

## Das zivilrechtliche Hilfgutachten in der juristischen Ausbildung\*

Prof. Dr. Carsten Fischer, Trier\*\*

*Wann ist in einem zivilrechtlichen Gutachten ein Hilfgutachten statthaft und sinnvoll? Welche Form soll es haben, wie ausführlich soll es sein? Trotz der Ubiquität entsprechender Aufgabenstellungen sind in der Literatur zu diesen Fragen kaum belastbare Regeln ersichtlich. Unter Rückbindung an den Zweck des Gutachtens geht der Beitrag zunächst auf die Funktion eines Hilfgutachtens ein, arbeitet Fallgruppen heraus, in denen von einem Hilfgutachten abzuraten ist, und schließt mit einigen Vorschlägen zur Ausführung von Hilfgutachten in der zivilrechtlichen Klausur- und Hausarbeitspraxis an der Universität und in der Ersten Juristischen Prüfung.*

I. Der Gutachtenstil und juristische Prüfungsaufgaben .....	701
II. Die falsche Abbiegung und eine goldene Brücke .....	703
III. Kein Hilfgutachten.....	703
1. Konkurrierende Anspruchsgrundlagen .....	704
2. Alternative Sachverhaltsauslegungen .....	704
3. Hilferwägungen.....	704
4. Beifang und Zufallstreffer .....	705
IV. Darf man ein Hilfgutachten ausschließlich in prozessrechtlich geprägten Prüfungen verfassen?.....	706
V. Ist ein Hilfgutachten immer statthaft? .....	707
VI. Ein Ende und ein Anfang.....	708
VII. Stoffauswahl und Ausführlichkeit .....	708
VIII. Schluss .....	708

„Wie ist die Rechtslage?

Bearbeitungsvermerk: Es sind alle in Betracht kommenden Ansprüche zu prüfen, ggf. auch hilfgutachtlich.“

Unter wohl den meisten zivilrechtlichen Klausuren<sup>1</sup> in der deutschen juristischen Ausbildung findet sich der Hinweis auf die Möglichkeit zur Erstellung eines Hilfgutachtens.<sup>2</sup> Dabei handelt es sich um

\* Für Gespräche über Hilfgutachten und für die kritische Lektüre eines Entwurfs dieses Beitrags danke ich herzlich meinen Trierer Kollegen *Mohamad El-Ghazi, Lea Katharina Kumkar, Hans-Friedrich Müller und Henning Tappe*.

\*\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte an der Universität Trier.

<sup>1</sup> Das Folgende gilt *cum grano salis* auch für Hausarbeiten.

<sup>2</sup> Beispielsweise enthielten in Rheinland-Pfalz alle zwölf zivilrechtlichen Klausuren der Examenskampagnen der

eine salvatorische Klausel; in aller Regel legen Prüfer<sup>3</sup> es nicht darauf an, dass eine Klausur primär im Wege des Hilfsgutachtens gelöst wird.<sup>4</sup> Die Bezeichnung als Hilfsgutachten kommt also nicht von ungefähr. An dieser Stelle endet im zivilrechtlichen Bereich die *communis opinio*. Was genau ein Hilfsgutachten ist, wann man es verfassen darf und in welcher Ausführlichkeit, darüber gehen die Meinungen auseinander.<sup>5</sup>

## I. Der Gutachtenstil und juristische Prüfungsaufgaben

Die juristische Ausbildung in Deutschland<sup>6</sup> ist vom *Gutachtenstil* geprägt. Das ist banal, dennoch wert, festgehalten zu werden. Denn zum einen sind Studierende damit in ihrer Darstellungsweise auf eine Kette von Syllogismen festgelegt. Andere mögliche Bearbeitungsformen, etwa eine eher assoziative oder ausschließlich essayistisch-problemorientierte, kommen nicht in Betracht.<sup>7</sup> Juristische Aufgabenstellungen sind also, jedenfalls während des Studiums, mit der Gutachtentechnik oder -methode zu bearbeiten. Dass hierbei der wohlüberlegte Einsatz des Urteilsstils und andere Möglichkeiten der Verdichtung unproblematischer Aspekte gestattet sind,<sup>8</sup> ändert daran nichts.

