

Das zivilrechtliche Gutachten im weiteren Sinne

Von Dr. Maximilian A. Max, Wien*

In Deutschland werden juristische Klausurbearbeitungen nicht nur nach inhaltlichen, sondern auch nach formalen Gesichtspunkten bewertet (Gutachten). Es macht sich daher bezahlt, sich damit auseinanderzusetzen. Die Anforderungen an ein gelungenes Gutachten können zunächst abschreckend wirken. In Wahrheit stellt es aber eine Art Leitfaden dar, der bei der Prüfung eines subjektiven Rechts des Zivilrechts helfen soll. Dem Gutachten ist jedenfalls eine gewisse Logik inhärent, deren Kenntnis die Erstellung deutlich vereinfacht.

I. Einleitung

Zivilrechtliche Klausuraufgaben können unterschiedlicher Art sein. Denkbar sind etwa Theoriefragen. Typischerweise werden jedoch Fälle gestellt, die es zu lösen gilt. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass im Sachverhalt eine Person etwas von einer anderen verlangt und sich im Zuge dessen bestimmte rechtliche Fragen aufdrängen. Klausuren leben in aller Regel von erörterungswürdigen inhaltlichen Problemen. Ganz zentral für das Begehren einer Person sind subjektive Rechte. Nach heutigem überwiegendem Verständnis ist ein subjektives Recht des Zivilrechts eine Rechtsmacht, die der Befriedigung von Interessen dient.¹ Dabei sind Ansprüche von Gestaltungsrechten zu unterscheiden. Der Anspruchsbegriff wird in § 194 Abs. 1 BGB festgelegt: Ein Anspruch ist das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Das Gestaltungsrecht wird hingegen nicht abstrakt definiert. Man versteht darunter die Rechtsmacht, die Rechtslage *einseitig* zu ändern.² Ein wesentlicher Unterschied besteht folglich darin, dass Gestaltungsrechte keiner Erfüllung durch das Gegenüber bedürfen.

Subjektive Rechte begegnen uns jeden Tag. Man denke nur an die Abwicklung eines Alltagsgeschäfts – etwa den Kauf von Lebensmitteln (Anspruch) – oder an den Widerruf eines Fernabsatzvertrags (Gestaltungsrecht). Sie sind aber natürlich derart ausgestaltet, dass sie gegebenenfalls auch gerichtlich geltend gemacht werden können. Man muss Ansprüche und Gestaltungsrechte deswegen bis zu einem gewissen Grad auch prozessrechtlich denken.³ Die Beziehung zwischen materiellem und Prozessrecht stellt jedenfalls ein komplexes Thema dar.

Beispiel: Der fällige Kaufpreis für ein Buch kann außergerichtlich und allenfalls gerichtlich geltend gemacht werden. In beiden Alternativen handelt es sich um denselben Anspruch, nur die *Form* der Geltendmachung ändert sich.

* Der Autor war Doktorand und langjähriger Wiss. Mitarbeiter am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht – Abteilung V (Prof. Dr. Klicka) der WWU Münster, wo er promoviert wurde. Derzeit ist er Referendar in Wien.

¹ *Enneccerus/Nipperdey*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1/1, 15. Aufl. 1959, S. 428 f.

² *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 20 Rn. 31.

³ Siehe unter II. 3. b).

Man kann sich deswegen die subjektiven Rechte als Schnittstelle zwischen materiellem und Prozessrecht vorstellen.

II. Gutachten

Typischerweise geht es in zivilrechtlichen Fällen zunächst um Ansprüche. Der zivilrechtlichen Falllösung insgesamt liegt eine bestimmte Systematik zugrunde. So folgt etwa nicht nur die Frage, *welcher* von mehreren einschlägigen Ansprüchen zuerst geprüft wird einer gewissen Logik, sondern ist auch die Prüfung der *einzelnen* Ansprüche logisch strukturiert. Das betrifft einerseits den Aufbau der Anspruchsprüfung und andererseits das Vorgehen hinsichtlich der einzelnen Prüfungspunkte (Gutachtenstil). Unter Berücksichtigung all dieser Punkte kann man getrost von einem Gutachten im weiteren Sinne sprechen, das anzufertigen ist. Der große Vorteil der Gutachtenserstellung besteht für den Rechtsanwender darin, dass die Wahrscheinlichkeit wesentliche Punkte zu übersehen, minimiert wird.

