

Hinweise zum Erstellen von juristischen Gutachten im Privatrecht – Teil 2

Wiss. Mit. Dipl.-Jur. Marcel Drehsen, Bonn*

Der Aufsatz soll Studierenden eine Hilfestellung zum Erstellen von juristischen Gutachten im Privatrecht geben. Nachdem sich der erste Teil des Aufsatzes mit dem Sinn juristischer Gutachten allgemein beschäftigt und vertieft auf die Vorbereitung des privatrechtlichen Gutachtens eingegangen ist, werden im zweiten Teil die einzelnen Elemente des Gutachtenstils näher behandelt und abschließend Hinweise zum Endergebnis, zur Gliederung und zur Fehlervermeidung gegeben.

III. Die einzelnen Elemente des Gutachtenstils

1. Allgemeines

Der Gutachtenstil zeichnet sich durch die Elemente Obersatz, Definition, Subsumtion und Schlusssatz aus. Bei dem sich hieraus ergebenden Vierschritt ist zu beachten, dass ein Schritt nicht notwendig aus einem, sondern insbesondere in der Subsumtion aus mehreren Sätzen besteht. Zudem beinhaltet ein Gutachten mehrere Vierschritte. Bei einer Anspruchsprüfung gibt es z.B. nicht nur für jeden Tatbestand einer Anspruchsgrundlage oder Einwendung, sondern für jedes einzelne Tatbestandsmerkmal einen Vierschritt, wobei gleichrangige Vierschritte hintereinander und untergeordnete verschachtelt vorzunehmen sind. *Beispiel:* Bei Prüfung eines Vertragsschlusses zwischen A und B sind die Willenserklärungen von A und B gleichrangige Tatbestandsmerkmale, sodass sich der erste Vierschritt mit dem Vorliegen der Willenserklärung des A und erst dahinter der zweite mit dem Vorliegen der Willenserklärung des B befasst. Da die Willenserklärungen ihrerseits aber untergeordnete Merkmale des Vertragsschlusstatbestandes sind, sind die zu ihnen gehörenden gleichrangigen Vierschritte innerhalb der Subsumtion des zum Vertragsschlusstatbestand gehörenden Vierschritts vorzunehmen.¹

2. Obersatz

Der Obersatz wirft die Frage auf, ob ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal einer Anspruchsgrundlage oder Einwendung erfüllt ist. Er wird trotz der Fragestellung nicht als

Frage, sondern in der Regel als Aussagesatz im Konjunktiv II formuliert.² *Beispiele:* „A und B müssten einen Kaufvertrag geschlossen haben.“ *Oder:* „Dafür müsste C Eigentümer des Autos sein.“

Der erste Obersatz bei einer Anspruchsprüfung entspricht dabei immer der Struktur, die der Herausarbeitung der gutachterlichen Fragestellung dient, gibt also an, wer von wem was woraus will. *Beispiele:* „A könnte von B Zahlung von € 1000,- aus einem Kaufvertrag, § 433 II BGB, verlangen.“ *Oder:* „C könnte einen Anspruch gegen D auf Herausgabe des Autos aus § 985 BGB haben.“

Die Verwendung des Konjunktivs allein genügt aber nicht. Vielmehr ist auch darauf zu achten, die Verben in ihrer richtigen Bedeutung zu verwenden. So ist es in den o.g. *Beispielen* falsch zu schreiben: „C müsste einen Anspruch gegen D auf Herausgabe des Autos aus § 985 BGB haben. Dafür könnte C zunächst Eigentümer des Autos sein.“ Die Falschheit dieser Formulierungen ergibt ein Blick auf den zugehörigen Indikativ: Da das Ergebnis zu Beginn eines wertungsfreien Gutachtens noch offen ist, kann C einen Herausgabeanspruch gegen D aus § 985 BGB haben, er muss es aber nicht. Um aber einen solchen Anspruch zu haben, muss er Eigentümer des Autos sein, nicht aber bloß sein können.

