

2. Abschnitt

Fallbearbeitung und Themenarbeit

§ 5 Die Fallbearbeitung

I. Zur juristischen Falllösungstätigkeit im Allgemeinen und zur Fallbearbeitung im Besonderen

II. Die Arbeit am Text der Aufgabe

III. Fallbearbeitung: Klausur

1. *Privatrecht*
2. *Öffentliches Recht*
3. *Strafrecht*

Die strafrechtliche Klausur wird im Gutachtenstil (vgl. §5 I. 5. b) verfasst. Der dem Kandidaten vorgelegte, konstruierte Sachverhalt wird dabei einer rechtlichen Würdigung unterzogen. Dazu wird als erstes der Sachverhalt analysiert, wobei nichts hineininterpretiert werden darf, was nicht geschrieben steht (vgl. §5 II. 1. d). In einem zweiten Schritt wird die Fallfrage erfasst (vgl. §5 II. 2.). Entweder handelt es sich bei der Fallfrage um eine beschränkte («Prüfen Sie die Strafbarkeit eines bestimmten Beteiligten») oder «Prüfen Sie, ob sich jemand eines bestimmten Deliktes strafbar gemacht hat») oder eine unbeschränkte («Prüfen Sie die Strafbarkeit aller Beteiligten»). Strafrechtliche Klausuren sind in aller Regel auf die Frage der Strafbarkeit beschränkt. Zu den Rechtsfolgen (Strafen und Massnahmen) ist nur Stellung zu nehmen, wenn dies ausdrücklich verlangt wird. In einem dritten Schritt werden die einschlägigen Rechtsnormen (Straftatbestände) gesucht. Das sind diejenigen Bestimmungen, die mit Blick auf die Aufgabenstellung («Strafbarkeit des A?») bedeutsam und deren tatbestandliche Voraussetzungen durch den Sachverhalt erfüllt sein könnten (vgl. §5 II. 3.).

Bevor mit der Niederschrift begonnen wird, gilt es eine Gliederung vorzunehmen. Die relevanten Straftatbestände können nach den Beteiligten, der Chronologie oder nach der Schwere der Delikte geordnet werden. Im Sinne einer übersichtlichen Prüfung empfiehlt es sich, den Haupttäter vor allfälligen Beteiligten vollumfänglich zu prüfen. Ebenfalls wird zu einer Einzelprüfung der Personen geraten, wobei immer mit dem schwersten Delikt begonnen wird. Mögliche Beteiligungsformen (z.B. Anstiftung) werden nicht schon beim Haupttäter, sondern erst beim entsprechenden Beteiligten geprüft. Eine chronologische Prüfung drängt sich auf, wenn ein Täter mehrere Delikte verwirklicht hat oder beispielsweise Rechtfertigungsprobleme die Klärung einer vorangegangenen Situation erfordern.²⁸

Beim Erstellen der Gliederung sollte der Schwerpunkt für die Niederschrift, also der Kern der Klausur erkannt werden. Der Schwerpunkt verbirgt sich dort, wo Straftatmerkmale Zweifel aufkommen lassen oder verschiedene Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Die Prüfung sollte zudem so aufgebaut sein, dass keine Ver-

²⁸ Vgl. Wolfgang Wohlers, Fallbearbeitung im Strafrecht, (3. A. Zürich 2009), S. 44.

weise nach unten nötig werden.²⁹

Die Niederschrift der Klausur beginnt sodann mit dem Titel («Strafbarkeit des A»), auf welchen der Obersatz für den jeweiligen Straftatbestand folgt. Der Obersatz lautet: «Wer hat sich wie wonach strafbar gemacht?». Damit werden die Täterschaft [WER], der zu prüfende Sachverhaltsabschnitt [WIE] sowie die Strafnorm [WONACH] erfasst. Der Obersatz kann in Form einer Frage («Hat sich A [WER], indem er die Fensterscheibe des B einschlug [WIE], der Sachbeschädigung nach Art. 144 Abs. 1 StGB [WONACH] strafbar gemacht?»), als These («Indem er die Fensterscheibe des B einschlug, hat sich A der Sachbeschädigung nach Art. 144 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.») oder in Kurzform («Strafbarkeit von A: Sachbeschädigung Art. 144 Abs. 1 StGB [«Fenster einschlagen»]») formuliert werden. Das Ergebnis am Schluss der Prüfung bezieht sich dann wieder auf den eingangs formulierten Obersatz.

Der jeweilige Deliktsaufbau entscheidet darüber, in welcher Form geprüft wird. Es werden Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikte unterschieden, die jeweils wieder in Begehungs- und Unterlassungsdelikte eingeteilt werden können. Für den Versuch, die Täterschaft und Teilnahme sowie die Irrtumsproblematiken gibt es weitere Prüfungsformen, die zu beachten sind.

Der Deliktsaufbau wird nachfolgend exemplarisch anhand einer Sachbeschädigung dargestellt. Das vorsätzliche Begehungsdelikt ist unterteilt in den objektiven und subjektiven Tatbestand, die Rechtswidrigkeit, die Schuld und die weiteren Strafbarkeitsvoraussetzungen.

Sachverhalt: Im Haus des B, der in den Ferien weilt, bricht im Parterre ein Feuer aus. Der Nachbar A bemerkt das Feuer und eilt mit seinem Feuerlöscher herbei. Bis die Feuerwehr eintreffen würde, stünde das ganze Haus in Flammen. Um zum Brandherd zu gelangen, muss A die Fensterscheibe mit dem Feuerlöscher einschlagen.

Obersatz:

„Hat sich A, indem er das Fenster einschlug, der Sachbeschädigung nach Art. 144 Abs. 1 StGB strafbar gemacht?“

• **Tatbestand**

- Objektiv
 - Täter (A)
 - Tathandlung (Einschlagen der Fensterscheibe)
 - Tatobjekt (Fensterscheibe des B)
 - Erfolg (Zerbrechen der Fensterscheibe)
 - Kausalzusammenhang (Schlag mit Feuerlöscher kausal für Glasbruch)
 - Objektive Zurechnung: Gibt es Gründe (z.B. erlaubtes Risiko), den Erfolg nicht zuzurechnen? (i.c. nicht einschlägig)
- Subjektiv:
 - Vorsatz (A handelte mit Wissen und Willen)
 - Subjektive Unrechtselemente: Absichten, Beweggründe (i.c. nicht einschlägig)

• **Rechtswidrigkeit**

- Notstandshilfe
 - Objektiv
 - Notstandslage
 - Individualrechtsgut (Eigentum des B)
 - Unmittelbare Gefahr (Feuer)
 - Notstandshandlung
 - Subsidiarität (Gefahr nicht anders abwendbar)
 - Wahrung höherer Interessen/Proportionalität (geringe Sachbeschädigung vs. abgebranntes Haus)
 - Subjektiv
 - Kenntnis der Notlage
 - Bewusste Notstandshandlung
 - Willen zur Wahrung höherer Interessen
- Mutmassliche Einwilligung (Weil im Interesse des abwesenden B eingegriffen wird, auch mutm. E. möglich)

Fazit:

A hat sich nicht strafbar gemacht, weil die tatbestandsmässige Sachbeschädigung durch Notstandshilfe gerechtfertigt ist.

²⁹ Vgl. Harald Maihold, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Fragen, Fälle und Lösungen zur Prüfungsvorbereitung (3. A. Basel 2013), S. 2f.

Das zentrale stilistische Mittel der strafrechtlichen Fallbearbeitung bildet die Subsumtion. Für jedes zu prüfende Merkmal wird zuerst die Frage formuliert (Am Beispiel der Subsidiarität der Notstandshandlung bei der Notstandshilfe: «War die Gefahr anders abwendbar?»). In einem zweiten Schritt wird das Merkmal definiert und entsprechend der Rechtsprechung und Lehre ausgelegt («Der Notstandseingriff ist strikt subsidiär gegenüber jeder anderen Abhilfe, die nicht in fremde Rechtsgüter eingreift oder sie weniger schwer verletzt oder gefährdet»). Danach folgt der dritte und eigentliche Subsumtionsschritt, durch welchen der Sachverhalt unter das entsprechende Merkmal der Strafnorm, dessen Definition und Auslegung subsumiert wird («Da die Flammen bis zum Eintreffen der Feuerwehr bereits das ganze Haus erfasst hätten, durfte das Fenster eingeschlagen werden, um das Feuer sofort wirksam zu bekämpfen. Nur so war ein grösserer Sachschaden abwendbar»). Es findet hiermit eine Verbindung von Theorie (Definition/Auslegung) und Praxis (Sachverhalt) statt. Das Ergebnis folgt zuletzt («Die Notstandshandlung des A war somit subsidiär.»).

Es sind alle Tatbestandsmerkmale unter den Sachverhalt zu subsumieren. Es ist aber zu unterscheiden, ob es sich um unproblematische Tatbestandsmerkmale (hier z.B. die Fensterscheibe als «fremde Sache») oder um problematische (hier z.B. «die Subsidiarität der Abwehrhandlung») handelt. Die unproblematischen lassen sich mit einer Behauptung abhandeln («Die Fensterscheibe ist eine fremde Sache»), die problematischen bedürfen der Einhaltung aller Subsumtionsschritte und einer sorgfältigen Argumentation. In Ausnahmefällen, wenn wenige Tatbestandsmerkmale in einer Strafnorm zu prüfen sind und sie zudem unproblematisch in der Definition und Auslegung erscheinen, können diese «en bloc» behandelt werden (i.c. z.B. Tathandlung [einschlagen], Tatobjekt [Fenster], Taterfolg [Unbrauchbarkeit Fenster]).

§ 5 Die Fallbearbeitung

Fallbearbeitungen können im Ausbildungszusammenhang in Form einer *Klausur* oder einer *Hausarbeit* vorkommen. In beiden Varianten sollen die Studierenden beweisen, dass sie eine bestimmte Sachverhaltskonstellation – den Fall – unter juristischen Kriterien erfassen und einen Lösungsvorschlag «nach den Regeln der Kunst» – d.h. *methodisch einwandfrei* und *inhaltlich vertretbar* – ausarbeiten können. Es geht dabei darum, generell-abstrakte Rechtssätze auf einen konkreten Fall anzuwenden.

Klausur und Hausarbeit unterscheiden sich also nicht in der grundsätzlichen Aufgabenstruktur, sondern lediglich hinsichtlich der erwartbaren Gründlichkeit und Tiefe der Auseinandersetzung. Es sollen daher zunächst diejenigen Hinweise zur Sprache kommen, die für beide Bearbeitungsformen einschlägig sind, und dann die typenspezifischen Besonderheiten hervorgehoben werden.

I. Zur juristischen Falllösungstätigkeit im Allgemeinen und zur Fallbearbeitung im Besonderen

1. Rechtsanwendung als Verknüpfung von Sachverhalt und Norm

a) Jeder in der Praxis tätige Jurist – sei er Richter, Rechtsanwalt, Verwaltungs- oder Unternehmensjurist – soll *Lebenssachverhalte rechtlich beurteilen*. Dazu muss er

- feststellen, was zu beurteilen ist, also die *rechtlich erheblichen Fakten* ermitteln (A hat B bestohlen),
- die *einschlägige Rechtsnorm* finden (StGB 139: Diebstahl wird mit Freiheits- oder Geldstrafe bestraft)
- und die Fakten – den Sachverhalt – unter die Rechtsnorm *subsumieren*, um die *konkrete Rechtsfolge* abzuleiten (A ist mit Freiheitsstrafe zu bestrafen).

Darüber hinaus wird vom Juristen erwartet, dass er seine Überlegungen und Folgerungen wiedergibt und nachvollziehbar begründet.

