

**Falltraining**

Michalski / Westerhoff

# Übungen und Fälle zum Arbeitsrecht

7. Auflage



C.F. Müller

Jura auf den  gebracht



Lutz Michalski/Ralph Westerhoff

# Übungen und Fälle zum Arbeitsrecht

7., völlig neu bearbeitete Auflage



C.F. Müller

*Ralph Westerhoff*, Jahrgang 1964, Dr. iur. (München 1992), Dipl. Kfm., Professor für Wirtschafts- und Arbeitsrecht an der Hochschule Koblenz, RheinAhrCampus Remagen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

ISBN 978-3-8114-9249-3

E-Mail: [kundenservice@cfmueller.de](mailto:kundenservice@cfmueller.de)

Telefon: +49 89 2183 7923

Telefax: +49 89 2183 7620

© 2020 C.F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg

[www.cfmueller.de](http://www.cfmueller.de)

[www.cfmueller-campus.de](http://www.cfmueller-campus.de)

### **Hinweis des Verlages zum Urheberrecht und Digitalen Rechtemanagement (DRM)**

Der Verlag räumt Ihnen mit dem Kauf des ebooks das Recht ein, die Inhalte im Rahmen des geltenden Urheberrechts zu nutzen. Dieses Werk, einschließlich aller seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Der Verlag schützt seine ebooks vor Missbrauch des Urheberrechts durch ein digitales Rechtemanagement. Bei Kauf im Webshop des Verlages werden die ebooks mit einem nicht sichtbaren digitalen Wasserzeichen individuell pro Nutzer signiert. Bei Kauf in anderen ebook-Webshops erfolgt die Signatur durch die Shopbetreiber. Angaben zu diesem DRM finden Sie auf den Seiten der jeweiligen Anbieter.

## Vorwort

Dieses Buch ist eine Ergänzung zu meinem Lehrbuch zum Arbeitsrecht. Sinn dieses Übungs- und Fallbuches ist es, Sie als Studierende der Rechtswissenschaft bzw. als Studierende, die Arbeitsrecht als Modul in einem nichtjuristischen Studiengang belegt haben, in die Lage zu versetzen, eine arbeitsrechtliche Klausur angemessen, also erfolgreich bearbeiten zu können.

Dieses Werk unterscheidet sich von der Voraufgabe nicht nur durch die Erweiterung des Titels in „Übungen und Fälle zum Arbeitsrecht“, sondern auch inhaltlich. Es besteht nunmehr aus fünf Teilen:

Im ersten Teil möchte ich (besonders für die Nichtjuristen) die Technik der Bearbeitung einer zivilrechtlichen Klausur vorstellen. Im zweiten Teil stelle ich Wissensfragen. Die Kenntnis dieser, ich möchte sie ‚Basics‘ nennen, ist elementare Voraussetzung für die erfolgreiche Bearbeitung einer Klausur. Im dritten Teil finden Sie dann die entsprechenden Antworten.

Im vierten Teil geht es um Fälle, wie sie auch in einer Klausur vorkommen könnten. Im Gegensatz zur Voraufgabe beschränke ich mich erstens auf weniger Sachverhalte und zweitens schwerpunktmäßig auf das Individualarbeitsrecht, das nach den meisten Prüfungsordnungen zum Pflichtstoff gehört. Die Lösungsvorschläge im fünften Teil können Sie dann zum Abgleich mit Ihren Ausarbeitungen verwenden.

Während Sie im Lehrbuch Hinweise zu Literatur und Rechtsprechung finden, habe ich für dieses reine „Lernbuch“ darauf vollständig verzichtet. Wenn Ihnen an diesem Werk etwas auffällt, Sie Fehler finden oder sonst eine Anmerkung haben, freue ich mich auf Ihr Feedback, das Sie jederzeit an mich ([westerhoff@hs-koblenz](mailto:westerhoff@hs-koblenz)) schicken können.

Dieses Buch hätte nicht, schon gar nicht rechtzeitig entstehen können, wenn ich mich nicht auf die Unterstützung vieler hätte verlassen können. Ihnen allen sei gedankt. Besonders verdient, namentlich genannt zu werden, hat an dieser Stelle allerdings mein Mitarbeiter *Nico Weis*.

Remagen im Juli 2020

*Ralph Westerhoff*



# Inhaltsverzeichnis

|                                                            |    |
|------------------------------------------------------------|----|
| <i>Vorwort</i> .....                                       | V  |
| <i>Abkürzungsverzeichnis</i> .....                         | XI |
| Erster Abschnitt                                           |    |
| <b>Technik der Fallbearbeitung</b> .....                   | 1  |
| 1. Die Fallklausur .....                                   | 1  |
| 2. Hinweise zur richtigen juristischen Argumentation ..... | 5  |
| a) Die „Kunst“ der Auslegung .....                         | 5  |
| b) Die Art der Darstellung (der „Gutachtenstil“) .....     | 8  |
| Zweiter Abschnitt                                          |    |
| <b>50 Übungsfragen und -aufgaben</b> .....                 | 12 |
| 1. Zur Arbeit mit Übungsfragen .....                       | 12 |
| 2. Übungsfragen und -aufgaben .....                        | 12 |
| Dritter Abschnitt                                          |    |
| <b>Lösungsvorschläge zu den Übungsfragen</b> .....         | 15 |
| Vierter Abschnitt                                          |    |
| <b>Fälle</b> .....                                         | 39 |
| Fall 1: „Gleiches Recht für alle“ .....                    | 39 |
| Fall 2: „Der brave Lakai“ .....                            | 41 |
| Fall 3: „Irren ist menschlich“ .....                       | 42 |
| Fall 4: „Urwaldtechnik“ .....                              | 43 |
| Fall 5: „Wo ein Wille ist, ist auch ein Weg?“ .....        | 44 |
| Fall 6: „Corona und die Folgen“ .....                      | 45 |
| Fall 7: „Der Profifußballer“ .....                         | 46 |
| Fall 8: „Der Hochstapler“ .....                            | 47 |
| Fall 9: „Die Tücke der Mail“ .....                         | 48 |
| Fall 10: „Das Wandern ist des Müllers Lust“ .....          | 49 |
| Fall 11: „Du sollst nicht diskriminieren“ .....            | 50 |

|                                                                      |    |
|----------------------------------------------------------------------|----|
| Fall 12: „Der renitente Kunde“ .....                                 | 51 |
| Fall 13: „Stille Nacht, teure Nacht“ .....                           | 52 |
| Fall 14: „Versprochen ist versprochen“ .....                         | 53 |
| Fall 15: „Kleinvieh macht auch Mist“ .....                           | 54 |
| Fall 16: „Der ‚einfühlsame‘ Betreuer“ .....                          | 55 |
| Fall 17: „Der Wiederkehrer“ .....                                    | 56 |
| Fall 18: „Zeichen der Zeit“ .....                                    | 57 |
| Fall 19: „Vor Gericht und auf hoher See“ .....                       | 59 |
| Fall 20: „Im Vertrauen gesagt“ .....                                 | 60 |
| Fall 21: „Wer ‚saufen‘ kann, der darf nicht arbeiten“ .....          | 61 |
| Fall 22: „Der Betrieb ist ein Eimer“ .....                           | 62 |
| Fall 23: „Gut gemeint ist oft der Anfang von schlecht gemacht“ ..... | 63 |
| Fall 24: „Keine Angst vor großen Tieren“ .....                       | 64 |
| Fall 25: „Vertrag ist Vertrag“ .....                                 | 65 |

