

Hinweise zum Erstellen von juristischen Gutachten im Privatrecht – Teil I

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

Der Aufsatz soll Studierenden eine Hilfestellung zum Erstellen von juristischen Gutachten im Privatrecht geben. Der erste Teil beschäftigt sich mit dem Sinn juristischer Gutachten allgemein und geht vertieft auf die Vorbereitung des privatrechtlichen Gutachtens ein. Im Mittelpunkt steht dabei, wie die richtigen Anspruchsgrundlagen zu finden und der Lösungsweg zu strukturieren sind. Im zweiten Teil werden die Elemente des Gutachtenstils näher behandelt und abschließend Hinweise zum Endergebnis, zur Gliederung und zur Fehlervermeidung gegeben.

I. Allgemeines zu juristischen Gutachten

Die juristische Falllösung erfolgt nicht in Form einer knappen Antwort oder anhand eines Aufsatzes, vielmehr ist ein juristisches Gutachten im sog. Gutachtenstil zu erstellen. Der Gutachtenstil zeichnet sich dadurch aus, nach einem Tatbestandsmerkmal in einem Obersatz zu fragen, mithilfe von Definition und Subsumtion¹ dessen Vorliegen zu prüfen und schließlich das Ergebnis dieser Prüfung in einem Schlusssatz festzuhalten. Er unterscheidet sich wesentlich vom genau umgekehrt funktionierenden Urteilsstil, bei dem zunächst das Vorliegen von Tatbestandsmerkmalen festgestellt und anschließend begründet wird. Der Gutachtenstil ist das gesamte Gutachten über einzuhalten. Nur wenn das Ergebnis eindeutig und offensichtlich ist, ist es zulässig, das Ergebnis im Urteilsstil festzustellen.²

Selbst wenn das Ergebnis ohne Erstellung eines Gutachtens gleich ausfallen würde, ist zu beachten, dass auf dem Gebiet der Rechtswissenschaften nicht das Ergebnis, sondern der Weg zu diesem Ergebnis das Wesentliche ist.³ Denn ein Fall erhält nur dann ein überzeugendes – und in der Praxis standfestes – Ergebnis, wenn es unter Erörterung aller konkret in Betracht kommenden Probleme gefunden wurde.

Des Gutachtens Sinn besteht somit darin, aufgrund seiner Struktur alle Probleme des Falls in einer sinnvollen Reihenfolge zu erörtern. Zudem verdeutlicht es in Klausuren und Hausarbeiten dem Korrektor, ob die rechtlichen Zusammenhänge verstanden und auf Grundlage dieses Ver-

ständnisses eine in sich geschlossene und überzeugende Rechtsfindung (Lösung des Falls) gefunden wurde.

Ein juristisches Gutachten ist aufgrund der soeben genannten Gründe so vorteilhaft, dass der damit verbundene hohe Zeitaufwand, die strenge Formalisierung der Lösung und die damit einhergehende sprachliche Unschönheit in Kauf genommen werden.

II. Vorbereitung des Gutachtens im Privatrecht

1. Zeiteinteilung

Zu Beginn ist das Gutachten vorzubereiten. In fünfstündigen *Klausuren* sollte die Vorbereitung mindestens ein Fünftel der Bearbeitungszeit ausmachen. Eine nähere Angabe ist wegen Unterschieden insbesondere im Rechtsgebiet, dem der Klausur zu Grunde gelegten Erfahrungsstand (Klausur im Grund-, Haupt- oder Schwerpunktstudium) und letztlich der persönlichen Arbeitsweise jedes einzelnen nicht möglich.⁴

2. Erfassen des Sachverhalts

Zunächst sind der Sachverhalt mehrmals ruhig durchzulesen, Wörter, die bei unbefangener Lektüre des Sachverhalts⁵ relevant erscheinen, zu unterstreichen sowie ggf. erläuternde Anmerkungen neben den Sachverhalt anzubringen (z.B. Schlagwörter wie „Handeln unter fremden Namen“ oder Normen wie „§ 138 I BGB“). Hierdurch werden die ersten Gedanken, die sich häufig als richtig erweisen, vorgemerkt, um sie während der Bearbeitung nicht zu vergessen.⁶ Weiterhin ist bei komplexen Sachverhalten ratsam, sich eine Skizze vom Sachverhalt zu erstellen, in der die beteiligten Personen, die sie verbindenden Rechtsverhältnisse und die Reihenfolge der Geschehnisse – je nach Sachverhalt auch mit den dazugehörigen Daten –

* 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 Stellenweise wird auch der Begriff Untersatz als Oberbegriff für Definition und Subsumtion verwendet (vgl. Valerius, Einführung in den Gutachtenstil, 3. Aufl. 2008, S. 12 ff, 25 f; Fritzsche, Fälle zum BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2012, 1. Teil Rn. 24).

