



---

Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode

Author(s): Dieter Medicus

Source: *Archiv für die civilistische Praxis*, 174. Bd., H. 2/3 (1974), pp. 313-331

Published by: [Mohr Siebeck GmbH & Co. KG](#)

Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/40994741>

Accessed: 12/06/2014 19:34

---

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at <http://www.jstor.org/page/info/about/policies/terms.jsp>

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact [support@jstor.org](mailto:support@jstor.org).



*Mohr Siebeck GmbH & Co. KG* is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Archiv für die civilistische Praxis*.

<http://www.jstor.org>

# Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode

von

*Professor Dr. Dieter Medicus, Regensburg*

<i>I. Die durch Anspruch und Einrede gekennzeichnete Lehrmethode . . .</i>	<i>313</i>
1. <i>Beziehung zum „aktionenrechtlichen Denken“ . . . . .</i>	<i>313</i>
2. <i>Unerhebliche Einzelfragen zu Anspruch und Einrede . . . . .</i>	<i>315</i>
<i>II. Die Verbreitung der durch Anspruch und Einrede gekennzeichneten Lehrmethode . . . . .</i>	<i>316</i>
1. <i>In den Übungen . . . . .</i>	<i>316</i>
2. <i>In den Vorlesungen . . . . .</i>	<i>317</i>
<i>III. Einwände gegen das Denken in Anspruch und Einrede . . . . .</i>	<i>320</i>
1. <i>Unfähigkeit zu vollständiger Stoffdarstellung . . . . .</i>	<i>320</i>
2. <i>Haften an bloßer Rechtstechnik und am kodifizierten Recht . . . . .</i>	<i>320</i>
3. <i>Falsche Akzentsetzung . . . . .</i>	<i>321</i>
4. <i>Einwände aus der nationalsozialistischen Zeit . . . . .</i>	<i>322</i>
a) <i>Vernachlässigung der Pflichtenseite . . . . .</i>	<i>322</i>
b) <i>Beschränkung auf den Streit . . . . .</i>	<i>323</i>
c) <i>Beschränkung auf Zweipersonenverhältnisse . . . . .</i>	<i>324</i>
<i>IV. Vorteile der durch Anspruch und Einrede gekennzeichneten Lehrmethode</i>	<i>325</i>
1. <i>Anleitung zu folgerichtiger Gedankenführung . . . . .</i>	<i>325</i>
2. <i>Vorbereitung für das Zivilprozeßrecht . . . . .</i>	<i>326</i>
3. <i>Wirksamkeit der Ausbildung . . . . .</i>	<i>326</i>
<i>V. Der optimale Anwendungsbereich der durch Anspruch und Einrede ge- kennzeichneten Lehrmethode . . . . .</i>	<i>327</i>
1. <i>In den Übungen . . . . .</i>	<i>327</i>
2. <i>In den Vorlesungen . . . . .</i>	<i>327</i>
a) <i>Bei der Fallbehandlung . . . . .</i>	<i>327</i>
b) <i>Außerhalb der Fallbehandlung . . . . .</i>	<i>328</i>
<i>VI. Zusammenfassung . . . . .</i>	<i>331</i>

## I.

Ausgegangen sei von den Begriffen „Anspruch“ und „Einrede“ des Themas: Welche zivilistische Lehrmethode wird durch sie bezeichnet?

1. Wohl nicht nur der Romanist assoziiert mit „Anspruch“ und „Einrede“ actio und exceptio und dann weiter das aktionenrechtliche Denken. Bestimmt dieses die hier gemeinte Lehrmethode? Zur Antwort darauf muß

man unterscheiden. Denn der Ausdruck „aktionenrechtliches Denken“ kann zweierlei bedeuten:

a) Erstens bezeichnet „aktionenrechtliches Denken“ eine Eigenart des römischen Zivilprozesses, nämlich daß der Kläger den Grund seiner Klage durch Angabe einer bestimmten actio auch rechtlich qualifizieren mußte (und entsprechend der Beklagte bestimmte exceptiones anzugeben hatte): Nur hierüber (und nicht auch über andere, aus demselben Sachverhalt ableitbare actiones oder exceptiones) fand dann der Rechtsstreit statt<sup>1</sup>. Diese Art des aktionenrechtlichen Denkens ist heute im wesentlichen überholt gemäß der *Maxime da mihi factum, dabo tibi ius*<sup>2</sup>. Allerdings finden sich besonders in der ZPO noch Reste des alten Denkens<sup>3</sup>, so wenn § 32 einen Gerichtsstand nur für „Klagen aus unerlaubter Handlung“ begründet und damit aus demselben Sachverhalt hergeleitete Vertragsansprüche ausschließt<sup>4</sup>. Doch soll auch von diesen vereinzelt Fremdkörpern im modernen Recht hier nicht weiter die Rede sein.

b) Zweitens bezeichnet „aktionenrechtliches Denken“ aber auch einen weniger zeitgebundenen Denkstil. *Kaser*<sup>5</sup> hat ihn für die Römer dahin beschrieben, daß sie „viele Tatbestände . . . als Voraussetzungen der Aktionen und der anderen Rechtsmittel sehen“. Das bedeutet eine Ausrichtung des Denkens auf den Prozeß überhaupt<sup>6</sup> (und nicht gerade auf den römischen Prozeß), deren Möglichkeit auch *Windscheid*<sup>7</sup> nicht beseitigt hat: Umfassendere Rechtsverhältnisse werden in Zweipersonenbeziehungen zerlegt, die einem Prozeßrechtsverhältnis entsprechen könnten. In jedem dieser Verhältnisse wird dann weiter nach Angriffs- und Verteidigungsmitteln, also nach Anspruch und Einrede, unterschieden. Endlich wird in jeder dieser beiden Kategorien noch nach den materiellen Voraussetzungen von mehreren Angriffs- oder Verteidigungsmitteln getrennt.

Diese Art des aktionenrechtlichen Denkens zielt also im wesentlichen auf eine prozeßförmige Gliederung des Stoffes ab, und auf diese Gliede-

<sup>1</sup> Vgl. etwa *Kaser*, Römisches Zivilprozeßrecht (1966), 172 ff.; auch *de Boor*, Gerichtsschutz und Rechtssystem (1941), 11 f.

<sup>2</sup> Zu dieser Entwicklung vor allem *Horst Kaufmann*, JZ 1964, 482 ff.

<sup>3</sup> Mehr bei *de Boor*, 31 ff.

<sup>4</sup> Zur Sache etwa *de Boor*, 50; *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht (1963), 455 f.

<sup>5</sup> Römisches Privatrecht I (2. Aufl. 1971), 226.

<sup>6</sup> Angedeutet wird diese Ausrichtung etwa bei *de Boor* (oben N. 1), 29; *Esser*, Schuldrecht (2. Aufl. 1960), § 22, 6 und Schuldrecht I (4. Aufl. 1970), § 3 III; *Horst Kaufmann*, JZ 1964, 482; *Dubischar*, Grundbegriffe des Rechts (1968), 36; *Rudolf Bruns* in *Xenion*, Festschr. Zepos I (1973), 69/75; 81. Auf ähnlicher Linie liegt die Feststellung bei *Neussel*, Anspruch und Rechtsverhältnis (1952), 53, der Anspruch „verfestigt“ das Rechtsverhältnis.

<sup>7</sup> Die Actio des röm. Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts (1856). Daß *Windscheid* die actio der Sache nach nicht beseitigt hat, betont etwa *Georgiadis*, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht (1968), 32 f. mit weit. Angaben.

nung nehmen die Worte „Anspruch“ und „Einrede“ des Themas Bezug. Insoweit deckt sich die im Thema bezeichnete Methode also mit dem aktionenrechtlichen Denken.