#### Fünfter Abschnitt

#### **Lösungsvorschläge zu den Fällen** .....

66

|                                                     |     |
|-----------------------------------------------------|-----|
| Fall 1: „Gleiches Recht für alle“ .....             | 66  |
| Fall 2: „Der brave Lakai“ .....                     | 72  |
| Fall 3: „Irren ist menschlich“ .....                | 77  |
| Fall 4: „Urwaldtechnik“ .....                       | 84  |
| Fall 5: „Wo ein Wille ist, ist auch ein Weg?“ ..... | 93  |
| Fall 6: „Corona und die Folgen“ .....               | 100 |
| Fall 7: „Der Profifußballer“ .....                  | 105 |
| Fall 8: „Der Hochstapler“ .....                     | 112 |
| Fall 9: „Die Tücke der Mail“ .....                  | 125 |
| Fall 10: „Das Wandern ist des Müllers Lust“ .....   | 130 |
| Fall 11: „Du sollst nicht diskriminieren“ .....     | 136 |
| Fall 12: „Der renitente Kunde“ .....                | 143 |
| Fall 13: „Stille Nacht, teure Nacht“ .....          | 148 |
| Fall 14: „Versprochen ist versprochen“ .....        | 155 |
| Fall 15: „Kleinvieh macht auch Mist“ .....          | 160 |
| Fall 16: „Der ‚einfühlsame‘ Betreuer“ .....         | 164 |
| Fall 17: „Der Wiederkehrer“ .....                   | 169 |
| Fall 18: „Zeichen der Zeit“ .....                   | 174 |
| Fall 19: „Vor Gericht und auf hoher See“ .....      | 181 |

---

|                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------|-----|
| Fall 20: „Im Vertrauen gesagt“ .....                                 | 188 |
| Fall 21: „Wer ‚saufen‘ kann, der darf nicht arbeiten“ .....          | 195 |
| Fall 22: „Der Betrieb ist ein Eimer“ .....                           | 204 |
| Fall 23: „Gut gemeint ist oft der Anfang von schlecht gemacht“ ..... | 208 |
| Fall 24: „Keine Angst vor großen Tieren“ .....                       | 215 |
| Fall 25: „Vertrag ist Vertrag“ .....                                 | 222 |



# Abkürzungsverzeichnis

|          |                                                                                                                    |
|----------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| a. A.    | anderer Ansicht                                                                                                    |
| a. a. O. | am angegebenen Ort                                                                                                 |
| AG       | Aktiengesellschaft                                                                                                 |
| a. E.    | am Ende                                                                                                            |
| Abs.     | Absatz                                                                                                             |
| AFG      | Arbeitsförderungsgesetz                                                                                            |
| AktG     | Aktiengesetz                                                                                                       |
| Alt.     | Alternative                                                                                                        |
| Anm.     | Anmerkung                                                                                                          |
| AP       | Arbeitsrechtliche Praxis                                                                                           |
| ArbGG    | Arbeitsgerichtsgesetz                                                                                              |
| ArbnErfG | Gesetz über Arbeitnehmererfindungen                                                                                |
| ArbuR    | Arbeit und Recht                                                                                                   |
| ARS      | Arbeitsrechtssammlung mit Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte, und Arbeitsgerichte |
| Art.     | Artikel                                                                                                            |
| Aufl.    | Auflage                                                                                                            |
| BAG      | Bundesarbeitsgericht                                                                                               |
| BAGE     | Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts                                                                           |
| BB       | Betriebsberater                                                                                                    |
| BBiG     | Berufsbildungsgesetz                                                                                               |
| BEEG     | Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz                                                                             |
| BetrVG   | Betriebsverfassungsgesetz                                                                                          |
| BErzGG   | Bundeserziehungsgeldgesetz                                                                                         |
| BeschFG  | Beschäftigungsförderungsgesetz                                                                                     |
| BGB      | Bürgerliches Gesetzbuch                                                                                            |
| BGBI.    | Bundesgesetzblatt                                                                                                  |
| BSG      | Bundessozialgericht                                                                                                |
| BSGE     | Entscheidungen des Bundessozialgerichts                                                                            |
| BT-Dr.   | Bundestagsdrucksache                                                                                               |
| BUrlG    | Bundesurlaubsgesetz                                                                                                |
| BVerfG   | Bundesverfassungsgericht                                                                                           |
| BVerfGE  | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts                                                                       |
| DB       | Der Betrieb                                                                                                        |
| DStR     | Deutsches Steuerrecht                                                                                              |
| EFZG     | Entgeltfortzahlungsgesetz                                                                                          |
| EG       | Europäische Gemeinschaft                                                                                           |
| Einl.    | Einleitung                                                                                                         |
| EU       | Europäische Union                                                                                                  |
| EuGH     | Europäischer Gerichtshof                                                                                           |
| EWG      | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft                                                                                |
| EzA      | Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht                                                                             |