² Vgl. Valerius, (Fn. 1), S. 21 f; Fritzsche, (Fn. 1), 1. Teil Rn. 14 f, 32.

³ Vgl. Valerius, (Fn. 1), S. 11 f.

⁴ Daher variieren die Zeitangaben für die Vorbereitungen sehr stark. Vgl. Valerius, (Fn. 1), S. 49; Fritzsche, (Fn. 1), 1. Teil Rn. 37; Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 6. Aufl. 2012, Rn. 158; Putzke, Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben, 4. Aufl. 2012, Rn. 15; Lange, Jurastudium erfolgreich, 7. Aufl. 2012, S. 283 ff; Velte, JURA 1980, 193 (194 f).

⁵ Die Fallfrage sollte an dieser Stelle noch nicht gelesen werden, da sie den unbefangenen Blick auf den Sachverhalt verschleiern kann (vgl. Putzke, (Fn. 4), Rn. 7; Fritzsche, (Fn. 1), 1. Teil Rn. 39, 57; Lange, (Fn. 4), S. 241 f; Forstmoser/Ogorek/Vogt, Juristisches Arbeiten, 4. Aufl. 2008, S. 86; a.A. Valerius, (Fn. 1), S. 41 f; Möllers, (Fn. 4), Rn. 100).

⁶ Vgl. Möllers, (Fn. 4), Rn. 101.

schematisch dargestellt werden.⁷ Zuletzt sind alle entdeckten Probleme, die der Sachverhalt aufwirft, aufzuschreiben und ggf. zu ordnen.⁸

3. Herausarbeiten der gutachterlichen Fragestellung

Mithilfe dieser Vorarbeiten ist die gutachterliche Fragestellung aus der Fallfrage genau herauszuarbeiten. Die Fallfrage ist die konkret gestellte Aufgabenstellung am Ende des Aufgabentextes. Sie kann aus einer oder mehreren Fragen oder Aufträgen nebst Abwandlungen bestehen und wird ggf. durch Bearbeitervermerke ergänzt, die den Umfang der Fallfrage spezifizieren.⁹ *Beispiel:* „Welche Ansprüche hat A gegen B? Bearbeitervermerk: Vorschriften aus dem HGB sind nicht zu berücksichtigen.“

Wird ein Anspruch gesucht, ist die Fallfrage durch die gutachterliche Fragestellung „WER will WAS von WEM WORAUS?“ zu konkretisieren.¹⁰ Es sind also Anspruchsgegner (WER will; von WEM), Anspruchsziele (WAS) und Anspruchsgrundlagen (WORAUS) zu finden. Anspruchsgegner (Personen) und Anspruchsziele (die begehrte Handlung, wie z.B. Zahlung von Geld, Herausgabe einer Sache oder Unterlassung einer Störung) ergeben sich oft direkt aus Sachverhalt, Fallfrage und Bearbeitervermerk. Unklar sind dagegen – zumindest für Anfänger – zu diesem Zeitpunkt meist die Anspruchsgrundlagen.

In der Regel werden Ansprüche gesucht. Selbst wenn die Fallfrage nur „Zu Recht?“ oder „Wie ist die Rechtslage?“ lautet, wird hiermit gefragt, ob die im Sachverhalt erwähnten Personen die von ihnen begehrten Ziele beanspruchen können.¹¹ Wird ausnahmsweise kein Anspruch gesucht, so wird meist nach der Eigentumslage gefragt.¹² Die Fallfrage lautet dann z.B.: „Ist X Eigentümer der Sache?“ Oder: „Wer ist Eigentümer der Sache?“. Hierbei empfiehlt es sich, mit dem Zeitpunkt zu beginnen, in dem die Eigentumslage noch unproblematisch ist, und von da aus alle in Betracht kommenden Einwirkungen auf sie – beginnend mit der zeitlich ersten bis hin zur zeitlich letzten Einwirkung – zu überprüfen (sog. chronologische Prüfung¹³). Die Eigentumslage kann nicht nur in isolierter Form, sondern oft auch eingebettet in eine Anspruchsprüfung zu erörtern sein.¹⁴

⁷ Vgl. Putzke, (Fn. 4), Rn. 8; Fritzsche, (Fn. 1), 1. Teil Rn. 42; Möllers, (Fn. 4), Rn. 102, 104; Velte, JURA 1980, 193 (195).