1. Gutachtenstil

Im Rahmen der Bearbeitung von Klausurfällen wird ein Gutachten (im engeren Sinne) erwartet. Es zeichnet sich dadurch aus, dass die einzelnen Punkte Schritt für Schritt abgearbeitet werden und so der Weg von Zwischenergebnissen bis hin zum Endergebnis nachvollzogen werden kann.⁴

Ausgangspunkt für die Bearbeitung ist die Fallfrage. Während der Anknüpfungspunkt für die Lösung im Strafrecht die strafbare Handlung ist, kommt es im Zivilrecht auf die Rechtsfolge an. Es ist zunächst die einschlägige Anspruchsgrundlage (allenfalls Gestaltungsgrundlage) zu ermitteln. Diese sind „perfekte“ Rechtsnormen, da sie aus Tatbestand und Rechtsfolge bestehen. Dabei handelt es sich um Wenn-Dann-Konstruktionen: Wenn der Tatbestand (T), bestehend aus den einzelnen Tatbestandsmerkmalen ($t_1, t_2 \dots t_x$) erfüllt ist, so tritt die Rechtsfolge (R) ein.

Beispiel: Im Strafrecht beginnt die Fallbearbeitung damit, die richtige Strafnorm zu eruieren. Wenn der Täter T dem Opfer O dessen Uhr stiehlt, so ist diese (Diebstahls-)Handlung das zentrale Element, um die relevante Strafnorm zu finden. Im Zivilrecht verlangt hingegen typischerweise eine Person etwas von einer anderen. Beispielsweise besteht der Verkäufer V gegenüber dem Käufer K darauf, dass der Kaufpreis beglichen wird. Auch hier muss man die einschlägige Norm suchen und finden. Das zentrale Kriterium ist hier aber die Rechtsfolge, vorliegend etwa der Anspruch auf Kaufpreiszahlung.

Gutachtenstil bedeutet, dass die einzelnen Tatbestandsmerkmale nacheinander durchgeprüft werden. Diese Prüfung folgt dabei einem bestimmten Aufbau: Hypothese, Obersatz, Unter-

⁴ *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 204.

satz, Schlussatz. Im Zentrum der Hypothese steht die Rechtsfolge, eingebettet in einen konkreten Sachverhalt.

Beispiel: V könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 100 € aus dem Kaufvertrag i.V.m. § 433 Abs. 2 BGB haben. Oder: K könnte seine Willenserklärung über die Bezahlung von 100 € gegen Übergabe des Buches gem. §§ 312g, 355 BGB widerrufen haben.

Der Obersatz enthält den Tatbestand. Hier sind die einzelnen Tatbestandsmerkmale aufzuzählen. Nachfolgend konzentriert man sich auf jedes einzelne Merkmal: Es ist zu definieren. An dieser Stelle kommt die Interpretation von Normen ins Spiel, deren Zweck es ist, die Bedeutung eines Tatbestandsmerkmals herauszuarbeiten. Anschließend folgt der Untersatz. Hier werden die entsprechenden Sachverhaltselemente unter das jeweilige Tatbestandsmerkmal subsumiert; es wird untersucht, ob ein konkreter Sachverhalt von einer Rechtsnorm umfasst ist. Das Ergebnis wird schließlich im Rahmen des Schlussatzes angeführt. Man kann sich diesen Vorgang insgesamt als Frage-Antwort-Komplex vorstellen: Erst wird danach gefragt, ob der Tatbestand erfüllt ist; anschließend wird diese Frage beantwortet. Dabei ist die Hypothese im Konjunktiv zu formulieren, der Schlussatz im Indikativ. Dieser Aufbau entstammt der Logik und ist letztlich ein Syllogismus, vorliegend der logische Schluss auf die Rechtsfolge.

2. Anspruchsreihenfolge

Das Zivilrecht kennt eine Vielzahl unterschiedlicher Ansprüche. Für einen konkreten Sachverhalt sind oftmals mehrere Ansprüche relevant; neben einem vertraglichen etwa auch ein Anspruch aus Delikt. Hier ergibt sich unweigerlich die Frage nach der Prüfungsreihenfolge. Man teilt die Ansprüche (grob) in folgende Kategorien mit entsprechender Reihung ein: vertragliche, quasi-vertragliche, dingliche, deliktische sowie bereicherungsrechtliche Ansprüche.⁵ Die zweite Kategorie steht in gewisser Weise zwischen vertraglichen und gesetzlichen Ansprüchen, die letzten drei beinhalten offenkundig gesetzliche Ansprüche. Ob bereicherungsrechtliche oder deliktische Ansprüche das Schlusslicht bilden, ist gemeinhin Geschmacksache. Ansonsten folgt auch dieses Schema bis zu einem gewissen Grad der Logik oder zumindest einer gewissen Zweckmäßigkeit. Dass vertragliche Ansprüche zuvorderst zu prüfen sind, liegt an dem Grundsatz der Privatautonomie, der ein wesentliches Element der Zivilrechtsordnung ist. Sie berechtigt die Rechtssubjekte dazu, gesetzliche dispositive Normen abzuändern. Deswegen gehen in der Prüfungsreihenfolge die vertraglichen den gesetzlichen Schuldverhältnissen vor. Man kann weiters insbesondere die vertraglichen Ansprüche in primäre (Erfüllungs-) und Sekundäransprüche (etwa Schadensersatz nach § 280 BGB oder die Rückforderung nach § 346 BGB bei vertraglichem Rücktrittsrecht) unterteilen. Quasi-vertragliche Ansprüche kommen vertraglichen sehr nahe, ohne dass tatsächlich ein Vertrag vorläge; man kann hier auch von *vertragsähnlichen Ansprüchen* sprechen. Prototypisch ist die

⁵ Siehe dazu nur *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 44. Aufl. 2020, § 38 Rn. 7 ff.