|           |                                                                                                                                                                                                              |
|-----------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| f.        | folgende                                                                                                                                                                                                     |
| ff.       | fortfolgende                                                                                                                                                                                                 |
| gem.      | gemäß                                                                                                                                                                                                        |
| GewO      | Gewerbeordnung                                                                                                                                                                                               |
| GG        | Grundgesetz                                                                                                                                                                                                  |
| GmbH      | Gesellschaft mit beschränkter Haftung                                                                                                                                                                        |
| GmbHG     | Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung                                                                                                                                                |
| HBV       | Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen                                                                                                                                                               |
| HGB       | Handelsgesetzbuch                                                                                                                                                                                            |
| HK        | Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 4. Aufl., 2001                                                                                                                                            |
| i.S.d     | m Sinne des/der                                                                                                                                                                                              |
| i.V.m.    | in Verbindung mit                                                                                                                                                                                            |
| KG        | Kommanditgesellschaft                                                                                                                                                                                        |
| KGaA      | Kommanditgesellschaft auf Aktien                                                                                                                                                                             |
| KSchG     | Kündigungsschutzgesetz                                                                                                                                                                                       |
| LAG       | Landesarbeitsgericht                                                                                                                                                                                         |
| LFZG      | Lohnfortzahlungsgesetz                                                                                                                                                                                       |
| LG        | Landgericht                                                                                                                                                                                                  |
| MDR       | Monatszeitschrift für Deutsches Recht                                                                                                                                                                        |
| MüKo      | Münchener Kommentar zum BGB, 4. bzw. 5. Aufl. ab 2005                                                                                                                                                        |
| MünchArbR | Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., 2000<br>Band 1, §§ 1–113, Individualrecht I<br>Band 2, §§ 114–239, Individualrecht II<br>Band 3, §§ 240–394, Kollektives Arbeitsrecht<br>Ergänzungsband, 2001 |
| m. w. N.  | mit weiteren Nachweisen                                                                                                                                                                                      |
| NJW       | Neue Juristische Wochenschrift                                                                                                                                                                               |
| Nr.       | Nummer                                                                                                                                                                                                       |
| NZA       | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht                                                                                                                                                                            |
| o. ä.     | oder ähnliche                                                                                                                                                                                                |
| OHG       | Offene Handelsgesellschaft                                                                                                                                                                                   |
| pVV       | positive Vertragsverletzung                                                                                                                                                                                  |
| RdA       | Recht der Arbeit                                                                                                                                                                                             |
| Rdn.      | Randnummer                                                                                                                                                                                                   |
| RVO       | Reichsversicherungsordnung                                                                                                                                                                                   |
| S.        | Seite                                                                                                                                                                                                        |
| SGB       | Sozialgesetzbuch                                                                                                                                                                                             |
| s.o.      | siehe oben                                                                                                                                                                                                   |
| TV        | Tarifvertrag                                                                                                                                                                                                 |

---

|         |                                 |
|---------|---------------------------------|
| TVG     | Tarifvertragsgesetz             |
| TzBfG   | Teilzeit- und Befristungsgesetz |
| vgl.    | vergleiche                      |
| Vorbem. | Vorbemerkung                    |
| WM      | Wertpapier-Mitteilungen         |
| ZfA     | Zeitschrift für Arbeitsrecht    |
| Ziff.   | Ziffer                          |
| ZPO     | Zivilprozessordnung             |



## Erster Abschnitt

# Technik der Fallbearbeitung

## 1. Die Fallklausur

Die Mehrzahl der im Examen bzw. in der Abschlussklausur geforderten Aufgaben sind Fallklausuren. In diesen wird Ihnen ein hochverdichteter Lebenssachverhalt geschildert. Sie enden in der Regel mit der Frage, ob und was die dort handelnden Personen voneinander verlangen können. Dies gilt auch, wenn die Klausur mit der unbeliebten Aufgabe endet: „Wie ist die Rechtslage?“ Denn eigentlich ist diese Frage ungenau. Richtig wäre zu fragen: Was können die Parteien voneinander aufgrund der durch diesen Lebenssachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen verlangen?

Der erste Schritt ist es – und das kann ich Ihnen nicht warm genug ans Herz legen –, den Sachverhalt konzentriert mehrfach zu lesen. In (Examens)klausuren ist wirklich jedes Wort wichtig, sofern es sich um eine gut konstruierte Klausur handelt, was für die meisten gilt. Hüten Sie sich also davor, vorschnell mit der Suche nach „dem Problem“ des Falles zu beginnen.

Danach bereiten Sie den Sachverhalt auf, in dem Sie (bewährt haben sich Skizzen im Sinne von Pfeildiagrammen) die (wirtschaftlichen) Ziele der handelnden Personen zueinander in Beziehung setzen. Von der berühmten Frage („Wer will was von wem wovon?“) beantworten Sie also zunächst einmal nur den Teil „Wer will was von wem?“.

**Beispiel:** Arbeitnehmer (AN) beschädigt während seiner Tätigkeit das Eigentum seines Arbeitgebers (AG). Dieser behält nun deswegen einen Teil des Lohnes ein. AN will den Lohn. AG beansprucht (ggfs. restlichen) Schadenersatz.

Sobald Sie verstanden haben, was die Parteien wollen (sei es Erfüllung, sei es Schadenersatz, sei es Herausgabe [z.B. von überlassenen betrieblichen Gegenständen] oder Unterlassung [beispielsweise von Wettbewerb]), machen Sie sich auf die Suche nach einer Anspruchsgrundlage. Sie suchen also nach einer Norm, die die vom Gläubiger begehrte Rechtsfolge enthält. Anders formuliert: Sie suchen nach einem Rechtsgrund, der es jemandem, den wir Gläubiger nennen, ermöglicht, von einem anderen, den wir Schuldner nennen, eine Leistung zu verlangen (vgl. dazu auch den Wortlaut des § 194 Abs. 1 BGB). Diese Verbindung zwischen zwei Rechtssubjekten nennt man Schuldverhältnis (vgl. § 241 Abs. 1 BGB).

Wie Sie bereits im Lehrbuch gelesen haben (vgl. dort Rn. 126 ff.), gibt es drei Arten von Schuldverhältnissen: Vertragliche, gesetzliche und quasivertragliche. Nun kann es vorkommen, dass verschiedene Anspruchsgrundlagen dasselbe Ergebnis haben.

**Beispiel:** W stellt den A ein. Er überlässt ihm für seine Tätigkeit einen PKW, den A auch privat nutzen darf. Im Arbeitsvertrag ist festgehalten, dass A das Auto nach Ende des Arbeitsverhältnisses zurückgeben muss. Hier kann W sich sowohl auf den Vertrag als auch auf § 985 BGB („Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen“) berufen.

Oft höre ich von Studenten dann die auf den ersten Blick einleuchtende Frage, warum man alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen prüfen muss, wenn das Ziel des Gläubigers beispielsweise schon mit der vertraglichen Anspruchsgrundlage erfüllt ist. Wenn im vorigen Beispiel der Arbeitsvertrag unwirksam sein sollte (weil A beispielsweise unerkannt geisteskrank war, §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB), besteht kein vertraglicher Anspruch auf Herausgabe, wohl aber ein solcher (gesetzlicher) aus § 985 BGB, der nur die Eigentümerstellung des Gläubigers, den Besitz der Sache beim Schuldner und das Fehlen eines Besitzrechtes bei diesem voraussetzt, nicht aber danach fragt, ob der Arbeitsvertrag seinerzeit wirksam geschlossen wurde.

Da also verschiedene Anspruchsgrundlagen unterschiedliche Voraussetzungen haben, müssen Sie alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen prüfen.