Juristische Tätigkeit besteht also zu einem grossen Teil in der (mit Gründen versehenen) *Anwendung allgemeiner Rechtsnormen auf den Einzelfall*. Mit der Fallbearbeitung wird diese Fähigkeit eingeübt.

b) *Logisch* betrachtet ist Rechtsanwendung die Verknüpfung von zwei Prämissen (Prämisse 1 = Sachverhalt, Prämisse 2 = Rechtsnorm) zum Zwecke der Ermittlung der Rechtsfolge. Diese Verknüpfung (*conclusio*) zweier Prämissen nennt man *Syllogismus*. Da er die typische juristische Vorgehensweise abbildet, spricht man im Rechtsanwendungszusammenhang vom *Justizsyllogismus*.

Man könnte versucht sein, den syllogistischen Schluss für ein mathematisch-exaktes Verfahren zu halten: Den Sachverhalt schreibt das Leben, die Norm der Gesetzgeber, und der Jurist muss aus diesen beiden Gegebenheiten «nur» noch logisch-mechanisch die Rechtsfolge deduzieren. Dass es so einfach nicht ist, kann man schon daraus ersehen, dass zum Verfahren der Rechtsanwendung etliche Buchmeter geschrieben worden sind. Vor allem geht es entgegen dem ersten Anschein nicht um eine blosser Subsumtion des Lebenssachverhalts unter die Rechtsnorm. Zwischen dem Vorgang der Bestimmung der massgeblichen Rechtsnorm und dem der Ermittlung des Sachverhalts besteht vielmehr eine *Wechselbeziehung*: Welche Fakten rechtlich bedeutsam sind, hängt von der zu beurteilenden Rechtsfrage ab und lässt sich daher nur mit Blick auf eine bestimmte Rechtsnorm sagen; umgekehrt können die in Betracht kommenden Rechtsnormen nur aufgefunden werden, wenn die Fakten bekannt sind. Der Rechtsanwender wird deshalb seinen Blick zwischen Norm und Sachverhalt ständig «hin- und herwandern» lassen (Karl Engisch).

Selbst wenn man die Schwierigkeiten ausblendet, die sich aufgrund der Wechselbeziehung zwischen dem Auffinden der Rechtsnorm und der Ermittlung des Sachverhalts ergeben, ist die Aufbereitung der beiden Entscheidungsprämissen eine anspruchsvolle Tätigkeit.

2. Feststellung des Sachverhalts

a) Es stimmt, dass den Sachverhalt das Leben schreibt, aber nicht in die Akten der Juristen. Diese müssen ihre faktische Entscheidungsgrundlage vielmehr selbst ermitteln und daraus den *rechtserheblichen Sachverhalt* bilden. Das ist gar nicht immer leicht. Jeder Praktiker weiss, dass die Sachverhaltsfeststellung oft weit schwieriger ist als die rechtliche Subsumtion und dass viele, wenn nicht gar die meisten Streitigkeiten in einer unterschiedlichen

Sicht auf die Fakten ihre Ursache haben. Der Richter, der sich aus den divergierenden Aussagen von Parteien und Zeugen oder den Einlassungen des Angeklagten ein Bild machen soll, der Anwalt, der auf die (meist einseitigen) Informationen durch seinen Klienten angewiesen ist, der Verwaltungsjurist, der sich seine Entscheidungsgrundlage oft nur mit Hilfe von Sachverständigen beschaffen kann – sie alle versuchen mehr schlecht als recht, den Tatsachen auf die Spur zu kommen. Am Ende dieses Unternehmens, das unter Umständen viel Zeit, Geld und Nerven kosten kann, steht, wenn die Angelegenheit vor Gericht gekommen ist, eine *prozessuale Wahrheit*. Sie ist etwas anderes als das, was man ein wenig naiv als die «Wirklichkeit» bezeichnen könnte. Vielmehr ist sie das, was aufgrund von Parteivortrag oder Angeklagtenvernehmung unter den Bedingungen des Prozessrechts, vor allem der förmlichen Beweiserhebung und der Beweismwürdigung, als verbindliche (aber vielleicht von der «Wirklichkeit» weit entfernte) Prozessgrundlage ermittelt worden ist.

b) Die Studierenden sind gegenüber den mit der Sachverhaltsaufklärung oft überforderten praktisch tätigen Juristen in einer komfortablen Lage. In der *Juristenausbildung* geht es regelmässig nicht um die Ermittlung der Fakten. Vielmehr wird demjenigen, der einen «Fall» bearbeiten soll, ein (oft konstruierter) Sachverhalt vorgelegt, den er nach rechtlichen Kriterien zu beurteilen hat. Der Sachverhalt ist also eigens für die Bearbeitung im Ausbildungszusammenhang «komponiert» worden und unterscheidet sich von den «Geschichten, die das Leben schreibt», in spezifischer Weise.

Dazu ein *Beispiel*. Eine Zeitung meldet:

«Budapest. – Eine Budapester Familie hatte vor einiger Zeit auf dem sogenannten Polenmarkt ... einen «jungen weissen Hund» gekauft. Die Familie hatte viel Freude an dem tüchtig wachsenden Tier. Als es ... geimpft werden sollte, platzte die Bombe: Er ziehe keinen Hund, sondern einen echten Eisbären gross, eröffnete der Tierarzt dem Besitzer. Inzwischen hat er eine stattliche Grösse erreicht und frisst sein Herrchen buchstäblich arm. Gassi geht er nur noch im Schutz der Dunkelheit, damit die Passanten nicht erschrecken.»³⁰

Erzählt wird eine merkwürdige Geschichte, die auch einige interessante Rechtsfragen aufwirft. Insbesondere ist zu überlegen, ob der Käufer gegen den Verkäufer Ansprüche geltend machen kann, doch wird man schnell feststellen, dass der Bericht für den Zeitungsleser geschrieben wurde, der die «Vermischten Meldungen» mit flüchtigem Interesse für Sonderbares zu überfliegen pflegt, nicht aber für einen juristischen Bearbeiter. Auf folgende Fragen gibt die Mitteilung keine bzw. nur ungenaue oder irreführende Auskünfte:

- Wer ist der Käufer? (Die Meldung spricht von einer «Budapester Familie»; das ist einerseits ungenau – eine Familie kann im Rechtssinn nicht Käuferin sein – und andererseits widersprüchlich, weil später von einem «Herrchen» die Rede ist.)
- Wann hat der Kauf stattgefunden, wann die Aufklärung? (Das ist wichtig, um entscheiden zu können, ob allfällige Ansprüche verjährt sind.)
- Warum ist vom «Besitzer» die Rede? Sollte damit der «Eigentümer» (oder der «Halter») des Tieres gemeint sein?
- Was bedeutet die Angabe, dass es sich um einen «echten Eisbären» handle? Muss etwa zwischen einem echten und einem unechten Eisbären unterschieden werden?
- Will der Käufer (oder vielleicht sogar der Verkäufer) Ansprüche aus dem getätigten Geschäft herleiten?

Die Studierenden müssen sich mit derartigen Fragen regelmässig nicht herumschlagen. Ihnen wird ein Sachverhalt vorgelegt, der auf alle aufzuwerfenden Rechtsfragen eine Antwort ermöglicht, während die «Rahmenhandlung» auf die für das Verständnis notwendigen Mitteilungen reduziert ist. Als Sachverhalt für eine juristische Fallbearbeitung könnte die Eisbären-Notiz also wie folgt formuliert werden:

K schliesst auf einem Markt einen Kaufvertrag mit V über einen «jungen Hund» ab. Der Kaufpreis wird bezahlt, der Hund übergeben. Nach einem Jahr stellt sich heraus, dass K keinen Hund, sondern einen Eisbären erhalten hat. Die Auslagen zur Fütterung des Bären übersteigen den zur Hundefütterung budgetierten Betrag erheblich. Welche Ansprüche hat K gegen V?

3. Auffinden und Aufbereiten der Entscheidungsnorm

a) Während der Sachverhalt dem Studenten also auf dem silbernen Tablett serviert wird, verhält es sich mit der Rechtsnorm anders. Sie ist zwar – mit dem Gesetz, dem Richter- und Gewohnheitsrecht – auch «vorgegeben», doch der Bearbeiter muss – insofern nicht anders als der praktizierende Jurist – selbst herausfinden, welche Bestimmungen einschlägig sind³¹. Das setzt einen guten *Überblick über die Rechtsordnung* voraus. Darüber hinaus muss er die Bestimmungen aber auch *verstehen* können. Die blosser Lektüre ist dazu nur der Einstieg, denn der uninterpretierte Wortlaut sagt über den Inhalt einer Norm relativ wenig aus. Der Jurist muss das Recht nach professionellen Kunstregeln (der juristischen Methode³²) *auslegen, ergänzen, fortbilden*, und genau diese Fertigkeit

³⁰ «Tages-Anzeiger» vom 3. März 1993 (Nr. 51) 72.

³¹ Dazu die Abschnitte 1 und 2 des 2. Teils, hinten 135 ff.

³² Aus der Fülle der Literatur zur juristischen Methodenlehre seien hier nur genannt: Walter R. Schlupe: *Einladung zur Rechtstheorie* (Bern 2006), insbesondere §§ 6 f.; Ernst A. Kramer: *Juristische Methodenlehre* (2. A. Bern/München/Wien 2005); Karl Engisch: *Einführung in das juristische Denken* (hg. von Thomas Würtenberger und Dirk Otto, 10. A. Stuttgart/Berlin/Köln 2005); zum Einstieg: Peter Forstmoser/Hans-Ueli Vogt: *Einführung in das Recht* (4. A. Bern 2008), insbesondere §§ 1, 15 f. und 19.

ten lernt er an der Universität. Im Rahmen einer Fallbearbeitung werden – in Analogie zur Entscheidungssituation der Praktiker – die für einschlägig befundenen Rechtsnormen methodengerecht aufbereitet und auf den Sachverhalt übertragen, um auf diese Weise eine Antwort auf die Fallfrage zu gewinnen.

b) Bereits aus diesen knappen Andeutungen ergibt sich, dass es sich bei der Rechtsanwendung (selbst wenn der Sachverhalt vorgegeben ist) nicht um ein logisch-mechanisches Verfahren handelt, sondern um eine Fähigkeit, die nicht nur solide Rechtskenntnisse, sondern auch methodisches Vorgehen und vor allem ein Gespür für die *angemessene Problembewältigung* voraussetzt. Der Jurist «rechnet» nicht mit den Begriffen, sondern er differenziert, wägt ab, wertet. Dementsprechend gibt es auch keinen exakten Massstab, um die Qualität der Lösung eines Rechtsfalles zu bestimmen. Abgesehen von schlichter Rechtsunkenntnis, deren Bewertung keine Schwierigkeiten macht, sollte man überhaupt nicht von einer «richtigen» oder einer «falschen» Lösung, sondern eher von einer «vertretbaren» oder einer «nicht vertretbaren» rechtlichen Argumentation sprechen. Vertretbar ist sie dann, wenn sie auf einer umfassenden Zusammenschau von Gesetz, Rechtsprechung und Literatur beruht und unter Verarbeitung der einschlägigen Rechtssätze, Urteile und Lehrmeinungen einen selbständigen Lösungsvorschlag entwickelt. Dieser muss nicht nur widerspruchsfrei (und insofern logisch) sein, sondern vor allem als eine problemgerechte Reaktion der Rechtsordnung auf den konkreten Konflikt überzeugen können.