Haftung aus culpa in contrahendo. Hierbei handelt es sich um die Ausdehnung der Vertragshaftung auf einen vorvertraglichen Zeitpunkt für ganz bestimmte Situationen (§ 311 Abs. 2 BGB). Ferner zählt auch die Geschäftsführung ohne Auftrag zu dieser Kategorie; aber auch – und das wird oftmals übersehen – Ansprüche nach § 122 BGB oder § 179 BGB.

Ein Beispiel für einen sachenrechtlichen Anspruch ist der Herausgabeanpruch gem. § 985 BGB. Vertragliche Rechte aber auch die Geschäftsführung ohne Auftrag können hier ein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB konstituieren, das das Behalten der fremden Sache rechtfertigen kann.⁶ Im Rahmen des bereicherungsrechtlichen § 812 BGB gilt selbiges: Hier können sie einen Rechtsgrund, der die Bereicherung rechtfertigt, darstellen. Diese einfachen Beispiele verdeutlichen, dass es sinnvoll ist, sachenrechtliche und bereicherungsrechtliche Ansprüche nach den vertraglichen und quasi-vertraglichen zu prüfen. Zwar wäre es an sich nicht falsch, nach einer anderen Reihenfolge vorzugehen, doch führte dies dazu, dass die Prüfung des dinglichen oder bereicherungsrechtlichen Anspruchs extrem „verschachtelt“ wäre. Dass die sachenrechtlichen den deliktischen und den bereicherungsrechtlichen Ansprüchen vorgehen, liegt an der Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 BGB.⁷

3. Anspruchsprüfung

Ansprüche sind gem. § 194 Abs. 1 BGB auf eine Leistung, d.h. auf ein Tun oder Unterlassen, gerichtet; im Prozess werden sie durch Leistungsklage geltend gemacht. § 194 BGB ist sowohl für gesetzliche als auch für vertragliche Ansprüche maßgeblich, wobei Ansprüche unterschiedliche Stoßrichtungen haben können. Der abstrakte Prüfungsaufbau ist jedoch für alle Ansprüche gleich.

a) Anspruchsziele

Häufig handelt es sich um Leistungsansprüche, etwa wenn der Kaufpreis oder die Rückzahlung verlangt wird. Ferner existieren Unterlassungsansprüche. Sie wirken pro futuro. Man unterscheidet hier zwischen echten und vorbeugenden (unechten) Unterlassungsansprüchen. Die zuerst genannten setzen neben einer Unterlassungspflicht voraus, dass gegen diese bereits verstoßen wurde und Wiederholungsfahr besteht, d.h., die Gefahr eines *neuerlichen* Verstoßes gegeben ist. Letztere verlangen neben der Unterlassungspflicht einen erstmalig drohenden Verstoß – die sog. Erstbegehungsgefahr. Nach der h.M. sind sowohl die Wiederholungs- als auch die Erstbegehungsgefahr materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung.⁸ Während sich Unterlassungsansprüche gegen zukünftige Verletzungen richten, dreht sich der Beseitigungsanspruch um fortbestehende Beeinträchtigungen; hier geht es um die

⁶ Siehe dazu *Schulte-Nölke*, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 986 Rn. 3.

⁷ *Berger*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 993 Rn. 1.

⁸ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 90 Rn. 6.

Beseitigung weiterhin bestehender Störungen.⁹ Darüber hinaus existieren natürlich noch weitere Anspruchsarten, etwa der Veröffentlichungsanspruch.¹⁰ Ob auch der Feststellungsklage nach § 256 ZPO ein materieller Anspruch zugrunde liegt, ist umstritten. Nach der Rechtsprechung ist das Feststellungsinteresse eine besondere Sachentscheidungs voraussetzung der Klage und daher letztlich prozessrechtlicher Provenienz.¹¹

b) Schema

Während sich der Anspruchsteller darauf beruft, ein bestimmter anspruchsbegründender Tatbestand sei erfüllt, stellt sich der Anspruchsgegner gegebenenfalls auf den Standpunkt, eine konkrete Rechtsfolge sei nicht angezeigt, weil bestimmte Tatsachen gegen den Anspruch sprächen. Es stehen sich also die Anspruchsgrundlage (Grundnorm) und materiell-rechtliche Einwendungen (Gegennormen) gegenüber. Daraus ergibt sich oftmals ein Hin und Her.