3. Definition

Die Definition gibt an, was unter dem im Obersatz Gesuchten zu verstehen ist. Sie nennt also dessen juristische Bedeutung, die durch Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung im Laufe der Zeit gefunden wurde. Da Definitionen meist nicht im Gesetz stehen, ist der sie umgebende rechtliche Kontext so zu verinnerlichen, dass sie jederzeit aus diesem abgeleitet werden können. Hilfestellungen hierfür finden sich in Lehrbüchern und Kommentaren.³ Steht eine Definition ausnahmsweise doch im Gesetz, spricht man von einer Legaldefinition. Legaldefinitionen erkennt man in der Regel daran, dass das Gesetz den Begriff, den es definiert, entweder in eine Klammer setzt oder an den Satzanfang stellt und ihm die Worte „(im Sinne dieses/des Gesetzes) ist/sind“ folgen lässt. *Beispiele:* „Unverzüglich“ in § 121 I 1 BGB. *Oder:* „Verbraucher“ in § 13 BGB. In

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht bei Prof. Dr. Jens Koch an der Universität Bonn und Doktorand bei Professor (em.) Dr. Eberhard Schilken der Universität Bonn

¹ Vgl. Fritzsche, Fälle zum BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2012, 1. Teil Rn. 24 ff; Velte, JURA 1980, 193 (201).

² Vgl. Fritzsche (Fn. 1), 1. Teil Rn. 59; Valerius, Einführung in den Gutachtenstil, 3. Aufl. 2008, S. 13. Mit einer Warnung vor leeren Floskeln durch immer gleiche Formulierungen Leenen, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2011, § 22 Rn. 46 ff.

³ Vgl. Lange, Jurastudium erfolgreich, 7. Aufl. 2012, S. 258 f.

diesem Fall braucht keine Definition gelernt zu werden, hinschreiben muss man sie dennoch. *Beispiel:* „Unverzüglich erfolgt die Anfechtung, wenn sie gem. § 121 I 1 BGB ohne schuldhaftes Zögern nach Kenntniserlangung vom Anfechtungsgrund erfolgt.“

Es kann vorkommen, dass es zu einem Tatbestandsmerkmal keine einheitliche Definition gibt, sondern dass sich verschiedene Meinungen über die richtige Definition gebildet haben. In diesem Fall sind die verschiedenen Definitionen anzusprechen. *Beispiel [zu § 119 II BGB]:* „Fraglich ist jedoch, wann eine Eigenschaft im Verkehr als wesentlich angesehen wird. Zum einen könnte man hierunter die objektive Verkehrswesentlichkeit verstehen, sodass eine Eigenschaft dann im Verkehr als wesentlich angesehen wird, wenn der objektive Rechtsverkehr sie für wesentlich hält. Zum anderen könnte man hierunter aber auch die Geschäftswesentlichkeit verstehen, sodass eine Eigenschaft dann im Verkehr als wesentlich angesehen wird, wenn die Vertragsparteien sie als eine Wesentliche festgelegt haben.“⁴

Auf den Obersatz, der nicht nach einem einzelnen Tatbestandsmerkmal, sondern nach einem ganzen Tatbestand fragt, sollte besser keine Definition folgen, da dies gerade bei Anspruchs- und Einwendungsnormen zu bloßem Abschreiben und Auflistung der im Gesetz stehenden Tatbestandsmerkmale, zu bloßen Selbstverständlichkeiten oder gar zu Unvollständigkeiten führen kann.⁵ Anspruchs- und Einwendungsnormen stellen keine Legaldefinitionen dar.

4. Subsumtion

In der Subsumtion wird der vorgefundene Sachverhalt mit der Definition des Gesuchten verglichen. Man sagt auch, dass der Blick zwischen Sachverhalt und Tatbestand hin und her wandert.⁶ Dieser auf den ersten Blick sehr banal klingende Vorgang stellt den wichtigsten und anspruchsvollsten Schritt dar, denn ob der Sachverhalt der Definition eines Tatbestandsmerkmals unterstellt werden kann, lässt sich in vielen Fällen nicht immer unproblematisch beantworten.⁷