4. Das Recht als einziger Massstab des Bearbeiters

Bei der Falllösung geht es also um die Antwort der Rechtsordnung auf ein Rechtsproblem. Heisst das, dass die Fallbearbeitung nur rechtliche Erwägungen zu enthalten hat, oder dürfen auch ausserjuristische – z.B. politische oder moralische – Überlegungen einfließen? Ein *Beispiel* soll die Fragestellung verdeutlichen:

Ein armer Bauer, der seine elfköpfige Familie kaum ernähren kann, muss um seine Existenz bangen, als seine alte Mähmaschine ihre Dienste endgültig versagt. Er bedient sich fortan einer ausgerangierten Mähmaschine, die in der Scheune seines steinreichen Nachbarn steht. Nach einer gewissen Zeit fordert der Nachbar gerichtlich die Herausgabe seiner Mähmaschine von dem armen Bauern. Gefragt, weshalb er dies tue, antwortet er: «Aus Langeweile.»

Moralisch ist dieses Verhalten sicher verwerflich. Wird der Sachverhalt dagegen rechtlich beurteilt – und das ist die Aufgabe des Bearbeiters –, so ist nur zu fragen, ob der Kläger nach wie vor Eigentümer der Mähmaschine ist. Da ein Eigentumserwerb durch den Beklagten weder durch Rechtsgeschäft (ZGB 714 I) noch durch Aneignung (ZGB 718) noch durch Ersitzung (ZGB 728) erfolgt ist, hat der Kläger «das Recht, [seine Sache] von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen» (ZGB 641 II).

Das Motiv der Herausgabeklage ist grundsätzlich unbeachtlich. Nur in Ausnahmefällen, vor allem wenn eine Rechtsausübung «missbräuchlich» im Sinne von ZGB 2 II ist, kommen *moralische Aspekte* zum Zug. Dies jedoch nicht, weil der Massstab gewechselt wird, sondern weil sich *die Rechtsordnung selbst* (mit dem Verbot missbräuchlicher Rechtsausübung in ZGB 2 II) einen bestimmten moralischen Standpunkt zu eigen gemacht hat. Der Student, der den Beispielfall zu beurteilen hat, mag das Verhalten des Nachbarn unanständig oder asozial finden. Es steht ihm auch frei, eine Rechtsordnung zu kritisieren, die die Eigentümerposition so vorbehaltlos schützt. Im Rahmen seiner Fallbearbeitung hat er aber nur das geltende Recht anzuwenden und die Moral oder rechts- und sozialpolitische Vorstellungen nur insoweit einzubringen, als ihm – innerhalb der Wertungsspielräume – das Recht selbst eine Handhabe dazu bietet³³.

Im Fall des armen Bauern und des reichen Nachbarn wäre u.a. zu prüfen, ob ein Herausgabebegehren aus blosser Langeweile rechtsmissbräuchlich im Sinne von ZGB 2 II ist.

5. Gutachtenstil/Urteilsstil

a) Die verschiedenen juristischen Literaturgattungen kennen unterschiedliche Stilformen. Sie hängen davon ab, in welcher Funktion der Autor schreibt. Es ist etwas grundlegend anderes, ob man seine persönlichen Ansichten zu Rechtsfragen äussert (so bei der theoretischen Befassung mit Recht) oder ob man mit verbindlicher Kraft Konflikte entscheidet (so die Gerichts- und die Verwaltungspraxis). Dementsprechend begründen Gerichte und Verwaltungsbehörden die von ihnen gefällten Entscheidungen meist im *Urteilsstil*, einer quasi-apodiktischen Aussage über die Rechtslage. Ausgangspunkt ist der Entscheid; es folgen die Erwägungen, die zu ihm geführt haben. Stark verkürzt sieht das etwa so aus:

Der B war zu Schadenersatz zu verurteilen, *weil* er den K mit einem Farbbeutel beworfen und ihn dadurch in seinem Eigentum rechtswidrig und schuldhaft geschädigt hat. Die Rechtswidrigkeit *folgt* daraus, dass für die Verletzung des Eigentums kein Rechtfertigung

³³ Um Missverständnissen vorzubeugen: Hier wurde weder die schwierige Frage nach der politischen Funktion der Justiz noch das Verhältnis von Naturrecht und positivem Recht angesprochen, sondern nur die Aufgabenstellung des studentischen Bearbeiters eines Falles beschrieben. Auch das Problem, inwieweit etwa ein Richter befugt ist, aus Gewissensgründen vom positiven Recht abzuweichen, muss anderen Erörterungen vorbehalten bleiben. Die Studierenden sind allerdings (auch von dieser Stelle aus) nachdrücklich aufgerufen, sich zu diesen zentralen Fragen ihrer Zunft einen Standpunkt zu erarbeiten.

tigungsgrund besteht. Schuldhaft hat B gehandelt, weil er den Schaden vorsätzlich herbeigeführt hat.

Deshalb hat der Beklagte an den Kläger CHF 1000.– Schadenersatz zu leisten.

Die vorkommenden Rechtsfragen werden hier also im Lichte der getroffenen Entscheidung erörtert³⁴, wobei man Formulierungen des Zweifels und der Unsicherheit zumindest in der schriftlichen Fassung tunlichst vermeidet³⁵.

Der Urteilsstil legt dem Leser die Annahme nahe, dass die Entscheidung *am Anfang* des Rechtsfindungsprozesses steht. Die *juristische Methodenlehre* lehrt hingegen, dass die Feststellung der Rechtsfolge das Verfahren der Rechtsanwendung *abschliesst* (voraus gehen Sachverhaltsermittlung und Finden der Rechtsnorm). Richtig ist wohl, dass beide Beschreibungen mehr oder weniger zutreffen. Es gibt sicher den Fall, in dem sich der Entscheidungsträger über die wechselseitige Wahrnehmung von Sachverhalt und Norm zum Resultat vortastet. Es gibt aber ebenso den Fall, bei dem der Entscheidungsträger von Anfang an eine Vorstellung davon hat, wie das Ergebnis ausfallen muss (ergebnisorientiertes Entscheiden). In diesem Fall wird die Begründung nachgeschoben («nachmotiviert») und hat weniger die Funktion, die Entscheidungsfindung anzuleiten, als vielmehr, den Entsch. zu *legitimieren*³⁶.

b) Eine Fallbearbeitung wird nicht im Urteils-, sondern im *Gutachtenstil* verfasst. Dadurch soll der Denkvorgang abgebildet werden, der zum Ergebnis führt. Durch ihn wird schon äusserlich klargestellt, dass es nicht um objektive Befunde, sondern um die Analyse und Problematisierung bestimmter Rechtsfragen geht (die z.B. im Privatrecht bei der Prüfung einzelner Ansprüche auftauchen, im Strafrecht im Rahmen der Strafbarkeitsfrage und im öffentlichen Recht bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit staatlichen Handelns). Typischerweise leitet man daher seine Lösung mit hypothetischen Wendungen oder kurzen Prüfprogrammen ein, wie: «A könnte gegen B einen Anspruch auf Schadenersatz haben, wenn ...»; «Zu prüfen ist, ob D sich des einfachen Diebstahls schuldig gemacht hat»; «In der Erhöhung der Parkgebühren könnte ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit des X liegen».

Strukturiert wird die privatrechtliche Fallbearbeitung in der Regel durch die (möglichen) Ansprüche der Beteiligten, die nacheinander gutachtenmässig zu prüfen sind (*Anspruchsschema*)³⁷. Im Strafrecht geben die gesetzlichen Straftatbestände grundsätzlich die Gliederung vor, im öffentlichen Recht übernehmen diese Aufgabe z.B. die formellen und materiellen Voraussetzungen des in Frage stehenden Rechtsbehelfs. Den Abschluss der Bearbeitung bildet der Lösungsvorschlag (die Teilresultate stehen am Ende des jeweiligen Prüfungsteils). Es ist ein schrittweise plausibel gemachter Entscheidungsvorschlag, von dem klar ist, dass er die (hoffentlich gut begründete) Meinung des Verfassers und nicht – wie ein Urteil – die objektive Rechtslage widerspiegelt.

II. Die Arbeit am Text der Aufgabe

1. Verstehen des Sachverhalts³⁸

Wer einen Sachverhalt bearbeiten will, muss ihn zuerst verstanden haben. Das scheint einfach angesichts der Tatsache, dass der Sachverhalt im Aufgabentext vorgegeben ist und es eigentlich «nur» um seine Lektüre geht. Gleichwohl ist das «Verstehen von Sachverhalten» eine spezifische Fertigkeit, die Studierende im Laufe ihres Studiums entwickeln müssen. Erfahrungsgemäss birgt dieser Arbeitsabschnitt eine Reihe von Fehlerquellen, und selbst Fortgeschrittene stellen hier oft die Weichen falsch.

a) Dass *genaues und mehrfaches Lesen* die erste Voraussetzung für das Verstehen des Aufgabentextes ist, erscheint trivial, wird aber dennoch häufig missachtet. Wie anders wäre es zu erklären, dass ein in einem Klausurtext auftretender Student, der anlässlich seines bevorstehenden 18. Geburtstags ein Schiff mietet, von der Mehrzahl (!) der Bearbeiter schlankweg als 18-Jähriger wahrgenommen (und damit an den juristischen Problemen der Mündigkeit [ZGB 14] vorbeigeführt) wird?

Bereits beim ersten Durchlesen (und dann bei jedem weiteren Mal) sollte sich der Bearbeiter *alle rechtlichen Gesichtspunkte notieren*, die er mit den Sachverhaltselementen assoziiert. Wenn es z.B. um den Verkauf eines Hauses geht, das unter Denkmalschutz steht, und der diesbezüglich ahnungslose und vom Verkäufer auch nicht aufgeklärte Käufer von den vielen baulichen Veränderungen schwärmt, die er vorzunehmen beabsichtige, so sind etwa die Stichwörter «Irrtum», «absichtliche Täuschung», «Sachgewährleistung», «Verhältnis von Irrtum und

³⁴ In der Praxis wird den Parteien deshalb auch regelmässig zuerst das *Urteilsdispositiv* eröffnet; die Begründung folgt meist deutlich später.

³⁵ Ein Verurteilter hätte wenig Verständnis für eine Urteilsbegründung, in der es etwa hiesse: Das Gericht ist sich darüber im Klaren, dass die Entscheidung auch anders hätte ausfallen können, hat sich aber – um zu einem Abschluss zu kommen – für die vorgelegte Lösung ausgesprochen. Es schliesst aber nicht aus, dass es seine Meinung demnächst ändern wird.

³⁶ Zum Problemkreis siehe Josef Esser: Wege der Rechtsgewinnung. Ausgewählte Aufsätze (hg. von Peter Häberle und Hans G. Leser, Tübingen 1990).

³⁷ Anders nur, wenn nicht nach Ansprüchen, sondern nach Rechtspositionen gefragt wird (z.B.: Wer ist Eigentümer?). Zum Anspruchsschema hinten 91 ff.

³⁸ An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die folgenden Ausführungen hinsichtlich ihrer rechtlichen Implikationen vom Anfänger nicht restlos verstanden werden können. Da es sich hier nicht um eine Einführung in das Recht handelt, muss das in Kauf genommen werden (Erläuterungen der Begriffe würden den Text zu sehr belasten). Wichtig ist, dass die *Arbeitsmethode* (vielleicht erst nach und nach) begriffen wird.