Beispiel: Der Verkäufer V verlangt vom Käufer K den Kaufpreis. K könnte beispielsweise Stundung des Kaufpreises entgegenhalten. V könnte unter Umständen damit kontern, dass er bei Abschluss des Stundungsvertrags einem Irrtum unterlegen sei.

Man kann Einwendungen weiter schematisieren, indem man nämlich einen mehrteiligen Anspruchsaufbau annimmt. Auch dieser Aufbau folgt einer bestimmten Logik. Aus Sicht des Anspruchstellers lauten die einzelnen Schritte: Anspruch entstanden, Anspruch nicht untergegangen und Anspruch durchsetzbar. Die Entstehung des Anspruchs kann man ferner weiter unterteilen in den Anspruchsgrund, Wirksamkeitsvoraussetzungen (aufseiten des Anspruchstellers), die Anspruchsleugnung und rechtshindernde Einwendungen (Wirksamkeitshindernisse).

Der Anspruchsgrund meint letztlich den rechtserzeugenden Tatbestand. Dessen Erfüllung ist die primäre Bedingung für den Eintritt der Rechtsfolge. Daneben gibt es noch Wirksamkeitsvoraussetzungen.¹² Diese Kriterien können entweder im Interesse des Anspruchstellers oder – als negative Ausprägung – des Anspruchsgegners sein. Letztere sind Wirksamkeitshindernisse und stellen sich als rechtshindernde Einwendungen dar (z.B. Geschäftsunfähigkeit oder Anfechtung). Vom Tatbestand unterscheiden sich Wirksamkeitsvoraussetzungen aufseiten des Anspruchstellers („echte“ Wirksamkeitsvoraussetzungen) dadurch, dass sie teilweise nicht zwingend sind – eine Stellvertretung ist bei volljährigen natürlichen Personen typischerweise keine Notwendigkeit – oder geheilt werden können (z.B. § 311b Abs. 1 S. 2 BGB betreffend Formmangel oder § 184 BGB). Während das Fehlen eines Tatbestandsmerkmals dazu führt, dass der Anspruch zu *keinem* Zeitpunkt

entstanden ist,¹³ d.h., überhaupt kein Rechtsgeschäft vorliegt, führt der Mangel einer solchen echten Wirksamkeitsvoraussetzung dazu, dass das Rechtsgeschäft in gewisser Weise existiert, aber fehlerhaft ist. Erst wenn keine Heilung mehr möglich ist, ist der Anspruch endgültig nicht entstanden.

Beispiele: Zwei übereinstimmende Willenserklärungen bestehen unabhängig davon, ob eine wirksame Stellvertretung vorgelegen hat. Die Stellvertretung ist insofern Wirksamkeitsvoraussetzung. Bei einem Anspruch auf Kaufpreiszahlung ist deren Vorliegen im Sinne des Anspruchstellers. In diese Kategorie gehören mitunter auch Formfordernisse.¹⁴ Wirksamkeitshindernisse nützen hingegen dem Anspruchsgegner, etwa wenn sich dieser auf einen Irrtum bei Vertragsschluss beruft.

Wenn sich der Anspruchsgegner direkt gegen ein Tatbestandsmerkmal oder eine echte Wirksamkeitsvoraussetzung richtet, leugnet er den Anspruchsgrund. Die Anspruchsleugnung zeichnet sich dadurch aus, dass der Anspruchsgegner dem Anspruchsteller mit einem „Nein“ begegnet. Bei einer Einwendung drückt der Anspruchsteller hingegen ein „Ja, aber“ aus.¹⁵

Beispiel¹⁶: Die Abgrenzung zwischen Anspruchsleugnung und rechtshindernder Einwendung richtet sich danach, ob man sich gegen ein Tatbestandsmerkmal wendet. Der Unfallfahrer beruft sich auf ein unabwendbares Ereignis, aufgrund dessen es zu dem Unfall kam. Dieses Vorbringen soll sein Verschulden entkräften, das Tatbestandsmerkmal des § 823 BGB ist. Technisch handelt es sich daher um eine Anspruchsleugnung. Im Rahmen des Anspruchs nach § 7 Abs. 1 StVG liegt wegen Abs. 2 eine rechtshindernde Einwendung vor.

Während der Tatbestand typischerweise positive Tatbestandsmerkmale umfasst, stellen sich negative Kriterien oftmals als Einwendung dar: Es darf beispielsweise *kein* Irrtum oder *keine* Geschäftsunfähigkeit vorliegen.

