vorschrift zwei Alternativen enthält. Hier wurde offenbar wird das Wort „anderenfalls“ überlesen (oder nicht verstanden?).

(5) Oftmals wird nicht erkannt, dass sich aus einem Gegenschluss<sup>66</sup> aus dem nächsten Absatz eine weitere Voraussetzung für den vorherigen Absatz ergibt (meist wird wohl einfach nicht weitergelesen):

- § 179 Abs. 1 BGB: Die Voraussetzung „Kenntnis des Vertreters ohne Vertretungsmacht“ ist aus Abs. 2 zu schließen.
- Aus § 280 Abs. 2 und Abs. 3 BGB folgt: Wird Schadensersatz wegen einer Nichtleistung begehrt, genügt es nicht, Abs. 1 zu prüfen.  
Dazu EJS:<sup>67</sup> Eine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB wurde von vielen unter Hinweis auf die fehlende Leistung bejaht; Abs. 2 und/oder Abs. 3, die für diesen Fall zusätzliche Hürden enthalten, wurden dann nicht mehr geprüft.
- Aus § 994 Abs. 2 BGB folgt für den Anspruch aus Abs. 1: Bei Vornahme der Verwendung darf der Besitzer weder auf Herausgabe verklagt noch unredlich i.S.d. § 990 Abs. 1 BGB gewesen sein.
- Aus § 2271 Abs. 2 BGB folgt für Abs. 1: Der Widerruf nach Abs. 1 ist nur zu Lebzeiten des anderen Ehegatten möglich.

(6) EJS:<sup>68</sup> Die Polizei stellte bei Steinmetz S gemäß Art. 25 BayPAG einen Grabstein sicher, welcher für einen Nachbarn von S eine diffamierende Inschrift trug. S hielt die polizeiliche Maßnahme für „verfassungswidrig, da eine Sicherstellung ... einen Eingriff in Art. 14 GG darstelle. In Art. 100 BayPAG sei aber Art. 14 GG nicht zitiert. Dies stelle einen Verstoß gegen das Zitiergebot des Grundgesetzes dar“. – Es kommt für die Falllösung ganz offensichtlich auf das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG an. Viele Kandidaten konnten mit dieser Problematik nichts anfangen; zum Teil wurde nur behauptet, dass „hier die Warnfunktion des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG“ nicht gelte. Die Begründung ergibt sich aber unschwer aus Art. 19 Abs. 1 GG selbst (Satz 2: Nur im Falle des Satzes 1 „muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen“, also nur im Falle einer Grundrechtseinschränkung, d.h. wenn durch den Gesetzgeber ein Gesetzesvorbehalt genutzt wird. Bei Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG handelt es sich aber nicht um einen Gesetzes-, sondern um einen „Ausgestaltungsvorbehalt“, sprich: im Rahmen der Inhaltsbestimmung des Art. 14 GG werden (vorhandene) Gewährleistungen durch den Gesetzgeber nicht eingeschränkt (Wortlaut des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG), sondern erstmalig konturiert, weswegen das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 GG von vornherein nicht gilt.

65 EJS 2009-I-2.

66 Zu Gegenschlüssen allgemein noch unten IV.1. (S. 134 ff.).

67 EJS 2025-I-3.

68 EJS 2017-II-5.

Mitunter begegnet einem in Klausurbearbeitungen auch der umgekehrte Fall: Es werden Voraussetzungen behauptet, die im Wortlaut nicht enthalten sind. Gemeint ist an dieser Stelle nicht, dass eine Rechtsfortbildung nicht begründet wurde, sondern dass die Abweichung vom Wortlaut weder in der Sache überzeugt noch der Versuch unternommen wird, diese Abweichung zu erklären.

- (1) EJS:<sup>69</sup> Es wird auf Verkäufer- bzw. Vermieterseite die Eigentümerstellung als Voraussetzung für den wirksamen Abschluss eines Miet- oder Kaufvertrags behauptet. Wäre dies (entgegen dem Wortlaut!) richtig, dann könnte der Mieter bzw. Käufer aus dem Vertrag keine Leistungsstörungsrechte herleiten, wenn sich der wahre Eigentümer zu Wort meldet. S. auch § 311a Abs. 1 BGB und § 536 Abs. 3 BGB; eigentlich sollte es aber schon reichen, dass eine solche behauptete Voraussetzung nicht im Gesetz steht.
- (2) § 2265 BGB:<sup>70</sup> Viele nehmen hier regelmäßig an, dass ein gemeinschaftliches Testament eine wechselbezügliche Verfügung i.S.d. § 2270 BGB enthalten muss. Das steht aber nicht im Wortlaut, und § 2270 BGB bestätigt nochmals, dass dies nicht so ist. Denn dort heißt es zu diesen Verfügungen „*Haben* die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament Verfügungen getroffen, die...“. Sie müssen es also nicht getan haben.

Die Erklärung für diesen Fehler kann eigentlich nur sein, dass mehr auf (hier: falsch abgespeichertes) Wissen vertraut wurde als auf den Wortlaut der Vorschrift. Zusätzlich fehlt dann auch der Sinn dafür, dass es (vor dem Hintergrund von Art. 20 Abs. 3 GG!) begründungsbedürftig ist, eine Voraussetzung zu postulieren, die im Wortlaut nicht steht: Hier wird eine teleologische Reduktion vorgenommen, ohne ihre Voraussetzungen zu prüfen (die im Übrigen ja auch nicht vorliegen: wie jedenfalls § 2270 BGB bestätigt, ist es ja gerade kein Versehen des Gesetzgebers, dass der Wortlaut des § 2265 BGB nicht auf wechselbezügliche Verfügungen beschränkt ist). Zu kritisieren ist hier also nicht etwa, dass die Voraussetzungen eines gemeinschaftlichen Testaments nicht genau genug gelernt wurden (dass „wechselbezüglich“ nicht dazu gehört, hätte ja nicht gelernt werden müssen), sondern dass vom Wortlaut abgewichen wird, ohne dass dafür eine Erklärung geliefert wird (die es hier auch nicht gibt).

- (3) § 2271 BGB:<sup>71</sup> Sehr häufig wird nicht erkannt, dass ein Ehegatte an seine wechselbezügliche Verfügung nicht generell gebunden ist, sondern erst dann, wenn der andere Ehegatte gestorben ist. Der Wortlaut ist aber auch hier eindeutig, s. § 2271 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB („Das Recht zum Widerruf erlischt mit dem Tod des anderen Ehegatten“). Auch hier wird verbreitet offenbar mehr auf falsch abgespeichertes Wissen vertraut als auf den Wortlaut der

69 EJS 2006-II-2.

70 EJS 1998-II-4.

71 EJS 1998-II-4.

Norm. Vermutlich liest, wer diesen Fehler macht, gar nicht bis Abs. 2. Denn dass § 2271 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB nicht verstanden wurde, kommt ja kaum in Frage. Auch wenn der Fehler somit recht sicher nicht in einer (methodisch nicht erklärten!) „Auflehnung“ gegen die Regelung des § 2271 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB zu sehen ist, bleibt doch das Problem, dass die Bindungswirkung noch zu Lebzeiten des anderen Ehegatten einfach behauptet wird, also nicht etwa aus dem Gesetz abgelesen wird. Auch das müsste ja aber als (zulässige) Rechtsfortbildung erklärt werden.

#### d) Prüfen aller Voraussetzungen

Häufig werden Ausschlussgründe, die in der angewendeten Norm enthalten sind, nicht geprüft – oft auch dann, wenn sie im gleichen Satz stehen und auch dann, wenn sie tatsächlich vorliegen. Dazu gesondert oben bei Fn. 47 ff.

Sehr verbreitet werden zudem aus dem Wortlaut ohne weiteres ablesbare *personenbezogene* Voraussetzungen beim Anspruchsteller und/oder beim Anspruchsgegner nicht geprüft. Beispiele:

- (1) § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB: Es genügt nicht, dass *der Anspruchsgegner* etwas *durch Leistung erlangt* hat (so aber viele Klausurbearbeitungen). Vielmehr muss *Leistender gerade der Anspruchsteller* sein („durch Leistung eines anderen...ist *ihm* zur Herausgabe verpflichtet“). Dies nicht zu erkennen führt in Klausurbearbeitungen nicht selten zu dem erheblichen Fehler, dass bei der Prüfung eines Anspruchs des A gegen B aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 der Punkt „durch Leistung“ bejaht wird unter Hinweis auf eine Leistung *des C* an A.
- (2) § 951 Abs. 2 S. 1 BGB: Der Anspruchsteller muss im Moment der Verbindung, Vermengung, Verarbeitung usw. Eigentümer gewesen sein (nicht nur: der Anspruchsgegner muss verbunden haben usw.): „Wer infolge...einen Rechtsverlust erleidet,...“.
- (3) § 894 BGB: Gerade der Anspruchsteller muss Rechtsinhaber sein („derjenige, dessen Recht nicht ...“); gerade der Anspruchsgegner muss im Grundbuch stehen („von demjenigen verlangen, dessen Recht...“), wodurch das Grundbuch falsch ist. Wenig Sinn ergibt hier dagegen das Auswendiglernen der Prüfungspunkte „Aktivlegitimation“ und „Passivlegitimation“ (diese Begriffe werden ja auch sonst bei personenbezogenen Voraussetzungen eher nicht verwendet) und deren zusätzliche Prüfung nach einem Prüfungspunkt „Abweichung der formellen von der materiellen Lage“.
- (4) Bei einem Anspruch des A gegen B aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB genügt es nicht, dass A ein fremdes Geschäft geführt hat (so aber die Formulierung in vielen Klausurbearbeitungen). Vielmehr muss es gerade ein Geschäft des B sein. So konkret sollte dies auch gleich geprüft werden.

Generell ist immer wieder zu beobachten, dass einzelne Wörter bei der Prüfung als eigenständige Voraussetzung nicht erkannt oder nicht voll erfasst werden:

- (1) In §§ 108 Abs. 1, 111 S. 1, 1366 Abs. 1, 1367 BGB wird zur Einwilligung oft die Einschränkung „erforderlich“ überlesen. Ist die Prüfung dieses Merkmals, wie häufig, aufwändig, dann hat dies erhebliche Konsequenzen.
- (2) EJS:<sup>72</sup> Von über der Hälfte der Bearbeitungen wurde beim Kündigungsgrund des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a BGB das Merkmal „Verzug“ unter bloßem Hinweis auf die Nichtzahlung der Miete bejaht, ohne die Voraussetzungen des Verzugs in § 286 BGB zu prüfen (eine Vorschrift, die allen Examenskandidaten bekannt sein dürfte).