2. Dabei spielen die speziellen Streitfragen zu Anspruch und Einrede<sup>8</sup> keine Rolle.

a) So braucht hier etwa zum Anspruch nicht erörtert zu werden, ob und inwiefern er sich von der Forderung unterscheidet<sup>9</sup>. Auch hat für das Thema keine wesentliche Bedeutung, ob die Unterlassungsklagen einen materiellrechtlichen Anspruch voraussetzen oder nicht<sup>10</sup>. Endlich kann offenbleiben, ob bei einer Häufung von Anspruchsgründen – etwa Schadensersatz aus Vertrag und Delikt – entsprechend der älteren Ansicht mehrere materiellrechtliche Ansprüche vorliegen, oder ob – wie neuestens zunehmend vertreten wird<sup>11</sup> – regelmäßig nur ein Anspruch mit mehrfacher Begründung gegeben ist: Aktionenrechtliches Denken in dem hier gemeinten Sinn läßt sich nämlich auf der Grundlage beider Annahmen durchführen; die Streitfrage hat insoweit nur terminologische Bedeutung.

b) Ebenso können die Differenzierungen und Streitfragen zur Einrede unbeachtet bleiben. Insbesondere wird „Einrede“ im folgenden weit im Sinne der ZPO verwendet<sup>12</sup>. Daher interessiert hier die materiellrechtliche Unterscheidung zwischen Einrede und Einwendung nicht<sup>13</sup>. Deshalb ist weiter gleichgültig, ob und wie die materiellrechtlich verstandene Einrede geltend gemacht werden muß<sup>14</sup>, und wie einzelne Rechtsbehelfe (etwa die-

<sup>8</sup> Ausführliche Monographien über diese Begriffe sind – wohl wegen deren hohen Abstraktionsgrades – durchweg älter. Genannt seien *Hölder*, AcP 93 (1902), 1 ff.; *Langheineken*, Anspruch und Einrede nach dem deutschen BGB (1903); *Kleinfeller*, AcP 137 (1933), 129 ff.

<sup>9</sup> Dazu etwa *von Tuhr*, Allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I (1910), § 15 II; *Enneccerus-Nipperdey*, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts (15. Aufl. 1960), § 222 II 2; *Esser*, Schuldrecht (2. Aufl.), § 22, 5; *Lehmann-Hübner*, Allg. Teil des BGB (15. Aufl. 1966), § 13 II 2; *Larenz*, Allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts (2. Aufl. 1972), 193; *Pawłowski*, Allg. Teil des BGB I (1972), 161 ff.; *Okuda*, AcP 164 (1964), 536/538 ff.

<sup>10</sup> Für die quasinegatorische Unterlassungsklage verneinend vor allem *Esser*, Schuldrecht II (4. Aufl. 1971), § 113 II 4, bejahend dagegen jetzt auch *Larenz*, Schuldrecht II (10. Aufl. 1972), § 76, S. 532 (anders die Vorauf.). Ausführlich zu der Frage besonders *Zeuner*, Vom deutschen zum europ. Recht, Festschr. Dölle I (1963), 295 ff.; *W. Henckel*, in diesem Heft unter III. Für den im Text behandelten didaktischen Zweck jedenfalls ist die bejahende Ansicht vorzuziehen. Denn sonst müßte man bei der Leistungsklage manchmal außer nach Ansprüchen auch nach sonstigen Klagemöglichkeiten suchen.

<sup>11</sup> Dazu vor allem *Georgiades* (oben N. 7) passim. Ihm folgt etwa *Larenz*, Allg. Teil 210 ff. (dort 213 N. 3 weit. Lit.), etwas anders *Rudolf Bruns*, JuS 1971, 221 ff.

<sup>12</sup> Vgl. etwa *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht 279 ff.; *Jahr*, JuS 1964, 128.

<sup>13</sup> Dazu *Jahr*, 129.

<sup>14</sup> Gegen *Peter Schlosser*, JuS 1966, 257 ff., der die Notwendigkeit zu besonderer Geltendmachung leugnet, etwa *Larenz*, Allg. Teil (oben N. 9), 197.

jenigen aus den §§ 320, 986 BGB) einzuordnen sind. Endlich kann offenbleiben, ob die Parteien durch Vereinbarungen über präjudizielle Rechtsverhältnisse die Berücksichtigung materiellrechtlicher Einwendungen – etwa des Nichtigkeitsgrundes „Formmangel“ – verhindern können<sup>15</sup>.

## II.

Nach dem Thema soll die durch Anspruch und Einrede bestimmte Denkweise das „Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode“ sein. Inwieweit trifft das üblicherweise zu? Dabei muß ich mich mangels weiterreichender eigener Erfahrung auf die deutschen Universitäten beschränken; einem Hinweis bei *Mayer-Maly*<sup>16</sup> entnehme ich, daß das aktionenrechtliche Denken in Österreich und in der Schweiz weniger verbreitet ist. Weiter muß ich mich beschränken auf den ersten Teil des hergebrachten zweiphasigen Ausbildungssystems. Denn Aussagen über eine gewöhnliche Praxis in den einphasigen Systemen dürften bisher überhaupt kaum möglich sein. Und selbst wenn sie möglich sind, dürften sie sich wegen der Verschiedenheit dieser Systeme untereinander kaum von einem auf ein anderes übertragen lassen.

In diesem Rahmen muß man für die Anwendung des aktionenrechtlichen Denkens unterscheiden zwischen den Übungen (und Klausurenkursen; sie werden im folgenden ohne besondere Erwähnung mitverstanden) einerseits und den Vorlesungen andererseits.

1. a) In den Übungen ist die durch das aktionenrechtliche Denken gekennzeichnete Lehrmethode wenigstens insoweit üblich, als es – und das macht den Hauptgegenstand der Übungen aus – um das Lösen von Fällen geht. Denn die Fallfragen zielen regelmäßig auf die Rechtsfolgen von Anspruchsnormen: Vertragserfüllung, Herausgabe, Schadensersatz usw.<sup>17</sup>. Dementsprechend haben für die Lösung diese Anspruchsnormen und die ihnen entgegenstehenden Einredenormen zentrale Bedeutung: Bei der heute ganz herrschenden sog. „logischen Methode“ bilden diese Normen als Hauptnormen den Ausgangspunkt der Erörterung. Andere Normen sind als Hilfsnormen heranzuziehen, soweit Tatbestandsmerkmale der Hauptnormen einer Ausfüllung bedürfen: etwa die §§ 276–279 BGB zur Ausfüllung des „Vertretenmüssens“ in den §§ 280, 285, 323 ff. BGB

<sup>15</sup> Bejahend *F. Baur*, Festschr. Böttcher (1969), 1 ff. gegen BGH JR 1969, 102 = Betr. 1969, 301 f.

<sup>16</sup> Rechtswissenschaft (1972), 34.

<sup>17</sup> Hierhin gehört meist auch die Frage nach der Rechtslage. Denn bei ihr geht es häufig ebenfalls um Ziele, die sich mit Ansprüchen erreichen lassen. Nur muß der Bearbeiter der Aufgabe diese Ziele selbst suchen. Vgl. *Diederichsen*, Die BGB-Klausur (2. Aufl. 1971), 24.

oder die Normen über den Eigentumserwerb für § 985 BGB. Auch diese Hilfsnormen können ihrerseits einer Ausfüllung durch Hilfsnormen zweiter Ordnung bedürfen, usw. So muß etwa in der Hilfsnorm § 929 BGB das Tatbestandsmerkmal „Einigsein“ durch die §§ 104 ff. BGB ausgefüllt werden.

Während meiner eigenen Studienzzeit vor gut zwanzig Jahren hat diese „logische“ Methode noch in heftigen Streit mit der sog. „historischen“ Aufbaumethode gelegen. Bei ihr ist der Vorrang der Anspruchs- und Einredennormen zwar weit weniger deutlich. Aber abgesehen davon, daß die historische Methode inzwischen verdrängt worden sein dürfte: Das aktionsrechtliche Denken war bei ihr gleichfalls insofern wirksam, als die historische Darstellung der Rechtslage doch stets auf Anspruch und Einrede hinauslief. Umgekehrt geht auch die logische Methode über weite Strecken – etwa bei der Prüfung des Rechtserwerbs – historisch vor. Und beide Methoden mühen sich um die Trennung des Stoffes<sup>18</sup>. So ergeben sich weitreichende sachbedingte Gemeinsamkeiten.

b) Andere Aufgaben als Fallösungen sind in den Übungen – leider – recht unüblich. Inwieweit bei solchen anderen Aufgaben tatsächlich mit Anspruch und Einrede gearbeitet wird, kann ich daher nicht angeben. Aber möglich ist das auch dort, etwa bei der Vertragsgestaltung: Sie bedeutet ja eine Planung in die Zukunft hinein. Dafür muß man sich diese Zukunft vorstellen, und zwar insbesondere auch die eventuellen Abweichungen (wie Unmöglichkeit oder Schuldnerverzug) von dem geplanten Ablauf. Für diese Komplikationen muß man dann zunächst die gesetzliche Regelung ermitteln. Man kommt dabei zu gedachten Fällen, und zu deren Lösung bieten sich Anspruch und Einrede an. Daher mag der Vertragsverfasser, der eine von der gesetzlichen abweichende Regelung wählt, diese gleichfalls in Anspruch und Einrede denken und ausdrücken<sup>18a</sup>.