Bei der Subsumtion sind die Sachverhaltsangaben so gut wie möglich auszuwerten.⁸ *Beispiel:* Im Sachverhalt steht, dass A eine Sache in seine Garage stellt und sie anschließend dort vergisst. Wird nun nach dem Besitz des A gefragt und dieser definiert als „tatsächliche Herrschaft über eine Sache mit entsprechendem Besitzwillen, wobei sich die tatsächliche Herrschaft aus der Verkehrsanschauung ergibt“⁹,

muss der Sachverhalt mit dieser Definition verglichen werden. Hierbei sind auch die Garage und das Vergessen des A einzubeziehen, sodass die Subsumtion lauten könnte: „A hat die Sache in seiner Garage. Eine Garage wird von der Verkehrsanschauung als ein Besitzherrschaftsbereich angesehen, der ihrem Eigentümer zusteht. Mangels anderer Angaben ist A Eigentümer der Garage. Daher hat A tatsächliche Sachherrschaft über die Sache. Der Besitzwille des A erstreckt sich auf alle Sachen im Besitzherrschaftsbereich, auch wenn er nicht konkret an sie denkt, sogar wenn er sie, wie hier, vergessen hat.“

Gibt es keine einheitliche Meinung zu einer Definition, ist in der Subsumtion auch zu prüfen, ob die verschiedenen Meinungen zu einer unterschiedlichen Behandlung des jeweiligen Sachverhalts führen. Wird er trotz verschiedener Meinungen über die richtige Definition gleich behandelt, etwa weil er nach allen Meinungen das fragliche Tatbestandsmerkmal erfüllt, ist der Meinungsstreit nicht zu entscheiden, und es ist ohne Entscheidung entsprechend weiter zu verfahren. Wird der Sachverhalt von den verschiedenen Meinungen unterschiedlich behandelt, erfüllt also der Sachverhalt nach einer Meinung das fragliche Tatbestandsmerkmal, nach einer anderen aber nicht, ist der Meinungsstreit durch Argumentation zu entscheiden und aufgrund dieser Entscheidung entsprechend weiter zu prüfen. Ein Selbstwiderspruch ist hierbei tunlichst zu vermeiden.

5. Schlusssatz

Der Schlusssatz bringt schließlich das Subsumtionsergebnis mit der im Obersatz aufgeworfenen Frage zusammen und stellt fest, ob das im Obersatz Gesuchte gegeben ist oder nicht.¹⁰ *Beispiel:* Nachdem im o.g. Beispiel die Subsumtion ergab, dass A laut Sachverhalt tatsächliche Herrschaft über die Sache mit entsprechendem Besitzwillen und demnach das hat, was er nach der Definition des Besitzes haben muss, lautet der Schlusssatz: „Somit ist A Besitzer der Sache.“

IV. Das Endergebnis

Nachdem alle Anspruchsgrundlagen untersucht wurden, ob sie unter Berücksichtigung aller Einwendungen im konkreten Sachverhalt das Anspruchsziel tatsächlich gewähren, und für jede Anspruchsgrundlage eine Antwort gefunden wurde, ist die Fallfrage zu beantworten. Ihre Beantwortung schließt das juristische Gutachten ab und erfolgt außerhalb der Prüfung der einzelnen Anspruchsgrundlagen als gesonderter Punkt am Ende des Gutachtens. Sie fasst als Endergebnis zusammen, ob Ansprüche bestehen, und nennt, wenn sie bestehen, alle Anspruchsgrundlagen, aus denen sie sich ergeben. Wegen ihrer abschließenden Funktion macht die Beantwortung der Fallfrage das Gutachten erst vollständig und darf daher nicht fehlen. Eine, wenn

⁴ Vgl. zu diesem Meinungsstreit Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 10. Aufl. 2012, § 41 Rn. 60 ff; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. 2013, Rn. 138 ff.

⁵ Vgl. Leenen (Fn. 2), § 22 Rn. 48 a.E. Offen lassend Lange (Fn. 3), S. 274 (dort entspricht Variante 2 der hiesigen Empfehlung).

⁶ Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 207 f.

⁷ Vgl. Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 7. Aufl. 2014, Rn. 118 ff; Fritzsche (Fn. 1), 1. Teil Rn. 27.

⁸ Vgl. Valerius (Fn. 2), S. 14, 35; Putzke, Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben, 4. Aufl. 2012, Rn. 7; Velte, JURA 1980, 193 (195, 204).