**e) Prüfung eng am Gesetzeswortlaut**

*Beispiele:*

- (1) Bei der Prüfung von Gutglaubenvorschriften ist in Klausuren oftmals zu lesen: „Zunächst bedarf es eines Rechtsscheinträgers.“ Das wurde so offenbar auswendig gelernt. Neben der Prüfung der Voraussetzungen der jeweiligen Gutglaubenvorschrift (bei der es natürlich jeweils einen Rechtsscheinträger gibt) ist dies nicht nur überflüssig, sondern auch störend, weil sich die Frage stellt, ob es sich um ein zusätzliches Merkmal handelt (und wenn ja, warum es dann abweichend vom Wortlaut geprüft wird).
- (2) § 387 BGB: Lernen eines Schemas für die Aufrechnungslage (und auch eines Prüfungspunktes „Aufrechnungslage“) ist unnötig und offenbar sogar Hintergrund dafür, dass stattdessen das Gesetz nicht gelesen wird; anders ist es nicht zu erklären, dass in einem Großteil der Bearbeitungen regelmäßig zu lesen ist, dass die Forderung, der der Aufrechnende ausgesetzt ist (sog. Hauptforderung – die Verwendung dieses Begriffs ist bei der Subsumtion unter § 387 BGB aber entbehrlich), fällig sein müsse. Sie muss vielmehr nur erfüllbar sein: „sobald er die ihm obliegende Leistung bewirken kann“.
- (3) § 990 Abs. 1 S. 2 BGB: Es wird oft nicht bemerkt, dass der Maßstab für die Unredlichkeit des unberechtigten Besitzers gegenüber S. 1 ein anderer ist. Während dort von „nicht in gutem Glauben“ die Rede ist (Legaldefinition in § 932 Abs. 2 BGB: schon grobe Fahrlässigkeit schadet), schadet nach Besitzerwerb nur noch Kenntnis: „Erfährt der Besitzer später, dass er zum Besitz nicht berechtigt ist, so haftet er in gleicher Weise von der Erlangung der Kenntnis an.“<sup>73</sup>

72 EJS 2019-I-2.

73 Sofern nach der jeweiligen Prüfungsordnung zulässig, lässt sich diesem Fehler auch durch entsprechende Kommentierungen vorbeugen: durch Unterstreichen der Wörter „Erfährt“ und „Kenntnis“ in § 990 Abs. 1 S. 2 BGB sowie bei § 990 Abs. 1 S. 1 BGB zu „nicht in gutem Glauben“ durch Hinweis auf § 932 Abs. 2 BGB.

## f) Problembewusstsein und Argumentationsvermögen bei der Subsumtion; Rechtsfortbildung

Soweit es um die Subsumtion des Sachverhalts unter die einzelnen Voraussetzungen der Normen geht, ist zunächst kein spezifisches Wissen erforderlich. Anders ist es nur, soweit erwartet wird, dass (im Gesetz nicht enthaltene) Definitionen dazwischengeschaltet werden. Blenden wir diese zunächst aus,<sup>74</sup> so geht es also nur darum, Fragen zu identifizieren, die sich beim Aufeinandertreffen von Sachverhalt und Voraussetzungen dieser Normen stellen.

Kurz: Es geht um Problembewusstsein. Insoweit ist ein „Hin- und Herwandern des Blickes“ zwischen Sachverhalt und Normtext dringend zu empfehlen. Dabei kann einmal der Schwerpunkt mehr auf Details liegen, die das Verständnis des konkreten Merkmals betreffen, und einmal mehr auf der Verwertung aller Informationen, die der Sachverhalt zu dem Merkmal bereithält. Die Korrekturerfahrung zeigt, dass hier bei fast allen Bearbeitungen enormes Verbesserungspotenzial liegt.<sup>75</sup> Auch soweit es um das Verständnis des konkreten Merkmals geht, ist oftmals keinerlei Vorwissen nötig. Denn es ist ja die Sachverhaltssituation selbst, aus der sich die konkret relevanten Fragen zum Verständnis der Norm ergeben.

Zu vielen dieser Fragen gibt es gar keinen etablierten Streitstand. Gelerntes Einzelwissen zu einer Norm, das in der konkreten Situation gar keine Bedeutung hat, kann dann sogar davon ablenken, die zur Lösung des Falles wirklich relevanten Fragen durch Vergleich von Normmerkmal und konkretem Sachverhalt, also durch sorgfältiges Vorgehen beim Subsumieren, zu finden. Und auch wenn es zu der konkret relevanten Frage einen etablierten Streitstand gibt und man ihn (neben unzähligen anderen) im Examen immer noch im Kopf haben sollte, ändert dies oftmals nicht viel. Denn durch das beschriebene umsichtige Vorgehen beim Subsumieren hat man gute Chancen, auch ohne jedes Vorwissen vertretbare Sichtweisen zu dem jeweiligen Problem zu entwickeln. Oft geht es ja zunächst um nicht mehr als zu erkennen, dass sich ein Merkmal weit oder eng auslegen lässt und dies beim konkreten Sachverhalt zu unterschiedlichen Ergebnissen führt. Das zu zeigen sollte man sich dann eben auch – „trotz“ fehlenden Vorwissens – trauen (in Wirklichkeit riskiert man ja gar nichts, sondern kann nur gewinnen!) und nicht etwa das (erkannte!) Problem unter den Teppich kehren.

Beispiel: Im Bereich der kommunalverfassungsrechtlichen Streitigkeiten wird allzu oft nicht nur der Begriff als solcher nicht erklärt, sondern für die Beteiligungsfähigkeit des aktiv streitenden Organs – standardmäßig – § 61 Nr. 2 VwGO einfach „analog“ herangezogen, ohne eine Begründung für diese Erweiterung zu geben, obwohl eine solche doch schon mit Blick auf § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO („alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten“) anhand der gängigen Voraussetzungen für eine Analogie keine großen Schwierigkeiten bereitete. Auch das „Hin- und Herwandern

<sup>74</sup> Zu den Definitionen näher unten bei Fn. 119 ff.

<sup>75</sup> Ausführlich und mit zahlreichen Beispielen aus der EJS dazu *Kuhn*, in: JURA 2023, S. 1233 (Teil 1) und JURA 2023, S. 1376 (Teil 2).

des Blickes“ und damit letztlich die systematische Auslegung hilft bei dieser Problematik: Denn nach § 61 Nr. 1 VwGO sind „Personen“ (also Träger von Rechten und Pflichten) „per se“ beteiligungsfähig; nicht-rechtsfähige „Vereinigungen“ hingegen sind nach § 61 Nr. 2 VwGO – wie eben auch Organe (als „Nichtpersonen“), die der Gesetzgeber in dieser Nr. 2 inkonsequent („alle“) unerwähnt gelassen hat –, eben nicht „per se“, sondern nur dann beteiligungsfähig, „soweit“ eine wehrfähige Rechtsposition betroffen ist – das hat für *jede „Nichtperson“*, also auch für Organe zu gelten.

Hat man beim Subsumieren ein Problem identifiziert und mögliche Sichtweisen präsentiert, so gilt es zunächst zu erkennen, dass es sich hierbei um bloße Behauptungen handelt, die also begründungsbedürftig sind. Das *Erkennen von Begründungsbedürftigkeit* ist zentrales Bewertungskriterium<sup>76</sup> und notwendige Vorstufe für die Suche nach Argumenten – hier für die verschiedenen Sichtweisen zur Lösung des Problems. Um nichts anderes geht es ja auch bei einem „Streitstand“ zu einem bestimmten Problem. Statt einzelne Streitstände zu lernen (die oftmals gar nicht als solche abgefragt werden), lohnt es sich vielmehr, sich damit zu beschäftigen, wie juristische Argumente (allgemein, ggf. aber auch konkreter in dem betreffenden Rechtsgebiet) beschaffen sind. So dürfte man schon sehr weit kommen, wenn man auf die folgenden beiden Punkte achtet (vereinfacht dargestellt an zwei möglichen und für die Lösung der Klausur relevanten Interpretationen des Wortlauts, etwa „eng“ und „weit“):

Erstens zum Wortlaut: Entspricht eine der Sichtweisen eher dem natürlichen Wortsinn des Merkmals? Selbst wenn die Frage mit nein zu beantworten ist, kann es sich in der Klausur lohnen, sie zu stellen. Denn damit hat man gezeigt, dass man den Wortlaut, wie von Art. 20 Abs. 3 GG gefordert, ernst nimmt.

In einem Großteil der Bearbeitungen erfolgt an Stellen, an denen argumentiert wird, keine Auseinandersetzung mit dieser Frage. Dies ist umso bedauerlicher, als hierzu *keinerlei juristisches Vorwissen* nötig ist (auch die Bedeutung von Definitionen sollte an dieser Stelle nicht überschätzt werden),<sup>77</sup> vielmehr nur sprachliches Grundverständnis.

*Beispiel:* Bei dem klassischen Streit, ob es sich bei der Verweisungsvorschrift des § 80a Abs. 3 S. 2 VwGO auf § 80 Abs. 6 VwGO um ein Redaktionsversehen, eine Rechtsgrundverweisung oder eine Rechtsfolgenverweisung handelt, ist zunächst einmal festzuhalten, dass der Wortlaut der Verweisungsvorschrift in der Tat anordnet, dass unter anderem § 80 Abs. 6 VwGO „entsprechend gilt“. Schon das Wort „entsprechend“ zeigt, dass unter (freilich weiter zu begründenden) Umständen keine „starre“ und „pauschale“ 1:1-Übertragung auf Verwaltungsakte mit Doppelwirkung im Sinne des § 80a VwGO in Betracht kommt; vielmehr zu prüfen ist, ob

76 S. dazu auch oben bei Fn. 70 sowie unten bei Fn. 95 und Fn. 126.

77 Näher dazu unten bei Fn. 119 ff.

und gegebenenfalls mit welchen Modifikationen eine Anwendung des § 80 Abs. 6 VwGO im Rahmen dreipoliger Rechtsbeziehungen erfolgen soll.

Zweitens: Welche der nach dem Wortlaut denkbaren Sichtweisen entspricht eher der ratio der Norm? Im Zivilrecht insbesondere: Welche der von dem Merkmal im Sachverhalt betroffenen Personen profitiert von der jeweiligen Auffassung (enge bzw. weite Auslegung), und was spricht jeweils für und gegen die Schutzwürdigkeit der betreffenden Person?<sup>78</sup> Bei zwei Personen hat man somit allein durch dieses Vorgehen viermal die Chance, ein solches Wertungssargument zu finden.

Eine weitere Möglichkeit, Argumente zu finden, besteht darin, Schwächen erwähnter Argumente offenzulegen. Damit hat man, ohne „kreativ“ sein zu müssen, Gegenargumente gefunden. Außerdem zeigt man dadurch ein erhöhtes Argumentationsniveau. Denn die Schwäche eines Arguments zu finden und zu beschreiben, ist in der Regel ein anspruchsvoller Vorgang und verdient daher für sich genommen in der Regel besondere Anerkennung. Dabei fällt gerade dies manchen leichter: Bei ihnen liegt die Begabung eher in diesem „analytisch-destruktiven“ Bereich als im „kreativen“.

*Beispiel:* Hinsichtlich der Verweisungsvorschrift des § 80a Abs. 3 S. 2 VwGO steht einer Annahme als Rechtsgrundverweis bereits entgegen, dass es bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung keine Abgaben- und Kostenbescheide gibt – oder dies allenfalls in einem zu vernachlässigenden Umfange. Eine Auslegung aber, die bei Einschluss des Rechtsgrundes der in Bezug genommenen Vorschrift dazu führt, dass die Verweisungsvorschrift praktisch leerlaufen würde, ist natürlich längst nicht mehr *lege artis*. Eine vom Gesetzgeber realiter vorgenommene Verweisung muss so ausgelegt werden, dass sie mit Leben und Sinn erfüllt ist. Denn „Unsinniges ordnet der Gesetzgeber nicht an“.<sup>79</sup>

Gegen ein Redaktionsversehen spricht im Lichte des Art. 20 Abs. 3 GG schon grundsätzlich, dass ein Rechtsanwender gesetztes Recht nicht einfach missachten darf. Auf derartige Schwächen der einzelnen Auslegungsvarianten sollte ein Kandidat im Rahmen einer Examensklausur durchaus kommen können.