2. Anders als in den Übungen liegt es in den Vorlesungen und übrigens auch in den meisten Lehrbüchern.

a) Die Abweichung wird besonders deutlich, wenn die Vorlesungen oder Lehrbücher sich an die Büchereinteilung des BGB halten und sie womöglich noch durch die Teilung des Schuldrechts in Allgemeines und Besonderes vertiefen.

aa) Im Allgemeinen Teil sind Anspruchsnormen überhaupt selten. Zudem lassen sie sich teils – wie § 31 BGB – nur zusammen mit anderen Normen erklären, die außerhalb des Allgemeinen Teils stehen. Und teils

<sup>18</sup> Darauf hat für die historische Methode in der Diskussion dankenswerterweise *Rudolf Bruns* hingewiesen; für die logische Methode vgl. unten III 4 c.

<sup>18a</sup> Vgl. dazu *E. Rehbinder* in diesem Heft unter B II 2. Die dort bei N. 74 erwähnten empirischen Untersuchungen sind mir unbekannt.

sind sie – wie die §§ 122, 179 BGB – bloßes Anhängsel einer Regelung mit primär anderem Ziel. Von den Einredenormen findet sich im Allgemeinen Teil zwar die Verjährung. Doch fehlen dort die Anordnungen der besonders problemträchtigen kurzen Fristen wie die §§ 477, 558, 638, 852 BGB, und die diesen Vorschriften anhängenden Konkurrenzfragen eignen sich für eine Erörterung mit Anfängern schon gar nicht.

Die geringe Bedeutung von Anspruch und Einrede im Allgemeinen Teil zeigt sich auch in der bekannten Schwierigkeit, die bürgerlichrechtliche Anfängerübung mit Stoff nur aus dem Allgemeinen Teil zu gestalten.

bb) Im Allgemeinen Schuldrecht kommen zwar viele Anspruchsnormen und Einredenormen vor. Aber die Anspruchsnormen regeln nur die Sekundäransprüche aus Leistungsstörungen (wie §§ 280, 286, 323 ff., 347 BGB). Dagegen fehlen die logisch vorrangigen Normen für Primäransprüche auf Erfüllung (wie § 433 BGB). Zudem hat im Allgemeinen Schuldrecht für Schadensersatzansprüche der Inhalt (§§ 249–254 BGB) wohl mehr Gewicht als der Grund. Aber das Fallmaterial für den Inhalt der Schadensersatzleistung stammt größtenteils aus dem Deliktsrecht, nämlich von den Verkehrsunfällen. Darum kann man bei § 249 BGB noch kaum von der – ja nicht dem Allgemeinen Schuldrecht angehörenden – Anspruchsnorm ausgehen. Auch müßte es als willkürlich erscheinen, wenn man die §§ 249 ff. BGB als Hilfsnormen da behandelte, wo man – etwa bei § 280 BGB – zurerst auf einen Schadensersatzanspruch stößt.

cc) Das 3. Buch des BGB enthält zwar auch die sachenrechtlichen Anspruchsnormen. Doch werden sie weder in der Vorlesung noch in den Lehrbüchern mit logischem Vorrang versehen. Vielmehr werden entweder – so bei *Wolff-Raiser*<sup>19</sup> – entsprechend dem Aufbau des Gesetzes zunächst Inhalt, Erwerb und Verlust des Eigentums behandelt und erst daran die Ansprüche aus dem Eigentum geschlossen. Oder aber es werden zwar – so bei *Fritz Baur*<sup>20</sup> und *Harry Westermann*<sup>21</sup> – die §§ 985 ff. BGB nach vorn gezogen. Aber dann beruht der Vorrang darauf, daß diese Vorschriften für Mobilien- und Immobiliensachenrecht gemeinsam gelten; sie sollen gleichsam vor der Klammer stehen. Denn daß der Vorrang nicht auf der Eigenschaft der §§ 985 ff. BGB als Hauptnormen beruhen kann, zeigt die Behandlung des § 894 BGB: Diese Vorschrift – obwohl gleichfalls Hauptnorm – erscheint erst am Ende des Grundbuchrechts<sup>22</sup>.

dd) Ganz evident ist endlich die Zurücksetzung der Ansprüche im Fami-

<sup>19</sup> Sachenrecht (10. Bearb. 1957): Ansprüche aus dem Eigentum erscheinen dort erst in den §§ 84 ff.

<sup>20</sup> Sachenrecht (7. Aufl. 1973), §§ 1 ff.

<sup>21</sup> Sachenrecht (5. Aufl. 1966), §§ 30 ff.

<sup>22</sup> *Baur* § 18 C; *Westermann* § 73 II.

lien- und im Erbrecht: Wohl niemand wird auf die Idee kommen, etwa die gesetzliche Erbfolgeordnung und die Verfügungen von Todes wegen als Hilfsnormen für § 2018 BGB darzustellen oder die Regelung von Ehe und Verwandtschaft den Unterhaltsansprüchen anzuhängen. Vielmehr liegt es hier ähnlich wie im Gesellschaftsrecht, etwa bei der AG: Anspruch und Einrede treten ganz zurück; im Vordergrund der Darstellung steht die normal – also ohne die Geltendmachung von Ansprüchen – funktionierende Rechtseinrichtung.

ee) Abgesehen bloß vom Besonderen Schuldrecht gilt also: Soweit sich Vorlesungen und Lehrbücher an die Büchereinteilung des BGB halten, bedeuten Anspruch und Einrede weit weniger als in den Übungen; die Bezeichnung „Rückgrat“ wäre hier gewiß unpassend.

b) Seit mehreren Jahren bemühen sich freilich viele Fakultäten, die zivilrechtlichen Vorlesungen stärker vom Aufbau des BGB zu lösen. Das gilt besonders für die auch früher schon in didaktischer Hinsicht angegriffene erste BGB-Vorlesung<sup>23</sup>: Sie wird jetzt nicht mehr genau über den Allgemeinen Teil gehalten, sondern als „Einführung in das bürgerliche Recht“, „BGB-Grundkurs I“<sup>24</sup> oder ähnlich. Dabei werden zum ersten Buch des BGB gerade auch wichtige Anspruchsnormen aus dem Schuldrecht (wie §§ 433, 812, 823 BGB) und vereinzelt aus dem Sachenrecht (vor allem § 985 BGB) hinzugenommen. Das soll den Unterricht anschaulicher – weil konkreter – machen und die Gestaltung der Anfängerübung erleichtern. In der Literatur finden sich ähnliche Bemühungen nach dem Vorgang der „Grundbegriffe des BGB“<sup>25</sup> von *Harry Westermann* jetzt vor allem in dem Buch „Das Rechtsgeschäft“ von *Löwisch*<sup>26</sup>.

Aber diese Tendenz hat sich noch keineswegs allgemein durchgesetzt. Eine wesentliche Rolle spielt dabei gewiß die Schwierigkeit, die übrigen Vorlesungen und Lehrbücher zum BGB einer stofflich geänderten Vorlesung oder einem stofflich geänderten Lehrbuch für Anfänger anzupassen: Solange über die Einzelheiten dieser stofflichen Änderung kein Konsens besteht, drohen ungewollte und didaktisch planlose Wiederholungen oder Lücken.

<sup>23</sup> Etwa von *Zitelmann*, *Zeitschr. für das Privat- und öff. Recht* 33 (1906), 1/29 ff., und aus neuerer Zeit der Arbeitskreis für Fragen der Juristenausbildung e. V., in: *Die Ausbildung der deutschen Juristen* (1960), 281. Allzu polemisch aber *Karl August Eckhardt*, *Das Studium der Rechtswissenschaft* (1935), 24; gegen ihn *Heck*, *AcP* 146 (1941), 1/2 ff., ebenso dem Sinne nach schon vorher in *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932), 178 N. 1.