Zum anderen soll in dieser Form und mit dieser Technik ein *Gutachten* erarbeitet werden. Dahinter steht die Aufgabe, Sachverhalte umfassend rechtlich zu würdigen und diese Würdigung überzeugend erklären zu können. Das Gutachten nimmt demnach für sich in Anspruch, sämtliche erörterungswürdigen Rechtsfragen anzusprechen und einer dogmatisch vertretbaren, interessengerechten Lösung zuzuführen. Das entspricht den späteren beruflichen Anforderungen: Anwälte sind dazu angehalten, nicht nur den ihnen überzeugend erscheinenden juristischen Pfad zu erläutern, sondern auch abweichende Lösungsmöglichkeiten und die mit ihnen einhergehenden (Prozess-)Risiken darzulegen. Und Richter müssen als Berichterstatter den anderen Mitgliedern eines Richterkollegiums

---

Jahre 2020 und 2021 einen solchen Hinweis („Die Aufgaben 1, 2 und 3 sind in einem Gutachten zu bearbeiten. Dabei ist auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsgutachterlich [oder: in einem Hilfsgutachten] – einzugehen.“).

<sup>3</sup> Mit dem hier und im Folgenden benutzten generischen Maskulinum sind alle Geschlechter gemeint.

<sup>4</sup> In diesem Sinne auch *Schimmel*, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 14. Aufl. 2020, Rn. 418.

<sup>5</sup> Die didaktische Literatur zum Hilfsgutachten, zumal zum zivilrechtlichen, in universitärem Studium und Erster Juristischer Prüfung ist überschaubar. Dazu zählen *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 224 f.; *Theuersbacher*, JuS 1989, 768 (771); *Schwerdtfeger/Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 15. Aufl. 2018, Rn. 832 f.; *Butzer/Epping*, Arbeitstechnik im Öffentlichen Recht, 3. Aufl. 2006, S. 65–68; *Schwabe*, Jura 1996, 533 (vor allem, aber nicht nur, für das öffentliche Recht). Für das Referendariat und Assessorexamen *Mühl*, Die Lehre von Gutachten und Urteil – Unter besonderer Berücksichtigung der Verknüpfung von materiellem Recht und Prozeßrecht, 1970, S. 84; *Schneider*, Der Zivilrechtsfall in Prüfung und Praxis, 7. Aufl. 1988, Rn. 133–135; aus der neueren Literatur *Knöringer/Kunnes*, Die Assessor Klausur im Zivilprozess, 19. Aufl. 2022, S. 74 Rn. 6.12; *Anders/Gehle*, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 15. Aufl. 2022, S. 86 A 137, S. 150 B 51; *Kaiser/Kaiser/Kaiser*, Die Anwaltsklausur Zivilrecht, 9. Aufl. 2021, Rn. 2, 49. Viele Anleitungen thematisieren das Hilfsgutachten gar nicht, z.B. *Putzke*, Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben – Klausuren, Hausarbeiten, Seminare, Bachelor- und Masterarbeiten, 7. Aufl. 2021. Am klarsten zur Frage des Hilfsgutachtens *Beyerbach*, JA 2014, 813 (818 f., allgemein); *Schimmel*, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 14. Aufl. 2020, Rn. 418–419 (allgemein). Ebenfalls klar *Schnapp*, JuS 1998, 420 (für Aufgabenstellungen des öffentlichen Rechts) und *Schmalz*, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl. 1998, Rn. 500–505, nach hier vertretener Ansicht aber nicht für zivilrechtliche Prüfungsarbeiten einschlägig, siehe Ausführungen unter A.IV.

<sup>6</sup> In der Schweiz etwa wird der Gutachtenstil in der juristischen Ausbildung gelehrt, ist als obligatorische Falllösungs- und Darstellungsmethode aber unüblich.