Schon schwieriger ist die Erkenntnis, dass *Sinn und Zweck* des § 80 Abs. 6 VwGO in direkter Anwendung, also im Rahmen zweipoliger Rechtsbeziehungen (Bürger-Staat-Verhältnis) – konkret: „Stärkung der verwaltungsinternen Kontrolle“ (in Bezug auf Nachbarpositionen) sowie „Entlastung der Gerichte“ (Drittanfechtende gibt es stets sehr viele) – auch für Verwaltungsakte mit Doppelwirkung im Sinne des § 80a VwGO passen, so dass für die – ja existente – Verweisung die Auslegung als (nicht leerlaufende) Rechtsfolgenverweisung jedenfalls in einer ersten Analyse näher liegt.

78 Ausführlich und mit zahlreichen Beispielen dazu *Kuhn*, in: JURA 2018, S. 1069.

79 OVG Lüneburg BauR 2004, S. 1596 = NVwZ-RR 2005, S. 69 f. = *Schoch*, in: JK 3/05, VwGO § 80a/5; grundlegend und sehr fundiert *Heberlein*, in: BayVBl. 1991, S. 396 (397) und 1993, S. 743; zu grob zusammenfassend *Herbolsheimer*, in: JuS 2025, S. 125 (128); *Vogelsang/Rasidovic*, in: JA 2024, S. 51 (57 f.).

Für Entlastung sollte hier auch Folgendes sorgen: In der Klausur genügt es in aller Regel auch für eine richtig gute Bewertung, an einer solchen Stelle insgesamt ein bis zwei Argumente zu finden – sei es gestützt auf die Wortlautanalyse oder die Wertungsanalyse.

Besonders erwähnenswert: In wirklich jeder Klausur berichten die Korrektoren, dass an Stellen, an denen argumentiert wird, oftmals keine Argumente für die Gegenposition genannt werden, obwohl es solche jeweils gab und diese nicht allzu schwer zu finden waren. Typisch ist somit folgendes Bild: Ein nicht unerheblicher Teil der Bearbeitungen findet an den betreffenden Stellen nur die Pro-Argumente, ein weiterer nicht unerheblicher Teil nur die Contra-Argumente. Es erscheint nahezu ausgeschlossen, dass in all diesen Arbeiten, in denen nur einseitig argumentiert wird, zwar auch Argumente für die Gegenposition gesucht, aber nicht gefunden wurden. Vielmehr liegt sehr nahe, dass oftmals schon gar nicht danach gesucht wurde. Entsprechende Nachfragen dazu in individuellen Klausuranalysen für Examskandidaten an der Universität Passau<sup>80</sup> bestätigen diese These sehr deutlich.

Ein Beispiel hierzu aus der EJS:<sup>81</sup> In der Klausur ging es um darum, den Ort zu bestimmen, an dem der Verkäufer eine Mängelbeseitigung (§§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB) vorzunehmen hatte. Ein erheblicher Teil der Bearbeitungen hat hier mehrere auswendig gelernte Meinungen referiert, ohne überhaupt zu überlegen, ob es eine Vorschrift gibt, die sich mit dieser Frage beschäftigt. Eine weitere Gruppe hat § 269 BGB behutsam geprüft und kam dabei nur zu ein bis zwei Vorschlägen, die sich mit den „etablierten“ Meinungen gedeckt haben oder auch nicht. Die Bearbeitungen der zweiten Gruppe habe ich deutlich besser bewertet als diejenigen der ersten Gruppe. Mit Blick auf Art. 20 Abs. 3 GG wurde es als sehr negativ empfunden, dass diese Bearbeitungen gar kein Problem damit hatten, Standpunkte zu präsentieren, ohne sich dafür zu interessieren, ob das Gesetz zu der betreffenden Frage eine Vorschrift enthält. Eine solche Haltung ist umso bemerkenswerter, als es sich um eine Vorschrift handelte, die diesen Bearbeitern höchstwahrscheinlich bekannt war. Aber auch wenn es nicht so gewesen sein sollte: Warum kommt dann nicht wenigstens eine Äußerung wie „Eine Vorschrift zu dieser Frage ist nicht ersichtlich. Daher wird hier...“?

Besondere Sensibilität ist an der Wortlautgrenze gefordert. Wegen deren enormer Bedeutung (Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung; Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht, Art. 20 Abs. 3 GG; ggf. sogar Unzulässigkeit einer Analogie, etwa im Strafrecht zu Lasten des Täters, s. Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB) ist Problembewusstsein in diesem Bereich ein gewichtiges Bewertungskriterium.

<sup>80</sup> Näher zu diesem Angebot Kramer/Hettich, in: ZDRW 2015, S. 286 ff.; Brüderlin/Hinrichsmeyer/Eckl/Hinz, in: ZDRW 2024, S. 138 ff.

<sup>81</sup> EJS 2018-I-2.

Ist die Wortlautgrenze überschritten, sollte bekannt sein, wie eine zulässige Rechtsfortbildung (Analogie, teleologische Reduktion<sup>82</sup>)<sup>83</sup> *allgemein* zu prüfen ist.<sup>84</sup> Geht es um eine weniger bekannte Rechtsfortbildung, so finden sich im Sachverhalt typischerweise entsprechende Äußerungen, etwa dass eine Vorschrift analog anzuwenden sei<sup>85</sup> oder ihr Rechtsgedanke in der betreffenden Situation Berücksichtigung finden müsse.

Mitunter lässt sich nicht so sicher entscheiden, ob die Wortlautgrenze überschritten ist. Die Frage kann in der Klausur aber offengelassen werden, wenn – unterstellt, die Wortlautgrenze ist überschritten – die Voraussetzungen für die Rechtsfortbildung vorliegen.

*Ein Beispiel zur Analogie:* Analoge Anwendung (bzw., da es um die Erstreckung der Rechtsfolge geht, ggf. eher: „teleologische Extension“)<sup>86</sup> der Anfechtungsregeln der §§ 2281 ff. BGB *nicht auf alle wechselbezüglichen Verfügungen* (§ 2270 BGB) im gemeinschaftlichen Testament, sondern *nur auf die bindend gewordenen* (§ 2271 Abs. 2 Hs. 1 BGB: „Das Recht zum Widerruf...erlischt...“):

In Klausurbearbeitungen wird die Einschränkung dieser Analogie *auf die bindend gewordenen* wechselbezüglichen Verfügungen oft übersehen. Auch hier geht es weniger um „nicht genau genug gelernt“ als vielmehr um „nicht verstanden“: Die für eine Analogie nötige vergleichbare Interessenlage zu den vertragsmäßigen Verfügungen im Erbvertrag (und damit auch zu der dort vorgesehenen Möglichkeit der Anfechtung nach §§ 2281 ff. BGB) besteht ja nur dann, wenn der Erblasser an seine Verfügung gebunden ist, sie also nicht mehr widerrufen kann. Wer sich also falsch gemerkt hat, dass die §§ 2281 ff. BGB auf alle wechselbezüglichen Verfügungen anwendbar seien, hat sich offenbar gar nicht mit den Argumenten für diese Analogie beschäftigt – und kann daher die erforderliche Begründung für die Analogie in der Klausur auch nicht liefern. Bei wechselbezüglichen Verfügungen, die noch widerrufen werden können (weil der andere Ehegatte noch lebt, s. erneut § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB), besteht überhaupt kein Bedürfnis dafür, sie (analog §§ 2281 ff. BGB, also unter den dort genannten Hürden) anfechten zu können.

82 Für die teleologische Reduktion (Nichtanwendung der Norm trotz Vorliegen ihrer Voraussetzungen) mag man zweifeln, ob die Beschreibung „Überschreitung der Wortlautgrenze“ passt. Immerhin wird aber auch bei ihr – nicht anders als bei der Analogie – vom Wortlaut abgewichen.

83 Für Erweiterungen auf Rechtsfolgenseite ist mitunter (aber eben nicht einheitlich) von teleologischer Extension die Rede. S. etwa *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8 Rn. 29 ff.; *Bartels*, in: *JZ* 2024, S. 478 (485, bei Fn. 120).

84 *Scheuch/Becker*, in: *JuS* 2025, S. 897 ff.; mit Beispielen aus Original-Examensklausuren *Kuhn*, in: *JuS* 2016, S. 104 ff.

85 EJS 1999-II-3; auch dazu *Kuhn*, in: *JuS* 2016, S. 104 ff.

86 S.o. Fn. 83.

## IV. Verständige Arbeit mit dem Gesetzestext im Übrigen<sup>87</sup>

### 1. Erkennen von möglichen Gegenschlüssen

*Beispiele:*

(1) Das Vertragsrecht ist grundsätzlich dispositiv: (hier: sicherer) Gegenschluss etwa aus §§ 276 Abs. 3, §§ 307-309, 311b Abs. 3, 312m, 327h, 327s, 444, 476 Abs. 1 S. 2, 536 Abs. 4, 536d BGB, zudem aus zahlreichen letzten Absätzen in §§ 549-577a BGB, z.B. §§ 553 Abs. 3, 554 Abs. 2, 573 Abs. 4 BGB; § 639 BGB

(2) Schweigen bedeutet grundsätzlich weder „ja“ noch „nein“: (Sicherer) Gegenschluss...

...im BGB etwa aus §§ 108 Abs. 2 S. 2 („nein“), 177 Abs. 2 S. 2 („nein“), 416 Abs. 1 S. 2 („ja“), 516 Abs. 2 S. 2 („ja“) BGB

...im HGB aus § 362 Abs. 1 HGB (und den zuvor erwähnten BGB-Normen, Art. 2 EGHGB)<sup>88</sup>

... in der ZPO aus §§ 39 S. 1, 91a Abs. 1 S. 2, 138 Abs. 3, 267, 331 Abs. 1 S. 1 ZPO (jeweils „ja“)

(3) Grundsätzlich gibt es keinen gutgläubigen Forderungserwerb: (Sicherer) Gegenschluss aus §§ 405, 2366f. BGB (aber auch schon direkt ablesbar aus §§ 398 S. 1, 404 BGB).

Grund: In der Regel fehlt bei Forderungen ein Rechtsscheinsträger. Im Falle von § 405 BGB (Urkunde) und §§ 2366f. BGB (Erbschein) ist ein solcher ausnahmsweise doch vorhanden.

(4) Vorschussanspruch des Mieters, der gemäß § 536a Abs. 2 BGB ein Recht zur eigenmächtigen Mängelbeseitigung hat, in Analogie unter anderem zu §§ 475 Abs. 4, 637 Abs. 3, 669 BGB? Oder Gegenschluss, zumal im Kaufrecht der Vorschussanspruch nur beim Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB) vorgesehen ist, nicht im allgemeinen Kaufrecht?

Ein Meinungsstreit muss zur Beantwortung dieser Frage nicht bekannt sein. Vielmehr genügt es allgemein zu wissen, wie man eine Analogie prüft. Damit wird zugleich deutlich, dass ein Gegenschluss grundsätzlich eine Alternative sein kann: Ist die Regelungslücke nicht planwidrig (versehentlich), dann ist das Fehlen eines Vorschussanspruchs für den Mieter bei der eigenmächtigen Mängelbeseitigung eine bewusste Entscheidung: Dann Gegenschluss aus der Existenz von Vorschussansprüchen an anderen Stellen im BGB.