<sup>24</sup> So etwa seit 1973 nach dem Studienplan der Juristischen Fakultät der Universität München.

<sup>25</sup> Mit dem kennzeichnenden Untertitel „Eine Einführung an Hand von Fällen“, 1. Aufl. 1958.

<sup>26</sup> 1971, vgl. dazu *JZ* 1973, 258 f.

3. Insgesamt kann man daher auch heute noch sagen: Zwischen Übung und Vorlesung, zwischen Fallsammlung und Lehrbuch besteht ein wesentlicher Unterschied: Für das erste sind Anspruch und Einrede wirklich „Rückgrat“, für das zweite dagegen kaum.

### III.

Daraus ergibt sich als weitere Frage, ob und wie dieser Unterschied sachlich zu rechtfertigen ist. Hierfür sollen zunächst die möglichen Einwände gegen das aktionenrechtliche Denken geprüft werden. Denn soweit sie sich als begründet erweisen, könnte der geschilderte Unterschied durch die Abschaffung des aktionenrechtlichen Denkens zu beseitigen oder doch durch seine Einschränkung zu mildern sein.

1. Zunächst sei hier einem Mißverständnis begegnet, das einer Rückschau in die Rechtsgeschichte entspringen mag: Als deutlichster Ausdruck des aktionenrechtlichen Denkens gilt das Edikt des römischen Praetors. Und dort waren nur die *actiones* und *exceptiones* geregelt<sup>27</sup>. Dagegen enthielt es etwa nichts darüber, wie Eigentum erworben oder ein Vertrag geschlossen wurde oder unter welchen Voraussetzungen ein Vertrag gerade eine *emptio venditio* darstellte. Daher könnte man argwöhnen, das aktionenrechtliche Denken sei unfähig zu vollständiger Darstellung des Rechts.

Aber das wäre in dieser Form unrichtig. Denn die Unvollständigkeit des praetorischen Edikts beruht nur darauf, daß es sich auf die – in unserer Terminologie – Hauptnormen beschränkt hat. Das ist aber keineswegs notwendig. Und bei Hinzunahme auch der Hilfsnormen steht einer Darstellung auch der im Edikt fehlenden Regeln nichts im Wege.

2. Gleichfalls ein Mißverständnis wäre es, wenn jemand das aktionenrechtliche Denken als bloße Rechtstechnik für eine Behinderung der eigentlich wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Recht<sup>28</sup> halten wollte. Denn abgesehen davon, daß auch Techniken notwendig sind und daß man die Studenten ganz sicher aus der Universität treibt, wenn man ihnen dort die Techniken vorenthält (womit diese Techniken zudem den Ruf einer Geheimwissenschaft erlangen und in der Wertschätzung der Studenten noch höher steigen): Das aktionenrechtliche Denken hilft zwar die Fragen zu finden<sup>29</sup> und zu formulieren, auf die es ankommen soll. Aber es be-

<sup>27</sup> Vgl. die klassisch gewordene Rekonstruktion durch *Otto Lenel*, *Das Edictum Perpetuum* (3. Aufl. 1927).

<sup>28</sup> Behutsam etwa *Kunkel*, *JZ* 1956, 637/639; 641.

<sup>29</sup> Nicht aber liefert es – worauf in der Diskussion mit Recht *Pawlowski* hingewiesen hat – ohne weiteres auch die passenden Anspruchsnormen. Insoweit ist also die logische Methode nur für den leistungsfähigen, der das materielle Recht kennt.

schränkt ihre Lösung in keiner Weise. Vielmehr können zu dieser Lösung alle Mittel der Juristenkunst eingesetzt werden. Das gilt insbesondere auch für die Wertungen<sup>30</sup>, und selbst der von *Esser*<sup>31</sup> als „Durchgriff“ bezeichneten „Suspendierung dogmatischer Autorität zugunsten ‚rechts-politischen‘ Argumentierens über die Sachgerechtigkeit“ steht das aktionen-rechtliche Denken nicht im Weg.

Auf einem ähnlichen Irrtum beruht auch die Annahme, das Denken in Anspruchsgrundlagen versage in unkodifizierten Rechtsgebieten<sup>32</sup>. Denn Anspruchsgrundlagen können nicht bloß Gesetzesvorschriften sein. Vielmehr kommen dafür auch Regeln in Betracht, die bloß in Lehrbüchern stehen oder sogar gerade erst geschaffen worden sind. Und bei einer solchen Rechtsfindung vermag das aktionenrechtliche Denken noch zu helfen. Denn es verschafft einen Überblick über die in Betracht kommenden bereits anerkannten Regeln: Wo diese nicht genau passen, kann sich aus einer Zusammenschau die Planwidrigkeit der Regelungslücke<sup>33</sup> und damit die Voraussetzung für eine Analogie ergeben.

Daß aktionenrechtliches Denken nicht den Weg zur Juristenkunst und zur Rechtsneubildung verstellt, sollte auch ein Blick in die Geschichte zeigen: Die Römer haben zu einem guten Teil<sup>34</sup> aktionenrechtlich gedacht, aber sie gehören doch zu den Schöpfern unserer Rechtskultur. Und sie sind auch nicht etwa auf den Gebieten schöpferischer gewesen, in denen sie nicht aktionenrechtlich gedacht haben.

3. Gewichtiger ist drittens der Einwand, das aktionenrechtliche Denken setze falsche Akzente. Denn vielfach – so nach dem Vorgang von *Savignys*<sup>35</sup> heute durch *Esser*<sup>36</sup> und *Raiser*<sup>37</sup> – wird den Ansprüchen (ebenso wie den Gestaltungsrechten) nur eine sekundäre, eine Hilfsfunktion zuerkannt. Die primäre Bedeutung soll demgegenüber den absoluten Rechten und den Schuldverhältnissen zukommen, denen die einzelnen Ansprüche entspringen<sup>38</sup>. Für das aktionenrechtliche Denken jedoch stehen die Anspruchsnormen als Hauptnormen vor den Normen über das Recht oder das Schuldverhältnis selbst.

<sup>30</sup> Anders wohl *Mayer-Maly* (oben N. 16), 35, der einen Gegensatz zwischen dem aktionenrechtlichen Denken und der Wertungsjurisprudenz sieht.

<sup>31</sup> Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1970), 16.

<sup>32</sup> So *Mayer-Maly* (oben N. 16), 35.

<sup>33</sup> In der Terminologie wie bei *Larenz*, Methodenlehre (2. Aufl. 1969), 358 mit weit. Angaben.

<sup>34</sup> Aber nicht ausschließlich: *Kaser* (oben N. 5); *Fritz Schulz*, Prinzipien des röm. Rechts (Nachdruck 1954), 29.

<sup>35</sup> System des heut. röm. Rechts I (1840), 7 f.; dazu *Rudolf Bruns*, Xenion (oben N. 6), 70 f.

<sup>36</sup> Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates (1949), 162.

<sup>37</sup> JZ 1961, 465/466. Ähnlich etwa auch *Neussel* (oben N. 6), 34 f.

<sup>38</sup> Dazu *Okuda*, AcP 164, 536/537 f. mit einer zutreffenden Differenzierung.

Dieser Einwand der falschen Akzentsetzung träge zu, wenn das aktionsrechtliche Denken die einzige zivilistische Lehrmethode wäre. Das ist es aber nicht und soll es – worauf noch zurückzukommen sein wird (unten V 2 b) – auch keinesfalls werden<sup>39</sup>. Für den beschränkten, einstweilen mit den Übungen gleichzusetzenden Anwendungsbereich des aktionsrechtlichen Denkens dagegen trifft der Einwand nicht: Dort geht es ja regelmäßig um den streitigen Fall. Deshalb befinden sich das Recht oder das Schuldverhältnis nicht in der Ruhelage, sondern im Zustand der Störung. Und dann ist es konsequent, die Mittel zur Behebung dieser Störung – nämlich die Ansprüche – an die Spitze zu stellen. Ob jemand Eigentümer ist oder wirksam gekauft hat, spielt eben unter dem Gesichtspunkt der Störung nur dann eine Rolle, wenn sich daraus Mittel zu ihrer Beseitigung ergeben.