⁸ Vgl. Fritzsche, (Fn. 1), 1. Teil Rn. 43.

⁹ Vgl. Lange, (Fn. 4), S. 243 ff; Valerius, (Fn. 1), S. 41 f; Möllers, (Fn. 4), Rn. 99; Forstmoser/Ogorek/Vogt, (Fn. 5), S. 86 mit Fn. 37, S. 88.

¹⁰ Sog. 4-W-Frage. Vgl. Fritzsche, (Fn. 1), 1. Teil Rn. 44; Valerius, (Fn. 1), S. 57; Forstmoser/Ogorek/Vogt, (Fn. 5), S. 93; Möllers, (Fn. 4), Rn. 111, 116.

¹¹ Vgl. Lange, (Fn. 4), S. 243.

¹² Vgl. Fritzsche, (Fn. 1), 1. Teil Rn. 6; Forstmoser/Ogorek/Vogt, (Fn. 5), S. 72 mit Fn. 35; s.a. Velte, JURA 1980, 193 (196 f), der neben der Eigentumslage auch die Erbenstellung nennt.

¹³ Auch historische Prüfung genannt. Vgl. Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 23. Aufl. 2011, Rn. 18; Leenen, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2011, § 22 Rn. 6; Velte, JURA 1980, 193 (196).

¹⁴ Vgl. Medicus/Petersen, (Fn. 13), Rn. 18.

4. Finden der richtigen Anspruchsgrundlagen

a) Anspruch und Anspruchsgrundlage

Anspruchsgrundlagen sind nur zu suchen, wenn nach einem oder mehreren Ansprüchen gefragt wird. Ansprüche zählen zu den subjektiven Rechten, die wiederum Elemente eines Rechtsverhältnisses sind.¹⁵ Rechtsverhältnisse sind sowohl relative Rechtsbeziehungen zwischen bestimmten Rechtssubjekten untereinander als auch absolute Rechtsbeziehungen von allen Rechtssubjekten zu Rechtsobjekten.¹⁶ Die Grundlage, die das Rechtsverhältnis entstehen lässt, ihr Entstehungsgrund, wird auch als Anspruchsgrundlage bezeichnet. Um die richtige Anspruchsgrundlage zu finden, ist also nach den Gründen zu suchen, die zwischen den beteiligten Rechtssubjekten ein solches Rechtsverhältnis entstehen lassen, das den begehrten Anspruch beinhaltet.

b) Einteilung der Anspruchsgrundlagen

Rechtsverhältnisse werden nach ihren Entstehungsgründen in rechtsgeschäftliche und gesetzliche unterteilt. Entsprechend kommen sowohl Rechtsgeschäfte als auch gesetzliche Anordnungen, sog. Anspruchsnormen, als Entstehungsgrund und somit als Anspruchsgrundlage in Betracht.¹⁷ Rechtsgeschäfte beruhen auf der Privatautonomie und bedürfen daher eines Minimums an Willen der beteiligten Rechtssubjekte. Eine Begründung von Rechtsgeschäften ohne Willen der beteiligten Rechtssubjekte ist nach heute ganz überwiegender Meinung nicht möglich.¹⁸ Anspruchsnormen lassen dagegen allein aufgrund der in ihnen enthaltenen gesetzlichen Anordnung ein Rechtsverhältnis entstehen und sind vom Willen der beteiligten Rechtssubjekte unabhängig.¹⁹ Sie werden in quasivertragliche, dingliche, bereicherungsrechtliche und deliktische unterteilt. Quasivertragliche Anspruchsnormen beruhen auf Situationen, in denen nach dem Willen der beteilig-

¹⁵ Weitere Elemente eines Rechtsverhältnisses stellen Pflichten, Obliegenheiten, Gebundenheiten, Zuständigkeiten, Aussichten sowie andere subjektive Rechte wie Gestaltungsrechte dar (vgl. Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, Rn. 59). Der Begriff Rechtsverhältnis fasst diese Elemente zusammen und ist daher sehr weit. Dagegen drückt der Begriff Anspruchsgrundlage aus, dass eine Untersuchung nur unter dem Aspekt der Anspruchsprüfung erfolgen soll. Er ist Spezialbegriff.