87 S. zu diesem Thema auch *Lange*, Jurastudium erfolgreich, 6. Kapitel unter II.

88 Zum Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben s.u. V.3. (S. 147f.).

## 2. Prinzipien

Auch Prinzipien lassen sich oftmals aus Normen ableiten. Soweit dies möglich ist, sollte dies in der Klausur dann auch geschehen. Enthält eine Norm eine konkrete Ausprägung eines Grundsatzes, so sollte sie bei Einschlägigkeit ohnehin schlicht angewendet werden; ein Hinweis auf den in ihr enthaltenen Grundsatz ist entbehrlich und kann jedenfalls die Anwendung der Norm nicht ersetzen. *Beispiele:*

- (1) EJS:<sup>89</sup> Dass ein Arbeitnehmer ohne Arbeit grundsätzlich kein Gehalt bekommt, folgt nicht aus einem (gewohnheitsrechtlichen?) Prinzip „Ohne Arbeit kein Lohn“, sondern aus § 614 S. 1 BGB, wegen des Fixschuldcharakters auch aus § 326 Abs. 1 S. 1 BGB.
- (2) EJS:<sup>90</sup> Dass die Hypothek mit der Forderung auf den neuen Gläubiger übergeht, wurde von vielen aus der Akzessorietät der Hypothek abgeleitet; eine Norm wurde oft nicht zitiert. Besser wäre es, einfach § 1153 Abs. 1 BGB (und/oder den insoweit inhaltsgleichen § 401 Abs. 1 BGB, ggf. i.V.m. § 412 BGB) zu zitieren; ein Hinweis darauf, dass darin die Akzessorietät zum Ausdruck kommt, ist entbehrlich.

Oftmals ist in den Klausurbearbeitungen überdies von *strenger* Akzessorietät die Rede. Angesichts von mehreren Ausnahmen von der Akzessorietät bei der Verkehrshypothek (insbesondere §§ 1138, 1141, 1156 BGB, anders insoweit nur die sog. Sicherungshypothek, s. § 1185 Abs. 2 BGB und das Wort „nur“ in § 1184 Abs. 1 BGB) ist das Attribut „streng“ falsch. Falsch wäre dieses Attribut auch im Zusammenhang mit der Akzessorietät der Bürgschaft, wie die Ausnahmen in §§ 767 Abs. 1 S. 3, 768 Abs. 2 BGB zu Gunsten des Bürgen zeigen.

- (3) EJS:<sup>91</sup> Dass bei der übereinstimmenden Erledigterklärung das Gericht nicht überprüft, ob wirklich ein erledigendes Ereignis vorliegt, wurde oftmals aus dem Verfügungsgrundsatz abgeleitet. Auch hier lässt sich diese konkrete Erkenntnis einfacher aus § 91a Abs. 1 S. 1 ZPO ablesen.
- (4) Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip ist nicht etwa zusätzlich zu den gesetzlichen Regelungen zu beachten, sondern kann ihnen direkt entnommen werden. Dass der Abschluss eines Kaufvertrags nicht zum Übergang des Eigentums führt, kann direkt aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB abgelesen werden. Dass ein Schenkungsvertrag auch causa für einen Vertrag i.S.d. §§ 780 f. BGB sein kann, lässt sich den §§ 518 Abs. 1 S. 2, 812 Abs. 2 Alt. 1 BGB entnehmen. Schlecht formuliert ist insoweit allerdings § 516 BGB („Eine Zuwendung ist Schenkung“ statt „Einer Zuwendung liegt ein Schenkungsvertrag zu grunde, wenn...“) und etwa auch § 1641 BGB („Schenkungen machen“).

89 EJS 2025-I-3.

90 EJS 2007-II-2.

91 EJS 2016-I-2.

(5) Dass sich ein Schädiger grundsätzlich auf rechtmäßiges Alternativverhalten berufen kann, sollte nicht einfach behauptet werden, sondern die Unterstützung dieser These aus dem Gesetz genutzt werden: § 284 a.E. BGB: „es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung nicht erreicht worden“; s. auch §§ 287 S. 2 a.E., 831 Abs. 1 S. 2 a.E., 832 Abs. 1 S. 2 a.E., 833 S. 2 a.E., 834 S. 2 a.E., 848 a.E. BGB.

Mitunter werden in Klausurbearbeitungen sogar Grundsätze verfehlt „gegen die Normen“ angewendet. *Beispiel:*

EJS:<sup>92</sup> Eine Prüfung des Verpflichtungsgeschäfts haben bei der Anwendung des § 181 BGB auf das Verfügungsgeschäft viele unter Hinweis auf das Trennungs- und Abstraktionsprinzip verneint, obwohl diese Prüfung nach der Ausnahme in § 181 a.E. BGB („es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht“) geboten war.

### 3. Rechtsgrund- und Rechtsfolgenverweisung

Wird auf eine andere Norm verwiesen, dann ist denkbar, dass sich die Verweisung auf die Rechtsfolge beschränkt oder dass die Voraussetzungen mit einbezogen sind, ggf. auch nur teilweise.

Lohnender als bei jeder einzelnen Verweisung zu lernen, worum es sich handelt, ist, sich klarzumachen, was *generell* dafür und dagegen spricht.

(1) Würden Voraussetzungen der Norm, auf die verwiesen wird, im Fall der Verweisung in der Regel nicht oder sogar nie vorliegen, so spricht dies gegen eine Verweisung auf diese Voraussetzungen.

Davon war oben bei der Verweisungsvorschrift des § 80a Abs. 3 VwGO auf § 80 Abs. 6 VwGO bereits die Rede.<sup>93</sup>

(2) Ferner ergibt eine Verweisung auf solche Voraussetzungen keinen Sinn (wäre aber andererseits auch nicht schädlich), die in der Situation der verweisenden Norm stets vorliegen.

### 4. Verhältnis von Normen und Normbereichen zueinander<sup>94</sup>

#### a) Sperrwirkungen

Es kommt vor, dass bestimmte Normen/Normbereiche andere Normen/Normbereiche sperren, so dass Letztere nicht anwendbar sind. Schwierigkeiten bereitet dies insbesondere deswegen, weil es auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung vorkommen kann. Geht es im Zivilrecht dabei um Ansprüche, so liegt darin zudem eine (begründungsbedürftige)<sup>95</sup> Ausnahme vom Grundsatz der Anspruchskonkur-

92 EJS 2006-I-1.

93 S. oben bei Fn. 79.

94 Wenn erlaubt: Kommentieren! Wichtiger dabei: die spezielle neben der allgemeinen Norm.

95 Zu Erkennen von Begründungsbedürftigkeit s. auch oben bei Fn. 70 und Fn. 76 und unten bei Fn. 126.

renz. Statt aber anzustreben, sich alle Fälle von Sperrwirkungen innerhalb des Examensstoffes zu merken, empfiehlt sich ein Blick auf die *generellen* Gründe für eine solche Sperrwirkung, die in allen Fällen die gleichen sind.<sup>96</sup> *Beispiele:*

(1) ZJS:<sup>97</sup> Im Öffentlichen Recht werden häufig die im Bundesstaat bestehenden grundlegenden kompetenziellen Sperrwirkungen relevant.

Ist etwa die im Verwaltungsverfahren mögliche Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts nach Art. 44 Abs. 5 BayVwVfG ein einfacherer und kostengünstigerer Weg, der vor Erhebung einer Nichtigkeitsklage nach § 43 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 VwGO zunächst zu versuchen ist, denn womöglich fehlte sonst das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage? – Nein! Der gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG für „das gerichtliche Verfahren“ kompetente Bundesgesetzgeber hat die Sachentscheidungsvoraussetzungen einer Nichtigkeitsfeststellungsklage in § 43 VwGO abschließend bestimmt (Art. 72 Abs. 1 GG!), woran der Landesgesetzgeber (BayVwVfG!) nichts ändern kann.

(2) ZJS:<sup>98</sup> Der von der Polizei eingesetzte private Abschleppunternehmer U beschädigt das zur Verwahrungsstelle verbrachte Fahrzeug des Bürgers. Haftet U dem Bürger nach § 823 BGB? – Nein! Die Polizei hat den privaten Unternehmer damit beauftragt, den Erfolg (Verwahrung des Fahrzeugs) herbeizuführen (§ 631 BGB). Als „Erfüllungsgehilfe im Eingriffsbereich“ ist ein derart herangezogener Privatunternehmer haftungsrechtlicher Beamter im Sinne des Art. 34 GG, für den der Staat haftet („keine Flucht ins Privatrecht“). Es besteht in diesem Zusammenhang zu U (auch) in deliktischer Hinsicht kein zivilrechtliches Rechtsverhältnis, so dass § 823 BGB nicht anwendbar ist. Dieses Ergebnis entspricht auch der in Art. 34 Satz 1 GG vorgesehenen Haf tungüberleitung auf den Staat.

#### b) Zusammenspiel von Normen im Übrigen

*Beispiele:*

(1) Nichtleistung: Viele bejahren eine Nichtleistung i.S.d. §§ 281, 286, 320, 323 BGB und übersehen dabei, dass diese Vorschriften dann, wenn Hintergrund der Nichtleistung ein Fall des § 275 Abs. 1 bis 3 BGB ist, nicht eingreifen.

Vielmehr sind diese Fälle von §§ 283, 311a Abs. 2, 326 BGB erfasst.<sup>99</sup>

Diesen Fehler kann man vermeiden, indem man<sup>100</sup> sich klarmacht, dass kein fälliger (und einredefreier)<sup>101</sup> Anspruch vorliegen kann, wie §§ 281, 286, 320, 323 BGB ihn voraussetzen, wenn ein Fall des § 275 Abs. 1, 2 oder 3 ein-

96 Näher dazu *Kuhn*, in: JURA 2013, S. 975.

97 ZJS 2008-II-9.

98 ZJS 2012-II-10, s. auch EJS 2022-II-5.

99 Zu den Folgen, wenn dies (wie verbreitet geschehen) nicht erkannt wird, s.o. bei Fn. 33.

100 Und/oder auch hier: Kommentieren, sofern erlaubt.

101 Näher unten bei Fn. 134.

greift (dann Einwendung, Abs. 1, oder Einrede,<sup>102</sup> Abs. 2 und 3, gegen den Anspruch).

(2) § 215 BGB als Ausnahme zu § 390 BGB und auch zu § 273 Abs. 1 und Abs. 2 BGB

## 5. Verständnis einzelner Normen

*Beispiele:*

(1) „Schuldverhältnis“ iSd § 397 BGB meint das Schuldverhältnis im engeren Sinne, also i.S.d. § 241 Abs. 1 BGB (=<sup>103</sup> § 194 Abs. 1 BGB). Es geht also nicht um die Auflösung/Aufhebung eines gesamten Vertrages (wie etwa in § 623 Hs. 1 Fall 2 BGB; s. auch § 311 Abs. 1 Fall 2 BGB: wohl noch vom Wortlaut als Fall der Veränderung erfasst). Dies ist aus dem Wortlaut ablesbar: „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erlässt.“

(2) EJS.<sup>104</sup> Viele haben nicht erkannt, dass § 1242 Abs. 1 S. 1 BGB keinen kompletten Übereignungstatbestand, sondern nur die Verfügungsbefugnis (des Pfandgläubigers) regelt. Der Wortlaut des § 1242 Abs. 1 S. 1 BGB ist aber klar genug: „Durch die rechtmäßige Veräußerung des Pfandes erlangt der Erwerber die gleichen Rechte, wie wenn er die Sache von dem Eigentümer erworben hätte.“ Die weiteren Voraussetzungen sind also aus § 929 S. 1 BGB (Einigung über den Eigentumsübergang; Übergabe) zu entnehmen.