Beispiel: Tatbestand eines vertraglichen Anspruchs ist jedenfalls der Vertragsschluss, also kongruente Willenserklärungen. Hierbei handelt es sich um ein positives Tatbestandsmerkmal. Es gehört zum Anspruchsgrund. Anders verhält es sich z.B. mit der Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB). Aus Sicht des Anspruchstellers darf zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Geschäftsunfähigkeit vorgelegen haben. Dieses negative Kriterium ist eine rechtshindernde Einwendung.

⁹ Wellenhofer, Sachenrecht, 36. Aufl. 2021, § 24 Rn. 35.

¹⁰ Siehe etwa Schlingloff, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. 2014, UWG § 12 Rn. 583.

¹¹ BGH NJW-RR 2001, 957.

¹² Siehe etwa Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, Vorb. §§ 116 ff. Rn. 13, Vorb. §§ 104 ff. Rn. 3.

¹³ Mansel (Fn. 12), Vorb. §§ 104 ff. Rn. 16.

¹⁴ Siehe z.B. Scheuch, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 568 Rn. 3; a.A. wohl Einsele, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 125 Rn. 36 m.w.N.: „Teil des rechtsbegründenden Tatbestands“.

¹⁵ W. Lüke, Zivilprozessrecht I, 11. Aufl. 2020, § 20 Rn. 3.

¹⁶ Angelehnt an Zimmermann, Klage, Gutachten und Urteil, 19. Aufl. 2007, Rn. 210.

Nur ausnahmsweise enthält der Tatbestand negative Kriterien. So verhält es sich etwa bei § 812 BGB: Das Fehlen des Rechtsgrunds für die Bereicherung gehört zum Tatbestand.¹⁷ Dagegen ist das Fehlen eines Besitzrechts i.S.d. § 986 BGB nach herrschender Auffassung eine Einwendung.¹⁸

Oftmals endet die Prüfung nicht mit dem Entstehen des Anspruchs. Es gibt noch rechtsvernichtende Einwendungen, die den zunächst entstandenen Anspruch untergehen lassen. Auch sie gehören in gewisser Weise zu den Anspruchsvoraussetzungen,¹⁹ weil ein Anspruch natürlich nicht nur erst entstanden, sondern auch weiterhin bestehen muss. Dagegen betreffen rechtshemmende Einreden bloß die Durchsetzbarkeit des Anspruchs. Das prototypische Beispiel hierfür ist die Verjährung: Ein verjährter Anspruch existiert, er ist aber nicht durchsetzbar.

Für die Prüfung hat all dies letztlich folgenden Aufbau zur Folge: Zuerst ist der Tatbestand (Anspruchsgrund) zu prüfen, dann etwaige Wirksamkeitsvoraussetzungen. Es folgt die Anspruchsleugnung, anschließend ist auf rechtshindernde Einwendungen (Wirksamkeitshindernisse), dann auf rechtsvernichtende Einwendungen und schließlich auf rechtshemmende Einreden einzugehen. Insgesamt enthält die Anspruchsprüfung nach diesem Modell daher maximal sechs Kategorien.

Diese Einteilung insbesondere in Anspruchsgrund, rechtshindernde Einwendung, rechtsvernichtende Einwendung und rechtshemmende Einrede ist überwiegend für das Prozessrecht von Bedeutung, denn sie regelt die Darlegungs- und Beweislast, die natürlich Bestandteil des formalisierten Gerichtsverfahrens ist. Vereinfacht gesagt geht es bei der Darlegungslast um die Frage, welche Partei das Vorliegen bestimmter Tatsachen behaupten muss. Die Beweislast fragt zum einen danach, welche Partei das Vorliegen einer Tatsache zu beweisen hat (subjektive Beweislast) und zum anderen, wen die negativen Folgen der Beweislosigkeit (non liquet) treffen (objektive Beweislast). Grundsätzlich fallen die Darlegungs- und die Beweislast zusammen. Bei der Verteilung auf die Parteien kann man sich hier in aller Regel mit der Frage: cui bono? – wem nützt es? – behilflich sein. So hat etwa den Anspruchs- oder Klagegrund²⁰, d.h. den rechtserzeugenden Tatbestand, die anspruchstellende Partei zu behaupten und zu beweisen. Einwendungen und Einreden sind typischerweise im Sinne des Gegenübers. Dementsprechend obliegt es ihm, sie zu behaupten und zu beweisen. Bei Gegenwendungen ist hingegen wieder der Anspruchsteller am Zug usw.