Sachgewährleistung» aufzulisten. Der genaueren Prüfung bleibt es dann vorbehalten, die ersten Einfälle auf ihre Stichhaltigkeit hin zu untersuchen.

b) Neben der zu flüchtigen Lektüre begegnet man gelegentlich dem Phänomen, dass einzelne *Sachverhaltsmitteilungen nicht ernst genug genommen* (d.h. als für die Falllösung irrelevant eingestuft) werden. Es ist aber davon auszugehen, dass nicht die Lust des Dozenten an üppiger Prosa für die Formulierung der Aufgabe verantwortlich zeichnet, sondern dass er mit jedem Sachverhaltselement eine für die Lösung des Falles bedeutsame Mitteilung machen wollte. Wenn etwa laut Sachverhalt der Speditionsgehilfe beim Transport einer wertvollen chinesischen Vase nicht auf den Weg, sondern auf die Beine einer vorbeieilenden Passantin schaut, so sollte der Bearbeiter dieses Detail nicht leichtfertig den sexistischen Phantasien des Aufgabenstellers zuschreiben, sondern es als Hinweis auf eventuelle Fahrlässigkeit deuten. Und wenn ein Testament auf den Rand eines Bierdeckels gekritzelt wird, ist das nicht als blosse Kuriosität zu verbuchen, sondern als Aufforderung an den Bearbeiter, die Einhaltung der Formvorschriften bei einem eigenhändigen Testament (eventuell auch die Urteilsfähigkeit des Erblassers) zu überprüfen.

Als *Faustregel* gilt daher: Solange der Bearbeiter nicht das gesamte Sachverhaltsgeschehen in seinem Lösungsvorschlag irgendwie verwertet hat, steht zu vermuten, dass er die Aufgabenstellung nicht richtig erfasst hat.

c) Man sollte also mit Misstrauen gegen sich selbst reagieren, wenn man den Eindruck hat, der Sachverhalt würde überflüssige Mitteilungen enthalten, doch darf man dem Aufgabensteller eine gewisse *Farbigkeit der Sprache* konzedieren:

Der sportliche Romeo promenierte an einem lauen Sommerabend mit seiner schönen Freundin Julia durch die Stadt. Als sie an einem Rosengarten vorbeikommen, springt Romeo wie ein junges Reh über den Zaun und pflückt für Julia die schönste Blüte.

Der Vorfall, bei dem es um die Strafbarkeit des Romeo geht (StGB 139: Diebstahl? StGB 137: Unrechtmässige Aneignung?), hätte ohne Präzisionsverlust auch folgendermassen geschildert werden können:

R pflückt in einem fremden Garten eine Rose, um sie der J zu geben.

Gleichwohl wird ein verständiger Leser auch bei der ersten Version erkennen, dass es sich bei der blumigen Einbettung nur um – erlaubte – Sachverhaltsrhetorik, nicht aber um juristisch relevante Mitteilungen handelt.

d) Zu den Todsünden der Fallbearbeitung gehört es, den *Sachverhalt zu manipulieren*. Alle Ergänzungen oder Veränderungen des Aufgabentextes, z.B. die Gleichsetzung eines «Querulanten» mit einem Geistesgestörten, die unfundierte Vermutung, dass die «Übertragung des Autos an die Freundin» wohl schenkungshalber geschehen sei, die Annahme, dass der getötete Erblasser, wäre er noch zur Abfassung eines Testaments gekommen, seine Ehefrau darin sicher berücksichtigt hätte, etc., stellen nicht etwa die zulässige Verwertung allgemeiner Lebenserfahrung dar, sondern sind unzulässige Sachverhaltsverbiegungen, die den Bearbeiter zwangsläufig auf Abwege führen.

Ebenso verfehlt ist es, bestimmte Sachverhaltselemente geflissentlich zu übersehen, um ein bestimmtes Problem «unterzubringen». Der Sinn der Übung liegt aber nicht darin, für eine vorgegebene Norm einen Sachverhalt, sondern für den vorgegebenen Sachverhalt eine Norm zu finden.

A wird ein Schmuckstück zur Aufbewahrung übergeben. Er verkauft und übergibt dieses dem Hehler H.

In diesem Fall nützt es dem Bearbeiter gar nichts, wenn er Literatur und Rechtsprechung zum Tatbestandsmerkmal der «anvertrauten Sache» im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten (ZGB 933) detailliert darstellt: Da der Sachverhalt von einem «Hehler» spricht und damit die Gutgläubigkeit des H von vornherein ausschliesst, kommt ZGB 933 keinesfalls zum Zuge, und alle diesbezüglichen (über einen Halbsatz hinausgehenden) Ausführungen – mögen sie auch noch so virtuos sein – sind fehl am Platz.

e) Sind also Eingriffe in den Sachverhalt (inklusive taktischer Weglassungen) tabu, so muss er doch vernünftig *interpretiert* werden:

Die Sekundarschülerin Susi findet im Kino nach einer Vorstellung eine Handtasche und eine leere Cola-Flasche. Sie nimmt beide Sachen an sich.

Obwohl der Sachverhalt zu Susis Alter schweigt, darf doch unterstellt werden, dass sie als Sekundarschülerin noch nicht 18 und damit unmündig ist (ZGB 14). Im Weiteren führt eine verständige Interpretation des Textes zur Annahme, dass es sich bei der leeren Cola-Flasche um eine Sache handelt, an welcher der Eigentümer nach Genuss des Inhalts sein *Eigentumsrecht aufgegeben* hat. Was aber die gefundene Handtasche betrifft, so muss nach allgemeiner Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, dass sie von ihrem Eigentümer vergessen worden ist und nicht etwa als *herrenlose Sache* qualifiziert werden kann.

Der Klarheit dient es, wenn der Bearbeiter seine Sachverhaltsdeutungen knapp zum Ausdruck bringt, z.B.:

«Obwohl der Sachverhalt zu Susis Alter schweigt, ist nach allgemeiner Lebenserfahrung davon auszugehen, dass sie als Sekundarschülerin jünger als 18 Jahre und damit nach ZGB 14 unmündig war.»

Bei dem Ganzen ist nicht zu übersehen, dass zwischen erlaubter Ausdeutung und verbotener Unterstellung oft nur ein schmaler Grat besteht und dass es einer gewissen Routine bedarf, den Sachverhalt richtig einzuordnen:

An einem düsteren Herbsttag klingelt es an K's Haustür. Davor steht ein Mann, der eine Sonnenbrille trägt und unter den Falten seines weiten Mantels eine kostbare Perserbrücke hervorzieht. Er flüstert: «200 Franken, und sie gehört dir!»

Auch wenn die Versuchung nahe liegt, darf hier nicht ohne weiteres angenommen werden, dass es sich bei der Kaufsache um Diebesgut handelt (es könnte z.B. auch ehelicher Hausrat sein). Wohl aber ist davon auszugehen, dass der Verkäufer sein Tun verheimlichen wollte, was für die Prüfung der Bösgläubigkeit des Käufers eine Rolle spielt.

In Zweifelsfällen gilt: Auszugehen ist vom «Normalfall». Abweichendes ist nur zu erörtern, wenn es im Sachverhalt Anhaltspunkte dafür gibt. Bei Vertragsparteien, von denen nichts anderes erwähnt wird, ist deshalb die *Handlungsfähigkeit* zu unterstellen; ein Erwerber ist *gutgläubig*, solange nichts auf Bösgläubigkeit hindeutet; Formvorschriften sind eingehalten, es sei denn, aus dem Sachverhalt geht etwas Gegenteiliges hervor. Wenn es etwa heisst: «A verkaufte an B ein Grundstück», so wäre es falsch, aus der Nichterwähnung der erforderlichen öffentlichen Beurkundung (ZGB 657 I) darauf zu schliessen, dass das Formerfordernis verletzt wurde. In letzterem Fall hätte der Sachverhalt das Fehlen der gesetzlich vorgeschriebenen Form als *lösungsrelevantes Merkmal* zur Sprache bringen müssen. Formulierungsvorschlag:

«Da der Sachverhalt hierzu keine Aussage macht, ist davon auszugehen, dass die gesetzliche Form eingehalten wurde.»

Wenn es dagegen heisst: «A verkaufte durch privatschriftlichen Vertrag an B ein Grundstück», so steht fest, dass ein Formproblem besteht, das vom Bearbeiter zu behandeln ist.

f) (Nur) wenn der Sachverhalt trotz genauer Lektüre und verständiger (Normalfall-)Interpretation zu einem *lösungsrelevanten Merkmal* keine Auskunft gibt (man spricht davon, der Sachverhalt sei *illiquid*), ist der Bearbeiter aufgerufen, *Lösungsalternativen* anzubieten, z.B. in folgendem Fall:

Ein Malergehilfe fällt vom einstürzenden Baugerüst und bricht sich ein Bein.

Hier wird der Student schnell merken, dass es sich um ein Problem der Werkeigentümerhaftung (OR 58) handeln könnte. Von einem Werk im Sinne dieser Vorschrift kann aber nur gesprochen werden, wenn es sich bei dem Gerüst um eine auf Dauer angelegte, mit dem Gebäude fest verbundene Konstruktion handelt. Handelt es sich dagegen um ein nur provisorisch angelegtes, «fliegendes» Gerüst, ist OR 58 in Ermangelung eines Werkes nicht anwendbar. Der Sachverhalt schweigt zur Konstruktion des Gerüsts, und einen «Normalfall» gibt es nicht. Der Bearbeiter muss deshalb Hypothesen bilden und in deren Rahmen *beide Alternativen* entfalten:

«1. Angenommen, es hat sich um eine auf Dauer angelegte und mit dem Gebäude fest verbundene Konstruktion gehandelt, dann ...»; «2. Angenommen, das Gerüst war nur provisorisch angebracht, dann ...».

Es sei aber ausdrücklich davor gewarnt, zu schnell anzunehmen, dass der Sachverhalt illiquid sei. Die Alternativentscheidung ist nur angezeigt, wenn andernfalls der Fall nicht ohne unzulässige Unterstellungen (z.B. mit dem apodiktischen Satz: «Ich gehe davon aus, dass es sich um eine provisorische Gerüstkonstruktion gehandelt hat») bearbeitet werden könnte. Handelt es sich bei der «Illiquidität» dagegen nur darum, dass der Sachverhalt zu einem Teilproblem schweigt, dann darf unterstellt werden, es werde nicht erwartet, dass der Lösungsvorschlag dazu detailliert Stellung beziehe. Es reicht, die Illiquidität zu konstatieren, die Alternativlösung anzudeuten und im Übrigen fortzufahren.

Beispiel: Der Malergehilfe tritt aus Unachtsamkeit gegen eine Leiter, welche umstürzt und einen vorbeikommenden Passanten verletzt.

Bei der Geschäftsherrenhaftung (OR 55), die hier zu prüfen ist, kommt es darauf an, ob der Geschäftsherr seinen Gehilfen ordnungsgemäss ausgesucht, instruiert und überwacht hat. Schweigt der Sachverhalt hierzu, genügt es festzustellen, dass der Geschäftsherr haftet, *sofern* er nicht beweist, dass er die genannten Sorgfaltspflichten erfüllt hat. Falsch wäre es, die Haftung bedingungslos zu bejahen; falsch wäre es aber auch, sich in Spekulationen darüber zu ergehen, ob der Geschäftsherr wohl sorgfältig gehandelt habe oder nicht.

g) Die Pflicht zur verständigen Interpretation bezieht sich nicht auf *explizite Sachverhaltsaussagen*. Nur bei offensichtlichen Tippfehlern und Versehen (Beginn des am 26.4.2007 abgeschlossenen Mietvertrages: 1.6.2070; A verletzt B mit einer Schusswaffe. Welche Ansprüche hat A gegen B?) darf (muss aber auch) korrigiert werden. Im Übrigen gilt:

Selbst wenn die Sachverhaltsschilderung dem Bearbeiter unwahrscheinlich vorkommt, ist es nicht seine Aufgabe, sie anhand seines Erfahrungswissens in Zweifel zu ziehen. Der Dreijährige, der mit kräftigem Fusstritt eine Sicherheitsglasscheibe zertrümmert, mag ein anatomisches Wunder sein, doch wird vom Bearbeiter die rechtliche und nicht die physikalisch-biologische Würdigung des Vorfalles verlangt. Selbst wenn der Bearbeiter (viel-

leicht im Gegensatz zum Aufgabensteller) über Spezialwissen verfügt, aufgrund dessen er die Sachverhaltsschilderung als abwegig einzustufen vermag (z.B. wenn von der Flugleistung einer Taube die Rede ist, die der mit Taubenzucht gut vertraute Bearbeiter als völlig ausgeschlossen erkennt), muss er vom vorgegebenen Sachverhalt ausgehen.