4. Viertens bleibt endlich noch eine Gruppe von Einwänden gegen das aktionsrechtliche Denken, die vor allem in der nationalsozialistischen Zeit erhoben worden sind. Damals hat es ja erklärtermaßen einen „Kampf gegen das aktionsrechtliche Denken“<sup>40</sup> gegeben, in dem freilich Argumente von sehr verschiedenem Gewicht verwendet worden sind.

a) Leicht zu widerlegen ist etwa die Klage von *Karl August Eckhardt*<sup>41</sup> darüber, daß die Berechtigung – also der Anspruch, die Gläubigerseite – gegenüber der Pflicht zu stark betont werde. Dem hat *Philipp Heck*<sup>42</sup> sofort treffend erwidert, ein von den Pflichten ausgehendes System eigne sich nur für eine Zeit, in der nicht mehr die Gläubiger die Gerichte anriefen, sondern die Schuldner. Die hierin liegende funktionale Betrachtung – die Voraussetzungen des Urteils müssen vom Gläubiger her formuliert werden, weil über dessen Antrag zu entscheiden ist – dürfte unwiderlegbar sein<sup>43</sup>.

Die gewichtigeren Argumente laufen im wesentlichen auf zweierlei hinaus: Das aktionsrechtliche Denken bedeute die Beschränkung auf den Streit und zugleich auf das Zweipersonenverhältnis. Sehen wir uns diese beiden Vorwürfe genauer an.

<sup>39</sup> Sonst bestünde in der Tat das von *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2. Aufl. 1967), 438 beklagte „erschreckend einseitige Ausbildungsideal“.

<sup>40</sup> So etwa im Untertitel des (in vielen Einzelheiten keineswegs nationalsozialistischen) Buches von *de Boor* (oben N. 1). Eine kurze Würdigung dieser Tendenz findet sich bei *Neussel* (oben N. 6). *Schanze* bei *Görlitz*, *Handlexikon zur Rechtswissenschaft* (1972), 28 s. v. „Anspruch“ findet es „wissenschaftshistorisch verhängnisvoll, daß neben dem Sozialismus auch der Faschismus die formale Individualisierung des Anspruchsdenkens angriff“. Den Gründen für diese Gleichheit kann in dem hier gezogenen, didaktisch bestimmten Rahmen nicht nachgegangen werden.

<sup>41</sup> DRW 1 (1936), 7 ff.

<sup>42</sup> *Rechtserneuerung und jur. Methodenlehre* (1936), 38.

<sup>43</sup> Vgl. *Rüthers*, *Die unbegrenzte Auslegung* (1968), 343 f.

b) Den ersten hat *Heinrich Lange*<sup>44</sup> so präzisiert:

„Wer in Aktionen denkt, sieht den Streit, nicht den Frieden. Für ihn ist darum die Rechtsordnung Streitordnung, nicht Friedensordnung. Er übersieht, daß sich das Rechtsleben in aller Regel friedlich nach Gesetzen abspielt, die er nicht kennt und auch nicht kennenlernen will.“

Daran ist richtig, daß ein erheblicher Teil unserer Rechtsordnung vielfach nicht praktiziert wird. So beruht etwa die Streitvermeidung des täglichen Lebens meist auf Zwischenlösungen, die dem von der Rechtsordnung weitgehend befolgten Alles-oder-Nichts-Prinzip fremd sind. Aber diese Divergenz ist keine Folge des aktionenrechtlichen Denkens, sondern unvermeidlich: Eine Rechtsordnung, die alle jene Zwischenlösungen erfassen wollte, käme nie zum Ende und müßte im Streitfall versagen. Allerdings mag im Rechtsunterricht und auch sonst in der Rechtswissenschaft die Streitvermeidung gegenüber der Streitentscheidung zu kurz kommen. Aber entbehrlich wird die Streitentscheidung niemals. Und sie ist der Streitvermeidung sogar insofern vorrangig, als sich diese häufig an den Erwartungen hinsichtlich der Entscheidung orientieren wird.

Zudem sind unsere zivilrechtlichen Gesetze in wesentlichen Teilen – etwa in den §§ 985 ff. BGB – selbst in Anspruch und Einrede gedacht. Die Verbannung des aktionenrechtlichen Denkens aus dem Rechtsunterricht würde hier das Verständnis zumindest erschweren.

Diese Gesetzesfassung in Anspruch und Einrede ist auch kein Nachteil. Das wird deutlich, wenn man sich die beiden Möglichkeiten einer nicht-aktionenrechtlichen Fassung vor Augen hält: Ein Beispiel für die erste Alternative bildet Art. 14 II 1 GG: „Eigentum verpflichtet.“ Das ist nicht aktionenrechtlich gedacht. Aber dabei bleibt dann auch offen, wer nun eigentlich was vom Eigentümer verlangen kann. Solche generalklauselartigen Formulierungen mögen dort vertretbar sein, wo der Gesetzgeber Neuland betritt, auf dem er sich selbst noch nicht auskennt. Wo sich aber – wie in weiten Teilen des Zivilrechts – im Laufe von Jahrhunderten bestimmte Lösungen herausgebildet haben, sollte der Gesetzgeber sie auch klar ausdrücken. Ähnliches gilt gegen die zweite Alternative zum aktionenrechtlichen Gesetzesstil, dem vor allem in neueren Gesetzen des öffentlichen Rechts vielfach begegnenden Stil nach der Art von „Die rechte Hand umfaßt saugend-schraubend den Kolbenhals“. Hier wird zwar genau gesagt, was im Idealfall geschieht, doch bleibt die Sanktion bei Nichtbefolgung offen. Das ist unbedenklich, wo man mit Nichtbefolgung nicht zu rechnen braucht (so vielleicht, wenn Art. 1 III schweiz. ZGB von dem das Recht fortbildenden Richter sagt: „Er folgt dabei bewährter Lehre und

<sup>44</sup> Vom alten zum neuen Schuldrecht (1934), 13, ähnlich auch S. 14, 19, 22.

Überlieferung“), oder wo – wie im militärischen Bereich – eine ohnehin bekannte Sanktionsordnung bereitsteht. Und unvermeidlich ist das Verschweigen der Sanktion, wo der Gesetzgeber sich noch nicht entscheiden kann. Aber im Zivilrecht trifft beides regelmäßig nicht zu. Welche Verschlechterung hier der Aussagestil bedeutete, wird klar, wenn man einmal die §§ 985 f. in ihn übersetzt:

„Der Besitzer gibt dem Eigentümer die Sache heraus. Der Besitzer behält die Sache, wenn . . . Er gibt die Sache dem mittelbaren Besitzer heraus, wenn . . .“

Kurz: Die aktionenrechtliche Gesetzesfassung ist vorzugswürdig, weil am genauesten. Denn sie bezeichnet regelmäßig Gläubiger, Schuldner, Anspruchsinhalt und Nichtbefolgungssanktion. Diese Vorteile müssen auch im Rechtsunterricht nutzbar gemacht werden.

c) Endlich bleibt als gewichtiger Einwand gegen das aktionenrechtliche Denken seine angebliche Unfähigkeit zur Erfassung von Rechtsverhältnissen mit mehr als zwei Beteiligten. So hat *de Boor*<sup>45</sup> dem aktionenrechtlichen Denken die Schwierigkeiten zugeschrieben, die sich etwa bei der Drittschadensliquidation oder beim Zusammentreffen mehrerer Gläubiger auf einen unzulänglich gewordenen Vorrat ergeben. Als besonders schwierige Mehrpersonenprobleme lassen sich weiter etwa noch nennen der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte<sup>46</sup>, das Verhältnis Produzent-Vekäufer-Käufer beim Sachmängelfolgeschaden, das fremdfinanzierte Abzahlungsgeschäft und die Dreipersonenverhältnisse im Bereicherungsrecht<sup>47</sup>.