(3) Rechtsfolge des § 2269 Abs. 1 BGB

EJS.<sup>105</sup> Viele lassen in ihrer Klausurbearbeitung die zu dieser Norm typischerweise auch in Lehrbüchern präsentierten Schlagwörter<sup>106</sup> „Berliner Testament“ sowie „Einheitslösung“ und „Trennungslösung“ fallen. Teilweise wird auch richtig vorgebracht, dass § 2269 BGB im Zweifel die Einheitslösung vorsieht. Es wird dann aber oft trotzdem nicht verstanden, was damit gemeint ist. Die Begriffe werden also von vielen gelernt (was für die Subsumtion aber entbehrlich ist). Dagegen sind viele nicht in der Lage, die Rechtsfolge dieser Vorschrift zu verstehen. Sie lautet: „so ist im Zweifel anzunehmen, dass der Dritte für den gesamten Nachlass als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt ist“. Gemeint ist: als Erbe *nur* des zuletzt versterbenden Ehegatten, also nicht auch des zuerst versterbenden, m.a.W.: Der Dritte ist im Zweifel nicht zugleich als Nacherbe<sup>107</sup> des zuerst versterbenden Ehegatten

<sup>102</sup> Näher zu dieser Unterscheidung noch unten bei Fn. 108 ff.

<sup>103</sup> Dazu oben bei Fn. 15.

<sup>104</sup> EJS 1999-II-1.

<sup>105</sup> EJS 1998-II-4.

<sup>106</sup> Zu Schlagwörtern als (Nicht-)Bestandteil des Lernstoffes noch unten bei Fn. 136.

<sup>107</sup> § 2100 BGB: „Der Erblasser kann einen Erben in der Weise einsetzen, dass dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist (Nacherbe).“

anzusehen. Aussage des § 2269 Abs. 1 BGB ist also: im Zweifel keine Vor-Nacherbschaft.

## 6. Gesetzliche Begriffe mit hoher Bedeutung für eine (klausurrelevante) Strukturierung des Stoffes

*Beispiel:* Unterscheidung von Einwendungen und Einreden

Einwendungen und Einreden sind Gegenrechte des Schuldners gegen Ansprüche. Liegt eine Einwendung vor, dann ist der Anspruch (trotz Vorliegens seiner Voraussetzungen) entweder nicht entstanden („rechtshindernde Einwendung“) oder er ist wieder erloschen („rechtsvernichtende Einwendung“). Es geht also jeweils um das Bestehen des Anspruchs. Bei einer Einrede dagegen besteht der Anspruch, er ist nur nicht durchsetzbar. Im Gesetz werden die Einreden entweder als solche bezeichnet, und/oder die Rechtsfolge lautet, dass der Schuldner die Leistung verweigern darf.<sup>108</sup>

Nicht mehr als dieses Grundwissen, worin sich eine Einwendung von einer Einrede unterscheidet, war nötig, um in einer Examensklausur<sup>109</sup> auf die Frage zu stoßen, ob § 770 Abs. 1 BGB (eine Einrede des Bürgen, s. Überschrift und die Formulierung „kann verweigern“) analog anwendbar ist, wenn dem Hauptschuldner ein Rücktrittsrecht zusteht, das dieser noch nicht ausgeübt hat. Über die Hälfte der Bearbeitungen hat dies aber nicht geschafft. Einige haben § 767 Abs. 1 S. 1 BGB angewendet („Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend.“). Ist der Hauptschuldner noch nicht zurückgetreten, ändert sich aber am Bestand der Hauptverbindlichkeit nichts. Einige Bearbeitungen haben dann entgegen dem Sachverhalt eine Rücktrittserklärung angenommen bzw. gemeint, sie dürften sich eine solche hinzudenken.<sup>110</sup>

Andere Bearbeitungen haben einen Fall des § 768 Abs. 1 S. 1 BGB bejaht: „Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen.“ Der Hauptschuldner kann aber die Leistung nicht mit dem Argument verweigern, dass er zurücktreten *kann*. (Eine solche Einrede steht ja auch nirgends im Gesetz.) Vielmehr muss er den Rücktritt erklären und hat dann eben eine Einwendung (der Primäranspruch erlischt; notwendige Folge aus § 346 Abs. 1 BGB).

Passen somit § 767 Abs. 1 S. 1 BGB und § 768 Abs. 1 S. 1 BGB nicht, was beides mit Grundverständnis erkennbar ist, fällt der Blick auf § 770 BGB (in § 769 BGB geht es dagegen um die Mitbürgschaft). Nach § 770 Abs. 1 BGB (in der Überschrift steht das Wort „Einreden“, auch daher lohnt sich ein näherer Blick) kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner ein Anfechtungsrecht zusteht. Die Vorschrift zu finden, ist bereits zu honorieren. Fest-

<sup>108</sup> Einige Ausnahme im BGB, soweit ersichtlich; § 986 Abs. Abs. 1 S. 1 BGB (Einwendung trotz Wortlaut „kann verweigern“) – wohl weil ein Recht zum Besitz dem Herausgabeanspruch so zentral entgegensteht.

<sup>109</sup> EJS 1995-II-2.

<sup>110</sup> S. auch den oben bei Fn. 26 geschilderten Fall des nur genehmigungsbereiten Eigentümers.

zustellen, dass sie insoweit passen würde, als es dort ebenfalls um ein nicht ausgeübtes Gestaltungsrecht des Hauptschuldners geht, nur nicht um das Rücktrittsrecht, sondern eben um das Anfechtungsrecht, führt zu weiteren Punkten. Ist man so weit gekommen, dann hat sich die Tür zu der Anschlussfrage bereits geöffnet: Kommt angesichts der Ähnlichkeit der Situation eine Analogie in Frage? Nun muss man nur noch allgemein die Voraussetzungen einer Analogie kennen (mit der Ähnlichkeit der Interessenlage ist bereits eine dieser Voraussetzungen angesprochen).<sup>111</sup> Bereits die Formulierung dieser Frage sichert weitere Punkte. Ihre Beantwortung mit „ja“ liegt dann auch auf der Hand: In den für die ratio der Norm entscheidenden Aspekten (der Bürge soll keinen Nachteil davon haben, wenn der Hauptschuldner ein Gestaltungsrecht ausüben kann, aber nicht ausübt, das zum Erlöschen des Anspruchs führt) liegen die Fälle gleich; warum dies eine bewusste Entscheidung sein könnte, ist nicht ersichtlich. Wer sich im Gesellschaftsrecht auskennt, kann zusätzlich mit den jungen Vorschriften § 721b Abs. 2 BGB und § 128 Abs. 2 HGB argumentieren (und dafür falls erlaubt, eine Kommentierung dieser Vorschriften bei § 770 BGB anbringen), in denen die Erweiterung auf alle Gestaltungsrechte bereits vorgenommen wurde. Dabei kann dann zugleich dargelegt werden, dass wegen der Verallgemeinerungsfähigkeit des Gedankens auf das Bürgschaftsrecht nicht etwa umgekehrt ein Gegenschluss in Frage kommt.

## 7. Strukturen (hinter denen oftmals auch Wertungen stecken)

- (1) Parallele Akzessorietätsvorschriften (Bürgschaft, Hypothek, Pfandrecht – zum Teil gleicher Inhalt verschieden formuliert, s. etwa § 767 Abs. 1 S. 1 BGB („der jeweilige Bestand“) gegenüber § 1163 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB und §§ 1210, 1252 BGB)
- (2) Rückgewährschuldverhältnisse<sup>112</sup>
- (3) Entstehungsgrund für eine Einrede<sup>113</sup> ist oftmals ein Gegenanspruch.

S. etwa §§ 273 Abs. 1, Abs. 2, 320, 1000 BGB (Einreden) und § 389 BGB (Einwendung).

EJS:<sup>114</sup> Gefragt war nach Verteidigungsmöglichkeiten gegen einen eingeklagten Anspruch. Nachdem viele eine (Prozess-)Aufrechnung zu Recht abgelehnt hatten, weil der gefundene Gegenanspruch nicht gleichartig war, prüften sie im Anschluss nicht mehr, ob gestützt auf diesen Anspruch nicht noch eine Einrede in Betracht kam (was der Fall war!).

Mitunter können die Gegenansprüche nicht aktiv verfolgt werden, sondern nur im Rahmen der Einrede genutzt werden (§§ 255, 368, 1144 BGB).

111 Dazu auch schon oben bei Fn. 84 ff.

112 Dazu bereits oben III.2. (S. 121).

113 Näher zu Einreden oben bei Fn. 108 ff.

114 EJS 2018-I-2.

Dauernde Einreden können selbst Grundlage für die Entstehung eines Gegenanspruchs sein, s. §§ 813, 866, 1169, 1254 BGB.

(4) Aufhebung begünstigender Verwaltungsakte: Vertrauensschutz (Art. 48-50 BayVwVfG, § 21 BImSchG, § 12 BeamtStG).

## 8. Das Gesetz prägende Wertungen<sup>115</sup>

*Beispiele:*

- (1) Das BGB macht es einem schwerer, auf künftige Positionen zu verzichten (denn dabei wird die Bedeutung des Vermögensverlustes oftmals unterschätzt) als auf gegenwärtige: § 276 Abs. 3 BGB; § 311b Abs. 2 BGB im Vergleich zu Abs. 3; § 476 Abs. 1 S. 1 BGB; § 518 Abs. 1 S. 1 BGB im Vergleich zu Abs. 2; wie § 518 Abs. 2 BGB: § 516 BGB; § 1614 Abs. 1 BGB.
- (2) Schutzwürdigkeit unentgeltlich Handelnder; Abwertung der Schutzwürdigkeit unentgeltlich Empfangender – s. insbesondere §§ 598 ff., 516 ff., 680, 690, 816 Abs. 1 S. 2, 822, 988, 1375 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 1390 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2113 Abs. 2, 2287, 2325 ff. BGB.
- (3) Besondere Sanktionierung vorsätzlichen Verhaltens – s. etwa das Vorsatzerfordernis als Regelfall für Straftaten (§ 15 StGB); aus dem BGB: § 123 BGB; § 273 Abs. 2 a.E. BGB („es sei denn“); § 393 BGB; § 687 Abs. 2 BGB (Kenntnis); § 819 Abs. 1 BGB (Kenntnis); § 821 BGB; § 853 BGB; § 823 Abs. 2 BGB iVm Vorsatzstrafat; § 826 BGB; § 1000 S. 2 BGB.
- (4) Bei einseitigen Rechtsgeschäften vermeidet das BGB in der Regel Schwebezustände, s. etwa §§ 111, 174, 180, 388 S. 2, 1367, 1947 BGB. Daher ist § 388 S. 2 BGB auch auf andere Gestaltungsrechte als die Aufrechnung analog anwendbar.

In Klausuren werden zu einseitigen Rechtsgeschäften insbesondere §§ 111, 180, 1367 BGB oftmals schon deswegen nicht gefunden, weil stattdessen fälschlich §§ 108, 177, 1366 BGB angewendet werden und dort jeweils die Voraussetzung „Vertrag“ überlesen wird.<sup>116</sup>

## 9. Unterschiedliche rechtliche Zusammenhänge des gleichen Instituts

*Beispiel: Versteigerungen von beweglichen Sachen*

Wenn im Sachverhalt von der Versteigerung einer beweglichen Sache die Rede ist, kann dies ganz unterschiedliche Gründe haben: Zwangsvollstreckung in eine bewegliche Sache, §§ 803 ff., 808 ff., 814 ff. ZPO; Verwertung eines Pfandes, §§ 1235 ff., 1242 ff. BGB; Selbsthilfeverkauf des Schuldners bei Annahmeverzug des Gläubigers (§ 383 BGB, im Falle von Kauf und Werklieferungsvertrag unter

<sup>115</sup> Zu Gerechtigkeit als Thema unter dem Aspekt der Motivation der Lernenden Bleckmann, in: Griebel (Hrsg.), S. 97 (123 ff.).