Auch offenkundig Unmögliches, das ein Sachverhalt als wahr beschreibt, ist hinzunehmen.

Das dressierte Pferd von Herrn Gier spielt abends öfter laut Klavier. Herr Giers Nachbar beklagt sich über die Störung seiner Nachtruhe.

Es wäre falsch, kühl festzustellen, dass Pferde nicht Klavier spielen können, und die Prüfung abzubrechen. Vielmehr geht es darum, die rechtlichen Möglichkeiten des Nachbarn angesichts der genannten Immission zu erörtern.

Anders verhält es sich, wenn die betreffende Angabe im Sachverhalt *von einer Partei* gemacht wird.

V behauptet, Eigentümer eines geflügelten Pferdes zu sein. K ist begeistert und kauft das Pferd.

Hier muss der Bearbeiter erkennen, dass es geflügelte Pferde nur im Mythos gibt. Gegenstand des Kaufvertrages war somit eine Leistung, die von Anfang an objektiv unmöglich war; der Vertrag ist nichtig (vgl. OR 20 I).

h) *Rechtliche Feststellungen*, die der Sachverhalt trifft, sind als *richtig* zu unterstellen. Wenn also von einer formgültigen Forderungsabtretung die Rede ist, braucht die Einhaltung der Schriftform (OR 165 I) nicht umständlich abgehandelt zu werden. Auch Ausführungen zur Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde sind dann überflüssig, wenn eine Verfügung laut Sachverhalt von der zuständigen Behörde erlassen worden ist.

Macht dagegen eine *Partei* rechtliche Ausführungen, so ist dies als Hinweis auf eine mögliche (vielleicht aber grundfalsche) Rechtsauffassung zu verstehen, mit der sich der Bearbeiter kritisch auseinanderzusetzen hat.

K kauft beim Antiquitätenhändler V eine alte Vase. Er glaubt, er habe ein «Schnäppchen» gemacht. Später stellt sich heraus, dass die Vase nichts wert ist. K verlangt von V den Kaufpreis zurück, weil es sich um einen eindeutigen Fall von Grundlagenirrtum handle.

Für den Bearbeiter ist zwar die rechtliche Einschätzung von K nicht «verbindlich». Er muss aber prüfen, ob sie zutrifft oder nicht.

Wird im Sachverhalt ein Beteiligter mit *Rechtsausführungen wörtlich zitiert*, so sind diese «verständlich» zu interpretieren. Wenn A seinen verschenkten «Grundbesitz» wegen Undanks des Beschenkten zurückhaben will (OR 249), darf diese *untechnische* Formulierung nicht tatsächlich als Geltendmachung eines Anspruchs auf Besitzübertragung, sondern muss als Forderung auf Rückübertragung des *Eigentums* verstanden werden. Heisst es: «X meint, diese Gegenforderung müsse Y sich «anrechnen» lassen», so steckt darin möglicherweise eine Verrechnungserklärung (OR 124 I), die vom Bearbeiter hinsichtlich Zulässigkeit und Wirkungen zu überprüfen ist.

i) Für das Verständnis des Sachverhalts ist häufig ein genauer Überblick über die *zeitliche Abfolge der Ereignisse* erforderlich. Aussagen etwa über die Wirksamkeit von Mehrfachverfügungen oder den Ablauf von Fristen können nur dann korrekt getroffen werden, wenn Zeitangaben, die im Sachverhalt verstreut sind, genau beachtet werden. Dabei können Zeittafeln oder Graphiken hilfreich sein.

S beschädigt am 15. November 1997 mit seinem Auto die Hausmauer des G. Als G das Haus am 15. Mai 2007 verkaufen will, bemerkt er den Schaden. Sieben Monate später ergibt eine Expertise aufgrund von Farbspuren, dass S mit seinem Auto in die Hausmauer des G gefahren war.

Hier verschafft die *Zeitachse* Übersicht:

Grafik siehe Seite 84

Der Bearbeiter wird nun prüfen, ob der Anspruch des Geschädigten aus unerlaubter Handlung (SVG 58 I) verjährt ist: Die *relative Verjährungsfrist* beträgt zwei Jahre nach Kenntnisnahme des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen (SVG 83 I). Diese Frist ist Mitte Dezember 2007 noch nicht abgelaufen, wohl aber die zehnjährige *absolute Verjährungsfrist* (SVG 83 I). Sie war am 15. November 2007 abgelaufen. Der Ersatzanspruch ist somit verjährt.

Ebenso gute Dienste leistet gegebenenfalls eine *Zeittafel*:

2.12.2004	1. Testament des T
10.1.2006	Geburt des S
30.1.2006	2. Testament des T

12.9.2006	Tod des T
1.10.2006	Testamentseröffnung
9.10.2006	Testamentsanfechtung

Neben Zeitachsen oder Zeittafeln können auch *graphische Skizzen* zur Verdeutlichung des Sachverhalts beitragen. Zumal dann, wenn es um komplizierte Rechtsbeziehungen von mehr als zwei Personen geht (etwa bei Bürgschaften, Stellvertretungsgeschäften oder Nachlassregelungen), lässt sich der Sachverhalt mit Hilfe von Skizzen und Tabellen oft leichter erfassen, und es können diese bei der späteren Ausarbeitung zur ständigen Vergewisserung über die Geschehensabläufe herangezogen werden.

S schuldet G CHF 10 000.– aus Darlehen. Auf die Bitte von S hat sich B für die Schuld von S gegenüber G verbürgt. Bei Fälligkeit schickt V, der Vater des S, dem G CHF 10 000.– per Post mit der Bemerkung: «Hiermit tilge ich die Schuld von S.»

In eine Graphik übersetzt, könnte der Sachverhalt etwa so aussehen:

Grafik siehe Seite 85

Derartige optische Stützen sind nur *Hilfsmittel* und haben in der Falllösung selbst nichts zu suchen. Wenn aber eine Klausur aus Zeitnot unfertig abgegeben wird, mag die Hinzufügung von Unterlagen, aus denen das «Projekt» erkennbar wird, ausnahmsweise einmal angehen.

2. Erfassen der Fallfrage

An das Verstehen des Sachverhalts schliesst sich die genaue Erfassung der Fallfrage an³⁹. Der Bearbeiter muss sich darüber klar werden, zu welchen Rechtsproblemen, die der Sachverhalt aufwirft, er Stellung nehmen soll. Denn es gilt: Die Darlegungen können noch so glänzend sein, wenn nicht danach gefragt wurde, haben sie in der Falllösung nichts zu suchen (*Begrenzungsfunktion* der Fallfrage). Wer nicht gestellte Fragen beantwortet, verfehlt seine Aufgabe ebenso, als hätte er gestellte Fragen falsch oder unvollständig beantwortet.

Zwei Arten von Fragestellungen sind bei der Fallbearbeitung zu unterscheiden: die *beschränkte* und die *unbeschränkte* Frage nach der Rechtslage.

a) Die *beschränkte Frage nach der Rechtslage* reduziert die Problemstellung auf bestimmte Aspekte. Vom Bearbeiter wird nicht die Würdigung aller einschlägigen Rechtsfragen verlangt, sondern nur erwartet, dass er die in der Fragestellung *konkret angesprochenen Punkte* aufgreift.

V vermietet M ein Weinfass für die Dauer von zwei Jahren. Mit Wein des M gefüllt, fällt es auseinander, weil es schadhaft war. Der Wein sickert in den Holzboden des Kellers. Kann M von V Schadenersatz verlangen?

Die Fallfrage ist hier zweifach beschränkt: Zum einen ist nur nach den Ansprüchen des M gefragt, und überdies geht es nur um *ein* Anspruchsziel, nämlich die Forderung nach Schadenersatz. Nur dazu hat der Bearbeiter Stellung zu beziehen. Unangebracht wäre es, Gegenansprüche des V (z.B. auf Bezahlung des Mietzinses) zu prüfen oder zu untersuchen, ob für M weitere Ansprüche (z.B. auf ordnungsgemässe Erfüllung) in Betracht kommen.

aa) Allerdings umfasst die Frage nach Schadenersatz *alle Anspruchsgrundlagen*, mit denen dieses Ziel zu erreichen ist. Es müssen – sofern der Sachverhalt dafür Anhaltspunkte gibt – neben den vertraglichen Ersatzansprüchen also auch die deliktischen Ansprüche geprüft werden. Im obigen Sachverhalt gibt es keinerlei Hinweis auf deliktisches Verhalten des V. Es genügt daher ein konstatierender Satz, etwa der Art:

Für deliktische Schadenersatzansprüche fehlen im Sachverhalt die Anhaltspunkte.

Falls hingegen das Anspruchsziel (Schadenersatz) mit *mehreren Anspruchsgrundlagen* verfolgt werden kann, sind alle zu erörtern.

Hauseigentümer E beauftragt Dachdecker D mit dem Ausbessern seines Daches. Als E sich vom Fortgang der Arbeit überzeugen will, wird er von einem herabfallenden Ziegel getroffen, der unsorgfältig befestigt worden war. Er erleidet eine Gehirnerschütterung und muss ins Spital. Welche Schadenersatzansprüche kann E geltend machen?

Für die Vermögensschäden des E kommen neben *vertraglichen* (Werkvertrag: OR 363 f.) auch *deliktische* Schadenersatzansprüche (OR 41) in Betracht. Ist die Sorgfaltspflichtverletzung auf einen Gehilfen G zurückzuführen, müssen auch die vertragliche (OR 101) und die deliktische Geschäftsherrenhaftung des D (OR 55) sowie die Schadenersatzpflicht von G geprüft werden.

³⁹ Diese muss übrigens nicht mit einem Fragezeichen enden, sondern kann auch als Auftrag formuliert sein, z.B.: «Prüfen Sie die Verfassungsmässigkeit der Massnahme.»

bb) Gibt es *mehrere Fallfragen*, z.B.

1. Ist der Rekurs zulässig?
2. Ist der Rekurs begründet?

so ist es zwar nicht immer zwingend geboten, meist aber doch sinnvoll, die vorgegebene Reihenfolge (wegen eventueller logischer Prioritäten) einzuhalten.

cc) Zuweilen wird der *Sachverhalt abgewandelt*, d.h., es werden z.B. im Rahmen der Frage nach den Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels *alternative Daten* für die Einlegung des Rechtsmittels angegeben.

1. Hat die Berufung vom 1. Oktober 2006 Aussicht auf Erfolg?
2. Wie ist die Rechtslage, wenn die Berufung erst am 8. Oktober 2006 erfolgt wäre?