Angesichts der Zunahme solcher Verflechtungen<sup>48</sup> wäre die Unfähigkeit des aktionenrechtlichen Denkens zu ihrer Bewältigung ein kaum auszugleichender Nachteil. Aber die wohl mit dem „konkreten Ordnungsdenken“<sup>49</sup> zusammenhängende Behauptung dieser Unfähigkeit ist falsch. Denn gerade ein komplexes Gebilde wie das Mehrpersonenverhältnis kann man regelmäßig nur dann deutlich beschreiben, wenn man es zunächst in Teile zerlegt und dann jeden dieser Teile beschreibt. Allerdings dürfen dabei die Verbindungen zwischen den Teilen nicht vernachlässigt

<sup>45</sup> Gerichtsschutz (oben N. 1), 38. Vgl. weiter *Deinhardt*, DRW 1 (1936), 378/379, der das aktionenrechtliche Denken als überholtes Trennungsdanken charakterisiert; ähnlich auch *Heinrich Lange* (oben N. 44), sowie *Siebert*, DRW 1, 23/28 und *Larenz*, ebenda 31/33 f. gegen das subjektive Recht.

<sup>46</sup> Vgl. die Beispiele bei *Heinrich Lange* 77.

<sup>47</sup> *Heinrich Lange* 22, lobt für das Bereicherungsrecht die Elastizität der *actio de in rem verso*: von seinem Standpunkt aus inkonsequent; zudem dürfte diese Elastizität kaum ein Vorteil sein.

<sup>48</sup> Vgl. *Brecher*, Festschr. *Heinrich Lange* (1972), 123 ff.

<sup>49</sup> Dazu *Rüthers* (oben N. 43), 277 ff.

werden. Aber dazu zwingt das aktionenrechtliche Denken auch keineswegs.

Das zeigt sich etwa am Beispiel des fremdfinanzierten Abzahlungsgeschäfts<sup>50</sup>: Seine Problematik wird erst dadurch sichtbar, daß man die beiden Verhältnisse Käufer-Verkäufer und Käufer-Darlehensgeber unterscheidet. Aber diese Unterscheidung zwingt nicht dazu, das Darlehen ohne Rücksicht auf den Kauf zu behandeln. Vielmehr bleibt auch dem aktionenrechtlichen Denken jede Möglichkeit, Mängel des Kaufs auf das Darlehen zurückwirken zu lassen<sup>50a</sup>.

Freilich bereiten vielfach die Fälle mit mehr als zwei Beteiligten besondere Schwierigkeiten. Aber das beruht nicht auf dem aktionenrechtlichen Denken, sondern einfach auf der größeren Zahl der beteiligten Interessen. Sie müssen ja festgestellt, bewertet und gegeneinander abgewogen werden. Dabei wächst die Zahl der Aufgaben nach den Regeln der Kombinatorik überproportional: Kommt zu zwei Personen eine dritte hinzu, erhöht sich also die Zahl der Beteiligten um 50 %, so steigt zugleich die Zahl der zu behandelnden Rechtsverhältnisse von eins auf drei, also um 200 %. Die Schwierigkeit der Mehrpersonenverhältnisse liegt folglich in der Sache und nicht im aktionenrechtlichen Denken begründet. Tatsächlich hat ja denn auch weder das konkrete Ordnungsdenken<sup>51</sup> noch ein – gleich wie beschaffenes – institutionelles Rechtsdenken<sup>52</sup> auch nur eines der genannten problematischen Mehrpersonenverhältnisse einer Lösung nähergebracht.

#### IV.

Insgesamt hat die Erörterung der möglichen Einwände gegen das aktionenrechtliche Denken also nichts ergeben, was dessen Verbannung aus dem Rechtsunterricht begründen könnte. Dem sind jetzt noch einige positive Argumente für den didaktischen Wert des aktionenrechtlichen Denkens hinzuzufügen.

1. Schon vor fast 20 Jahren hat *Duden*<sup>53</sup> die Unfähigkeit vieler junger

<sup>50</sup> Dazu letzters *Esser*, Tübinger Festschr. Kern (1968), 87 ff.; *Hörter*, Der finanzierte Abzahlungskauf (1969); *Larenz*, Festschr. Michaelis (1972), 193 ff.; *Gernhuber*, Festschr. Larenz (1973), 455 ff.; *Vollkommer*, ebenda 703 ff.; *Canaris*, ebenda 838 ff.

<sup>50a</sup> Auch der von *Gernhuber*, aaO. angenommene „genetische Verbund“ reicht nicht über das aktionenrechtliche Denken hinaus.

<sup>51</sup> *Rüthers* 302 weist mit Recht darauf hin, daß der Wert des konkreten Ordnungsdenkens nie an konkreten Beispielen oder bei der Darstellung ganzer Rechtsgebiete demonstriert worden ist.

<sup>52</sup> Dazu kritisch *Rüthers* (oben N. 43), 277 ff.; *ders.*, „Institutionelles Rechtsdenken“ im Wandel der Verfassungsepochen (1970), 18 ff.

<sup>53</sup> JZ 1956, 644/645.

Juristen beklagt, „eine etwas längere und kompliziertere Gedankenkette ... zureichend auszudrücken“. Das können wir, so glaube ich, alle bestätigen: Insbesondere noch in den Examensarbeiten sind überaus oft Gedankensprünge oder Mängel des Zusammenhangs zu rügen; Folgerungen sind nicht schlüssig; was als Begründung ausgegeben wird, ist keine; und so weiter.

Gerade diesen Mängeln vermag das aktionenrechtliche Denken entgegenzuwirken. Denn erstens begrenzt es den Umfang der Sacherörterung. Zweitens begründet es durch die Unterscheidung in Haupt- und Hilfsnormen eine bestimmte Reihenfolge. Und drittens ergibt sich daraus zugleich ein logischer Ableitungszusammenhang, etwa: § 985 wird geprüft, weil er die vom Kläger geforderte Herausgabe begründen könnte; das Eigentum des Klägers wird geprüft, weil es in § 985 BGB als Voraussetzung für den Herausgabeanspruch erscheint; die Übergabe wird geprüft, weil sie nach § 929 S. 1 BGB für den Eigentumserwerb nötig ist; usw. Insgesamt ergibt das aktionenrechtliche Denken also die didaktisch wertvolle Leitlinie dafür, wie längere Gedankenketten ausfallen sollen.

2. Ein weiterer Vorteil des aktionenrechtlichen Denkens liegt darin, daß mit seiner Hilfe bereits bei der Arbeit im materiellen Recht dem Prozeßrecht vorgearbeitet werden kann. Das folgt schon aus der prozeßförmigen Gliederung des Stoffes, die das aktionenrechtliche Denken ja herbeiführt. Wie hoch dieser Effekt im einzelnen zu veranschlagen sein mag, kann ich als Nichtprozessualist leider nicht beurteilen.

3. Endlich ist noch auf folgendes hinzuweisen: Der „Arbeitskreis für Fragen der Juristenausbildung e. V.“ hat 1957 Assessoren, Referendare und Studenten nach ihrer Einschätzung des Ausbildungswerts der verschiedenen Lehrveranstaltungen befragt. Unter den Befragten haben von den Universitätsveranstaltungen den höchsten Ausbildungswert zuerkannt den Klausurenkursen 55 % und den Übungen über 35 %, dagegen den Seminaren nur 17 % und den Vorlesungen sogar bloß weniger als 10 %<sup>54</sup>!

Allerdings spiegeln diese Zahlen im wesentlichen nur die damaligen Verhältnisse in Freiburg/Br. Auch bleibt schon wegen der Verschiedenheit des Ausbildungsstandes der Befragten ungewiß, wieweit sie den Ausbildungswert sachgerecht beurteilen konnten. Endlich braucht die relative Hochschätzung der Übungen und Klausurenkurse<sup>55</sup> nicht gerade auf dem dort im Vordergrund stehenden aktionenrechtlichen Denken zu beruhen. Wenigstens aber ist das aktionenrechtliche Denken kein Hindernis für diese Hochschätzung. Und sie verursacht – ob gerechtfertigt oder nicht –

<sup>54</sup> Die Ausbildung (oben N. 23), 196 f.

<sup>55</sup> Zu ihnen noch aaO. 214.

den verhältnismäßig guten Besuch und damit eine hohe Wirksamkeit der Übungsveranstaltungen.