Beachte: Teilweise enthält das Zivilrecht spezielle Beweislastregeln, etwa die Beweislastumkehr nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB in Hinblick auf das Vertretenmüssen. Es ist zwar Tatbestandsmerkmal, die Darlegungs- und Beweislast trifft hier aber den Anspruchsgegner. Der Anspruchsteller

hat folglich im Prozess das Vorliegen eines Schuldverhältnisses, die Kausalität sowie die Pflichtwidrigkeit zu behaupten und zu beweisen. Den Anspruchsgegner trifft hingegen die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass seinerseits das Vertretenmüssen *nicht* gegeben ist.²¹

Dass die Darlegungs- und Beweislast entsprechend verteilt ist, hat natürlich einen tieferen Sinn. Im Ausgangspunkt gilt, dass Veränderungen mit rechtlichen Konsequenzen nicht einfach so anzunehmen sind. Man könnte auch sagen, die Rechtsordnung ist Veränderungen gegenüber eher skeptisch. Der Status quo wird insoweit geschützt. Deswegen liegt es am Anspruchsteller, die Erfüllung des Tatbestands, die Voraussetzung für den Eintritt der Rechtsfolge (Veränderung) ist, zu behaupten und zu beweisen. Streng genommen würden auch rechtshindernde Einwendungen den Status quo bewahren, denn sie verhindern ja den Eintritt der Rechtsfolge; „im Zweifel“ müsste dann im Sinne des Anspruchsgegners entschieden werden. Hier kommt aber ein zweites Prinzip ins Spiel: das Ausnahme-Regel-Prinzip. Den Ausgangspunkt (Regel) stellt ein typischerweise reibungsloses Rechtsgeschäft dar. Geschäftsunfähigkeit, Irrtum etc. sind Ausnahmen. Deswegen verlagert sich die diesbezügliche Darlegungs- und Beweislast bei rechtshindernden Einwendungen auf die Seite des Anspruchsgegners.²² Dieses zweite Prinzip gilt auch für rechtsvernichtende Einwendungen und rechtshemmende Einreden. Bei Einreden ist noch etwas zu beachten: Während Einwendungen auch von Amts wegen aufzugreifen sind, müssen Einreden durch die Parteien erhoben werden.²³ Der Anspruchsgegner kann insofern frei darüber disponieren, ob er – aus welchen Gründen auch immer – die Geltendmachung des Anspruchs verhindert oder nicht. Einreden sind insofern letztlich den Gestaltungsrechten angenähert.²⁴

Die Beweislastregeln und damit auch dieses Schema der Anspruchsprüfung sind – wie bereits erwähnt – eigentlich für den Prozess relevant. Es wäre daher einerseits dem Grunde nach nicht falsch, im Rahmen einer materiellen Zivilrechtsklausur auf das Schema bestehend aus den vorstehenden Schritten zu verzichten. Andererseits sind die Beweislastregeln materieller Tatbestände dem materiellen Recht zugehörig.²⁵ Zudem ist dieses Schema a priori logisch: Denn erst wenn ein Tatbestand überhaupt erfüllt ist, stellt sich die Frage, ob der Anspruch existiert und allenfalls ob er durchsetzbar ist. Das Schema sorgt sohin dafür, dass kein Prüfungspunkt übersehen wird, sodass auch bei rein materiell-rechtlichen Klausuren der vorstehende Aufbau verwendet werden kann.²⁶

Dieses Schema gilt im Übrigen für alle Ansprüche, nicht

¹⁷ Siehe zur Leistungskondition: Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 812 Rn. 457 m.w.N.

¹⁸ Berger (Fn. 7), § 986 Rn. 2.

¹⁹ Siehe etwa Berger (Fn. 7), § 986 Rn. 2.

²⁰ Siehe dazu Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 8), § 103 Rn. 2.

²¹ Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 280 Rn. 25.

²² Klicka, Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht, S. 63.

²³ W. Lüke (Fn. 15), § 20 Rn. 4.

²⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 8), § 103 Rn. 13.

²⁵ W. Lüke (Fn. 15), § 23 Rn. 5.

²⁶ Klunzinger, Einführung in das Bürgerliche Recht, 17. Aufl. 2019, S. 30: „Klassischer Fallaufbau“; „Grundschema“.

nur für schuldrechtliche. So ist etwa die Verwirkung als rechtsvernichtende Einwendung auch bei einem dinglichen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB denkbar.²⁷ Andererseits kann ein solcher Anspruch nach § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB verjähren (rechtshemmende Einrede).

c) Fälligkeit

Die Fälligkeit ist – was ihre Rechtsnatur anbelangt – in gewisser Weise ein sonderbares Institut. Im Allgemeinen Teil des zweiten Buches des BGB ist sie – gemeinsam mit der Erfüllbarkeit – in § 271 BGB geregelt. Daneben enthält das BGB noch Sondernormen, etwa § 488 Abs. 3 BGB. Die Fälligkeit bezeichnet den Zeitpunkt, ab dem der Gläubiger zur Forderung der Leistung berechtigt ist und ist vor allem in zweierlei Hinsicht von Bedeutung: für den Beginn der Verjährung und den Verzug (§ 286 BGB).