Der Sachverhalt wird durch die zweite Frage nur geringfügig geändert. Alle Sachverhaltsangaben zur ersten Alternative sind auch der Beantwortung der Variante zugrunde zu legen – mit Ausnahme des Datums.

b) Während die Erfassung einer beschränkten Fallfrage keine nennenswerten Probleme aufwirft (ausser, dass man sich an sie zu halten, d.h. das *Prüfprogramm* nach ihr einzurichten hat), verlangt die *unbeschränkte Frage nach der Rechtslage* («Wie ist die Rechtslage?») vom Bearbeiter wesentlich mehr: Hier ist es nämlich seine (meist ungeliebte) Aufgabe, die Fallfrage(n) selbst aus dem Sachverhalt herauszupräparieren und in einer sinnvollen Reihenfolge abzuhandeln. Dabei ist es keineswegs so – wie man zuweilen hören kann –, dass *alle* Rechtsfragen, die irgendwie aus dem Sachverhalt hergeleitet werden können, bearbeitet werden müssen. Vielmehr geht es auch bei diesem Arbeitsschritt darum, durch verständige Interpretation der Aufgabenstellung die *Probleme des Falles* zu erfassen und daran die Fallfrage(n) zu orientieren. Das ist nicht immer einfach. Insbesondere im Privatrecht sind komplexe Sachverhaltsschilderungen, die mit der allgemeinen Frage nach der Rechtslage enden, nicht selten und können den Bearbeiter in gelinde Verzweiflung stürzen: Er weiss nicht, wie er anfangen soll. In dieser Situation wäre es grundfalsch, sich hastig an das erstbeste Problem zu machen, das einem in die Augen sticht. Nur zu oft nämlich ergibt die genaue Prüfung, dass es auf die vermeintlich so zentrale Frage gar nicht ankommt (jedenfalls nicht in dem Zusammenhang, den der Bearbeiter zunächst zu erkennen glaubte) und dass der Problem-schwerpunkt des Falles an ganz anderer Stelle liegt.

aa) Bei der allgemeinen Frage nach der Rechtslage empfiehlt es sich im *Privatrecht*, die konkrete Aufgabenstellung mit folgender Suchfrage aufzuspüren: *Wer will von wem was?* Damit sind angesprochen:

- Anspruchsberechtigter (prozessual: Kläger)
- Anspruchsgegner (prozessual: Beklagter)
- Anspruchsziel (prozessual: Streitgegenstand).

V vermietet dem M sein Fahrrad für einen Ausflug. M muss unterwegs eine alte Bremse ersetzen. Nachdem M den Ausflug beendet hat, ersetzt er den Sattel des Fahrrades durch ein besonders bequemes Modell. Wie ist die Rechtslage?

Sowohl V als auch M haben in diesem Fallbeispiel rechtliche Interessen. Es müssen also zwei Anspruchsgruppen gebildet werden: die Ansprüche von V gegen M und diejenigen von M gegen V. Entsprechend lauten die Antworten auf die Suchfrage:

- V will von M die Rückgabe seines Fahrrades.
- V will von M die Bezahlung des Mietzinses.
- M will von V Ersatz für seine Aufwendungen:
 - für die Bremse,
 - für den Sattel.

Ein weiteres Beispiel:

D hat das Pferd von E gestohlen und für CHF 900.– an X verkauft und übergeben. Wie ist die Rechtslage?

Folgende Anspruchsziele lassen sich aufgrund verständiger Interpretation dem Sachverhalt entnehmen:

- E will von X die Herausgabe des Pferdes.
- E will von D Schadenersatz.
- X will von D die Rückzahlung von CHF 900.–.
- X will von E, falls er ihm das Pferd herausgeben muss, CHF 900.–.

Grundsätzlich sind bei der privatrechtlichen Fallbearbeitung *alle* in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen zu prüfen, mit denen das Anspruchsziel verfolgt werden kann; die Prüfung ist nicht etwa abzubrechen, wenn sich der erste geprüfte Anspruch als begründet erwiesen hat.

bb) Im *Strafrecht* geht es meist um die Strafbarkeit von Personen⁴⁰. Dann lautet die Suchfrage: *Wer hat sich wie*

⁴⁰ Zur Technik der Lösung von Strafrechtsfällen siehe Andreas Donatsch *et al.*: Klausuren und Hausarbeiten im Strafrecht und Strafprozessrecht (4. A. Zürich 2008); Harald Maihold: Strafrecht, Allgemeiner Teil: Fragen, Fälle und Lösungen zur Prüfungsvorbereitung (3. A. Basel 2013); Wolfgang Wohlers: Fallbearbeitung im Strafrecht (3. A. Zürich 2009); Gunther Arzt: Die Straf-

wonach strafbar gemacht?

cc) Im *öffentlichen Recht* kommt die allgemeine Frage nach der Rechtslage praktisch nicht vor⁴¹. Oftmals geht es um die Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs gegen eine hoheitliche Massnahme (z.B.: «Beurteilen Sie die Chancen einer Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht»), womit das weitere Prüfprogramm aufgrund der Voraussetzungen des Rechtsmittels vorstrukturiert ist⁴².

3. Suche nach den entscheidungserheblichen Rechtsnormen (privatrechtliches Anspruchsschema)

Wenn die Fallfrage erfasst ist, beginnt die *Suche nach den einschlägigen Rechtsnormen*, also nach denjenigen Bestimmungen, deren Rechtsfolgen (z.B. Schadenersatz) mit Blick auf die Aufgabenstellung bedeutsam («Kann E von D Schadenersatz verlangen?») und deren tatbestandliche Voraussetzungen durch den Sachverhalt erfüllt sein könnten⁴³. Für alle Rechtsgebiete gemeinsam lässt sich nur die Regel aufstellen, dass man die Suche breit anlegen muss, da sich häufig die Anwendbarkeit einer Norm erst im Verlauf der Prüfung ergibt und es daher falsch wäre, den Blick zu früh auf bestimmte Normen zu verengen.

Soweit keine nebenstrafrechtlichen Probleme zu behandeln sind, hat die strafrechtliche Fallbearbeitung den Vorteil, dass sich die Suche nach den einschlägigen Rechtsnormen mit dem StGB auf eine Kodifikation beschränkt (~~Im Übrigen wirkt im Rahmen der strafrechtlichen Fallbearbeitung das Auffinden der Straftatbestände im StGB selten besondere Schwierigkeiten auf~~), während umgekehrt eine materielle Anleitung zur Anfertigung einer *öffentlichrechtlichen Arbeit* wegen des heterogenen Normenkorpus des Staats- und Verwaltungsrechts der Spezialliteratur vorbehalten bleiben muss. Auch im Privatrecht gibt es wegen der Vielfalt der Rechtsfragen und Rechtslagen kein Patentrezept. Doch soll am Beispiel des *privatrechtlichen Anspruchsschemas* verdeutlicht werden, wie sich in besonders wichtigen Rechtsgebieten (Sachenrecht, Obligationenrecht) das Auffinden der einschlägigen Normen in den methodischen Griff bekommen lässt⁴⁴.

a) Für eine privatrechtliche Fallbearbeitung, in der alle Ansprüche, die aufgrund der Sachverhaltsgestaltung und der daraus abgeleiteten Fallfrage(n) in Betracht kommen können, in sinnvoller Reihenfolge geprüft werden, muss die vorn entwickelte Suchfrage («Wer will von wem was?») um ein «woraus?» («gestützt worauf?») ergänzt werden, womit zusätzlich zu den Fragen nach dem *Anspruchsberechtigten* («Wer?»), dem *Anspruchsgegner* («von wem?») und dem *Anspruchsziel* («was?») die Frage nach der *Anspruchsgrundlage* oder dem *Rechtsgrund*, auf den sich ein Anspruch stützt, aufgeworfen ist.

X verkauft Y sein Auto für CHF 5000.–. Wenn Y den Kaufpreis – nachdem er das Auto erhalten hat – nicht bezahlt, stellt sich die Frage, worauf X sich berufen kann, um von Y sein Geld zu bekommen. In Betracht kommt dafür OR 184, die Grundnorm zum Kaufvertrag. Zu prüfen ist also, ob X von Y die Bezahlung von CHF 5000.– aus Kaufvertrag (OR 184) verlangen kann (was den Abschluss eines wirksamen Kaufvertrages voraussetzt).

b) Jeder durchsetzbare Anspruch hat einen Grund in der bestehenden Rechtsordnung. Juristische Laien begründen Ansprüche oft mit gefühlsmässigen Argumenten, z.B. «weil es gerecht ist», «weil es anders nicht sein kann». Der Jurist darf sich aber nicht auf sein *Rechtsgefühl* verlassen, sondern hat das *positive Recht*, die geltenden Rechtsnormen, zu konsultieren, um die Berechtigung eines Begehrens zu beurteilen. Das ist angesichts der Komplexität unserer Rechtsordnung (selbst wenn man einmal nur das Privatrecht und in diesem Rahmen nur das Obligationen- und das Sachenrecht betrachtet) eine schwierige Aufgabe.

c) Das *Anspruchsschema* im Rahmen der privatrechtlichen Fallbearbeitung ist ein Hilfsmittel zum *Auffinden der in Frage kommenden Rechtsgründe*. Der Bearbeiter orientiert sich dabei am System der *subjektiven Rechte*. Subjektive Rechte sind Befugnisse (oder Berechtigungen), die einer Person gegenüber einer anderen zustehen und die von der Rechtsordnung (dem objektiven Recht) geschützt werden, z.B. das (gegen den Vertragspartner gerichtete) Recht auf Erfüllung eines Vertrages. Unterschieden werden innerhalb der subjektiven Rechte grundsätzlich *absolute Rechte*, die sich gegen jedermann richten (wie namentlich das Eigentum), und *relative (obligatorische) Rechte*, die gegen einen bestimmten Schuldner gerichtet sind (vor allem Forderungsrechte). Absolute Rechte, die sich auf Sachen beziehen (neben dem Eigentum auch etwa ein Pfandrecht), nennt man dingliche Rechte.

rechtsklausur (7. A. München 2006).

⁴¹ Sie sollte es jedenfalls nicht, weil sie – losgelöst von einem Rechtsmittel – nur dazu aufrufen könnte, zu einem Tour d'horizon durch die unendliche Weite des öffentlichen Rechts aufzubrechen.

⁴² Siehe etwa Markus Schott/Stefan Vogel (Hg.): Fallsammlung Öffentliches Recht (3. A. Zürich 2007); Burkard J. Wolf: Allgemeines Staats- und Verwaltungsrecht – Fälle, Fragen und Lösungen (Lachen/St. Gallen 2001).

⁴³ Unter *Tatbestand* versteht man denjenigen *Teil des Satzes*, der die Voraussetzung für eine *Rechtsfolge* darstellt. Unter ihn werden die *Sachverhaltselemente* subsumiert. Z.B.: *Sachverhalt*: Eine Bienenkönigin aus der Bienenzucht des A lässt sich im Bienenhaus von B nieder. Sogleich folgt das restliche Bienenvolk. *Rechtssatz*: «Fliegt ein Bienenschwarm in einen fremden bevölkerten Bienenstock [*Tatbestand*], so fällt er ohne Entschädigungspflicht dem Eigentümer dieses Stockes zu [*Rechtsfolge*]» (ZGB 725 II).

⁴⁴ Neben Übungsfällen enthalten Anleitungen zum Lösen privatrechtlicher Fälle: Eugen Bucher / Wolfgang Wiegand: Übungen im Obligationenrecht (3. A. Zürich 2001); Heinrich Honsell: Fälle mit Lösungen zum Obligationenrecht (3. A. Zürich 2005); Hans Michael Riemer *et al.*: Übungen im Zivilgesetzbuch (4. A. Zürich 2005).

Die *obligatorischen Rechte* (Forderungen) entstehen auf der Grundlage eines Schuldverhältnisses (meist) zwischen zwei Parteien. Schuldverhältnisse entstehen hauptsächlich auf vier Arten:

1. durch Vertrag (OR 1 ff.)
2. durch unerlaubte Handlung (Delikt, OR 41 ff.)
3. durch ungerechtfertigte Bereicherung (OR 62 ff.)
4. durch Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 419 ff.).