## V.

Insgesamt hat das Denken in Anspruch und Einrede demnach als zivilistische Lehrmethode wesentliche Vorteile (oben IV). Andererseits entstehen aber durch eine Monopolisierung dieses Denkens auch Nachteile (oben III 3), und bei Anlehnung an die Büchereinteilung des BGB ist es in der Vorlesung überhaupt undurchführbar (oben II 2 a). Daher gilt es jetzt, für das aktionenrechtliche Denken den optimalen Anwendungsbereich neben anderen Lehrmethoden zu finden.

1. In den Übungen eignet sich das aktionenrechtliche Denken jedenfalls für Fallentscheidungen. Für die – noch sehr seltenen – anderen Aufgaben wird man seine Brauchbarkeit erproben müssen. Immerhin ist vorhin (oben II 1 b) für die wohl nächstliegende andere Aufgabenform, nämlich für die Vertragsgestaltung, die Eignung des aktionenrechtlichen Denkens schon angedeutet worden. Soweit das aktionenrechtliche Denken für neue Aufgabenformen brauchbar ist, sollte man sich das didaktisch zunutze machen: So wird die Ungewohntheit der neuen Aufgabenformen für den Studenten gemildert.

2. Eigentlich problematisch ist dagegen der rechte Platz für das aktionenrechtliche Denken in der Vorlesung. Dabei macht es einen Unterschied, ob Fälle erörtert werden oder ob anderer Stoff dargeboten wird.

a) Fälle – wirkliche und ausgedachte – können in der Vorlesung in drei verschiedenen Formen<sup>56</sup> verwendet werden:

aa) Erstens kann die Fallörterung demselben Ziel dienen wie sonst in der Übung: Die Studenten sollen dabei mitwirken, aus dem ihnen schon bekannten Stoff die vom Dozenten zunächst offengelassene Lösung zu finden. Hier hat dann auch das aktionenrechtliche Denken denselben Platz wie in der Übung.

bb) Den Gegensatz dazu bildet die zweite Art der Fallverwendung: Das Ergebnis ist nicht ungewiß, sondern evident. Entweder soll der Fall dann ein Indiz für die Richtigkeit einer Theorie geben: Für diese Theorie spricht, daß sie das evident sachgerechte Ergebnis liefert. Mehr als ein Indiz kommt dabei freilich deshalb nicht heraus, weil ja auch andere Theorien zu diesem sachgerechten Ergebnis führen können. Oder aber der Fall wird – methodisch besser – zur Widerlegung einer Theorie verwendet mittels einer *reductio ad absurdum*<sup>57</sup>: Die Theorie muß falsch sein, weil

<sup>56</sup> Zur Fallverwendung vgl. auch – freilich mit anderer Blickrichtung – *Hardwig*, JuS 1967, 49 ff.

<sup>57</sup> Zu ihr letztens *Diederichsen*, Festschr. Larenz, 155 ff.

sie das evident richtige Ergebnis verweigert. In beiden Anwendungen dient der Fall also der Rechtsfindung.

Hier ist für aktionsrechtliches Denken kein Raum. Denn es fehlt ja gerade der Streit um die richtige Lösung des Falles; für eine prozeßförmige Gliederung des Stoffes ist also kein Anlaß.

cc) Zwischen diesen beiden Extremen steht die wohl häufigste Art der Fallverwendung: Das zuvor abstrakt Gesagte wird durch Beispielfälle konkretisiert; nicht selten sollen auch Grenzfälle deutlich machen, wie weit eine Regelung reicht. Hier halte ich das Argumentieren mit Anspruch und Einrede in zwei Formen für möglich und nützlich:

Einmal kann man, statt einfach nur den Fall und die für richtig gehaltene Lösung zu bringen, prozeßförmig in Angriff und Verteidigung trennen. Dabei kann man jede Partei für die ihr günstigste Rechtsposition argumentieren lassen. Die so geschaffene Spannung<sup>58</sup> kann dazu führen, daß der Hörer an dem Ergebnis oder an der Bewertung der Argumente ohne weiteres und nicht mehr bloß auf dem Umweg über den Gedanken an die Examensrelevanz interessiert wird. Allerdings kostet ein solches auch mnemotechnisch wirkungsvolles Vorgehen recht viel Zeit.

Zum anderen kann man die Beispielfälle mit geringerem Zeitaufwand auch gut zur auf Übung berechneten Demonstration der Anspruchsmethode verwenden: Man erörtert nicht bloß den Punkt, auf den es im Zusammenhang der Vorlesung gerade ankommt, sondern führt die Lösung erst kurz zu diesem Punkt hin. So beginnt man etwa in dem Fahrshulfall zur Vorteilsanrechnung<sup>59</sup> nicht gleich mit der Frage, ob der Verdienstausfall des Fahrlehrers durch die Einnahmen aus den nachgeholtten Fahrstunden ausgeglichen wird. Vielmehr nennt man zunächst kurz die möglichen Anspruchsgrundlagen gegen den Schädiger (§§ 823 BGB, 7 StVG) und die §§ 249 S. 2, 251 BGB (als Grundlagen für einen Geldanspruch). Dadurch lernt der Student en passant die sich häufig wiederholenden Hauptnormen. Dieses Verfahren wird – wohl bewußt als didaktischer Kunstgriff – auch durchweg in den Skripten von *Alpmann-Schmidt* angewendet. Und die Beliebtheit dieser Skripten trotz ihres relativ hohen Preises zeigt eindrucksvoll jeder Gang durch ein juristisches Seminar.

b) Für den nicht mit Fällen befaßten Teil der Vorlesung kommt das Denken in Anspruch und Einrede als Einteilungsgesichtspunkt in Betracht: Man gliedert die Anspruchsnormen nach der Reihenfolge, in der sie bei der Falllösung zu prüfen sind; dazu haben sich in letzter Zeit *Diederich-*

<sup>58</sup> Man erreicht so vielleicht schon an der Universität wenigstens etwas von dem, was *Zitelmann*, DJZ 14 (1909), 505/508 die „anfeuernde Kraft der Wirklichkeit“ genannt hat.

<sup>59</sup> BGHZ 55, 329 ff.; dazu *Lieb*, JR 1971, 371 ff.

sen<sup>60</sup>, *Fikentscher*<sup>61</sup>, *Rudolf Bruns*<sup>62</sup> und ich<sup>63</sup> geäußert; die geringfügigen Abweichungen der Ergebnisse interessieren hier nicht. Und im Anschluß an jede Anspruchsnorm behandelt man dann die zu ihr gehörenden Hilfsnormen.

Daß eine solche „aktionenrechtliche“ Stoffanordnung unmöglich ist, wenn man sich an die Büchereinteilung des BGB hält, war schon (oben II 2 a) begründet worden. Hier bleibt also nur zu fragen, inwieweit Abweichungen von der Büchereinteilung zweckmäßig sind, und inwieweit sie gerade zu der „aktionenrechtlichen“ Stoffanordnung führen.

aa) Vorauszuschicken ist jedoch eine allgemeine Bemerkung zur Vorlesung: Eine alte, schon 1909 von *Ernst Zitelmann*<sup>64</sup> erhobene Forderung der Diskussion über die Reform der Juristenausbildung richtet sich auf eine Zweiteilung in Anfänger- und Vorgerücktenstudium. Dabei soll insbesondere das Zivilrecht in beiden Phasen vorkommen: für die Anfänger in vereinfachter, für die Vorgerückten in vertiefter und wiederholender Form. Das wird jetzt wenigstens in Ansätzen immer häufiger verwirklicht. Diese Zweiteilung dürfte sachgerecht sein, und zwar auch dann, wenn sich die von den Reformatoren<sup>65</sup> meist zusätzlich geforderte Zwischenschaltung einer Phase praktischer Anschauung nicht durchführen läßt. Denn ohne besondere Vorgerücktenvorlesungen ist der Abstand zwischen dem in den ersten Semestern Gehörten und dem im Examen Geforderten zeitlich und hinsichtlich der Schwierigkeit viel zu groß<sup>66</sup>.