<sup>7</sup> Eine erwähnenswerte Ausnahme bilden rechtshistorische Exegesen, vgl. *Keiser/Oestmann/Pierson*, Wege zur Rechtsgeschichte: Die rechtshistorische Exegese, 2022.

<sup>8</sup> Ein beherrschtes Plädoyer für den sparsameren Einsatz des ungleich aufwändigeren Gutachtenstils (dort: „Begründungsstil“) bei *Lagodny/Mansdörfer/Putzke*, ZJS 2014, 157.

einen Vorschlag zur rechtlichen Bewältigung eines Falles darlegen. Dabei haben sie mit zu berücksichtigen, dass Ihre Kollegen manches anders beurteilen mögen als sie.<sup>9</sup> Sie sollten folglich auf alternative Lösungswege vorbereitet sein, um unmittelbar zu einer gemeinschaftlichen Entscheidung kommen zu können und die Fallbesprechung nicht auf einen Folgetermin vertagen zu müssen.<sup>10</sup>

An dieser Stelle beginnt das Problem. Wo der Gutachtenstil Genauigkeit, Klarheit und Nachvollziehbarkeit für sich in Anspruch nimmt, bleibt der Begriff des „Gutachtens“ ein wenig wolkig. Was genau in ein Gutachten gehört, „erörterungswürdig“ oder „zu bedenken“ ist, ergibt sich mit Blick auf Prüfungsarbeiten zwar weit überwiegend aus dem Sachverhalt und aus der Aufgabenstellung selbst, letztlich aber nicht nur aus ihnen. Hinzu tritt die Entscheidung für eine bestimmte Darstellungstiefe. Die Rahmenbedingungen für diese Darstellungstiefe wiederum sind zum einen die für die Bearbeitung zur Verfügung stehende Zeit und bei Hausarbeiten auch Zeichenzahl, zum anderen eine stillschweigende Übereinkunft, wonach der Umfang gängiger Lehr- und Lernmaterialien der Prüfung zu Grunde gelegt wird. Schließlich ließen sich für die meisten Sachverhalte mal mehr, mal weniger mühelos weitere Probleme und Aspekte finden, die durchaus zum Gutachten gehören könnten, die es aber nicht in den Kanon<sup>11</sup> der üblichen Lehrbücher oder in die Vorlesungsinhalte geschafft haben<sup>12</sup>. Hausarbeiten zehren davon und sind häufig darauf ausgelegt, die Studierenden auf der Grundlage kanonisierter Lehrinhalte mit einem oder mehreren spezielleren, in der Lehre – didaktisch vollkommen nachvollziehbar und zulässig verkürzend – häufig nicht erwähnten und in Lehrbüchern vielleicht lediglich angerissenen Problemen zu konfrontieren, für deren Aufarbeitung Kommentare, Aufsätze und Monographien herangezogen werden müssen. Die Frage, was alles in ein Gutachten gehört, lässt sich nicht mit wissenschaftlicher Exaktheit beantworten. Schon am Ausgangspunkt des zivilrechtlichen Gutachtens ist damit festzustellen: *Auf welche Art* juristische Fälle intellektuell zu zergliedern und darzustellen sind, ist klar (Gutachtenstil); *was* genau so darzustellen ist hingegen nicht bis in die letzte Verästelung.

Dennoch führt diese Feststellung nicht zu größeren Verwerfungen oder unbilliger Unsicherheit in der Prüfungspraxis. Die Sachverhalte juristischer Abschlussarbeiten sind mit Blick auf eine bestimmte Lösung entwickelt, gleichsam „vom Ende her gedacht“, und die Lösung sollte von Breite und Schwierigkeitsgrad her dem der Lehrveranstaltung zu Grunde liegenden Stoff entsprechen. Klausuren reihen Prüfungsprobleme auf eine Perlenschnur und sind letztlich ein Stück weit artifiziell. Auch das ist nicht weiter zu beanstanden. Auf diesem Wege kann ein fairer Streifzug durch das behandelte

---

<sup>9</sup> Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund ist es bedauerlich, dass das juristische Studium in Deutschland keine verpflichtenden Gruppenarbeiten vorsieht und auch sonst kaum ernsthaft auf die Mitwirkung in Kollegien vorbereitet.