¹⁶ Vgl. Medicus, (Fn. 15), Rn. 17; Forstmoser/Ogorek/Vogt, (Fn. 5), S. 94.

¹⁷ Vgl. Leenen, (Fn. 13), § 22 Rn. 8. Missverständlich ist es daher bei Rechtsgeschäften von vertraglichen Anspruchsnormen zu sprechen (so z.B. bei Medicus/Petersen, (Fn. 13), Rn. 8).

¹⁸ Vgl. Busche in MüKo-BGB, 6. Aufl. 2012, § 147 BGB Rn. 5; Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 10. Aufl. 2012, § 37 Rn. 47; Fritzsche, (Fn. 1), Fall 13 Rn. 3; weniger deutlich, aber im Ergebnis auch die Rechtsprechung, vgl. BGHZ 95, 393 (399 f); OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1998, 1515 (1515). Beachte: Die Lehre vom faktischen Vertrag ist abzugrenzen von der zumeist in einem mitbehandelten, aber doch eine andere Fallgestaltung betreffenden Lehre der In-Vollzug-Gesetzten-Dauerschuldverhältnisse aufgrund fehlerhaften Vertrages (vgl. Medicus, (Fn. 15), Rn. 245 ff, 253 ff; Medicus/Petersen, (Fn. 13), Rn. 189 ff, 193 ff).

¹⁹ Vgl. Medicus, (Fn. 15), Rn. 244.

ten Rechtssubjekte zwar (noch) kein rechtsgeschäftliches Rechtsverhältnis entstanden ist, das Gesetz aus diesen Situationen aber schon bestimmte Ansprüche herleitet, die Ansprüchen aus Rechtsgeschäften ähnlich sind. Dingliche Anspruchsnormen sind solche, die die dingliche Rechtslage, also die absolute Rechtsbeziehung der Rechtssubjekte zu einem Rechtsobjekt, betreffen, und gewähren Ansprüche zur effektiven Verwirklichung dieser Rechtsbeziehung. Bereicherungsrechtliche Anspruchsnormen gewähren Ausgleichsansprüche gegen denjenigen, der ohne Rechtsgrund etwas zu viel hat. Deliktische Anspruchsnormen schließlich gewähren demjenigen Ersatzansprüche, der etwas durch die rechtswidrige Handlung eines anderen zu wenig hat.²⁰

c) Angabe der richtigen Anspruchsgrundlage

Die Grobunterteilung der Anspruchsgrundlagen in Rechtsgeschäfte und Anspruchsnormen wirkt sich auch auf die Angabe der richtigen Anspruchsgrundlage im Gutachten aus: Bei Anspruchsnormen sind jene zu nennen, wobei eine Anspruchsnorm nicht notwendig aus einer einzelnen Norm bestehen muss. So ist z.B. die Normenkette § 670 BGB i.V.m. § 683 S. 1 BGB i.V.m. § 677 BGB eine einzelne quasivertragliche Anspruchsnorm der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA).

Bei Rechtsgeschäften ist das etwas anders:²¹ Die im besonderen Schuldrecht des BGB zu Beginn verschiedener rechtsgeschäftlich begründeter Rechtsverhältnisse genannten Normen (z.B. § 433 BGB, § 535 BGB, § 631 BGB) sind nämlich keine Anspruchs- sondern Definitionsnormen. Sie beschreiben, welche essentiellen Rechte und Pflichten das Rechtsgeschäft, das das Rechtsverhältnis in die Welt setzt, regeln muss. Nur wenn ein Rechtsgeschäft alle in der Definitionsnorm genannten Rechte und Pflichten zumindest bestimmbar (vgl. §§ 315 ff BGB) regelt, können die folgenden gesetzlichen inhaltlichen Regelungen auf das rechtsgeschäftlich begründete Rechtsverhältnis auch direkt angewendet werden. Die genannten Rechte und Pflichten der Parteien bilden somit den Tatbestand und das Vorliegen der entsprechenden Vertragsart die Rechtsfolge der Definitionsnormen. Sie geben also bloß an, für welche rechtsgeschäftlich begründeten Rechtsverhältnisse der folgende Inhalt gilt, ohne das Vorliegen eines Rechtsgeschäfts gesetzlich anzuordnen. Daher gibt die bloße Nennung einer Definitionsnorm ohne Angabe des Rechtsgeschäfts, die Anspruchsgrundlage streng genommen nicht korrekt an.²² Da Definitionsnormen aber das konstitutive Rechtsgeschäft nachzeichnen, werden sie als Kompromiss i.d.R.