Darum liegt diese Zweiteilung auch den folgenden Überlegungen zugrunde.

bb) In den Anfängervorlesungen kann zwar die Reihenfolge des BGB nicht strikt eingehalten werden. Vielmehr sind Abweichungen schon deshalb nötig, weil sonst der didaktisch erforderliche Vergleich zwischen verwechslungsfähigen Gegenständen fehlte. So wird etwa kaum jemand Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit so weit voneinander trennen wollen, wie es das BGB tut. Zudem muß der Allgemeine Teil um einige wichtige Anspruchsnormen ergänzt werden, wenn die Anfängerübung schon im 2. Semester absolviert werden soll. Aber diese Normen dürfen nicht den Aufbau der Anfängervorlesung bestimmen; andernfalls wären die Akzente falsch gesetzt. Systembildend müssen hier vielmehr die Grundbegriffe wie

<sup>60</sup> Die BGB-Klausur (oben N. 17), 37 ff.

<sup>61</sup> Schuldrechtspraktikum (1972), 70 ff.

<sup>62</sup> JuS 1971, 221 ff.

<sup>63</sup> Bürgerliches Recht (6. Aufl. 1973), § 1 II.

<sup>64</sup> DJZ 14 (1909), 505 ff.; ebenso *ders.*, Die Neugestaltung des Rechtsstudiums (1921), 16 ff., sowie der Arbeitskreis für Fragen der Juristenausbildung e. V., in: Die Ausbildung (oben N. 23), 267 ff.; 280 ff.

<sup>65</sup> So *Zitelmann* und der Arbeitskreis, s. die vorige N.

<sup>66</sup> Zur Notwendigkeit der Repetition etwa *Roxin-Zweigert*, in *Blickpunkt Hochschuldidaktik* 7 (1970), 2/14 f.; *Medicus*, JZ 1971, 497 f.

Person, Recht und Rechtsgeschäft<sup>67</sup> sein. Nur so kann man auch den Anfänger an den Aufbau des ihm ja noch ganz unbekanntes Gesetzes heranzuführen.

cc) Für den Vorgerückten dagegen, der sich im BGB schon einigermaßen zurechtfindet, gilt dieses Argument nicht mehr. Auch stößt bei ihm alles, was Nutzen für die – wenigstens in Süddeutschland examensentscheidenden – Klausuren verspricht, auf besonderes Interesse. Deshalb liegt hier eine „aktionenrechtliche“ Stoffanordnung viel näher. Daß ich für sie trotzdem nur mit erheblichen Einschränkungen eintreten kann, beruht im wesentlichen auf drei Gründen:

Der erste ist ein mehr äußerlicher: Einige Komplexe von Hilfsnormen sind so bedeutungsvoll und umfangreich, daß es schwierig ist, ihre Behandlung in die Erörterung bestimmter Hauptnormen einzufügen. Das gilt etwa für die Problemkreise Vertragsschluß, Erwerb dinglicher Rechte sowie Art und Umfang des zu ersetzenden Schadens. Insoweit sind also Ausnahmen von der aktionenrechtlichen Stoffanordnung erwägenswert.

Zweitens – und das ist nun schon grundsätzlicher –: Viele Normen müssen gerade bei vertiefender Behandlung zusammen mit ähnlichen Normen erörtert werden, die aktionenrechtlich weit entfernt stehen; sei es, daß die eine Norm Hauptnorm und die andere Hilfsnorm ist (wie bei §§ 31, 831, 278 BGB), sei es, daß die Normen verschiedene Ziele haben (wie Unterlassungs-, Beseitigungs-, Herausgabe-, Schadensersatz-, Wertersatz- und Gewinnherausgabeansprüche aus Eigentumsverletzung)<sup>68</sup>. Solche Erscheinungen nötigen zu zahlreichen anderssystematischen Einschüben in den aktionenrechtlich gegliederten Stoff.

Drittens endlich eignen sich einige Gebiete wohl überhaupt nicht für eine aktionenrechtlich gegliederte Darstellung. Schon vorhin (oben II 2 a dd) ist darauf hingewiesen worden, daß im üblichen Vorlesungsbetrieb das aktionenrechtliche Denken im Familienrecht, Erbrecht und Gesellschaftsrecht kaum eine Rolle spielt. Das dürfte auf einer Eigenart dieser Gebiete

<sup>67</sup> Zur Problematik des Allgemeinen Teils des BGB und des in ihm versammelten Stoffes vgl. vor allem *Zitelmann*, Zeitschrift (oben N. 23), 1 ff.; *Larenz*, AcP 145 (1938), 91/99 ff.; *Heck*, AcP 146 (1941), 1/14 ff.; *Wieacker*, Zum System des deutschen Vermögensrechts (1941), 24 f., behutsamer in Privatrechtsgeschichte (oben N. 39), 475 f., 486 ff. (dort weitere Lit.). Zur Stoffverteilung im BGB insgesamt *A. B. Schwarz*, SavZ Rom. Abt. 42 (1921), 578 ff. = Rechtsgeschichte und Gegenwart (1960), 1 ff.; *Coing*, Zur Geschichte des Privatrechtssystems (1962); *ders.*, in: Vom deutschen zum europ. Recht, Festschr. Dölle I (1963), 25 ff.

<sup>68</sup> Die Zusammenstellung von Normen mit ähnlichen Tatbeständen (und nicht mit gleichen Rechtsfolgen) vertritt unter Berufung auf *Bienenfeld*, Die Haftung ohne Verschulden, Typenlehre und System der außergeschäftl. Obligationen im dt., österr. und schweiz. Recht (1933), 61 ff. jetzt wieder *Rudolf Bruns*, JuS 1971, 221/224.

beruhen, die sich am deutlichsten im Verfahrensrecht zeigt: In diesen Rechtsbereichen tritt die im streitigen Zivilprozeß zu verhandelnde Leistungsklage an Bedeutung zurück. Statt dessen ist entweder die freiwillige Gerichtsbarkeit zuständig. Oder aber es bleibt zwar beim Zivilprozeß, doch richtet sich die Klage auf eine vom Gericht zu treffende Gestaltung oder Feststellung mit Wirkung für und gegen alle<sup>69</sup>. Solche Verhältnisse lassen sich materiellrechtlich nicht einfach durch ein Zweipersonenverhältnis ausdrücken oder – wie vorhin (oben III 3 c) etwa bei der Drittschadensliquidation oder beim fremdfinanzierten Abzahlungsgeschäft – in wenige Zweipersonenverhältnisse auflösen. Daher bleibt hier bei aktionenrechtlichem Denken ein allzu großer unberücksichtigter Rest.

Man mag nun die drei genannten Gründe zusammengekommen für so gewichtig halten, daß man auch in der Vorgerücktenvorlesung auf die aktionenrechtliche Stoffanordnung ganz verzichtet. Doch gibt es wohl keinen anderen Gliederungsgesichtspunkt, der sich einigermaßen rein durchhalten ließe. Daher dürften die genannten Gründe doch nur die Notwendigkeit zu Einschränkungen der aktionenrechtlichen Stoffanordnung ergeben, aber keinen entscheidenden Einwand.

## VI.

Zum Schluß sei noch einmal zusammengefaßt: Das Denken in Anspruch und Einrede führt in der zivilistischen Lehre zu einer prozeßförmigen – und zwar an der Leistungsklage orientierten – Aufgliederung des Stoffes. Das ermöglicht bei der Lösung von Fällen – also vornehmlich in der Übung – regelmäßig die enge Anknüpfung an die Fallfrage und von daher eine folgerichtige Weiterführung des Gedankens. In der Vorlesung kann das Denken in Anspruch und Einrede außer bei der Fallbehandlung auch als Gliederungsprinzip für die Darlegung abstrakter Regeln verwendet werden. Hier ist es aber nur neben anderen systematischen Gesichtspunkten brauchbar.

Vor allem darf nie vergessen werden, daß das Denken in Anspruch und Einrede noch nicht die Lösung von Sachfragen bedeutet. Keinesfalls darf also juristisches Denken bei Anspruch und Einrede schon zu Ende sein. Der Zweck einer Verwendung von Anspruch und Einrede im zivilistischen Unterricht liegt vielmehr darin, daß der Student mit diesen Werkzeugen zu arbeiten lernt, um den so erreichbaren Überblick für die Beschäftigung mit den Sachproblemen zu nutzen.

<sup>69</sup> So weithin auch bei der AG: etwa bei Anfechtung eines Beschlusses der Hauptversammlung (§ 243 AktG), einer Wahl (§ 251 AktG) oder der Feststellung des Jahresabschlusses (§ 257) und bei der Klage auf Nichtigerklärung der Gesellschaft (§ 275 AktG).