<sup>10</sup> Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 225; Braun, JuS 2023, 97 (101); Butzer/Epping, Arbeitstechnik im Öffentlichen Recht, 3. Aufl. 2006, S. 65 f. Die vielfältigen Probleme, die in europäischen Rechtsordnungen der Gegenwart und Vergangenheit mit der Entscheidungsfindung in einem Kollegialgericht einhergehen, analysiert Ernst, Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten, 2016.

<sup>11</sup> Die Geschichte der juristischen Ausbildung in Deutschland ist zwar mit Blick auf Ausbildungsverläufe, Institutionen und Reformen bekannt. Die konkret gelehrteten Inhalte und deren Entwicklung wurden bislang aber viel zu wenig untersucht. Hier besteht Nachholbedarf.

<sup>12</sup> Ein Beispiel ist die Erörterung eines Anspruchs aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB im Falle des Fremdbesitzerexzesses des redlichen Besitzers. In der Sache spricht einiges dafür, diesen Anspruch in einer Prüfung zumindest anzusprechen, nicht zuletzt mit Blick auf die bei einer analogen Anwendung des § 991 Abs. 2 BGB zu erörternde Regelungslücke. In der Lehrbuchliteratur ist dieser Ansatz bislang kaum angekommen (Neuner, Examinatorium Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, Rn. 118; Vieweg/Lorz, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 8 Rn. 17; zudem Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, Vorbemerkung zu §§ 987 ff. Rn. 93. Die Dissertation von Arndt, Die Schadensersatzpflicht des Fremdbesitzers im Exzess, zugleich ein Beitrag zur Schadensersatzhaftung kraft Sonderverbindung, 2015, macht sich für eine Haftung auf Grundlage der §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB stark).

Rechtsgebiet vorgenommen werden, der – anders als in der Regel praktische Fälle – keine oder nur wenige Rücksichten auf andere Rechtsgebiete zu nehmen braucht. Konstruierte Klausuren entsprechen also dem Bedürfnis, den zu lehrenden und zu lernenden Stoff zu begrenzen und so vernünftiges Lernen überhaupt erst zu ermöglichen. Für die Klausurpraxis bedeutet das: Der Klausurersteller wird in aller Regel davon ausgehen, dass sämtliche im Sachverhalt angelegten Probleme ohne ein Hilfgutachten angesprochen werden können.<sup>13</sup>

## II. Die falsche Abbiegung und eine goldene Brücke

Gibt es eine vom Klausurersteller am Reißbrett entworfene Lösung, dann könnten Studierende annehmen, dass Lösungsteile, die nicht diesem Weg folgen, in der Korrektur als nicht mehr vertretbar angesehen werden. Aber vom Lösungsvorschlag abweichende, jedoch noch vertretbare Lösungen sind eben dies – vertretbar, und damit auch als zulässige Klausurleistung zu bewerten. Entsprechende studentische Sorgen sollten folglich unbegründet sein.

Neben vertretbaren gibt es allerdings selbstverständlich auch unvertretbare Lösungen. Auch dieses Dilemma ist den Kandidaten bewusst. Einige wichtige Indizien dafür, dass die eigene Lösung sich wohl in eine andere als die vom Klausurersteller beabsichtigte Richtung bewegt, sind:<sup>14</sup>