**Hinweis:** Die nachfolgenden *kursiv* gesetzten Ausführungen richten sich vornehmlich an Jurastudenten. Interessierten anderer Fakultäten ist die Lektüre natürlich „erlaubt“, geht aber deutlich über das hinaus, was Sie regelmäßig für eine Abschlussklausur beherrschen müssen.

*Dass Sie alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen prüfen müssen, hat auch einen zivilprozessualen Hintergrund. In einem Prozess ist nämlich oft entscheidend, ob eine Partei die von ihr aufgestellten Tatsachenbehauptungen auch beweisen kann. Kann sie das nicht (es gibt z.B. für den mündlichen Vertragsschluss keinen Zeugen) oder misslingt die Beweisführung (der Zeuge sagt etwas anderes, als die prozessführende Partei geglaubt hat), „gibt“ es für den Richter diese Tatsache nicht. Das kann zur Konsequenz haben, dass beispielsweise die vertragliche Anspruchsgrundlage scheitert, weil der Vertragsschluss nicht bewiesen werden konnte. Dann ist es wichtig (weil prozessentscheidend), auf zum Beispiel ein gesetzliches Schuldverhältnis zurückgreifen zu können.*

*Es stellt sich jetzt allerdings die Frage, in welcher Reihenfolge Sie die verschiedenen Anspruchsgrundlagen sinnvollerweise prüfen.*

*Außer der durch die Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 a.E. BGB erzwungenen Reihenfolge „sachenrechtliche Ansprüche“ vor „Delikt“ und „ungerechtfertigter Bereicherung“ folgt die Abfolge der Prüfung eher Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten als zwingender Dogmatik. Vor allem sollten Sie unschöne Inzidentprüfungen vermeiden.*

**Beispiel:** V und M haben einen Mietvertrag geschlossen. V kündigt diesen und verlangt die Mietsache heraus. Wenn Sie jetzt statt mit § 546 BGB anzufangen, den § 985 BGB prüfen, müssten Sie beim Prüfungspunkt „Recht zum Besitz“ im Rahmen des § 986 BGB in gewisser Weise verschachtelt den Vertragsschluss und die Wirksamkeit der Kündigung abarbeiten, was den Lesefluss empfindlich stört. Deshalb empfehle ich folgende Vorgehensweise:

*Gehen wir zunächst einmal von den möglichen Anspruchszielen aus. Wenn jemand glaubt, mit einem anderen einen Vertrag geschlossen zu haben, will er zunächst die Erfüllung der Hauptpflichten erreichen. Diese sind z.B. Übergabe und Übereignung (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB), Zahlung des Werklohns (§ 631 BGB), Nacherfüllung nach § 437 Nr. 1, 439 BGB. Der Vertrag kann aber auch auf ein Unterlassen (vertragliches Wettbewerbsverbot z.B.) gerichtet sein. Ferner ist es denkbar, dass der Gläubiger Aufwendungsersatz gegen seinen Vertragspartner geltend machen will. Schließlich kann sein Ansinnen auf die Rückgabe (z.B. §§ 546, 604 BGB) oder die Rückabwicklung (insbes. § 346 und § 355 Abs. 2 BGB) gerichtet sein*

Zweitens hat ein Vertragspartner Anspruch auf eine pflichtgemäße Leistung. Bei Pflichtverletzungen, sei es im Hinblick auf die Hauptpflichten, sei es bei den Nebenpflichten ist sein Ziel Schadenersatz. Da er aber primär den Vertrag geschlossen hat, damit die Hauptpflichten pflichtgemäß durch den Schuldner erfüllt werden, sind (mindestens gedanklich) die primären Leistungsansprüche und erst dann die Ansprüche auf Schadenersatz zu prüfen. Daher spricht man in diesem Zusammenhang auch von Primär- und Sekundäransprüchen.

Kann ein vertragliches Schuldverhältnis zwischen dem Anspruchsteller und seinem Gegner nicht bejaht werden, kommen quasivertragliche Anspruchsgrundlagen in den Fokus. Diese sind solche aus der sogenannten culpa in contrahendo (c.i.c.), der Sachwalterhaftung sowie des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

Als Nächstes muss die Geschäftsführung ohne Auftrag geprüft werden. Neben Ansprüchen auf Aufwendungsersatz, Herausgabe, Rechenschaft ist vor allem an die rechtfertigende Wirkung einer Geschäftsführung ohne Auftrag zu denken.

Bei den sachenrechtlichen Ansprüchen gehen die Ziele zunächst auf die Herausgabe (§§ 861 Abs. 1, 1004 Abs. 1, 985 BGB), die Störungsbeseitigung und Unterlassung (§§ 862 Abs. 1, 1007 Abs. 1 und 2 BGB), den Anspruch auf Schadenersatz (insbesondere §§ 987 ff. BGB) sowie die Duldung insbesondere des Verkaufs (beim Pfandrecht an beweglichen Sachen) bzw. der Zwangsvollstreckung bei Hypothek und Grundschuld (§ 1147 BGB [ggfs. i.V.m. § 1191 Abs. 2 BGB]).

Die deliktischen Ansprüche gehen regelmäßig auf Schadenersatz (§§ 823 ff. BGB), gelegentlich auch auf die Unterlassung (§§ 823 ff. BGB; § 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) schließlich gehen auf den Ausgleich von vom Gesetzgeber als ungerechtfertigt angesehenen Vermögensverschiebungen.

Auch wenn ich mir bewusst bin, dass Schemata immer die Gefahr einer Verkürzung mit sich bringen, erlaube ich mir, Ihnen nachfolgend ein Schema für die möglichen Ansprüche im Rahmen einer Fallklausur anzubieten, wobei ich die typischerweise in einer arbeitsrechtlichen Fallklausur vorkommenden Anspruchsgrundlagen durch **Fettdruck** hervorgehoben habe. Es ist ein Hilfsmittel, das Ihnen in den meisten Fällen helfen wird, an sämtliche Ansprüche zu denken. Es ist weder ein Allheilmittel, noch müssen sie sich bei dem konkreten Sachverhalt „sklavisch“ an die Reihenfolge halten, wenn der Sachverhalt eine modifizierte Reihenfolge nahelegt.