zusammen mit dem Rechtsgeschäft zitiert.²³ *Beispiel:* „A könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises aus Kaufvertrag, § 433 II BGB, haben.“

d) Mehrheit und Reihenfolge von Anspruchsgrundlagen

Ein bestimmtes Anspruchsziel kann sich aus mehreren Anspruchsgrundlagen ergeben. So lauten z.B. § 985 BGB als auch § 812 I 1 Alt. 1 BGB auf Herausgabe. Da das juristische Gutachten eine umfassende Erörterung der Rechtslage darstellt, sind alle ernsthaft in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen, aus denen sich das begehrte Anspruchsziel ergibt, zu prüfen, wenn der Bearbeitervermerk nicht anders lauten sollte.²⁴ Nicht ernsthaft in Betracht kommen Anspruchsgrundlagen, aus denen sich zwar das begehrte Anspruchsziel ergibt, deren Tatbestand aber offensichtlich nicht gegeben ist. So ist z.B. bei der Beschädigung einer Sache durch einen von einem Menschen abgegebenen Pistolenschuss nicht § 833 S. 1 BGB als Anspruchsgrundlage zu erörtern, da die Beschädigung eben nicht von einem Tier stammt.

Kommen mehrere Anspruchsgrundlagen in Betracht, ist die Reihenfolge ihrer Prüfung für das Ergebnis an sich ohne Bedeutung. Aus Zweckmäßigkeit ist aber eine bestimmte Reihenfolge einzuhalten: Wenn ein sich aus einer ersten Anspruchsgrundlage ergebendes Rechtsverhältnis von einem anderen Rechtsverhältnis ausgeschlossen oder modifiziert wird, dann ist zur Vermeidung einer Inzidentprüfung die zweite Anspruchsgrundlage zuerst zu prüfen, aus der sich das andere Rechtsverhältnis ergibt.²⁵ Wie Rechtsverhältnisse zueinander stehen, ergibt sich zumeist aus der gesetzlichen Wertung, die somit die Reihenfolge der Anspruchsgrundlagen bestimmt. Wird diese Reihenfolge eingehalten, führt das zu einem übersichtlichen und unkomplizierten Gutachten und zeigt dem Korrektor, dass der Bearbeiter das Verhältnis der Anspruchsgrundlagen zueinander verstanden hat.

aa) Das BGB hat rechtsgeschäftlich begründete Rechtsverhältnisse, aufgrund der ihnen zugrunde liegenden Privatautonomie, als speziellste ausgestaltet. Sie können gesetzliche Rechtsverhältnisse beeinflussen, sodass Rechtsgeschäfte vor Anspruchsnormen zu prüfen sind.²⁶ So kommen z.B. quasivertragliche Rechtsverhältnisse meist nur in Betracht, wenn kein rechtsgeschäftlich begründetes Rechtsverhältnis vorliegt. Vgl. aus dem Bereich der GoA § 677 BGB: „ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein“.

bb) Unter den Anspruchsnormen sind quasivertragliche zuerst zu prüfen, da quasivertragliche Rechtsverhältnisse

²⁰ Vgl. *BGH NJW* 1977, 1194 (1194).

²¹ Vgl. *Leenen*, (Fn. 13), § 3 Rn. 31, § 4 Rn. 27 f, § 25 Rn. 4; *Köhler*, *BGB Allgemeiner Teil*, 36. Aufl. 2012, § 18 Rn. 6; A.A. z.B. *Brox/Walker*, *Allgemeiner Teil des BGB*, 36. Aufl. 2012, Rn. 856; *Leipold*, *BGB I – Einführung und Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2013, § 1 Rn. 9; *Fritzsche*, (Fn. 1), 1. Teil Rn. 21, 24, 28, 55, 58, 60.

²² Vgl. *Leenen*, (Fn. 13), § 4 Rn. 27 f; *Köhler*, (Fn. 21), § 18 Rn. 6; *Medicus/Lorenz*, *Schuldrecht I*, 20. Aufl. 2012, Rn. 136; *Velte*, *JURA* 1980, 193 (198); *Petersen*, *JURA* 2008, 180 (182); s.a. *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 258 f.