1. Erkennbar im Sachverhalt angelegte Probleme oder substantielle Teile der Sachverhaltsschilderung können mit dem selbst erarbeiteten Lösungsweg nicht gestreift werden. Die Spiegelung der eigenen Lösung am Sachverhalt ist hier Gold wert: Unterstreicht man im Sachverhalt die verwendeten Angaben, dann sollte am Ende wenig Text nicht unterstrichen sein, und dieser Rest sollte als Geschichtserzählung oder Ausschmückung erkennbar sein.<sup>15</sup> Hier tut man allerdings auch gut daran, sich noch einmal zu fragen, ob der Sachverhalt wirklich auf das u.U. nur vermeintlich erkannte Problem zusteuert.
2. Die Prüfung scheitert an einer relativen Nebensächlichkeit. Dadurch wird die Erörterung eines großen Problems verbaut.
3. Das Gutachten ist nach unverhältnismäßig kurzer Zeit beendet oder das Hilfgutachten fällt länger aus als das Gutachten.

In solchen Fällen, in denen man die Unvollständigkeit der eigenen Lösung bemerkt, soll das Hilfgutachten nun eine goldene Brücke bauen. Es bietet die Möglichkeit, diese Lösung wie geplant zu Ende zu bringen und weitere, auf diesem Weg nicht denknotwendig zu erörternde Probleme alsdann in einem als Hilfgutachten bezeichneten Anhang zu platzieren.

## III. Kein Hilfgutachten

Auf dieser Erkenntnis lässt sich aufbauen und festhalten, was in einer zivilrechtlichen Arbeit *gerade kein* Hilfgutachten sein kann.

---

<sup>13</sup> So z.B. auch Butzer/Epping, Arbeitstechnik im Öffentlichen Recht, 3. Aufl. 2006, S. 67.

<sup>14</sup> Zum Folgenden Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 14. Aufl. 2020, Rn. 419.

<sup>15</sup> Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 10. Aufl. 2021, S. 32 f. Rn. 4, 7.

### 1. Konkurrierende Anspruchsgrundlagen

In der Regel sind „sämtliche in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen“ zu prüfen. Das wird wegen des Gebots der Prozessökonomie und der damit einhergehenden Beschränkung auf das Notwendige zwar nicht in gerichtlichen Entscheidungen getan, sehr wohl hingegen – siehe oben – in juristischen Prüfungsarbeiten im Zivilrecht gefordert. Das macht auch Sinn, da jeder Anspruch ein eigenes Schicksal hat, unter anderem unterschiedlichen Verjährungsfristen unterliegt oder unterschiedliche Rechtsfolgen haben kann<sup>16</sup>. Wenn man nach der Bejahung einer Anspruchsgrundlage, z.B. des Anspruchs eines Geschäftsführers auf Ersatz risikotypischer Begleitschäden aus §§ 683 S. 1, 677, 670 BGB, weitere, daneben anwendbare Anspruchsgrundlagen aus dem Bereich der gesetzlichen Schuldverhältnisse prüft, etwa § 823 Abs. 1 BGB, dann ist das keine hilfsweise angestellte nicht mehr erforderliche Erwägung, sondern gerade für die Erstattung eines umfassenden Gutachtens wesentlich.

Das bedeutet nicht im Umkehrschluss, dass verdrängte konkurrierende Anspruchsgrundlagen immer in einem Hilfgutachten geprüft werden müssten. Im Falle des EBV etwa würde das dazu führen, dass gerade noch wegen § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB ausgeschlossene deliktische Ansprüche doch noch erörtert würden. Hier ist das oben Gesagte entscheidend: Wenn die Lösung angesichts des Sachverhaltes unvollständig erscheint, ist daran zu denken, sie mit einem Hilfgutachten zu vervollständigen. Ein Hilfgutachten dient aber nicht dazu, wirklich jede nicht gewählte gutachtliche Abzweigung noch zu erörtern.