⁹ Vgl. BGHZ 101, 186 (187 f); Fritzsche, in: Bamberger/Roth,

3. Aufl. 2012, § 854 BGB Rn. 20; Koch/Löhnig, Fälle zum Sachenrecht, 3. Aufl. 2012, Fall 1 Rn. 26.

¹⁰ Vgl. Lange (Fn. 3), S. 265.

auch nur kurze oder gar falsche Antwort, ist besser als keine.¹¹ *Beispiele:* Fallfrage: „Kann A von B Herausgabe des Buches verlangen?“, Endergebnis: „Somit hat A gegen B sowohl aus § 985 BGB als auch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB einen Anspruch auf Herausgabe des Buches.“ *Oder:* Fallfrage: „Wer hat Recht?“, Endergebnis: „C hat somit keine Ansprüche gegen D, sodass D Recht hat.“

V. Gliederung des Gutachtens

1. Allgemeines

Da ein Gutachten mehrere Gedanken enthält, die in einem bestimmten Rangverhältnis zueinander stehen, ist es zu gliedern, um dem Leser des Gutachtens den Gedankenweg des Verfassers zu vermitteln. Auch die Gliederung ist nicht beliebig. Vielmehr ist eines von zwei unterschiedlichen Gliederungssystemen zu verwenden, die beide zulässig sind.¹²

2. Hegel-System

Das Hegel-System ist ein alphanumerisches Gliederungssystem und das in juristischen Gutachten bevorzugte. Auch wenn die Reihenfolge der Gliederungspunkte zunächst eingeübt werden muss, erweist es sich für den erfahrenen Anwender als einfach und zeitsparam. Es gliedert sich wie folgt:

- A.
- I.
- 1.
- a)
- aa)
- (1)
- (a)
- (aa)

Auf den letztgenannten Gliederungspunkt „(aa)“ werden unterschiedliche Arten von weiteren Untergliederungen verwendet. So sind der Untergliederungspunkt „(aaa)“ als auch der Untergliederungspunkt „(α)“ zu finden. Diese Unregelmäßigkeit erklärt sich daraus, dass eine so weit führende Untergliederung i.d.R. vermieden wird, weil sie unübersichtlich ist und zumeist für eine saubere Falllösung nicht benötigt wird.¹³

3. Wittgenstein-System

Das Wittgenstein-System ist ein dezimales Gliederungssystem, bei dem jede Untergliederungsebene mit einer neuen Zahlenreihenfolge anfängt. *Beispiel:* „1.“, „1.1.“, „1.1.1.“, „1.1.2.“, „1.2.“, „2.“. Es hat im Gegensatz zum Hegel-System den Nachteil, dass es bei weit führenden Untergliederungen aufgrund der vielen Ziffern sowohl für

den Leser als auch für den Ersteller des Gutachtens unüberschaubar wird. So können z.B. die Gliederungspunkte „1.1.1.2.1.3.2.“ und „1.1.1.2.3.1.2.“ schnell verwechselt werden. Zudem ist es aufgrund der zum Teil vielen Ziffern zeitaufwändiger als das Hegel-System. Daher wird es in juristischen Arbeiten kaum verwendet und sollte, wenn überhaupt, in *Hausarbeiten* verwendet werden, da der Verfasser mehr Zeit und Ruhe hat und der Leser sich aufgrund des in Hausarbeiten anzufertigenden Inhaltsverzeichnisses besser zurechtfinden kann.

4. Zur Notwendigkeit von Gliederungspunkten

Wichtig ist, dass auf einen Gliederungspunkt immer ein weiterer gleichrangiger Gliederungspunkt folgen muss. Sonst dient die erste Untergliederung nämlich nicht der Abgrenzung eines weiteren gleichrangigen Gedankens und ist unnötig.¹⁴ *Beispiel:* Auf ein „1.“ muss ein „2.“ folgen.

Um einen Gliederungspunkt zu sparen, kann das Gutachten unterteilt werden, wenn hierfür ein Anlass, wie das Vorhandensein eines Ausgangsfalls und einer oder mehrerer Abwandlungen oder das Vorhandensein unterschiedlicher Anspruchsgegner, gegeben ist. *Beispiele:* „Teil 1: Ansprüche des A gegen B“ und „Teil 2: Ansprüche des B gegen A“. *Oder:* „Erster Teil: Ausgangsfall“ und „Zweiter Teil: Abwandlung“.