<sup>116</sup> Zur genauen Arbeit mit dem Gesetzestext s. bereits oben III.3.e) (S. 129).

Beteiligung mindestens eines Kaufmanns, § 345 HGB, zudem speziell § 373 Abs. 2 bis Abs. 5 HGB, ggf. i.V.m. § 381 Abs. 2 HGB).

EJS:<sup>117</sup> Viele erkannten nicht, dass die im Zentrum der Aufgabenstellung stehende Versteigerung eine solche im Rahmen eines Selbsthilfeverkaufs wegen Annahmeverzugs des Bestellers im Rahmen eines Werklieferungsvertrags war. Sie prüften fälschlich eine Versteigerung wegen Werkunternehmerpfandrechts, §§ 647, 1257, 1235 ff., 1242 BGB.

Die Unterscheidung zwischen Werkvertrag und Werklieferungsvertrag mag nicht so sehr ins Auge gesprungen sein. Die auf das Werkunternehmerpfandrecht gestützten Versteigerung ließ sich aber nur unter Verstoß gegen den Wortlaut des § 647 BGB („Sachen des Bestellers“) und zusätzlich mit dem grundlegenden Verständnisfehler annehmen, dass der Unternehmer seine eigene (an den Besteller ja noch nicht übereignete) Sache versteigerte. Auch unter § 1242 Abs. 1 S. 1 BGB (Fügungsbefugnis des Pfandgläubigers trotz fehlenden Eigentums) lässt sich damit eigentlich gar nicht subsumieren.

## V. Verbleibender Lernstoff

Vorab: Problem ist hier oft auch die Gestaltung von Lehrbüchern, deren Inhalt oftmals zum großen Teil die Wiedergabe von Streitständen ist. Dabei wird zudem zumindest für weniger erfahrene Leser meist nicht hinreichend deutlich, wo die Wiedergabe des Gesetzestextes endet und wo seine Interpretation, insbesondere durch dazu referierte Auffassungen, beginnt.<sup>118</sup>

### 1. Detailwissen zu Vorschriften

#### a) Definitionen?<sup>119</sup>

Ganz in der Regel müssen (zumindest im Zivilrecht – für das Öffentliche Recht<sup>120</sup> und vor allem für das Strafrecht lässt sich dies weniger sagen) Definitionen zu einzelnen Voraussetzungen in der Klausur schon gar nicht erwähnt werden. Zu subsumieren ist in der Regel also direkt unter den Gesetzeswortlaut. Dies behutsam zu tun ist ausreichend: Analyse des natürlichen Wortsinns des Merkmals<sup>121</sup>

117 EJS 2000-II.

118 S. zur Gestaltung von Lehrbüchern auch *Brüderlin/Hinrichsmeyer/Eckl/Hinz*, in: ZDRW 2024, S. 138 (145); *Griebel*, in: Griebel/Gröblinghoff (Hrsg.), S. 127 (135 f.); *Kuhn*, in: Griebel (Hrsg.), S. 9 (26 ff.).

119 S. hierzu auch *Lüdeking/Samari*, in: ZfPW 2022, S. 425 (mit dem Titel „Subsumtion ohne Definition“); *Kuhn*, in: JURA 2023, S. 1233.

120 Vgl. nur die unterschiedlichen Gefahrenbegriffe oder die Abgrenzung und Definitionen von Putativgefahr – Anscheingefahr – Gefahrenverdacht oder die stets notwendige Klärung bestimmter nicht exakt geregelter Rechtsfiguren („Zweckveranlasser“, „wiederholende Verfügung“ und „Zweitbescheid“ u.v.m.) oder bestimmter praktizierter Theorien (z.B. „Kehrseitentheorie“, „Theorie des modifizierten Privateigentums“) und Formeln („Heck’sche Formel“, „Schumann’sche Formel“, „Neue Formel“, „Plaumann-Formel“ usw.).

121 S. etwa auch BGH NJW 2023, S. 1064 Rn. 13: „Nach allgemeinem Sprachgebrauch, der grundsätzlich auch das Verständnis von Gesetzesbestimmungen prägt,...“. S. dazu auch *Thoma*, in: JURA 2023, S. 301 (Teil 1) und S. 431 (Teil 2).

(vor dem Hintergrund der ratio der Norm) und zugleich Interesse für die hierzu relevanten Einzelheiten des Sachverhalts<sup>122</sup> – einschließlich dort eventuell zu finnender Hilfen.<sup>123</sup> Dies sollte auch dann mit großer Sorgfalt geschehen, wenn eine Definition bekannt ist. Denn auf diese Weise lassen sich auch Unzulänglichkeiten von Definitionen aufdecken. Diese Unzulänglichkeiten in der Klausur zu erwähnen wäre als Zeichen von Problembewusstsein positiv zu würdigen.

*Beispiele:*

- (1) Für das Verständnis von Sittenwidrigkeit erscheint die Suche nach dem natürlichen Wortsinn kaum weniger geeignet als die Verwendung der Formel „das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“<sup>124</sup>.
- (2) Beim Nachweismakler geht die Definition<sup>125</sup> („Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags (Hauptvertrag) durch Benennung eines Interessenten, wodurch der Kunde in die Lage versetzt wird, in konkrete Verhandlungen über den von ihm angestrebten Hauptvertrag einzutreten“) kaum über das hinaus, was der natürliche Wortsinn des Gesetzestextes ergibt („Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags“); sie zu lernen lohnt sich nicht, und bei der Bewertung der Klausur wird sie nicht vermisst werden.
- (3) Auch eine Definition für „notwendig“ im Zusammenhang mit einer Verwendung (§ 994 BGB) erscheint in der Klausur entbehrlich.
- (4) Gleiches gilt für die grobe Fahrlässigkeit. Der natürliche Wortsinn von „grob“ sagt – in Verbindung mit der Legaldefinition für Fahrlässigkeit in § 276 Abs. 2 BGB – eigentlich alles Nötige.

Wenn eine Definition gleichwohl erforderlich erscheint, dann sollte beim Bewerten der Klausur ihr sachlicher Kern ausreichend sein, zumal ja jede nicht zwingende oder vorgegebene Definition jedenfalls in ihrer Formulierung angreifbar und in ihrer sachlichen Reichweite zumindest an den Rändern unscharf ist.

Einfach dem Gesetz zu entnehmen sind Legaldefinitionen. Sie sind zum Teil leicht (§§ 2, 3, 4 ProdHaftG; § 11f. StGB), zum Teil eher schwer zu finden (etwa: „Fiananzdienstleistungen“ in § 312 Abs. 5 BGB). Notfalls hilft aber das Sachverzeichnis, zumal wenn Kommentierungen nicht erlaubt sind. In Klausurbearbeitungen werden solche Definitionen oftmals verwendet, ohne erkennen zu lassen, dass sie im Gesetz stehen (etwa: „unverzüglich“ in § 377 HGB, legaldefiniert in § 121 Abs. 1 S. 1 BGB).

Jedenfalls im Zivilrecht kommt man in der Examensvorbereitung weitgehend ohne das Lernen von Definitionen aus. Die meisten dieser wenigen (etwa „Leistung“ im

122 S.o. bei Fn. 74 ff.

123 S.o. bei Fn. 30 ff.

124 RGZ 80, 221; BGH NJW 2004, S. 2668 (2670).

125 Etwa BGHZ 161, 349 (355).

Sinne des Bereicherungsrechts oder „Fähigung“) werden sich allein schon durch Übung eingeprägt haben.

Oftmals lassen sich Definitionen zumindest teilweise erschließen. Dies sollte dann unbedingt erwähnt werden; immerhin sind im Gesetz nicht zu findende Definitionen ja auch bloße Behauptungen, dass das entsprechende Merkmal auf diese Weise zu verstehen sei.<sup>126</sup>

*Beispiele:*

Abhandenkommen, § 935 Abs. 1 BGB („unfreiwilliger Verlust des unmittelbaren Besitzes“): Diese Definition lässt sich gänzlich aus dem natürlichen Wortsinn, den in Abs. 1 S. 1 genannten Beispielen und aus Abs. 1 S. 2 erschließen.

Höhere Gewalt, § 7 Abs. 2 StVG: Dieser Begriff muss enger sein als derjenige des unabwendbaren Ereignisses, der in § 17 Abs. 3 S. 2 StVG legaldefiniert ist. Denn bei Letzterem geht es auf Geschädigtenseite speziell um die offensichtlich weniger schutzwürdigen Kfz-Halter (und -Fahrer, s. § 18 Abs. 3 StVG). Hinzukommen muss, dass das Ereignis von außen einwirkt (jedenfalls dies legt der Wortlaut zumindest nahe) und außergewöhnlich ist.

**b) Streitstände?**

Wie oben unter III.3.f) (S. 129 ff.) dargelegt, ist die Kenntnis etablierter Streitstände oftmals ganz entbehrlich. Jedenfalls wird deren Bedeutung in der Examensvorbereitung massiv überschätzt. Hier lässt sich der Lernstoff ganz erheblich reduzieren.

**c) Sonstiges**

Nicht selten zeigt sich, dass – gerade auch in Lehrbüchern ausgebreitete – Details zu bestimmten Vorschriften dem Wortlaut schon selbst entnommen werden können oder durch dessen Interpretation zumindest naheliegen.

*Beispiel 1: § 830 Abs. 1 S. 2 BGB<sup>127</sup>*

Voraussetzungen der Haftung nach § 830 Abs. 1 S. 2 BGB:<sup>128</sup>

- 1) Die Kausalität ist bei jedem der Beteiligten möglich, aber bei keinem der Beteiligten nachweisbar.

Diese Voraussetzung lässt sich dem Wortlaut entnehmen: „wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden verursacht hat“.

126 Zum Erkennen von Begründungsbedürftigkeit s. auch schon oben bei Fn. 70, 76, 95.

127 § 830 Abs. 1 BGB: <sup>1</sup>Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. <sup>2</sup>Das Gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat.

128 Vgl. MünchKomm-BGB/Wagner, 9. Aufl., § 830 Rn. 62–64. Zum Wortlaut dieser Vorschrift s. Fn. 127.

Neben der Möglichkeit der Kausalität ist nicht zusätzlich nötig, dass eine spezifische Verbindung unter den Beteiligten (etwa: eine subjektive Beziehung oder objektiv eine räumliche und/oder zeitliche Nähe) besteht.<sup>129</sup>

Auch dies muss nicht gelernt werden. Abs. 1 S. 1 verlangt nämlich eine gemeinschaftliche Begehung, während Abs. 1 S. 2 mehrere Beteiligte ausreichend lässt.

- 2) (Mindestens) einer der Beteiligten hat den Schaden verursacht.

Auch diese Voraussetzung folgt aus dem Wortlaut: „wer von mehreren Beteiligten den Schaden verursacht hat“

- 3) Abgesehen von dem Kausalitätsproblem liegt bei jedem Beteiligten ein anspruchsgrundendes Verhalten (sicher) vor.

S. erneut den Wortlaut, der nur den fehlenden Kausalitätsnachweis erwähnt („wenn sich nicht ermitteln lässt“), so dass der Haftungstatbestand im Übrigen gegeben sein muss.