²³ Vgl. *Leenen*, (Fn. 13), § 25 Rn. 5; *Velte*, *JURA* 1980, 193 (198); *Petersen*, *JURA* 2008, 180 (182).

²⁴ Vgl. *Fritzsche*, (Fn. 1), 1. Teil Rn. 28; *Forstmoser/Ogorek/Vogt*, (Fn. 5), S. 90; *Leenen*, (Fn. 13), § 22 Rn. 3, § 24 Rn. 5 f; *Velte*, *JURA* 1980, 193 (200).

²⁵ Vgl. *Medicus/Petersen*, (Fn. 13), Rn. 7; *Leenen*, (Fn. 13), § 22 Rn. 20; *Möllers*, (Fn. 4), Rn. 119 f.

²⁶ Vgl. *Medicus/Petersen*, (Fn. 13), Rn. 8; *Möllers*, (Fn. 4), Rn. 119; *Petersen*, *JURA* 2008, 180 (181).

ähnlich wie rechtsgeschäftliche auf die übrigen gesetzlichen Rechtsverhältnisse einwirken.²⁷ So wird z.B. der Herausgabeanspruch aus der dinglichen Anspruchsnorm § 985 BGB durch ein Rechtsverhältnis ausgeschlossen, das ein Recht zum Besitz gibt (vgl. § 986 BGB), wobei ein solches u.a. ein rechtsgeschäftliches Mietverhältnis als auch eine quasivertragliche berechnigte GoA sein kann.

cc) Auf der nächsten Prüfstufe stehen dingliche Anspruchsnormen, da dingliche Rechtsverhältnisse von der gesetzlichen Wertung her deliktischen und bereicherungsrechtlichen vorgehen.²⁸ So kann neben rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen und berechtigter GoA auch z.B. ein Nießbrauch (§§ 1030 ff BGB) einen Rechtsgrund i.S.v. § 812 I 1 Alt. 2 BGB bzw. einen Rechtfertigungsgrund i.S.d. deliktischen Anspruchsnormen darstellen, wenn der Nießbraucher die Nutzungen einer Sache zieht.

dd) Bereicherungsrechtliche und deliktische Anspruchsgrundlagen stehen auf der letzten Stufe. Da sich die hieraus ergebenden Rechtsverhältnisse aufgrund ihrer unterschiedlichen Zielrichtung gegenseitig nicht beeinflussen, ist die Reihenfolge zwischen ihnen beliebig.²⁹

Kommen mehrere, gleichrangige Anspruchsgrundlagen in Betracht, dann sind diese ebenfalls in einer zweckmäßigen Reihenfolge zu prüfen, wobei sich die Zweckmäßigkeit der Reihenfolge wieder aus der gesetzlichen Wertung ergibt.³⁰ So setzen z.B. bereicherungsrechtliche Anspruchsgrundlagen wegen Nichtleistung (insbes. § 816 I 1 BGB, § 816 II BGB, § 812 I 1 Alt. 2 BGB) das Nichtvorliegen einer Leistung des Anspruchstellers voraus, sodass sich hieraus der Vorrang von Leistungskondiktionsansprüchen ergibt. Daher ist zumindest § 812 I 1 Alt. 1 BGB vor den o.g. Anspruchsgrundlagen zu prüfen.

5. Strukturierung des Lösungswegs

Nachdem alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen gefunden wurden, sollte vor der eigentlichen Niederschrift eine Lösungsskizze (Gliederung) erstellt werden, wodurch sich in der Regel auch die abschließende Ordnung der Lösung ergibt und evtl. bis dahin noch nicht entdeckte Probleme sichtbar werden.³¹

Dabei ist das Verhältnis von Anspruchsgrundlagen und Einwendungen zu beachten: Erst wenn feststeht, dass eine Anspruchsgrundlage tatbestandlich gegeben ist, brauchen ernsthaft in Betracht kommende Einwendungen, gegen den sich aus der Anspruchsgrundlage ergebenden Anspruch, gesucht zu werden.