Die Verwendung von Überschriften ist in *Klausuren* nicht notwendig. Geübte und sichere Verfasser können den Gliederungspunkten aber Überschriften hinzuzufügen, damit sich der Leser besser zu Recht finden und den Gedankenweg leichter nachvollziehen kann. Hiermit zeigen Verfasser zudem, dass sie das gesamte Gutachten über wussten, was sie wann zu machen hatten und wirken souverän, was sich in der Bewertung positiv niederschlagen kann. Überschriften sollten präzise und nicht zu lang sein, um übersichtlich zu bleiben. Vermieden werden sollten zudem verwirrende Überschriften.¹⁵

VI. Bearbeitungshinweise zur Fehlervermeidung

1. Nennen von Normen

Regelt eine Norm einen in der Falllösung vorkommenden Sachverhalt, sind nicht nur Inhalt und Rechtsfolge der Norm, sondern auch die Norm selber zu nennen.¹⁶ Hierdurch zeigt der Verfasser, dass er seine Lösung auf eine gesetzliche Grundlage stützt und nicht bloß aus der Luft heraus herleitet. Bei Nennung der Norm ist auf die richtige Normbezeichnung („Art.“ oder „§“ bzw. bei mehreren Normen „Artt.“¹⁷ oder „§§“) zu achten und das Gesetz, aus dem die Norm stammt, mit anzugeben.¹⁸ *Beispiele:*

¹⁴ Vgl. Putzke (Fn. 8), Rn. 99.

¹⁵ Vgl. Putzke (Fn. 8), Rn. 104; Möllers (Fn. 7) Rn. 156 f.

¹⁶ Vgl. Valerius (Fn. 2), S. 37.

¹⁷ Für mehrere Artikel ist es auch zulässig, anstelle von „Artt.“ die einfache Abkürzung „Art.“ zu verwenden.

¹⁸ Vgl. Valerius (Fn. 2), S. 37; Forstmoser/Ogorek/Vogt, Juristisches Arbeiten, 4. Aufl. 2008, S. 361 ff; Fritzsche (Fn. 1), 1. Teil Rn. 53.

¹¹ Vgl. Möllers (Fn. 7), Rn. 165.

¹² In Aufsätzen, wie auch in diesem, ist hingegen eine teilweise abweichende Gliederung hingegen zulässig und stellenweise sogar verlagsseitig vorgeschrieben.

¹³ Vgl. Putzke (Fn. 8), Rn. 103.

Falsch ist: „Wie die Erklärung des A zu verstehen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln.“ Richtig ist: „Wie die Erklärung des A zu verstehen ist, ist durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.“ *Oder*: Falsch ist: „Als Anfechtungsgrund könnte ein Inhaltsirrtum in Frage kommen.“ Richtig ist: „Als Anfechtungsgrund könnte ein Inhaltsirrtum gem. § 119 I Alt. 1 BGB in Frage kommen.“

2. Richtiges Zitieren von Paragraphen

Alle Paragraphen sind so genau wie möglich zu zitieren. Eine ungenaue Zitierweise führt zu Punktabzug. Es sind nicht nur der einzelne Paragraph, sondern auch der jeweilige Absatz und Satz sowie Halbsatz, Alternative, Variante und Buchstabe zu nennen, wenn der Paragraph diese Gliederungspunkte aufweist.¹⁹ *Beispiel*: Falsch ist: „A könne gegen B einen Anspruch auf Herausgabe des Autos nach § 812 BGB haben.“ Richtig ist: „A könnte gegen B einen Anspruch auf Herausgabe des Autos nach § 812 I 1 Alt. 1 BGB haben.“

3. Vermeiden von falschen Rechtsausführungen

Gutachten sind fachkundige Lösungen von Fällen. Daher führen falsche Rechtsausführungen im Gutachten zwangsweise zu Punktabzug. *Beispiel*: Auch wenn der Wortlaut von § 181 BGB die Nichtigkeit des Insichgeschäfts anzuordnen scheint, ist seit Zeiten des Reichsgerichts allgemein geklärt, dass Rechtfolge von § 181 BGB nicht Nichtigkeit, sondern schwebende Unwirksamkeit ist.²⁰ Falsch ist daher: „Der Kaufvertrag könnte wegen eines Insichgeschäfts nach § 181 BGB nichtig sein.“ Richtig ist: „Der Kaufvertrag könnte wegen eines Insichgeschäfts nach § 181 BGB schwebend unwirksam sein.“