### 2. Alternative Sachverhaltsauslegungen

Kommen Bearbeiter zu dem Schluss, der Sachverhalt sei nicht eindeutig, dann kann das grundsätzlich eine zweite, alternative Begutachtung nahelegen. Darin läge tatsächlich ein Hilfgutachten, insofern gehört diese Fallgruppe eigentlich nicht hierher. Dennoch ist sie der Klarheit halber hier aufgenommen. Bearbeiter von Prüfungsarbeiten im Studium und in der Ersten Juristischen Prüfung können davon ausgehen, dass der Sachverhalt vollständig, eindeutig und unstrittig ist. Das schließt non-liquet-Situationen nicht aus, die für eine Subsumtion weder ein positives noch ein negatives Ergebnis erlauben. In der Regel sind aber auch diese geplant angelegt und zumeist über eine gesetzliche Vermutung, beispielsweise § 280 Abs. 1 S. 2 BGB, zu lösen. Schwierigkeiten beim Verständnis des Sachverhalts sollten also nicht Anlass für ein Hilfgutachten sein.<sup>17</sup> In der Regel werden sie vom Klausurersteller bewusst aufgenommen worden sein. Aber auch Klausurersteller sind nur Menschen und vor Fehlern nicht gefeit. Lässt sich der Eindruck eines solchen Fehlers nicht ausräumen, dann kann, insbesondere bei Hausarbeiten, ein Nachfragen beim Lehrstuhl angezeigt sein.

### 3. Hilferwägungen

„Ob das Verhalten des A tatsächlich zur Verletzung des Eigentums des B geführt hat, kann jedoch dahinstehen, da es jedenfalls an der Rechtswidrigkeit fehlt.“ Solche Darstellungen, die ein erstes Problem lediglich anklingen lassen, ohne es jedoch zu lösen, um dann zu einem zweiten überzugehen, sind weit verbreitet. Selten werden sie als Hilfgutachten bezeichnet<sup>18</sup>. Tatsächlich sind sie es in der Sache aber: Scheitert ein Anspruch schon an Merkmal 1, dann bedarf es nicht einer Erörterung

---

<sup>16</sup> Beispiel: Beschränkung der Höhe von Schadensersatzansprüchen nach StVG, §§ 12 ff. StVG; anders nach §§ 823 ff. BGB.

<sup>17</sup> Beyerbach, JA 2014, 813 (819).

<sup>18</sup> So etwa auch nicht von Zuck, JuS 1990, 905 (909).

von Merkmal 2. Eine Hilfserwägung ist bei Licht betrachtet redundant und wäre damit bei einer strengen Lesart des Gutachtenstils sogar falsch<sup>19</sup>. Zudem kann, je nach Darstellungsweise, solch argumentatives „Nachkarten“ wirken, als traue man seinem Ergebnis zu Merkmal 1 selber nicht so recht, und so den Eindruck von Unsicherheit hinterlassen. Nichtsdestotrotz ist dieser Weg akzeptiert und wird, soweit ersichtlich, auch nicht als Verwässerung des Gutachtenstils gerügt.<sup>20</sup> Warum? Tatsächlich scheint hier eine in der Darstellungs- und Prüfungspraxis vollkommen anerkannte Ausnahme zum strengen Gutachtenstil auf. Die ansonsten verteilte Redundanz wird hier zur bloß lässlichen Sünde – denn sie gestattet es, über ein gutachtentechnisches Minimalprogramm hinauszukommen. Nahe liegende verstärkende Argumente für den eigenen Lösungsweg können auf diesem Wege elegant aufgegriffen werden. Die Kumulation von im Ergebnis gleichlautenden Hinderungsgründen für einen Anspruch ist gewissermaßen ein rhetorisches Stilmittel, das die strenge Grammatik des Gutachtenstils ein wenig dehnt. Die besseren Gründe sprechen also dafür, in kumulativen Hilfserwägungen eine elegante Flexibilisierung des Gutachtenstils zu sehen und sie zuzulassen. Für den Preis einer nur kleinen diskursiven Redundanz können Kandidaten an der im Gutachten relevanten Stelle zeigen, dass sie mehr als ein Problem erkannt haben – und ersparen sich den umständlicheren Weg über ein formales Hilfgutachten. Zudem wird möglicherweise ein unerwünschtes Verbiegen vermieden: Ein alternativer Weg wäre es, die Lösung des ersten Problems so zurecht zu schneiden, dass auch formal sich die Möglichkeit zur Erörterung des zweiten Problems bietet, also insbesondere beim ersten Merkmal entgegen der eigenen Überzeugung zu argumentieren. Das erscheint jedoch unnötig kompliziert. Schließlich ist der Gutachtenstil eine Krücke, kein Selbstzweck<sup>21</sup>. Er soll die gedankliche Leistung kanalisieren, in eine allgemein akzeptierte und wiedererkennbare Richtung lenken. Und wer die Form beherrscht, der darf sie auch brechen.