1. Vertragliche Primärleistungsansprüche
  - a. **Anspruch auf Erfüllung (z.B. § 611a oder § 618 Abs. 1 BGB)**
  - b. Ggfs. Anspruch auf Nacherfüllung (z.B. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB)
  - c. Anspruch auf Aufwendungsersatz, Rechenschaft, Vorschuss oder Herausgabe (z.B. 713 BGB i.V.m. §§ 664 bis 670 BGB)
  - d. **Anspruch auf Rückgabe (z.B.: §§ 546, 604 BGB)**
  - e. Anspruch auf Rückabwicklung (§ 346 BGB, § 355 Abs. 2 BGB,)
  - f. **Ansprüche auf Erfüllung von Nebenpflichten**

2. *Vertragliche Sekundäransprüche*
  - a. *Anspruch auf Schadenersatz wegen Verletzung der Hauptpflichten*
    - i. *Anspruch auf Schadenersatz statt der Leistung*  
(§§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB, § 311a Abs. 2 BGB)
    - ii. Anspruch auf Schadenersatz neben der Leistung (§ 280 Abs. 1 BGB)**
    - iii. *Anspruch auf Schadenersatz wegen verzögerter Leistung* (§§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 2, 286 BGB)
    - iv. Anspruch auf Schadenersatz wegen Schlechtleistung der Hauptpflicht (§ 280 Abs. 1 i.V.m. (z.B.) § 611 BGB.**
  - b. Anspruch auf Schadenersatz wegen Verletzung einer Schutz- oder Nebenpflicht (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB)**
3. *Ansprüche aus quasivertraglicher Sonderverbindung*
  - a. *Ansprüche aus § 122 sowie § 179 BGB*
  - b. Ansprüche aus § 15 AGG**
  - c. Ansprüche aus Culpa in contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB)**
  - d. *Ansprüche aus der Sachwalterhaftung* (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB)
  - e. Ansprüche aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (§§ 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter)**
4. *Ansprüche aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag*
  - a. *Ansprüche aus einer berechtigten GoA*
    - i. *Verpflichtung zur Auskunft und Rechenschaft* (§§ 681 S. 2, 666 BGB)
    - ii. *Verpflichtung zur Herausgabe* (§§ 681 S. 2, 667 BGB)
    - iii. *Verpflichtung zur Verzinsung etwa verwendeten Geldes*  
(§§ 681 S. 2, 668 BGB)
    - iv. *Aufwendungsersatzverpflichtung* (§§ 683 S. 1, 670 BGB)
  - b. *Ansprüche bei nicht berechtigter GoA*
    - i. *Schadenersatzpflicht nach § 678 BGB*
    - ii. *Bei angemaßter Eigengeschäftsführung:*  
§§ 687 Abs. 2 S. 2, 681 S. 2, 666 bis 668 BGB
5. *Sachenrechtliche Ansprüche*
  - a. *Anspruch auf Herausgabe*
    - i. § 985 BGB**
    - ii. § 1227 i.V.m. § 985 BGB
    - iii. § 861 BGB
    - iv. § 1007 BGB
  - b. *Anspruch auf Schadenersatz bei Beschädigung*
    - i. §§ 989 ff. (EBV)
    - ii. § 1227 i.V.m. §§ 989 ff. BGB
  - c. *(sachenrechtlicher) Anspruch auf Nutzungsersatz*
    - i. §§ 987, 988 BGB
  - d. *Anspruch wegen gefährdendem Rechtsschein*

- i. § 894 BGB
  - e. Anspruch bei sonstiger Störung
    - i. § 1004 BGB
    - ii. § 862 BGB
    - iii. **Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch §§ 1004 Abs. 1 S. 2 analog in Verbindung mit § 823 Abs. 1 BGB**
- 6. Deliktische Ansprüche
  - a. **Ansprüche aus vorsätzlicher Schädigung (z.B. § 826 BGB)**
  - b. **Ansprüche aus schuldhaftem Tun (z.B. § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB)**
  - c. Ansprüche aus vermutet schuldhaftem Handeln (z.B. §§ 831, 832 BGB, § 18 Abs. 1 StVG)
  - d. Ansprüche aus Gefährdungshaftung (z.B. § 833 S. 1 BGB, § 7 Abs. 1 StVG)
- 7. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung
  - a. **Ansprüche (Kondiktionen) wegen Rückabwicklung einer Leistung (z.B. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB)**
  - b. Ansprüche (Kondiktionen) wegen Bereicherung in sonstiger Weise (z.B. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB)

## 2. Hinweise zur richtigen juristischen Argumentation

### a) Die „Kunst“ der Auslegung

Nachdem Sie – vergleichbar mit der Anamnese des Arztes – verstanden haben, was die Parteien wollen und die in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen identifiziert haben, kommen Sie, um in der medizinischen Metapher zu bleiben, zur Diagnose.

Zunächst stichpunktartig erstellen Sie eine Lösungsskizze, in der Sie die Voraussetzungen jeder Anspruchsgrundlage niederschreiben und notieren, an welcher Stelle, bei welchem Tatbestandsmerkmal ein Problem zu diskutieren sein könnte.

Hier stellt sich nun die Frage, wie ein „juristisches Problem“ eigentlich entsteht. Gesetze, genauer gesagt Normen, sind immer gleich strukturiert. An eine bzw. in der Regel mehrere Voraussetzungen wird eine Rechtsfolge geknüpft. Eine der Folgen eines Arbeitsvertrages ist zum Beispiel der Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung des Lohnes gegen den Arbeitgeber. Ganz kurz und prägnant lautet der Normbefehl des § 611a Abs. 2 BGB somit: Wenn Arbeitsvertrag, dann Anspruch auf Lohn.

Der Gesetzgeber formuliert also solche Normbefehle und bedient sich logischerweise der Sprache. Sprache wiederum ist nicht eindeutig. Nehmen wir als Beispiel folgenden Sachverhalt: A ist bei B zu Besuch. A hat als Dekoration einen ausgestopften Tiger in seinem Wohnzimmer liegen. B stolpert über diesen, stürzt und zieht sich Verletzungen zu. B verlangt von A Ersatz des Schadens unter dem Gesichtspunkt der Tierhalterhaftung nach § 833 S. 1 BGB.

Das Problem ist hier doch, ob der Schaden, den B erlitten hat, durch ein Tier, wie es § 833 S. 1 BGB verlangt, entstanden ist oder nicht. Und genau an dieser Stelle entstehen Probleme (und damit in der Praxis Gerichtsverfahren). Denn das Ergebnis ist nicht eindeutig. Das darf uns aber nicht dazu verleiten, beliebig zu argumentieren. Tatsächlich benutzen wir Juristen nur bestimmte Instrumente, um Gesetze zu interpretieren.

Der klassische Kanon, zurückgehend auf VON SAVIGNY, bedient sich dabei der grammatischen, der teleologischen, der systematischen und der historischen Auslegung. Zunächst untersucht man das Problem also anhand des Wortlautes.