4. Insbes. Beachten von Trennungs- und Abstraktionsprinzip

Der deutschen Privatrechtsordnung sind das Trennungs- und Abstraktionsprinzip als wesentliche Merkmale eigen. Das Trennungsprinzip besagt, dass zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und dem Verfügungsgeschäft zu unterscheiden ist.²¹ Das Verpflichtungsgeschäft schafft zwischen den Parteien eine Pflicht zur Rechtsänderung, -aufhebung, -belastung oder -übertragung, während das Verfügungsgeschäft die unmittelbare (Inhalts-)Änderung, Aufhebung, Belastung oder Übertragung eines Rechts darstellt.²² Nach dem Abstraktionsprinzip ist die Wirksamkeit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft unabhängig vom jeweils anderen Geschäft

zu bestimmen.²³ Aufgrund ihrer Wesentlichkeit darf gegen diese beiden Prinzipien nicht verstoßen werden, andernfalls wird das Gutachten als im Ganzen nicht mehr brauchbar bewertet.²⁴ *Beispiele*: Falsch ist: „A könnte Eigentum am Auto durch Abschluss eines Kaufvertrages mit B gem. § 433 I 1 BGB erlangt haben.“ Richtig ist: „A könnte Eigentum am Auto durch Abschluss eines Übereignungsvertrages mit B gem. § 929 S. 1 BGB erlangt haben.“ *Oder*: Falsch ist: „Der Übereignungsvertrag zwischen A und B könnte wegen Anfechtung des dem Übereignungsvertrag zugrunde liegenden kausalen Kaufvertrages wegen Erklärungsirrtums des A nach § 119 I Alt. 2 BGB gem. § 142 I BGB nichtig sein.“ Richtig ist: „Der Übereignungsvertrag zwischen A und B ist nicht schon dadurch nichtig, dass A den dem Übereignungsvertrag zugrunde liegenden kausalen Kaufvertrag wegen Erklärungsirrtums (§ 119 I Alt. 2 BGB) angefochten hat. Eine Nichtigkeit des Übereignungsvertrages gem. § 142 I BGB wegen Anfechtung aufgrund eines Erklärungsirrtums, kann sich nur dann ergeben, wenn der Erklärungsirrtum des A auch seiner Willenserklärung zum Übereignungsvertrag zugrunde gelegen hat und A deswegen auch diese Willenserklärung angefochten hat (sog. Fehleridentität²⁵).“

5. Vermeiden von falschen Begriffen

Die rechtlich definierten Begriffe sind exakt und richtig zu verwenden. Da verschiedene Begriffe zumeist auch verschieden definiert sind, sollten sie nicht synonym gebraucht werden, auch wenn hierdurch sprachlich unschöne Wortwiederholungen entstehen.²⁶ *Beispiel*: Wenn die Eltern der 17-jährigen S erfahren, dass S am Vortag ein Fahrrad gekauft hat, und nun mit diesem Kauf einverstanden sind, handelt es sich um eine nachträgliche Zustimmung und damit um eine Genehmigung i.S.v. §§ 108 I, 184 I BGB. Für das Wort „Genehmigung“ kann nicht das Wort „Einwilligung“ gebraucht werden, da eine Einwilligung gem. § 183 S. 1 BGB eine vorherige Zustimmung ist. Möglich wäre aber statt von Genehmigung, von Zustimmung zu sprechen, da jede Genehmigung qua Definition eine Zustimmung ist. Umgekehrt aber nicht: Da eine Genehmigung nur eine bestimmte Form der Zustimmung ist, ist nicht jede Zustimmung eine Genehmigung, sodass für den Begriff „Zustimmung“ nicht der Begriff „Genehmigung“ verwendet werden kann.

6. Vermeiden von überflüssigen Erwägungen

Ein Gutachten ist die Lösung eines konkreten Falls. Überflüssige Erwägungen, die zur Falllösung nichts beitragen, sind nicht erwünscht und somit falsch.²⁷ Das gilt auch,

¹⁹ Vgl. *Valerius* (Fn. 2), S. 37 f; *Fritzsche* (Fn. 1), 1. Teil Rn. 55; *Velte*, JURA 1980, 193 (203).