*Beispiel 2: BGH NJW 2013, 1302*

LS: „Die berechtigte Sicherheitserwartung i. S. des § 3 Abs. 1 ProdHaftG geht grundsätzlich nur dahin, dass von einem Produkt bei vorhersehbarer üblicher Verwendung unter Beachtung der Gebrauchs- bzw. Installationsanleitung keine erheblichen Gefahren für Leib und Leben der Nutzer oder unbeteiligter Dritter ausgehen. Von dem Hersteller kann dagegen nicht verlangt werden, für sämtliche Fälle eines unsorgfältigen Umgangs mit dem Produkt, zu dem auch die fachwidrige Installation gehören kann, Vorsorge zu treffen.“

Auch wenn man das Ziel hat, diese Rechtsprechung für das Examen zu kennen, braucht man sie nicht zu lernen. Denn dass sich der Standpunkt des BGH einnehmen lässt (und dass man dies auch anders sehen kann – wichtig für die Klausur!), kann man direkt aus dem Gesetzeswortlaut ableiten:

S. § 3 Abs. 1 ProdHaftG: „Sicherheit, die...*berechtigterweise* erwartet werden kann“, und dazu speziell lit. b): „unter Berücksichtigung...des Gebrauchs, mit dem *billigerweise* gerechnet werden kann“.

Geschieht dagegen eine solche Ableitung aus dem Normtext nicht, sondern wird der Inhalt dieser Rechtsprechung einfach als richtig behauptet (dazu gehört auch, sie gerade aus dem Wesen des Instruktionsfehlers abzuleiten, denn diese Fehlerkategorie steht als solche überhaupt nicht im Gesetz!), dann könnte dies kaum als brauchbare Prüfung gewertet werden.<sup>130</sup>

129 So überzeugend die hM, s. Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., § 830 Rn. (64), 77 mwN; Wertenbruch, in: NJW 2018, S. 3441 und zumindest heute offenbar auch der BGH, s. etwa BGH NJW 2006, S. 2399.

130 S. auch oben bei Fn. 81 zu § 269 BGB.

## 2. Abweichungen vom Wortlaut – insbesondere etablierte Rechtsfortbildungen

Bei Rechtsfortbildungen ist es extrem wichtig und oftmals auch ausreichend, ganz allgemein zu wissen, unter welchen Voraussetzungen sie zulässig sind und sich demnach von einer unzulässigen Rechtsfortbildung contra legem unterscheiden lassen.<sup>131</sup> Es ist aber ratsam, sich mit etablierten Rechtsfortbildungen zu beschäftigen. Zwar wäre es mit Sensibilität für Konflikte zwischen Wortlaut und ratio einer Vorschrift auch hier möglich, die jeweilige Rechtsfortbildung zu erwägen, ohne sie zuvor gekannt zu haben. Ohne Hinweis im Sachverhalt, der bei einer etablierten Rechtsfortbildung oftmals fehlt, ist dies aber sehr anspruchsvoll.

Stoff zum reinen Auswendiglernen sind aber auch die etablierten Rechtsfortbildungen nicht. Ihre Basis sind ja grundlegende und/oder sich aus der (in der Regel nicht schwer zu ermittelnden) ratio der Norm ergebende Wertungen.<sup>132</sup>

## 3. Voraussetzungen und Rechtsfolgen von im Gesetz nicht geregelten Instituten – insbesondere Gewohnheitsrecht

Auch bei gesetzlich nicht geregelten Instituten lässt sich das Auswendiglernen aber reduzieren: Oftmals schon durch bloße Analyse der für diese Institute verwendeten Bezeichnungen, jedenfalls aber durch Bewusstmachung der betroffenen (widerstreitenden) Interessen und der dahinter liegenden Wertungen. Diese Wertungen sind dem Zusammenspiel der Voraussetzungen und Rechtsfolgen dieser Institute zu entnehmen. Dies erleichtert nicht nur das Lernen, sondern liefert zugleich Argumente in der Klausur: Ist es überzeugender, die Voraussetzungen eng oder weit zu verstehen? Warum ist es überhaupt sinnvoll, diese Voraussetzungen zu postulieren? Denn da sie sich dem Gesetzestext nicht entnehmen lassen, sind sie eigentlich begründungsbedürftig. Im Falle von Gewohnheitsrecht, das hier oft vorliegt, wird neben dem Hinweis auf diese Rechtsquelle eine solche Begründung zwar nicht immer erwartet werden – zumal wenn die Klausur viele weitere Probleme enthält. Erwünscht ist eine Begründung bei Fehlen einer gesetzlichen Normierung aber immer.

*Beispiele:*

### (1) Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte<sup>133</sup>

Hier werden unter den Voraussetzungen die Punkte „Leistungsnähe“, „Gläubigernähe“ und „Erkennbarkeit dieser beiden Punkte für den Schädiger“ verständlicher und daher leichter zu merken, wenn man nachvollzieht, warum es diese Voraussetzungen – gerade auch im Vergleich mit der (ebenfalls im Gesetz nicht geregelten, hier aus Platzgründen aber nicht näher behandelten) Drittenschadensliquidation – gibt: Weil sich der Kreis der potenziell Geschädig-

<sup>131</sup> Dazu oben bei Fn. 82 ff.

<sup>132</sup> S. dazu auch oben bei Fn. 82 ff.

<sup>133</sup> § 311 Abs. 3 S. 1 BGB ist als gesetzliche Grundlage unsicher; jedenfalls kann man dort für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte keine Voraussetzungen ablesen.

ten beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte erhöht (so dass diese Hürden gerechtfertigt erscheinen), bei der Drittschadensliquidation (Situation einer bloßen Schadensverlagerung) dagegen nicht. Dass es bei der Drittschadensliquidation zu einer bloßen Schadensverlagerung kommt, ist dort ja zugleich zu prüfende Voraussetzung.

(2) Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben (Rechtsfolge: Das Schweigen bedeutet ausnahmsweise „Ja“)

Bereits der Begriff „Bestätigungsschreiben“ legt immerhin nahe, dass schon etwas da sein muss, worauf sich das Schreiben bezieht. Zu merken bleibt insoweit „nur“: Es ist ein Vertrag; abschlussreife Verhandlungen sollen auch genügen.

Dass jedenfalls *ein* Kaufmann beteiligt sein muss, zeigt der Begriff „kaufmännisch“. Lässt man einen Kaufmann ausreichen (das ist umstritten), dann käme man ausgehend vom Begriff „kaufmännisches Bestätigungsschreiben“ zwar auf den Verfasser des Bestätigungsschreibens. Wertungsmäßig ist aber klar, dass dies vielmehr der Schweigende sein muss, denn ihn trifft die harte Folge, dass sein Schweigen ausnahmsweise als „Ja“ gewertet wird.

Weiter lädt der Begriff „Schweigen“ dazu ein, darüber nachzudenken, ab wann ein Nichtstun als ein solches Schweigen gewertet wird, dem wiederum die Bedeutung „Ja“ beigemessen wird. Es liegt nahe, dass dafür nicht jedes, sondern nur ein schuldhaftes Zögern ausreicht. Damit ist auch schon der halbe Weg geschafft zu der Voraussetzung „kein unverzüglicher (s. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB) Widerspruch des Empfängers“.

Die weiteren Voraussetzungen „keine bewusst unrichtige Wiedergabe des Verhandlungsergebnis“ sowie „keine so starke Abweichung vom inhaltlich Besprochenen, dass mit dem Einverständnis des Empfängers vernünftigerweise nicht gerechnet werden kann“ sind ebenfalls ein Gebot des Empfängerschutzes bzw. eine Beschränkung auf solche Verfasser von Bestätigungsschreiben, die den Schutz der Rechtsfolge, wonach das Schweigen „Ja“ bedeutet, verdient haben. Auch könnte, würde es an diesen Voraussetzungen fehlen, kaum von einem Bestätigungsschreiben die Rede sein.

(3) Anscheins- und Duldungsvollmacht

Dabei handeln es sich um gewohnheitsrechtlich anerkannte Fälle der Rechtscheinsvollmacht. Oft führt das Lernen der Voraussetzungen dieser Institute dazu, dass die im Gesetz geregelten Fälle der Rechtsscheinsvollmacht in §§ 170-173 BGB gar nicht wahrgenommen werden. Auch müssen die Institute der Anscheins- und Duldungsvollmacht ja mit diesen gesetzlichen Wertungen vereinbar sein. So ist es kein Wunder, dass aus § 173 BGB der Maßstab für die Schutzwürdigkeit des Vertrauens auch bei der Anscheins- und Duldungsvollmacht übernommen wird (und damit kein echter Lernstoff mehr

ist). Aus dem natürlichen Wortsinn von „Duldung“ und „Anschein“ lassen sich die weiteren Voraussetzungen ableiten.

#### (4) Recht der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen

Auch hier handelt es sich etwa beim Folgenbeseitigungsanspruch, beim öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch oder – schon in der Bezeichnung enthalten – beim Aufopferungsgewohnheitsrecht um gewohnheitsrechtlich anerkannte Fälle der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen, die allesamt einer kurzen Erläuterung ihrer Herleitung bedürfen (Abwehrfunktion der Grundrechte – Erstattungsgrundsatz als Unterfall der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Art. 20 Abs. 3 GG – Sonderopfer).

### 4. Kein zu lernender Stoff

#### a) Aufbauschemata, soweit die Voraussetzungen und Rechtsfolgen aus dem Gesetz ablesbar sind<sup>134</sup>

Dass hier nichts gelernt werden muss, betrifft in der Regel auch die Reihenfolge der Prüfung: Entweder ist sie egal, oder eine bestimmte Reihenfolge erscheint sinnvoller, so dass sie sich erschließen lässt: Bei § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zunächst „etwas erlangt“ zu prüfen und erst danach „durch Leistung“ ist sinnvoller als umgekehrt, da dann sichergestellt wird, dass die Leistung auf das Richtige bezogen wird.

In der Regel sind die Voraussetzungen aus dem Wortlaut ohne weiteres ablesbar; nur bedarf es dazu mitunter einer gewissen Übung.<sup>135</sup> Ergibt sich eine Voraussetzung nicht aus dem Wortlaut, so muss die Abweichung vom Wortlaut begründet werden (etwa „Verkehrsgeschäft“ als teleologische Reduktion der Gutglaubensvorschriften – in Klausurbearbeitungen wird diese Voraussetzung, obwohl im Gesetzeswortlaut nicht vorhanden – oftmals ohne jede Erklärung geprüft).

So lassen sich alle Voraussetzungen des Verzugs (§ 286 BGB) oder etwa auch eines Versäumnisurteils gegen den Beklagten, §§ 331 ff. ZPO, aus dem Gesetz ablesen. Gleiches gilt etwa für die Voraussetzungen einer wirksamen Anfechtung oder der berechtigten oder unberechtigten GoA, auch wenn die Voraussetzungen dort jeweils auf mehrere (benachbarte) Vorschriften verteilt sind.

#### b) Schlagwörter zusätzlich zum Gesetzeswortlaut oder an dessen Stelle<sup>136</sup>

Beispiele: „echte“ und „unechte“ GoA; „echtes“ und „unechtes“ Versäumnisurteil; „Verteidigungsnotstand“ zu § 228 BGB und „Angriffsnotstand“ zu § 904 BGB;

<sup>134</sup> Ggf. dabei mit Hilfe durch Kommentierungen, soweit erlaubt; etwa Kommentierung von § 390 BGB bei §§ 273 Abs. 1 und Abs. 2, 281 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1, 327c Abs. 1 S. 1 BGB, um neben „fällig“ auch die (mit der Voraussetzung „fällig“ verwandte, aber im Wortlaut nicht enthaltene) Voraussetzung „eindefrei“ zu prüfen. – Zu § 387 BGB s.o. vor Fn. 73.