Rein gefühlsmäßig werden Sie vermutlich argumentieren, dass das Tier doch tot war. Dass das nicht so einfach ist, erhellt der Blick auf die Entscheidung des OLG Celle aus dem Jahr 1980 (OLG Celle VersR 80, 430). Dort wurde ein Verkehrsunfall dadurch verursacht, dass ein Hundekadaver auf der Straße lag, nachdem der Hund zuvor beim Überqueren der Straße von einem anderen Auto angefahren wurde. Der durch ein bereits totes Tier verursachte zweite Verkehrsunfall wurde sehr wohl als Fall des § 833 BGB eingestuft.

Also versuchen wir, uns dem Ganzen methodisch zu nähern: Der Wortlaut spricht von einem „Tier“. Von lebendig oder tot ist ausdrücklich nichts erwähnt. Dass es jedenfalls Fälle geben kann, in denen ein totes Tier ein Tier im Sinne des § 833 BGB ist, hat die gerade zitierte Entscheidung gezeigt.

Die grammatische Auslegung hilft uns erstens hier nicht weiter und ist zweitens auch nicht abschließend oder gar zwingend. Es besteht keine Rangordnung der Auslegungsmethoden. Dies wird besonders deutlich in den Fällen, in denen z.B. die richtlinienkonforme Auslegung zu einem gegen den Wortlaut stehenden Ergebnis kommt.

Als weitere Methode steht uns dann die teleologische Auslegung zur Verfügung. Sie fragt danach, was der Gesetzgeber mit der fraglichen Norm bezweckt hat, was also das Telos (griechisch für [End]zweck, Ziel) der Norm ist.

Es ist zwar streitig, ob die Absicht des historischen Gesetzgebers (sogenannte subjektive teleologische Auslegung) maßgebend ist oder es um den objektivierten Gesetzeszweck geht. Herrschend ist die objektivierte Sichtweise, der auch ich mich vorsichtig anschließen möchte. Allein der Blick auf § 138 BGB zeigt nämlich, dass der Zweck, mit dem der historische BGB-Gesetzgeber sittenwidrige Rechtsgeschäfte verhindern wollte, sicher ein anderer war, als er heute angenommen wird.

Auf unseren Fall bezogen muss man entweder wissen oder es ermitteln, welche gesetzgeberische Intention hinter der fraglichen Norm stand. Bei § 833 BGB ergibt sich dazu folgendes Bild. Tiere sind aufgrund ihrer Unberechenbarkeit gefährlich. Realisiert sich die spezifische Tiergefahr, so soll der Halter eines Luxustieres für den daraus entstehenden Schaden ohne jedes Verschulden haftbar sein (sog. Gefährdungshaftung). Damit kann sowohl für den Fall des ausgestopften Tigers als auch für den einen Verkehrsunfall verursachenden Hundekadaver, obwohl beide tot, ein Argument aus dem Telos des § 833 BGB abgeleitet werden:

Ein als Ausstellungs- bzw. Dekorationsobjekt dienendes ausgestopftes Tier ist nicht gefährlicher als beispielsweise ein x-beliebiges Möbelstück, über das der Geschädigte auch hätte stolpern können. Es hat sich somit keine spezifische, auf die Unberechenbarkeit des Lebewesens zurückzuführende Gefahr realisiert. Anders kann man im Tierkadaverfall argumentieren. Dass der Hund tot auf der Fahrbahn lag und deswegen den zweiten Unfall verursachte, ist darauf zurückzuführen, dass er -unberechenbar, wie Tiere nun einmal sind – auf die Fahrbahn lief und deshalb verendete. Seine (die des Hundes) Entscheidung war somit eine Realisierung der im tierischen Verhalten liegenden Gefahr. Somit ist auch der nachfolgende Unfall auf diese spezifische Tiergefahr zurückzuführen.

Die dritte Methode, eine Vorschrift auszulegen, ist die sogenannte systematische. Hier wird untersucht, in welchem Zusammenhang des entsprechenden Gesetzes, des Normengefüges oder gar der Rechtsordnung insgesamt die Vorschrift interpretiert werden soll. Für den vorliegenden Fall wird die systematische Analyse keine brauchbaren Ergebnisse liefern. Deshalb erläutere ich dies an einem anderen Beispiel.

Wie Sie wissen, setzt der Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall nach § 3 Abs. 1 EFZG voraus, dass die Krankheit unverschuldet ist. Nach dem Wortlaut wäre es somit möglich zu argumentieren, dass nur bei solchen Krankheiten, die ohne Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers bei diesem auftreten, er einen solchen Anspruch hat.

Aufgrund der systematischen Stellung des § 3 EFZG im Arbeitsrecht (systematisches Argument), wird dort aufgrund seines Charakters als Arbeitnehmerschutzrecht nicht der übliche Maßstab des § 276 BGB („im Verkehr erforderliche Sorgfalt“) herangezogen, sondern nur grobe Verhaltensweisen.

Die systematische Stellung desselben Rechtsbegriffs führt also im Arbeitsrecht zu einer anderen Interpretation als im Zivilrecht im Übrigen.

Viertens schließlich kann die historische Auslegung wertvolle Hinweise auf die Interpretation eines Rechtsbegriffes liefern. Natürlich ist die historische Auslegung, die den gesellschaftlichen, politischen und geschichtlichen Hintergrund beleuchtet, mit der teleologischen verwandt bzw. ergeben sich Überschneidungen. Zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt man (wohl) nur dann, wenn aufgrund der objektiv teleologischen Auslegung der ursprünglich subjektive Wille des Gesetzgebers in den Hintergrund getreten ist.

Ein Beispiel für die Anwendung der historischen Auslegung ist der Streit über die Zulässigkeit von Kündigungsverzichtserklärungen in Mietverträgen über Wohnraum. Seit dem 01.09.2001 sind befristete Mietverträge über Wohnraum nur noch unter den engen Voraussetzungen des § 575 BGB zulässig. Die Frage ist aber, ob deshalb eine Vertragsklausel, die einen Kündigungsverzicht (also etwa in der Form „Beide Parteien verzichten für die ersten fünf Jahre der Miete auf ihr Recht auf ordentliche Kündigung“) enthält, eine nachteilige Abweichung ist, wird unter wechselseitiger Berufung auf teleologische und historische Argumente höchst kontrovers diskutiert.

Zu diesem klassischen Auslegungskanon hat sich in jüngerer Zeit die Verpflichtung des Gesetzesanwenders zur verfassungskonformen und in noch jüngerer Zeit (insbesondere im Arbeitsrecht) der richtlinienkonformen Auslegung gesellt.

Mit Inkrafttreten des Grundgesetzes am 23.05.1949 entflammte nämlich bald eine Diskussion darüber, ob insbesondere die Grundrechte nicht nur bloße Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, sondern ihre Wirkung auch unmittelbar im Verhältnis der Bürger untereinander entfalten sollten (Lehre von der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte).