Der Bearbeiter prüft nun bei jedem einzelnen Begehren, ob es sich auf einen dinglichen oder einen obligatorischen Anspruch stützen lässt, und im zweiten Fall, ob die Forderung durch Vertrag, unerlaubte Handlung, ungerechtfertigte Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag entstanden ist. Beim Anspruch des V gegen M⁴⁵ ist also zunächst hinsichtlich des Klageziels zu unterscheiden: «V will 1. sein Fahrrad zurück und 2. von M die Bezahlung des Mietzinses».

Der Bearbeiter wird hinsichtlich des ersten Begehrens des V zunächst einen Anspruch des V («wer?») gegen M («von wem?») auf Herausgabe des Fahrrads («was?») prüfen. Als Anspruchsgrundlagen («woraus?») kommen der dingliche Herausgabeanspruch aus Eigentum (ZGB 641 II) in Frage sowie der vertragliche (obligatorische) Anspruch auf Rückgabe der Mietsache aus dem Mietvertrag (OR 267 I).

Was das zweite Begehren des V, die Bezahlung des Mietzinses, betrifft, hat V nur den obligatorischen Anspruch aus dem Mietvertrag (OR 253, 257). Für Ansprüche aus unerlaubter Handlung, ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag fehlen im Sachverhalt jegliche Anhaltspunkte.

Die Anwendung des Anspruchsschemas führt also im Beispiel zu folgendem Grundriss der Lösung:

- I. Ansprüche des V gegen M auf Herausgabe des Fahrrads
 1. Ansprüche des V gegen M aus Eigentum
 2. Ansprüche des V gegen M aus Mietvertrag
- II. Ansprüche des V gegen M auf den Mietzins aus Mietvertrag

Des Weiteren muss der Bearbeiter die Ansprüche des M gegen V auf Ersatz der Aufwendungen prüfen, die hier aber vernachlässigt werden sollen⁴⁶.

d) Stehen die Anspruchsgrundlagen (Rechtsgründe) fest, die der Bearbeiter prüfen will, kann er ein *Prüfprogramm* aufstellen. Dieses ergibt sich aus den Tatbestandsmerkmalen der Rechtsnormen, die als mögliche Anspruchsgrundlagen ermittelt wurden.

aa) Im Beispiel geht es um den Anspruch des V gegen M auf Herausgabe des Fahrrads aus Eigentum. Anspruchsgrundlage *könnte sein* (Hypothese): ZGB 641 II. Nach dieser Vorschrift hat der Eigentümer einer Sache das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen. Voraussetzung für die Begründetheit des dinglichen Herausgabeanspruchs (Vindikation) ist also zweierlei:

1. V muss *Eigentümer* des Fahrrads sein.
2. Das Fahrrad muss sich im *Besitz* von M befinden («vorenthält»).

Das Prüfprogramm kann in der Form eines *Konditionalsatzes* formuliert werden, etwa so:

«V kann von M das Fahrrad gemäss ZGB 641 II herausverlangen, wenn er Eigentümer des Fahrrads ist und dieses sich im Besitz von M befindet.» Eine andere (hypothetische) Formulierung wäre: «V könnte von M das Fahrrad gemäss ZGB 641 II herausverlangen. Voraussetzung dafür ist, dass er der Eigentümer des Fahrrads und M sein Besitzer ist.»

bb) Wie auch immer man das Prüfprogramm formulieren mag: Der Bearbeiter weiss nach einem solchen Einstieg, was er im Folgenden in welcher Reihenfolge zu prüfen hat (hier: Eigentum des V und Besitz des M). Funktion eines Prüfprogramms ist es, eine komplexe Frage («Kann V sein Fahrrad von M herausverlangen?») entlang dem gesetzlichen Tatbestand (ZGB 641 II) in mehrere leichter zu bewältigende *Teilfragen zu zerlegen*. Beim Vindikationsanspruch mit seinen wenigen Voraussetzungen mag das unnötig kompliziert erscheinen. Bei einer Rechtsnorm, die (wie z.B. der allgemeine Tatbestand der unerlaubten Handlung, OR 41) eine ganze Reihe oft komplizierter und umstrittener Tatbestandsmerkmale aufweist, ist das Aufstellen eines solchen Programms für eine erfolgreiche Prüfung unerlässlich.

e) Das Verfahren der Zerlegung einer vielschichtigen Frage in mehrere Teilfragen (Voraussetzungen) ist nicht nur auf den Gesamttatbestand der Rechtsnorm anzuwenden. Jedes einzelne *Tatbestandsmerkmal* kann wiederum in Untermerkmale *zergliedert* werden.

Wird als Voraussetzung des Vindikationsanspruchs also das Eigentum von V geprüft, so könnte das weitere Prüfprogramm z.B. lauten: «V ist Eigentümer des Fahrrads, wenn er es 1. von einem anderen erworben hat (derivativ) oder 2. wenn einer der originären Erwerbstatbestände (z.B. Aneignung einer herrenlosen Sache, ZGB 718) vorliegt.» Wiederum wüsste der Bearbeiter, welchen Problemen (derivativer oder originärer Eigentumserwerb des

⁴⁵ Siehe vorn 90.

⁴⁶ Siehe hinten 100.

V) er sich zuzuwenden hätte.

Im Beispiel ist eine solche Vertiefung aber nicht nötig, ja, sie wäre sogar fehl am Platz: Der Sachverhalt teilt unmissverständlich mit, dass das Fahrrad im Eigentum des V steht («V vermietet *sein* Fahrrad dem M»). Der Aufbau der Prüfung des Herausgabeanspruchs aus Eigentum sieht also so aus:

- I. Ansprüche des V gegen M
 1. Ansprüche des V gegen M aus Eigentum
 - a. Eigentum des V
 - b. Besitz des M

f) Wenn es in einem Fall darum geht, die Zuordnung eines dinglichen Rechts (z.B. Eigentum) zu einer bestimmten Person (dem Eigentümer) zu klären, hat sich (als Teilstruktur des Anspruchsschemas) die sogenannte *chronologische* oder *historische Methode* bewährt. Sie bedeutet Folgendes: Der Bearbeiter sucht im Sachverhalt den Zeitpunkt, zu dem Klarheit über die Zuordnung herrscht (der Eigentümer also zweifelsfrei feststeht). Anschliessend untersucht er «auf der Zeitachse voranschreitend» jedes weitere Sachverhaltsereignis, das möglicherweise eine Änderung der Zuordnung zur Folge gehabt hat.

V verkauft und übergibt K einen Baumstamm. Den Stamm hatte V aus dem Holzlager des A entwendet. A hatte den Baum vor sieben Jahren auf dem Grundstück von B gefällt; dabei ging er von der Annahme aus, er befinde sich auf seinem eigenen Grundstück. Kann B von K die Herausgabe des Baumstammes verlangen?

Zu prüfen ist der Herausgabeanspruch des B gegen K aus Eigentum (ZGB 641 II). Der Anspruch setzt voraus, dass 1. B Eigentümer des Baumstammes und 2. K Besitzer des Baumstammes ist (Prüfprogramm).

Klarheit über das Eigentum am Baumstamm herrscht zum Zeitpunkt, als der Baum noch auf dem Grundstück des B stand: Der Baum war dazumal Bestandteil des Grundstücks und stand somit im Eigentum des Grundstückseigentümers (vgl. ZGB 642), also des B. Jetzt muss der Reihe nach geprüft werden, ob die Eigentümerposition am Baumstamm aufgrund der folgenden Sachverhaltselemente verändert worden ist:

- durch das Fällen des Baumes
- durch A's siebenjährigen, gutgläubigen Besitz des Baumstammes
- durch V's «Entwendung» des Baumstammes
- durch Verkauf und Übergabe des Baumstammes an K.

Nur wenn die Prüfung aller Ereignisse zu dem Ergebnis führen würde, dass keines davon die Eigentümerposition des B berührt hat (dazu ZGB 728 I betreffend die Ersitzung sowie ZGB 714 II i.V.m. ZGB 933), wäre die erste Voraussetzung der Vindikation (Eigentum des Klägers) gegeben und müsste die zweite Voraussetzung (Besitz des Beklagten) geprüft werden.

g) Mit der Prüfung aller möglichen Ansprüche ist die Aufgabe des Bearbeiters noch nicht beendet. Jetzt schliessen sich zwei weitere Fragen an: 1. Bestehen mehrere Ansprüche, die auf das gleiche Klageziel gerichtet sind, und wenn ja: in welchem Verhältnis stehen sie zueinander (Problem der *Anspruchskonkurrenz*)? 2. Kann gegen einen Anspruch ein Gegenrecht vorgebracht werden (Problem der *Einrede*)?

1. Im Fahrrad-Beispiel besteht eine Anspruchskonkurrenz zwischen dem Herausgabeanspruch des V gegen M aufgrund des Eigentums und des Mietvertrages. Sie bedeutet, dass letztlich nur einer der Ansprüche zum Ziele führen kann. Es leuchtet selbst einem Laien ein, dass die Rechtsordnung dem Berechtigten nicht zwei Fahrräder (oder den entsprechenden Wertersatz) verschaffen will. Der Berechtigte kann es aber offenlassen, auf welche der beiden Möglichkeiten er sich stützen möchte (vielleicht ist der eine Anspruch bereits verjährt, oder es stellt sich im Prozess heraus, dass seine Voraussetzungen nicht oder nur schwer zu beweisen sind; dann kann er immer noch auf den anderen Anspruch ausweichen).

2. Die *Einrede* ist die Möglichkeit eines Beklagten, die Erfüllung eines Anspruchs ganz oder teilweise, dauernd oder vorübergehend zu verweigern. Dieses Recht zur Leistungsverweigerung stützt sich bei der Einrede nicht auf das Argument, dass die Schuld nicht bestehe – das wäre eine *Einwendung* –, sondern auf ein Gegenrecht, das der Forderung entgegengehalten wird. Stundet z.B. ein Gläubiger seinem Schuldner eine Schuld, so kann der Schuldner dem Gläubiger die Einrede der Stundung (also des vorübergehenden Zahlungsaufschubs) entgegenhalten. Er anerkennt dann zwar diese Schuld, macht aber einredeweise die fehlende Fälligkeit geltend.

Im Fahrrad-Beispiel wäre zu prüfen, ob M gegen die vertragliche und/oder dingliche Herausgabeklage des V eine Einrede vorbringen könnte. Vorstellbar wäre, dass sich M auf den Standpunkt stellt, das Fahrrad sei so lange nicht herauszugeben, bis seine Aufwendungen von V bezahlt seien (vgl. ZGB 895).

h) Eine *genügende* Fallbearbeitung zeichnet sich dadurch aus, dass sie zu vertretbaren Ergebnissen und Begründungen findet und dass sich die verschiedenen Resultate nicht widersprechen. Von einer *guten* Lösung wird mehr erwartet. Unter anderem muss der Bearbeiter zeigen, dass er nicht nur sämtliche Rechtsprobleme des Falles erkannt und vertretbar gelöst hat, sondern darüber hinaus in der Lage war, seine Lösung auch *richtig zu proportionieren*. Im Grunde ist damit etwas ganz Einfaches gemeint: Wo der Bearbeiter Einfaches behandelt, soll er so

wenig wie möglich und so viel wie nötig schreiben; wo der Bearbeiter Schwieriges behandelt, soll er ausführlich begründen und sich Raum für eine sorgfältige Argumentation nehmen.

S schuldet dem G CHF 100 000.– aus Darlehen. Als Pfand bietet S dem G eine mit Brillanten besetzte Goldkette. G prüft die Kette und ist einverstanden. Vor der Übergabe vertauscht S die Kette mit einer billigen Kopie und übergibt diese seinem Gläubiger. Wie ist die Rechtslage bei Fälligkeit des Darlehens?