Unter den Einwendungen kann zwischen rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden unterschieden werden. Rechtshindernde Einwendungen hindern

die Entstehung (Wirksamkeit) eines Anspruchs trotz tatbestandlich vorliegender Anspruchsgrundlage von vornherein.³² Rechtsvernichtende Einwendungen lassen einen einmal entstandenen Anspruch später wieder wegfallen.³³ Rechtshemmende Einwendungen lassen einen einmal entstandenen Anspruch bestehen, sorgen aber dafür, dass er nicht geltend gemacht werden kann. Sie werden auch Einreden genannt, wobei der Ausschluss der Geltendmachung dauerhaft (sog. peremptorische rechtshemmende Einwendungen) oder nur vorübergehend (sog. dilatorische rechtshemmende Einwendungen) sein kann.³⁴ Bei Einwendungen ist zu Beginn der Einwendungsprüfung, wie bei Anspruchsnormen, die Einwendungsnorm anzugeben. Das ist diejenige Norm, aus der sich die Rechtsfolge der jeweiligen Einwendung ergibt.³⁵ *Beispiele:* „§ 105 I BGB“ bei rechtshindernder Geschäftsunfähigkeit. „§ 362 I BGB“ bei rechtsvernichtender Erfüllung. „§ 214 I BGB“ bei rechtshemmender Verjährung.

Die Einteilung der Einwendungen ist Grund für den Dreierschritt „Anspruch entstanden“, „Anspruch untergegangen (bzw. erloschen)“ und „Anspruch gehemmt (bzw. durchsetzbar)“.³⁶ Unter „Anspruch entstanden“ werden die Tatbestandsmerkmale der Anspruchsgrundlage und anschließend die Tatbestandsmerkmale rechtshindernder Einwendungen erörtert.³⁷ Da die allgemeinen rechtshindernden Einwendungen des AT in der Regel an einzelne Willenserklärungen oder Rechtsgeschäfte ansetzen, kommen sie nur bei rechtsgeschäftlichen Anspruchsgrundlagen in Betracht. Der Prüfschritt „Anspruch entstanden“ kann daher bei Rechtsgeschäften in „Rechtsgeschäftsschlusstatbestand“ und „Rechtshindernde Einwendungen“ weiter unterteilt werden. Bei Anspruchsnormen gibt es hingegen anspruchsnormspezifische rechtshindernde Einwendungen.³⁸ So ist z.B. § 986 BGB rechtshindernde Einwendung zur Anspruchsnorm § 985 BGB.³⁹ Jene werden in der Regel wie negative Tatbestandsmerkmale der Anspruchsnorm ohne weitere Unterteilung behandelt. Unter „Anspruch untergegangen“ werden die Tatbestandsmerkmale

²⁷ Vgl. *Medicus/Petersen*, (Fn. 13), Rn. 9; *Möllers*, (Fn. 4), Rn. 119, 121; *Petersen*, JURA 2008, 180 (182).

²⁸ Vgl. *Medicus/Petersen*, (Fn. 13), Rn. 10; *Möllers*, (Fn. 4), Rn. 120; *Petersen*, JURA 2008, 180 (182 f).

²⁹ Vgl. *Medicus/Petersen*, (Fn. 13), Rn. 11; *Möllers*, (Fn. 4), Rn. 121; *Petersen*, JURA 2008, 180 (183).

³⁰ Vgl. *Medicus/Petersen*, (Fn. 13), Rn. 12; *Möllers*, (Fn. 4), Rn. 121.

³¹ Vgl. *Fritzsche*, (Fn. 1), 1. Teil Rn. 49 ff; *Valerius*, (Fn. 1), S. 47 f; *Möllers*, (Fn. 4), Rn. 110 f; *Velte*, JURA 1980, 193 (202).

³² Vgl. *Medicus*, (Fn. 15), Rn. 94; *Wolf/Neuner*, (Fn. 18), § 21 Rn. 12; *Petersen*, JURA 2008, 180 (182); *Velte*, JURA 1980, 193 (202).

³³ Vgl. *Medicus*, (Fn. 15), Rn. 94; *Wolf/Neuner*, (Fn. 18), § 21 Rn. 12; *Petersen*, JURA 2008, 422 (422).

³⁴ Vgl. *Medicus/Petersen*, (Fn. 13), Rn. 732 f; *Forstmoser/Ogorek/Vogt*, (Fn. 5), S. 104; *Medicus*, (Fn. 15), Rn. 93; *Petersen*, JURA 2008, 422 (422, 424); *Velte*, JURA 1980, 193 (202).

³⁵ Vgl. *Fritzsche*, (Fn. 1), 1. Teil Rn. 70; *Velte*, JURA 1980, 193 (205).