Die heute herrschende Meinung wendet die grundlegenden Wertungen des Grundgesetzes als weitere Auslegungsmethode an, um bei mehreren möglichen Auslegungen diejenige zu wählen, die mit der Verfassung am ehesten im Einklang steht. Dies hat besondere Bedeutung bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln. Auch wenn die Grenzen dieser Methode (Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte) durchaus streitig sind, ist sie grundsätzlich anzuerkennen.

## **b) Die Art der Darstellung (der „Gutachtenstil“)**

Um zu verstehen, was von Ihnen erwartet wird, wenn Sie das Gutachten niederschreiben, müssen wir uns zunächst vergegenwärtigen, wie ein zivilrechtlicher Anspruch strukturiert ist. Damit ein Anspruch entsteht, müssen die anspruchsvoraussetzenden Umstände vorliegen und es dürfen keine anspruchshindernden Tatsachen gegeben sein. Sind beide Fragestellungen beantwortet, ist ein Anspruch entstanden. Es ist naheliegend, dass bestimmte Umstände danach dazu führen, dass ein entstandener Anspruch wieder erlischt. In einem zweiten Schritt stellt der Ziviljurist sich also die Frage, ob rechtsvernichtende Einwendungen vorliegen, der Anspruch mithin erloschen ist. Drittens werden Gegenrechte geprüft, auf die sich der Schuldner allerdings berufen muss. Diese sogenannten Einreden betreffen nicht das Entstehen oder das Erlöschen, sondern betreffen die Frage der Durchsetzbarkeit.

Aus diesen Überlegungen leitet sich das Ihnen bekannte Schema ab:

- I. Anspruch entstanden**
- II. Anspruch erloschen**
- III. Anspruch durchsetzbar**

Dieses Grundscheema wird nun für verschiedene Ansprüche unterschiedlich differenziert. Es leuchtet ein, dass beim Anspruch auf Lohnzahlung nach § 611a Abs. 2 BGB andere anspruchsbegründenden und anspruchshindernde Tatsachen zu prüfen sind, damit dieser entsteht, als beispielsweise bei der Halterhaftung des Kfz-Halters nach § 7 StVG.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist eine Hypothese im Hinblick auf ein Schuldverhältnis. Ähnlich wie ein Arzt, der eine bestimmte Untersuchung vornimmt, weil er die Hypothese hat, der Patient könnte an einer bestimmten Krankheit leiden, stellt der Ziviljurist aufgrund des Sachverhaltes Hypothesen über Schuldverhältnisse zwischen

Personen, mithin Hypothesen über Ansprüche auf. Wir schreiben dann zum Beispiel: „AN könnte von AG die Zahlung von 4.500,00 Euro aus § 611a Abs. 2 BGB verlangen.“ Oder „E könnte von B die Herausgabe des Autos nach § 985 BGB verlangen.“ Danach beginnen wir mit der Prüfung der drei Schritte „Entstehen“, „Erlöschen“ und „Durchsetzbarkeit“.

Diesen Satz können wir auch als Obersatz bezeichnen. Ersichtlich hat dieser Obersatz drei Hauptvoraussetzungen (Entstehen, [nicht] erloschen, durchsetzbar), die ihrerseits Untervoraussetzungen haben.

Sie schreiben also nach dem Obersatz: „Dazu müsste der Anspruch zunächst entstanden sein.“ Das Entstehen eines vertraglichen Anspruchs hat wiederum Voraussetzungen, von denen die erste der Vertragsschluss ist. Sie formulieren also wieder eine Voraussetzung: „Zunächst müsste zwischen V und K ein Arbeitsvertrag zustande gekommen sein.“ Nunmehr müssen Sie definieren, was gegeben sein muss, damit die Voraussetzung, die Sie gerade prüfen, erfüllt ist. Die hier richtige Definition lautet bekanntlich: „Ein Vertrag kommt durch zwei übereinstimmende, aufeinander bezogene Willenserklärungen, Angebot und Annahme, zustande.“

Nunmehr müssen Sie viertens (erstens war der „Obersatz“, zweitens die Nennung der [ersten] Voraussetzung, drittens die Definition) den Sachverhalt daraufhin überprüfen, ob die dort genannten Tatsachen zu dem gerade definierten Begriff „passen“. Diesen Vorgang nennt man Subsumtion. Diese fällt manchmal kurz aus. Wenn der Sachverhalt angibt: „AN ist seit dem 01.01.2010 als Facharbeiter bei AG mit einem monatlichen Bruttogehalt von 2.800,00 Euro beschäftigt“, genügt für die Subsumtion der Satz: „Nach dem Sachverhalt haben sich AG und AN über die essentialia negotii eines Arbeitsvertrages geeinigt.“

Die Subsumtion kann aber auch schwierig sein und ist dann logischerweise auch länger.

**Beispiel:** Rechtsanwalt R beschäftigt den jungen Kollegen A. Die beiden haben einen schriftlichen mit „Vertrag über die Beschäftigung als freier Mitarbeiter“ geschlossen. Tatsächlich stellt A jeden Monat eine (immer gleich hohe) Rechnung über seine Tätigkeit aus, die R begleicht. A bearbeitet in den Kanzleiräumen des R die Fälle, die R ihm zuweist und nimmt Terminvertretungen nach Weisung des R wahr. Nun erkrankt der A und möchte für diese Zeit entlohnt werden.

Was ist nun passiert? Der komplexere Sachverhalt macht es schwieriger, eindeutig die Frage zu beantworten, ob die Parteien einen „Arbeitsvertrag“ geschlossen haben.

Jetzt müssen Sie argumentieren, also auslegen. Das Gesetz verlangt für § 611a BGB einen „Arbeitsvertrag“. Nach § 611a Abs. 1 S. 1 BGB liegt ein solcher dann vor, wenn eine Person weisungsgebundene Arbeit in persönlicher Abhängigkeit zu erbringen hat.

Nunmehr legen Sie den Begriff aus (wie gerade beschrieben), wobei die Kenntnis der verschiedenen Kriterien natürlich nicht schadet.