§ 271 Abs. 1 BGB enthält ein abgestuftes System der Fälligkeitsbestimmung. Sie kann sich zunächst aus Rechtsgeschäft oder Gesetz sowie aus anderen Umständen ergeben. Als Beispiel für die zuletzt genannte Kategorie seien genehmigungsbedürftige Leistungen genannt: Ohne Baugenehmigung ist der Anspruch auf Herstellung des Bauwerks nicht fällig.²⁸ Evident stellt diese Kategorie vor allem auf die Natur des Schuldverhältnisses ab.²⁹ Im Regelfall tritt die Fälligkeit jedenfalls sofort ein. Es bedarf keiner Fälligestellung durch Mahnung. Diese ist stattdessen eine Voraussetzung für den Verzugserschadensersatz.

Umstritten ist die Rechtsnatur der (fehlenden) Fälligkeit. Die Einordnung wirkt sich letztlich auch auf den Prüfungsaufbau aus. Nach der wohl überwiegenden Meinung stellt die mangelnde Fälligkeit eine rechtshindernde Einwendung (Einwandstheorie) dar. Die Darlegungs- und Beweislast trifft daher den Anspruchsgegner.³⁰ Die Fälligkeit gehört hier zur Anspruchsentstehung und wird technisch so behandelt wie etwa die fehlende Geschäftsfähigkeit. Für diese Ansicht spricht jedenfalls, dass die Fälligkeit nach dem gesetzlichen Standardfall sofort eintritt. Der Regelfall ist daher die Fälligkeit. Dem Grundsatz folgend ist die Ausnahme – die mangelnde Fälligkeit – durch den Anspruchsgegner im Zuge einer Einwendung geltend zu machen.³¹

Nach einer anderen Ansicht sei die Fälligkeit unmittelbarer Bestandteil des Anspruchsgrunds (Leugnungstheorie), d.h. letztlich Teil des Tatbestands.³² Die Fälligkeit wird nach dieser Meinung so behandelt wie etwa der Vertragsschluss. Darlegungs- und beweisbelastet wäre der Anspruchsteller.³³ Für diese Ansicht könnte § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB sprechen,

wonach für den Beginn der Verjährungsfrist „der Anspruch entstanden“ sein muss. Da die Verjährung nach h.M. erst ab Fälligkeit läuft, könnte man sie wegen dieser Formulierung dem Tatbestand zurechnen. Nach der überwiegenden Meinung ist der Anspruchsgrund aber von der Fälligkeit zu trennen:³⁴ Die Verjährung beginnt also, wenn der Anspruch entstanden und fällig ist.³⁵ Ein Anspruch kann daher auch – und das ist nicht ganz stringent – existieren, obwohl die Fälligkeit noch nicht eingetreten ist.³⁶ Dies spricht freilich dagegen, die Fälligkeit der *Anspruchsentstehung* zuzuordnen.

Man könnte auch für eine dritte Ansicht plädieren und die Fälligkeit der Durchsetzbarkeit des Anspruchs zuordnen. Die mangelnde Fälligkeit würde dann mittels rechtshemmender Einrede geltend gemacht. Darlegungs- und behauptungsbelastet wäre abermals der Anspruchsgegner.³⁷ Man könnte deswegen diesen Schluss ziehen, weil die Rechtsprechung die (vertragliche) Stundung, die die *Fälligkeit* hinauschiebt,³⁸ als eine solche Einrede ansieht.³⁹ Von dieser Stundung ist das *pactum de non petendo* zu unterscheiden. Der Gläubiger verspricht hier, die fällige Forderung (zeitweise) nicht geltend zu machen.⁴⁰ Es betrifft nicht zwingend die Fälligkeit als solche. Deswegen schließt das *pactum* nicht notwendigerweise – anders als die Stundung – den Verzug aus. Bei dieser Ausgestaltung steht es der prozessualen Geltendmachung, d.h. der Klagbarkeit (Prozessvoraussetzung),⁴¹ entgegen. Die h.M. gewährt für den Fall, dass das *pactum* auch die Fälligkeit des Anspruchs betrifft, also auch eine Stundung enthält, eine rechtshemmende Einrede.⁴² Seine Wirkung wird daher erst entfaltet, wenn sich der Schuldner darauf beruft.⁴³

Die unterschiedliche Behandlung der mangelnden Fälligkeit als Einwendung einerseits und der durch Stundung hinausgeschobenen Fälligkeit als Einrede andererseits scheint auf den ersten Blick wenig stringent. Letztlich ist aber wegen der Dispositionsfreiheit des Schuldners die Stundung abweichend als Einrede zu behandeln: Der Anspruchsgegner kann frei wählen, ob er sich auf die Stundung berufen möchte. Außerhalb der Stundung sprechen insgesamt die besseren Gründe für die h.M. und damit für die Einwandstheorie. Die Fälligkeit ist kein „echtes“ Tatbestandsmerkmal. Der Gläubiger muss in einem etwaigen Prozess daher nicht besonders zur Fälligkeit vortragen; es ist vielmehr Sache des Anspruchsgegners, mangelnde Fälligkeit zu behaupten und zu beweisen.