²⁰ Vgl. RGZ 56, 104 (107 f); BGHZ 65, 123 (125 f); *Schilken*, in: Staudinger, Berab. 2009, § 181 BGB Rn. 45 m.w.N.

²¹ Vgl. *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, Rn. 220 ff; *Wolf/Neuner* (Fn. 4), § 29 Rn. 23 ff; *Leenen* (Fn. 2), § 4 Rn. 31 f.

²² Vgl. *Medicus* (Fn. 21), Rn. 207 f; *Medicus/Petersen* (Fn. 4), Rn. 25 f; *Wolf/Neuner* (Fn. 4), § 29 Rn. 28 ff; *Leenen* (Fn. 2), § 4 Rn. 20 ff.

²³ Vgl. *Medicus* (Fn. 21), Rn. 224 ff; *Wolf/Neuner* (Fn. 4), § 29 Rn. 65 ff; *Leenen* (Fn. 2), § 4 Rn. 33 ff.

²⁴ Vgl. *Leenen* (Fn. 2), § 24 Rn. 1; *Valerius* (Fn. 2), S. 60.

²⁵ Zur Anwendung der Fehleridentität vgl. *Leenen* (Fn. 2), § 14 Rn. 101, § 24 Rn. 27.

²⁶ Vgl. *Valerius* (Fn. 2), S. 36 f; *Forstmoser/Ogorek/Vogt* (Fn. 18), S. 28 f.

²⁷ Vgl. *Fritzsche* (Fn. 1), 1. Teil Rn. 7; *Leenen* (Fn. 2), § 22 Rn. 35; *Möllers* (Fn. 7), Rn. 163 f; *Petersen*, JURA 2008, 180 (181).

wenn die Erwägungen an sich richtig sind. *Beispiele:* Wurde Eigentum aufgrund eines Übereignungsvertrags nach § 929 S. 1 BGB verschafft, sind Erwägungen zur Gutgläubigkeit des A gem. § 932 II BGB für den Übereignungsvertrag nach § 929 S. 1 BGB ohne Bedeutung, somit überflüssig und zu unterlassen. *Oder:* Wird danach gefragt, ob ein Restaurantbetreiber einen Anspruch gegen seinen Gast auf Bezahlung des bestellten und nicht beanstandenden Essens hat, sind langwierige Ausführungen zum konkreten Vertragstyp (Kauf-, Werk-, Werklieferungs-, Dienst-, typengemischter Vertrag) überflüssig, weil es sich um einen vertraglichen Primäranspruch handelt, für den es auf den konkreten Vertragstyp nicht ankommt.²⁸ Als Obersatz genügt: „Der Restaurantbetreiber könnte gegen seinen Gast einen Anspruch auf Bezahlung des Essens aus einem Vertrag, § 311 I BGB, haben.“ *Oder:* Nur aus Selbstverständlichkeiten bestehende Obersätze: „Dafür müsste der Anspruch entstanden sein.“

7. Ernstnehmen des Sachverhalts

Der Sachverhalt ist so, wie er ist, ernst zu nehmen. Auch wenn er konstruiert erscheint und bestimmte Konstellationen in der Praxis nur selten vorkommen oder sich schwer beweisen lassen, ist das hinzunehmen.²⁹ Vor allem ist in den Sachverhalt nichts hineinzinterpretieren, was er nicht ausdrücklich sagt. Ergibt sich ein Sachverhaltsmerkmal nicht aus dem Sachverhalt, liegt es auch nicht vor.³⁰ *Beispiele:* Sagt der Sachverhalt nicht, dass A mit dem Gebrauchtwagen gefahren ist, von dessen Kaufvertrag er wirksam zurückgetreten ist, darf nicht unterstellt werden, dass A mit dem Wagen gefahren ist. Daher braucht nicht erörtert werden, ob A für die durch Fahren eingetretene Verschlechterung nach § 346 II Nr. 3 BGB Wertersatz zu leisten hat. *Oder:* Zielt der Sachverhalt auf eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, enthält er aber keine Zeitangaben, kann nicht unterstellt werden, dass die Anfechtung außerhalb der Frist des § 124 I, II BGB erfolgte. Dass die Anfechtung innerhalb der Frist des § 124 I, II BGB erfolgte, obwohl dies der Sachverhalt streng genommen auch nicht sagt, kann deswegen angenommen werden, da niemand eine Frist berechnen kann, wenn er keine Zeitangaben hat.³¹