Hilfserwägungen sind, zusammengefasst, technisch gesehen Hilfgutachten. Der besseren Lesbarkeit halber sollten sie aber als zulässige Ausnahme zum strengen Gutachtenstil betrachtet und nicht in ein Hilfgutachten genötigt werden.

#### 4. Beifang und Zufallstreffer

Greifen Bearbeiter in der Musterlösung vorgesehene Prüfungsaspekte auf, auf die allerdings nach dem in der eigenen Bearbeitung eingeschlagenen Weg nicht einzugehen gewesen wäre, dann ist das eine in sich widersprüchliche Lösung. Solche Überlappungen mit der Musterlösung sind mithin zufällig lanciert. Ob dieser juristische Beifang in der Korrektur berücksichtigt werden kann, vielleicht sogar überhaupt nicht berücksichtigt werden darf, ist wohl nur im Einzelfall zu entscheiden. Es dürfte einiges dagegen sprechen, bloße „Zufallstreffer“ stets zu honorieren; im schlimmsten Falle würde so zusammenhanglose Vielschreiberei privilegiert. Liegt der „Beifang“ aber dicht neben der Musterlösung, erscheint die Berücksichtigung durchaus vertretbar.

In jedem Fall handelt es sich dabei *nicht* um ein Hilfgutachten. Denn mit einem Hilfgutachten bekennt sich der Bearbeiter dazu, weitere Aspekte ansprechen zu wollen, auf Grundlage der eigenen

---

<sup>19</sup> Anleitungsliteratur rät einstimmig zur knappen Darstellung des Wesentlichen, etwa *Schimmel*, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 14. Aufl. 2020, Rn. 146–149, 181–184. Solche vollkommen angebrachten Hilfestellungen werden in der Unterrichtspraxis gelegentlich zum markigen, in dieser Pauschalität nichtsdestoweniger unsinnigen Satz verdichtet „Überflüssiges ist falsch; was falsch ist, ist ein Fehler.“ Tatsächlich liegt die Kunst darin, zu erkennen, was überflüssig ist.

<sup>20</sup> So auch *Beyerbach*, JA 2014, 813 (818).

<sup>21</sup> OVG Münster, Urt. v. 27.8.2009 – 14 A 313/09 = BeckRS 2010, 45569 = NWVBl 2010, 238: „Der Gutachtenstil darf nicht zum Selbstzweck werden. Nebensächlichkeiten müssen daher nicht im Gutachtenstil abgehandelt werden.“ Hierzu ausführlich *Lagodny/Mansdörfer/Putzke*, ZJS 2014, 157 (160 f.).

Lösung dafür aber keine Gelegenheit zu erhalten. Dass diese auf eine gutachtliche Bruchstelle folgenden Ausführungen in der Korrektur berücksichtigt werden, dafür sorgt die entsprechend formulierte Aufgabenstellung („[...] ggf. hilfspgutachtlich [...]“).

Damit ist ein wichtiges Charakteristikum des Hilfspgutachtens angesprochen: *Nur wo Hilfspgutachten draufsteht, ist auch Hilfspgutachten drin*. Um als Bearbeiter von der Möglichkeit eines Hilfspgutachtens zu profitieren, muss man sich dazu bekennen, ein Hilfspgutachten zu erstellen.