³⁶ Vgl. *Möllers*, (Fn. 4), Rn. 129; *Fritzsche*, (Fn. 1), 1. Teil Rn. 69, 71, 76, 79; *Lange*, (Fn. 4), S. 270.

³⁷ Vgl. *Möllers*, (Fn. 4), S. 130; *Lange*, (Fn. 4), S. 270; *Medicus/Petersen*, (Fn. 13), Rn. 16, 734; *Fritzsche*, (Fn. 1), 1. Teil Rn. 71.

³⁸ Vgl. *Wolf/Neuner*, (Fn. 18), § 21 Rn. 16.

³⁹ Ob § 986 BGB (rechtshindernde oder rechtsvernichtende) Einwendung oder Einrede ist, ist umstritten. Die h.M. geht dabei von einer Einwendung aus, wobei der BGH auch bei von vornherein vorliegendem Besitzrecht eine rechtsvernichtende Einwendung annimmt (vgl. BGHZ 82, 13 (18); BGH NJW 1999, 3716 (3717)). Wie hier: *Velte*, JURA 1980, 193 (202); *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 9. Aufl. 2004, § 18 Rn. 53 (in der aktuellen Auflage mittlerweile ohne Meinung vgl. *Wolf/Neuner*, (Fn. 18), § 21 Rn. 13).

möglicher rechtsvernichtender Einwendungen und unter „Anspruch gehemmt“ die Tatbestandsmerkmale möglicher rechtshemmender Einwendungen erörtert.⁴⁰ Dieser Dreischritt sollte gedanklich immer erfolgen. Anstatt die einzelnen Schritte aber abstrakt hinzuschreiben, empfiehlt es sich, jeden Schritt direkt in Verbindung mit den konkret zu prüfenden Gegenständen zu setzen. *Beispiele:* Bei einem Anspruch aus einem Kaufvertrag sind mögliche Prüfschritte: „Kaufvertragsschlusstatbestand“, „Nichtigkeit des Kaufvertragsschlusses wegen Geschäftsunfähigkeit gem. § 105 I BGB“, „Anspruchsuntergang wegen Erfüllung gem. § 362 I BGB“, „Anspruchshemmung wegen Verjährung gem. § 214 I BGB“. *Oder:* Bei einem Anspruch aus § 985 BGB sind unter dem gedanklichen Prüfschritt „Anspruch entstanden“ mögliche konkrete Prüfschritte: „Eigentum des A“, „Besitz des B“, „Kein Recht zum Besitz i. S. v. § 986 I 1 BGB“.

Bei Vorbereitung des Gutachtens ist es ratsam, die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Anspruchsgrundlagen und Einwendungen aufzuschreiben und im Kopf zu subsumieren.⁴¹ Gelingt es unproblematisch, kann das Tatbestandsmerkmal für die spätere Niederschrift abgehakt werden. Erscheint es schwierig, liegt hierin zumeist auch ein Problem des Falls. Dann sollten mögliche Lösungen und Argumente für die spätere Niederschrift überlegt und stichwortartig aufgeschrieben werden.⁴² In *Klausuren* ist wichtig, dass es in diesen Fällen – wenn es sich nicht um ein „klassisches“ Problem handelt, das einem Juristen bekannt sein sollte – nicht auf eine Erörterung aller existierenden Meinungen und Erwähnung aller Argumente ankommt. Vielmehr sind das Problem zu sehen, mithilfe treffender Argumente eine Meinung zur Lösung zu bilden und diese Lösung auch im späteren Verlauf des Gutachtens an anderen Stellen konsequent beizubehalten.

⁴⁰ Vgl. Möllers, (Fn. 4), Rn. 130; Lange, (Fn. 4), S. 270. Daneben ist auch, in Anlehnung an die zivilprozessuale Beweislast, eine Gliederung in „Anspruchsgrundlage“, „Einwendungen“ und „Einreden“ denkbar, wobei unter „Anspruchsgrundlage“ die Tatbestandsmerkmale der Anspruchsgrundlage, unter „Einwendungen“ die Tatbestandsmerkmale rechtshindernder und rechtsvernichtender Einwendungen und unter „Einreden“ die Tatbestandsmerkmale rechtshemmender Einwendungen erörtert werden (vgl. Wolf/Neuner, (Fn. 18), § 21 Rn. 11).

⁴¹ Zur Subsumtion siehe Teil 2 dieses Aufsatzes unter III. 3.

⁴² Vgl. Fritzsche, (Fn. 1), 1. Teil Rn. 50 f.