Sie sehen, ein zivilrechtliches Gutachten besteht aus der Abarbeitung immer der stets gleichen Methode:

1. „Obersatz“: Es handelt sich um eine „Wenn-dann-Formulierung“, also um eine konditionale Konstruktion.
2. „Voraussetzung“: Dieser Obersatz enthält (mehrere) Voraussetzungen. Diese sind der Reihe nach abzuarbeiten.
3. „Definition“: Die jetzt zu bearbeitende Voraussetzung muss definiert werden.
4. „Subsumtion“: Passt der gegebene Sachverhalt zur Definition? Dazu muss der entscheidende Begriff ausgelegt, d.h. im Extremfall grammatisch, teleologisch, systematisch, verfassungskonform und richtlinienkonform untersucht werden. Sollte sich dabei herausstellen, dass in der Definition ein weiterer Begriff problematisch ist, muss einfach eine neue Klammer aufgemacht werden und dieser Begriff definiert und seinerseits wie beschrieben ausgelegt werden.
5. „Ergebnis“: Bereits in Schritt 4 lösen Sie die Untersubsumtionen auf, in dem Sie, wie Sie im vorherigen Beispiel gesehen haben, auflösen, dass ein nur zum Schein als freies Dienstverhältnis vereinbartes und nach außen so gehandhabtes Dienstverhältnis dennoch ein Arbeitsvertrag darstellt. Dies machen Sie solange, bis Sie die Voraussetzung abgearbeitet haben und damit entweder alle Voraussetzungen des Obersatzes beisammen haben oder die nächste Voraussetzung prüfen oder schlussendlich feststellen, dass eine Voraussetzung nicht vorliegt und deshalb der Obersatz verneint werden muss.

Jetzt sehen Sie auch, warum der Gutachtenstil vom Konjunktiv geprägt ist. Bei der Formulierung des Obersatzes stellen wir eine Hypothese auf, in dem wir sagen, sollten diese Voraussetzungen vorliegen, hätte der Gläubiger einen Anspruch. Deshalb heißt es zwingend: „G könnte ...“

Erst nachdem wir alle Voraussetzungen bejaht haben (Entstehen [mit seinen Unterpunkten], Erlöschen [mit seinen Unterpunkten] und Durchsetzbarkeit [mit seinen Unterpunkten]), können wir im Indikativ feststellen, dass ein Anspruch besteht oder eben nicht.

Hin- und wieder ist es hilfreich, bei Auslegungsproblemen sich bewährter Argumentationsmuster zu bedienen. Ich möchte Ihnen hier die wichtigsten vorstellen. Ihnen sollte nämlich immer bewusst sein, dass es die Aufgabe des Juristen (insbesondere des Richters) nicht ist, seiner eigenen Vorstellung von Gerechtigkeit durch Auslegung Geltung zu verschaffen, sondern den Willen des Gesetzgebers umzusetzen. Deshalb darf ein Jurist niemals willkürlich argumentieren, sondern bedient sich Argumentationsmuster:

Jede Auslegung sollte mit dem Wortlaut, also mit der grammatischen Auslegung beginnen. Dies schon deshalb, weil eine Auslegung gegen den Wortlaut nur dann zulässig ist, wenn dadurch der Wille des Gesetzgebers, die *ratio legis*, besser umzusetzen ist, was man dann beispielsweise durch eine Analogie oder einer teleologischen Reduktion oder Extension begründen könnte.

Im Rahmen der grammatischen Auslegung kann man den Begriff weit oder eng auslegen. Ein Beispiel für die weite Auslegung eines Begriffes „Geschäft“ im Sinne des Auftragsrechts und der Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 662 bzw. § 667 BGB. Danach ist Geschäft jedes tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Tun, das über ein bloßes

Unterlassen bzw. Dulden hinausgeht. Dagegen wird Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB (entgeltliche Geschäftsbesorgung) wie folgt definiert: Jede selbstständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur Wahrung fremder Vermögensinteressen. Hier wird also derselbe Begriff „Geschäft“ vergleichsweise eng interpretiert. Der Grund ist systematischer (Stellung der §§ 662, 677 BGB im unentgeltlichen Auftragsrecht) Natur.

Sehr überzeugend ist es, wenn man mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift argumentiert. So hat das BAG die sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG nach seinem Sinn und Zweck auch dann für zulässig gehalten, wenn die letzte Beschäftigung des Arbeitnehmers drei Jahre oder mehr zurücklag. Dieses Beispiel demonstriert aber gleichzeitig, dass eine solche Argumentation nicht zwingend ist, weil das BVerfG jüngst dies mit verfassungsrechtlichen Argumenten (siehe gleich) für falsch hielt.

Gelegentlich kann man, sofern eine planwidrige Lücke vorliegt, eine Vorschrift oder einen in einer solchen zu erkennenden Rechtsgedanken auf einen nicht geregelten Sachverhalt anwenden. Wie Sie im Lehrbuch beispielsweise gelesen haben (dort Rn. 574 ff.), ist eine Voraussetzung für eine verhaltensbedingte Kündigung eine vorherige Abmahnung. Diese ist dann entbehrlich, wenn sie sinnlos ist. Zur Begründung können sie mit dem Rechtsbegriff der Analogie arbeiten, in dem sie schreiben: „In entsprechender Anwendung der §§ 314 Abs. 2 und 543 Abs. 3 BGB ist eine vorherige Abmahnung auch bei einer verhaltensbedingten Kündigung im Sinne des § 1 KSchG dann entbehrlich, wenn sie im konkreten Fall ihren Sinn verfehlt. Dies ist vorliegend der Fall, weil...“

Gerade im Arbeitsrecht ist die verfassungskonforme Interpretation von hoher Bedeutung, insbesondere bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe. Im Lehrbuch (dort Rn. 378 f.) habe ich diese Methode beispielsweise verwandt, um zu begründen, dass „unverschuldete Krankheit“ mehr als nur normale Fahrlässigkeit beim Arbeitnehmer voraussetzen muss. Andernfalls nämlich könnte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu einer „gesunden Lebensführung“ zwingen, was mit dem durch Art. 1 Abs. 1, Art 2 Abs. 2 GG garantierten Allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht zu vereinbaren ist.

Schließlich spielt die richtlinienkonforme Auslegung eine nicht zu unterschätzende Rolle bei der Anwendung von insbesondere auch arbeitsrechtlichen Normen. Wie Sie sich erinnern, „erlaubte“ die Rechtsprechung den Kirchen gemäß § 9 AGG Mitarbeiter, die nach Scheidung erneut heirateten, zu kündigen. Mit dem Wortlaut ist dies sicher vereinbar, auch vom Telos der Vorschrift war diese Rechtsprechung wohl gedeckt. Wie aber jüngst der EuGH entschied, ist diese Rechtsprechung mit Richtlinien der EU nicht zu vereinbaren.

Juristische Argumentation ist sicher auch Übungssache. Das Lesen von Aufsätzen, Urteilen und Lehrbüchern hilft dabei, Sicherheit zu gewinnen. Das Argument, bei dem vielen Lernstoff hätte man keine Zeit dazu, lasse ich nicht gelten. Ein durch einen Aufsatz wirklich verstandenes Problem wiegt für Ihren Studienerfolg wegen der Schulung der Argumentationsfähigkeit schwerer als das Pauken irgendwelcher Karteikarten mit Leitsätzen von BAG-Entscheidungen.