<sup>135</sup> So sind etwa die Voraussetzungen des Anspruchs aus § 906 Abs. 2 S. 2 BGB zu ermitteln aus dem Zusammenspiel mit Abs. 2 S. 1 und Abs. 1 S. 1.

<sup>136</sup> Dazu auch schon oben bei Fn. 106. Weitere Beispiele bei Kuhn, in: JURA 2023, S. 1239.

nützliche Verwendungen (so zwar die Überschrift des § 996 BGB – zu prüfen sind insoweit aber nur<sup>137</sup> die im Normtext genannten Voraussetzungen „nicht notwendig“ und „Werterhöhung“); „Inhaltskontrolle“ und dabei die Aufteilung in „Klauserverbote mit und ohne Wertungsmöglichkeit“ bei der AGB-Prüfung (statt einfach §§ 307-309 BGB zu prüfen);<sup>138</sup> „Einheits- und Trennungslösung“ sowie „Berliner Testament“ (zu § 2269 Abs. 1 BGB);<sup>139</sup> „Fabrikations-, Konstruktions- und Instruktionsfehler“ (jedenfalls kann eine Zuordnung zu diesen – im Gesetz nicht erwähnten! – Kategorien nicht die unverzichtbare Subsumtion unter die Merkmale des § 3 ProdHaftG ersetzen).<sup>140</sup> Zurückhaltung ist ferner bei der Heranziehung von Prinzipien geboten, wenn eine konkrete gesetzliche Regelung vorhanden ist, in der das jeweilige Prinzip zum Ausdruck kommt.<sup>141</sup>

### C. Fazit

Die Analyse der in Examensklausuren (Vergleichbares gilt für die mündliche Prüfung) zu beobachtenden Schwierigkeiten lässt den sicheren Schluss zu, dass die Bedeutung von Lernstoff für den Examenserfolg von den Studierenden deutlich überschätzt wird – und der übrige Bereich dementsprechend deutlich unterschätzt. Dieser „übrige Bereich“ bedeutet zum größten Teil: Gesetzesorientierung, also Kenntnis von Aufbau, Struktur und Wertungen des Gesetzes und sorgfältiger Umgang mit dem Text der einzelnen Normen unter Auswertung aller Einzelheiten des Sacherhalts.

Auch kommen Ausführungen, denen das Auswendiglernen anzumerken ist, in der Bewertung deutlich schlechter an als solche, in denen das Bemühen deutlich wird, eine Begründung für das Behauptete zu finden, und zwar vorrangig eine solche aus dem Gesetzestext bzw. in Auseinandersetzung mit ihm.

Eine solche Verschiebung der Prioritäten müsste zu einer deutlich befriedigenderen und stressärmeren Examensvorbereitung führen – auch weil positive Rückmeldungen in Übungsklausuren nicht ausbleiben werden.

Der auch aus unserer Sicht hohe Reformbedarf der juristischen Ausbildung und insbesondere auch derjenige der beiden Staatsprüfungen soll mit alledem nicht kleingeredet werden.

137 Dies wurde von einigen in der EJS 2019-I-2 nicht erkannt.

138 Dazu auch oben bei Fn. 53.

139 Dazu oben Fn. 106 f.

140 S.o. bei Fn. 130.

141 S.o. bei Fn. 89 ff.

## Literaturverzeichnis

*Bartels, Klaus*, Umstellung des Bereicherungsausgleichs für Fälle nachteilsfreier Eingriffe in subjektive Rechte, in: *JZ* 2024, S. 478–489.

*Bleckmann, Frank*, Didaktik des Selbststudiums, in: Krüper (Hrsg.), *Rechtsdidaktik lehren*, Tübingen 2022, § 43.

*Bleckmann, Frank*, Motivation im Jurastudium, in: Griebel (Hrsg.), *Vom juristischen Lernen*, Baden-Baden 2018, S. 97–133.

*Broemel, Roland*, Erste Juristische Prüfung: Stolperstein oder Katalysator für den Lernprozess?, in: Bleckmann (Hrsg.), *Selbstlernkompetenzen im Jurastudium*, Stuttgart 2015, S. 169–193.

*Broemel, Roland*, Perspektiven der Lehre in der Examensvorbereitung, in: Brockmann/Dietrich/Pilniok, *Exzellente Lehre im juristischen Studium*, Baden-Baden, 2011, S. 205–217.

*Brüderlin, Florian/Hinrichsmeyer, Jan/Eckl, Lukas/Hinz, Lieselotte*, Klausurenwerkstatt für die mittleren Semester – Ein Werkstattbericht, in: *ZDRW* 2024, S. 138–158.

*Czerny, Olivia*, Die Didaktik von Lösungsskizze und Musterlösung, in: Krüper (Hrsg.), *Rechtsdidaktik lehren*, Tübingen 2022, § 38.

*Giglberger, Marina/Peter, Hannah/Wüst, Stefan*, Das JurSTRESS-Projekt, Werkstattbericht, in: *ZDRW* 2020, S. 236–244.

*Glöckner, Andreas/Toufigh, Emanuel V.*, Messgenauigkeit und Fairness in Staatsprüfungen – Aktuelle Studien zeigen Gruppen-Unterschiede in juristischen Examina auf, in: *AnwBl.* 2016, S. 706–709.

*Griebel, Jörn*, Überlegungen zum gesetzesorientierten Lehren und Lernen – ein Denkanstoß, in: *Griebel/Gröblinghoff* (Hrsg.), *Von der juristischen Lehre*, Baden-Baden 2012, S. 127–139.

*Griebel, Jörn*, Grundlagen des juristischen Lernens, in: *Griebel* (Hrsg.), *Vom juristischen Lernen*, Baden-Baden 2018, S. 159–180.

*Griebel, Jörn/Schimmel, Roland*, Sind Männer in Jura einfach besser als Frauen?, in: *Legal Tribune Online* vom 11.4.2025, <https://www.lto.de/karriere/jura-studium/stories/detail/frauen-maenner-noten-unterschiede-bewertung-pflichtfachteil-staatsexamen>.

*Hamed, Jessica*, Psychische Belastungen in der Vorbereitung auf das erste juristische Staatsexamen, Diss. Baden-Baden 2025.

*Heidebach, Martin*, Didaktik der Examensvorbereitung, in: Krüper (Hrsg.), *Rechtsdidaktik lehren*, Tübingen 2022, § 45.

*Herbolsheimer, Volker*, Vorläufiger Rechtsschutz gem. § 80a III VwGO, in: *JuS* 2025, S. 125–131.

*Hettich, Jens/Kramer, Urs*, Das Einzelcoaching nach dem „Passauer Modell“ als fester Bestandteil der Examensvorbereitung, in: *ZDRW* 2015, S. 286–296.

*Hufeld, Clemens*, Jede Korrektur eine andere Note: Quantitative Untersuchung der Objektivität juristischer Klausurbewertungen, in: *ZDRW* 2022, S. 59–83.

*Jung, Stefanie*, Künstliche Intelligenz in der Rechtswissenschaft, in: *JZ* 2025, S. 252–261.

*Kellner, Carina*, Das Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens nach § 51 VwVfG, in: *BayVBl.* 2025, S. 289 ff.

*Kuhn, Tomas*, Rechtsfolgenorientierung im Aufbau zivilrechtlicher Gutachtenklausuren, in: *JuS* 2008, S. 956–960.

*Kuhn, Tomas*, Argumente zur Sperrwirkung von Ansprüchen als Beitrag zur Reduzierung des zivilrechtlichen Lernstoffs, in: *JURA* 2013, S. 975–988.

*Kuhn, Tomas*, Argumente bei Analogie und teleologischer Reduktion in der zivilrechtlichen Klausurpraxis, in: *JuS* 2016, S. 104–109.

*Kuhn, Tomas*, Aufmerksamkeit für Interessen und Wertungen als ein Schlüssel zum Verständnis des Zivilrechts und zur Reduzierung des Lernstoffs, in: *JURA* 2018, S. 1069–1084.

*Kuhn, Tomas*, Anregungen für ein effektives Selbststudium anhand von Fällen sowie für die richtige Lektüre und die Gestaltung von Lehrbüchern, in: Griebel (Hrsg.), *Vom juristischen Lernen*, Baden-Baden 2018, S. 9–36.

*Kuhn, Tomas*, Vom Sachverhalt zu den Normvoraussetzungen und wieder zurück – gelingende Subsumtion in (Zivilrechts-)Klausuren auch ohne Kenntnis von Streitständen, in: *JURA* 2023, S. 1233–1242 (Teil 1); S. 1376–1384 (Teil 2).

*Lange, Barbara*, Methoden juristischer Lehre – Funktionen und Beispiele, in: Krüper (Hrsg.), *Rechtsdidaktik lehren*, Tübingen 2022, § 12.

*Lange, Barbara*, *Jurastudium erfolgreich*, 9. Aufl. München 2025.

*Lohse, Eva Julia*, Juristische Lernstrategien, in: Krüper (Hrsg.), *Rechtsdidaktik lehren*, Tübingen 2022, § 33.

*Lüdeking, Matthias/Samari, Sima*, Subsumtion ohne Definition, in: *ZfPW* 2022, S. 425–445.

*Mohnert, Alicia*, Stress und kontraproduktive Einstellungen in der Juristenausbildung, in: *ZDRW* 2022, S. 132–147.

*Muthorst Olaf*, *Grundlagen der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. München 2020.

*Pilniok, Arne*, Strukturen juristischen Wissens, in: Krüper (Hrsg.), *Rechtsdidaktik lehren*, Tübingen 2022, § 8.

*Schauer, Lina Marie*, Gezielte Unterstützung von Studierenden der Rechtswissenschaft in der Examensvorbereitung – Werkstattbericht „Examens-Ambulanz“, in: *ZDRW* 2024, S. 172–178.

*Schimmel, Roland*, *Juristendeutsch – Ein Buch voll praktischer Übungen für bessere Texte*, 2. Aufl. Paderborn 2020.

*Scheuch, Alexander/Becker, Markus*, Analogiebildung im Privatrecht in Rechtstheorie und Klausurpraxis, in: *JuS* 2025, S. 897–903.

*Schwabe, Jürgen*, *Grundkurs Staatsrecht*, 5. Aufl. Berlin 1997.

*Steffahn, Volker*, Juristische Methoden lehren, in: Krüper (Hrsg.), *Rechtsdidaktik lehren*, Tübingen 2022, § 32.

*Thoma, Luis*, Recht verstehen – eine Gebrauchsanleitung, in: *JURA* 2023, S. 311 (Teil 1) und S. 431–441 (Teil 2).

*Vogelsang, Jan/Rasidovic, Benjamin*, Der vorläufige Rechtsschutz am Beispiel des Bauordnungsrechts, in: *JA* 2024, S. 51–58.

*Wüst, Stefan/Giglberger, Marina/Peter, Hannah*, Abschlussbericht des Regensburger Forschungsprojektes zur Examensbelastung bei Jurastudierenden – JurSTRESS, Institut für Psychologie, Universität Regensburg, Stand: 2021, [https://www.uni-regensburg.de/assets/humanwissenschaften/psychologie-ku/dielka/JurSTRESS\\_Abschlussbericht.pdf](https://www.uni-regensburg.de/assets/humanwissenschaften/psychologie-ku/dielka/JurSTRESS_Abschlussbericht.pdf) (zuletzt abgerufen am 08.09.2025).

*Zwickel, Martin/Lohse, Eva Julia/Schmid, Mathias*, *Kompetenztraining Jura – Leitfaden für eine juristische Kompetenz- und Fehlerlehre*, 2. Aufl. Berlin 2024.