8. Verwenden von kausalen Konjunktionen

Kausale Konjunktionen wie „da“ und „weil“ weisen häufig auf den Urteilsstil hin, da sie eine Erklärung für das Voran-

stehende liefern.³² Daher werden sie gerne vermieden. Innerhalb von Definition und Subsumtion, insbesondere bei einem Streitentscheid, können kausale Konjunktionen aber durchaus verwendet werden, da hier Kausalsätze ebenso vorkommen dürfen wie alle anderen Arten von Nebensätzen. In diesem Fall ist damit auch kein Urteilsstil verbunden.

9. Unterlassen von Aufbaustreitigkeiten

Ist es umstritten, unter welchen Prüfpunkt eine Norm zu erörtern ist, ist die Norm ohne weitere Diskussion unter einem der umstrittenen Prüfpunkte zu erörtern. Eine Erklärung, warum die Norm unter diesem Prüfpunkt erörtert wird, hat zu unterbleiben. Sie trägt zur Lösung des Falls nichts bei und ist überflüssig. *Beispiel:* Die Anfechtung wird teils als rechtshindernde Einwendung³³, teils als rechtsvernichtende Einwendung³⁴ verstanden. Ohne Erwähnung oder gar Entscheidung dieser Problematik ist die Einwendung nach § 142 I BGB im Gutachten, ohne Punkt- abzug befürchten zu müssen, als rechtshindernde oder als rechtsvernichtende Einwendung zu behandeln.³⁵

10. Sprache

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass auf eine verständliche und klare Ausdrucksweise sowie auf ein sauberes Schriftbild zu achten ist, da diese die inhaltlichen Aussagen unterstützen und als Aushängeschild eines brauchbaren Gutachtens dienen.³⁶ Eine verständliche Ausdrucksweise vermeidet auch selbstkreierte, nicht all-gemeingebräuchliche Abkürzungen und nichts sagende Scheinbegründungswörter.³⁷ *Beispiele:* Abkürzungen wie „z.B.“ oder abgekürzte Normbezeichnungen wie „BGB“ sind all-gemeingebräuchlich und zulässig, nicht hingegen die Abkürzung „WE“ für „Willenserklärungen“. *Oder:* Scheinbegründungswörter wie „zweifelhohe“ oder „offenkundig“.

²⁸ Vgl. *Medicus/Petersen* (Fn. 4), Rn. 14.

²⁹ Vgl. *Lange* (Fn. 3), S. 263 f; *Möllers* (Fn. 7), Rn. 97; *Velte*, JURA 1980, 193 (195).

³⁰ Vgl. *Fritzsche* (Fn. 1), 1. Teil Rn. 40; *Valerius* (Fn. 2), S. 45 ff; *Möllers* (Fn. 7), Rn. 97.

³¹ Vgl. *Valerius* (Fn. 2), S. 45.

³² Vgl. *Fritzsche* (Fn. 1), 1. Teil Rn. 14; *Lange* (Fn. 3), S. 280.

³³ Vgl. *Dörner*, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Aufl. 2012, § 142 BGB Rn. 1; *Fritzsche* (Fn. 1), 1. Teil Rn. 71; *Fischer*, NZM 2005, 567 (568).

³⁴ Vgl. *Velte* (Fn. 1), S. 202.

³⁵ Vgl. *Fritzsche* (Fn. 1), Fall 3 Rn. 22.

³⁶ Vgl. *Valerius* (Fn. 2), S. 30 ff; *Leenen* (Fn. 2), § 22 Rn. 42 ff; *Forstmoser/Ogorek/Vogt* (Fn. 18), S. 15 ff; *Fritzsche* (Fn. 1), 1. Teil Rn. 16, 89 ff; *Möllers* (Fn. 7), Rn. 167, 234 ff.

³⁷ Vgl. *Valerius* (Fn. 2), S. 38; *Leenen* (Fn. 2), § 22 Rn. 54; *Forstmoser/Ogorek/Vogt* (Fn. 18), S. 17; *Putzke* (Fn. 8), Rn. 88; *Lange* (Fn. 3), S. 280; *Fritzsche* (Fn. 1), 1. Teil Rn. 92.