²⁷ BGH NJW 2007, 2183.

²⁸ BGH NJW 1974, 1080.

²⁹ Stadler (Fn. 21), § 271 Rn. 13.

³⁰ Bittner/Kolbe, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 271 Rn. 39 f.

³¹ Siehe auch Artz, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 271 Rn. 18; im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit: BGH NJW 2014, 1095 (1097 Rn. 24).

³² Schwab, in: Dauner-Lieb/Langen, Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2021, § 271 Rn. 39.

³³ Siehe LG Tübingen, Urt. v. 29.1.1990 – 1 S 352/89.

³⁴ Dörner, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 199 Rn. 3.

³⁵ Mansel (Fn. 12), § 199 Rn. 2.

³⁶ Brox/Walker (Fn. 5), § 30 Rn. 3.

³⁷ Zur Stundung: Schulze, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 271 Rn. 11; Krüger, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 271 Rn. 38.

³⁸ Bittner/Kolbe (Fn. 30), § 271 Rn. 16.

³⁹ Siehe dazu Bittner/Kolbe (Fn. 30), § 271 Rn. 17; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 8), § 103 Rn. 13.

⁴⁰ Stadler (Fn. 21), § 271 Rn. 12.

⁴¹ Krüger (Fn. 37), § 271 Rn. 18.

⁴² Bittner/Kolbe (Fn. 30), § 271 Rn. 18.

⁴³ Schulze (Fn. 37), § 271 Rn. 5.

sen.⁴⁴ Im Gutachten ist die (mangelnde) Fälligkeit als rechts-hindernde Einwendung, wegen ihrer Eigenheiten ansonsten allenfalls separat, zu behandeln.

4. Prüfung eines Gestaltungsrechts

Typischerweise wird bei Fällen die Prüfung eines Anspruchs verlangt. Ausnahmsweise kann aber sogleich nach einem Gestaltungsrecht gefragt werden. Die Prüfung beginnt dann selbstredend nicht mit der Anspruchs-, sondern der Gestaltungsgrundlage.

Beispiel: Laut Sachverhalt soll ergründet werden, ob der Mieter M wirksam gekündigt hat. Die Kündigung ist kein Anspruch, sondern ein Gestaltungsrecht. Die Prüfung beginnt mit der Gestaltungsgrundlage. Wie bei Ansprüchen ist auch hier die Rechtsfolge (Gestaltungswirkung) der Ausgangspunkt. Die Hypothese könnte lauten: M könnte den Mietvertrag wirksam gem. §§ 568 ff. BGB gekündigt haben.

Auch Gestaltungsgrundlagen setzen sich aus einem Tatbestand und einer Rechtsfolge zusammen. Die Rechtsfolge ist die Gestaltungswirkung. Den Tatbestand bildet der Gestaltungsgrund. Manche Gestaltungsrechte kennen Ausschlussgründe. Da das Gestaltungsrecht dazu berechtigt, die Rechtslage einseitig zu ändern, muss es ausgeübt werden. Dies erfolgt in aller Regel mittels (rechtzeitiger) Willenserklärung.

Gängige Beispiele für Gestaltungsrechte sind die Anfechtung (§§ 119 ff. BGB i.V.m. § 142 f. BGB), der Rücktritt (§ 323 BGB i.V.m. § 346 BGB) oder der Widerruf (z.B. § 312g BGB i.V.m. § 355 BGB). Ein Beispiel für einen Ausschlussgrund stellt § 144 BGB dar.

Gestaltungsrechte kommen ansonsten bei der Anspruchsprüfung derart ins Spiel, dass sie im Rahmen dieser inzident zu erörtern sind. So verhält es sich etwa, wenn – nachdem festgestellt wurde, dass zwei übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen – die Anfechtung geprüft wird. Andererseits kann ein ausgeübtes Gestaltungsrecht auch zu einem Anspruch führen. Die Anfechtung wegen Irrtums kann beispielsweise einen bereicherungsrechtlichen Anspruch zur Folge haben. Kurzum: Ansprüche und Gestaltungsrechte können wechselwirken.

III. Schluss

Die gelungene Klausurbearbeitung setzt Selbstreflexion voraus. Das Bewusstsein über das eigene Vorgehen ist notwendig, um eine Materie zu durchdringen. In jeder zivilrechtlichen Falllösung haben wir es mit subjektiven Rechten zu tun, die zu prüfen sind. Es lohnt sich daher, sich vertieft darüber Gedanken zu machen. Denn dieses Wissen bedingt nicht nur ein besseres Verständnis, sondern beugt auch konkreten Fehlern vor.

⁴⁴ BGH NJW-RR 2004, 209 (210).