Für G kommen zwei Ansprüche in Betracht: zum einen die obligatorische Forderung auf Rückzahlung des Darlehens, zum anderen der dingliche Anspruch aus dem Pfandrecht. Eine richtig proportionierte Falllösung könnte sich beim obligatorischen Anspruch auf einen Satz beschränken, etwa: «Die Darlehensforderung, von deren Bestand ausgegangen werden kann, ist fällig und kann von G geltend gemacht werden.» Ausführlich begründet werden muss hingegen, ob G ein Faustpfand erworben hat. Wiederum sind nicht alle für die Entstehung des Pfandes notwendigen Voraussetzungen in gleicher Weise problematisch; die Notwendigkeit des Bestehens einer zu sichernden Forderung beispielsweise (Akzessorietät) und ihr Bestand im vorliegenden Fall müssen nur erwähnt bzw. festgestellt werden. Ausführlich muss aber auf die Folge des Umstandes eingegangen werden, dass die Pfandsache, auf die sich die Parteien geeinigt hatten, dem G nicht übergeben worden ist, sondern eine andere Sache, auf die sich die Parteien nicht geeinigt hatten.

Der Bearbeiter kann davon ausgehen, dass den Aufgabensteller in erster Linie die Ausführungen zu den schwierigeren Fragen interessieren. Oft ist es ein Indiz für mangelnde Sachkompetenz, wenn ein Bearbeiter Einfaches in epischer Breite darstellt und die Ausführungen zum Kern der Fallproblematik auf ein lakonisches Nebensätzchen beschränkt. Viele Worte an der falschen Stelle überdecken aber nicht die fachlichen Schwierigkeiten des Autors, sondern verdeutlichen sie.

4. Suche nach den entscheidungserheblichen Rechtsnormen (strafrechtliches Prüfschema)

Gemäss Text oben, Seite 1-3

III. Fallbearbeitung: Klausur

a) Die in diesem Paragraphen bisher gegebenen Hinweise gelten, wie bereits erwähnt, sowohl für die Klausur als auch für die Hausarbeit. Die Studierenden sollen in beiden Fällen zeigen, dass sie gelernt haben, ihr juristisches Wissen methodengerecht in eine Falllösung umzusetzen. In zwei Punkten unterscheidet sich die Klausur aber von der Hausarbeit:

1. Sie findet unter *Zeitdruck* statt. Bei Klausuren während des Studiums stehen den Studierenden in der Regel zwischen zwei und fünf Stunden zur Verfügung; bei der Anwaltsprüfung im Kanton Zürich sind es zehn Stunden.
2. Der Bearbeiter darf als Nachschlagewerke in der Regel *nur die Gesetzestexte* benutzen. Zitate (mit Ausnahme von solchen, die sich auf Gesetze beziehen) verbieten sich daher von selbst.

b) Für die Klausur werden regelmässig keine entlegenen Spezialkenntnisse vorausgesetzt. Je weiter sich die Aufgabenstellung vom «Durchschnittswissen» der Studierenden entfernt, je mehr wird es auf den überzeugenden Problemzugriff und nicht etwa auf Detailkenntnisse ankommen. Der Kandidat, der in der Privatrechtsklausur einmal nicht mit einem Fall aus den Kerngebieten von OR oder ZGB, sondern z.B. mit der *Verordnung betreffend die Viehverpfändung* konfrontiert wird, braucht nicht in Panik zu geraten, wenn er dieses Regelwerk nicht kennt. Aufgabenstellungen, die Abgelegenes einbeziehen, wollen nicht angelerntes Wissen abfragen, sondern die Fähigkeit im Umgang mit fremdartigen Problematiken testen, z.B. mit unbekanntem Spezialgesetzen, in deren Rahmen die allgemeinen Lehren nutzbar gemacht werden sollen.

c) Der Zeitdruck zwingt den Bearbeiter zu grösstmöglicher Konzentration und Effektivität. Das lähmt einige, während andere schon mit dem Schreiben beginnen, bevor sie den Sachverhalt zu Ende gelesen haben. Die Folge im ersten Fall ist, dass sich der Druck verschärft. Klausuren sind meist so ausgelegt, dass das Zeitbudget keine geistigen Absenzen gestattet. Man muss sich also unverzüglich an die Arbeit machen – aber eben nicht ans Schreiben. Wer zu schnell mit der Niederschrift beginnt, bezahlt oft mit Aufbaufehlern, Widersprüchlichkeiten, inadäquater Schwerpunktbildung, überflüssigen Ausführungen auf der einen und Nichtausschöpfen von Sachverhalt und Rechtsproblematik auf der anderen Seite.

Deshalb sollte – auch wenn eine Disposition nicht zu den vorzulegenden Klausurbestandteilen gehört – mit der Reinschrift erst begonnen werden, wenn nach den oben erläuterten Arbeitsschritten (Erfassen von Sachverhalt und Fragestellung, Aufsuchen und Prüfen der Normen) eine *Gliederung* erstellt worden ist. Es empfiehlt sich dabei, zwischen selbständigen Sachverhaltskomplexen zu unterscheiden und in diesem Rahmen – gegebenenfalls

unter Einsatz graphischer Hilfsmittel – nach Personen und Rechtsverhältnissen zu gliedern.

Zum Trost aller, die sich vor der Klausur vor allem deshalb fürchten, weil sie glauben, unter Zeitdruck vielleicht nicht die richtige Lösung zu finden, sei noch einmal daran erinnert: «Die» richtige Lösung gibt es nicht (auch nicht «die» verbindliche Musterlösung als Korrekturvorgabe). Es kommt darauf an, gutes Fachwissen in überzeugender Argumentation und methodisch einwandfreier Form zu präsentieren, aber nicht, eine im Detail vorbestimmte Lösung aufzuspüren.

IV. Fallbearbeitung: Hausarbeit

a) Bei einer Hausarbeit geht es darum, den Fall vor dem Hintergrund einer möglichst umfassenden *Auswertung von Literatur und Judikatur* zu bearbeiten. Hier erwartet der Leser (anders als bei der Klausur) mehr als die zielstrebige Zuspitzung auf die derzeit herrschenden dogmatischen Positionen: eine literaturgestützte, wissenschaftlichen Anforderungen genügende Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Problemschichten, dogmatischen Entwicklungen, Minderheitsmeinungen, rechtsvergleichenden Aspekten, der Gesetzgebungsgeschichte etc. Dies ist freilich nicht als Aufforderung zu beliebiger Weitschweifigkeit misszuverstehen. Vielmehr geht es auch bei der Hausarbeit darum, die Fallfrage(n) und nichts anderes so knapp und präzise wie möglich, aber eben unter Auswertung aller verfügbaren Informationen abzuhandeln. Insofern sind die Erwartungen an einen eigenen Lösungsvorschlag höher geschraubt, als wenn es sich, wie bei der Klausur, nur darum handelt, voraussetzbares juristisches Wissen unter Zeitdruck in einen präsentablen Lösungsvorschlag umzugießen.

b) Auch der Verfasser einer Hausarbeit muss mit einem *Zeitbudget* umgehen. Selbst wenn es sich dabei um mehrere Wochen handelt, sollte der Bearbeiter von vornherein zeitökonomisch verfahren. Das heisst aber gerade nicht, dass er sofort nach Ausgabe und flüchtiger Lektüre des Sachverhalts in die Bibliothek stürzen und mehr oder minder wahllos nach ähnlichen Fällen suchen oder vermeintlich einschlägige Literatur verschlingen soll. Vielmehr gilt auch hier: Erst denken, dann handeln.

c) Für die Befassung mit dem Sachverhalt sollte man sich besonders viel Zeit nehmen. Er ist bei einer Hausarbeit meist komplexer angelegt als bei einer Klausur und erschliesst sich häufig erst nach mehrfacher Lektüre. Dann sollte man versuchen, den Fall (vielleicht unter Zuziehung eines Kurzkommentars) «klausurmässig» zu lösen, um auf diese Weise ein auf den speziellen Fall bezogenes *Prüfprogramm* entwickeln und abschätzen zu können, wo die *Schwerpunkte* liegen. Erst wenn man eine fundierte Vorstellung vom einzuschlagenden Lösungsweg hat, die in einer *Lösungsskizze* niederzulegen ist, sind die Punkte, die sich in der Vorprüfung als vertiefungsbedürftig herausgestellt haben, mit Hilfe von Literatur und Judikatur abzuklären.

Die Suche sollte vom *Allgemeinen* (Lehrbücher, Kommentare) zum *Speziellen* (Aufsätze, Monographien, einzelne Entscheide) voranschreiten. Dabei ist darauf zu achten, dass man *aktuelle Entwicklungen* (die vielleicht gerade Anlass für die Sachverhaltsgestaltung gegeben haben) nicht übersieht.

Die intensive Beschäftigung mit der einschlägigen Literatur darf nicht dazu verführen, alles Gelesene auch wiederzugeben. Auch im Rahmen breiter Diskussionen sind neue Argumente eher selten. Insbesondere darf ein Theorienstreit nicht endlos ausgewalzt werden, sondern ist auf seinen *fallrelevanten* Kern zu reduzieren und nur insoweit – mit eigener Begründung – in die Falllösung einzuarbeiten.

d) Mit der *Niederschrift* beginne man so früh, dass allfällige materielle Änderungen, die sich aus der genaueren Beschäftigung mit den Problemen ergeben, noch berücksichtigt werden können. Das setzt voraus, dass der Bearbeiter – obwohl er sich auf einen Lösungsweg festgelegt hat – für neue Wahrnehmungen⁴⁷ möglichst lange offen bleibt. Erst wenn die mehrfache Überprüfung seiner Falllösung auf richtigen Aufbau, korrekte Subsumtionen, angemessene Proportionen, aber auch auf Widersprüchliches, Weitschweifiges, Ungenaues stattgefunden hat, wenn überflüssige Vor-, Rand- und Metabemerkungen getilgt und alle Fussnoten nochmals kontrolliert worden sind, kann man die Arbeit am Text als abgeschlossen betrachten.

e) Den *Apparat* (Deckblatt, Aufgabentext, Inhaltsverzeichnis/Gliederung, allenfalls ein Abkürzungs- und Literaturverzeichnis) erstelle man zum Schluss, um auch hier den letzten Stand präsentieren zu können⁴⁸.

Hieran schliesst sich nur noch die *Endkontrolle* an. Auch wenn wohl niemand eine wirklich gute Arbeit wegen falscher Rechtschreibung oder Interpunktion oder einer Häufung von Tippfehlern als ungenügend bewerten wird (obwohl man sich auf diese Einschätzung nicht verlassen darf), ist der formale Eindruck von Belang. Erfahrungsgemäss sind Arbeiten mit schweren äusserlichen Mängeln meist auch sachlich dürftig. Zwar handelt es sich bei diesem Erfahrungssatz nur um eine (widerlegbare) Vermutung, doch tut man gut daran, sie gar nicht erst ge-

⁴⁷ Damit sind nicht die sich täglich ändernden Gerüchte unter den Studierenden in der Institutsbibliothek gemeint.

⁴⁸ Siehe dazu auch vorn 53 ff.

gen sich zu begründen.

Hinweis zu Fussnote 38 auf Seite 91 vom Forstmoser/Ogorek/Vogt (4. A. 2008)

Literaturangaben erneuern: Donatsch et al.: Klausuren und Hausarbeiten im Strafrecht und Strafprozessrecht, (4. A. Zürich 2008); Wolfgang Wohlers: Fallbearbeitung im Strafrecht (3. A. Zürich 2009); Harald Maihold: Strafrecht, Allgemeiner Teil: Fragen, Fälle und Lösungen zur Prüfungsvorbereitung (3. A. Basel 2013)