#### IV. Darf man ein Hilfspgutachten ausschließlich in prozessrechtlich geprägten Prüfungen verfassen?

Wie eingangs geschildert sind Wortmeldungen in der Literatur zu Hilfspgutachten vergleichsweise selten. Viele von ihnen erledigen die Frage von Hilfspgutachten zumindest für das Zivilrecht und das öffentliche Recht in einem Abwasch;<sup>22</sup> das Strafrecht wird in der Regel gar nicht ausdrücklich erwähnt<sup>23</sup>. Einige Autoren raten nun dazu, ein Hilfspgutachten ausschließlich zu erstellen, wenn eine bereits erhobene Klage oder ein anderer Rechtsbehelf sich als unzulässig erweise.<sup>24</sup> Obschon der Ratschlag recht allgemein formuliert sein kann, wird in der Regel eine öffentlich-rechtliche Aufgabenstellung gemeint sein oder als gedankliches Beispiel gedient haben.<sup>25</sup> Maßgeblich dafür ist, dass im öffentlichen Recht auch bereits während des Studiums prozessuale und materiellrechtliche Aspekte gemeinsam in einer Klausur anzusprechen sind und die Erörterung der materiellrechtlichen Aspekte häufig in die Prüfung eines Rechtsbehelfs eingekleidet ist. Das gilt für das Zivilrecht nicht; hier werden in der deutschen juristischen Ausbildung materielles Recht und Prozessrecht in der Regel fein geschieden. Das spiegelt sich auch in der Anlage der Unterrichtsfächer. Das Zivilprozessrecht wird während des Studiums zumeist in ein bis zwei separaten Veranstaltungen unterrichtet. Außerhalb dieser und entsprechender Schwerpunktbereiche begegnet Studierenden das Prozessrecht in einer zivilrechtlichen Klausur während des Studiums so gut wie nie,<sup>26</sup> in den Fortgeschrittenenübungen allenfalls in einer

<sup>22</sup> Schmalz, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl. 1998, Rn. 500–505.

<sup>23</sup> Auch etwa in der folgenden strafrechtlichen Literatur nicht: Kindhäuser/Schumann/Lubig, Klausurtraining Strafrecht, 4. Aufl. 2020; Hilgendorf, Fälle zum Strafrecht I – Klausurenkurs für Anfänger, 4. Aufl. 2020; Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022.

<sup>24</sup> Etwa Zuck, JuS 1990, 905 (907); dezidiert für öffentlich-rechtliche Arbeiten Butzer/Epping, Arbeitstechnik im Öffentlichen Recht, 3. Aufl. 2006, S. 66 f.: „[...] kommt ein Hilfspgutachten also nur in Betracht, wenn die Fallfrage zwar beantwortet worden ist, die Antwort sich aber nur auf prozessuale oder formell-rechtliche Gründe stützt.“ Butzer/Epping gehen noch weiter und raten dazu, auch in den Fällen, in denen Studierende die materielle Rechtmäßigkeit bzw. Verfassungsmäßigkeit in einem frühen Prüfungsstadium verneinen, offensichtlich noch nicht verwertete Sachverhaltsangaben, die die materielle Rechtslage betreffen, in einem Hilfspgutachten zu verwerten. Vor dem Hintergrund des bislang Gesagten sind in der Literatur begegnende Ratschläge etwas verwirrend, bei alternativen Lösungswegen handele es sich nicht um Hilfspgutachten, siehe Schnapp, JuS 1998, 420 (422) für Aufgabenstellungen des öffentlichen Rechts; Schmalz, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl. 1998, Rn. 503. Gemeint ist damit etwa, „daß der Fall, falls er über eine andere Rechtsvorschrift oder eine andere Auffassung gelöst würde, zu demselben oder zu einem anderen Ergebnis führen würde“ (Rn. 503). Gerade das ist aber die oben umrissene Natur zivilrechtlicher Hilfspgutachten. Klarer wird es, wenn man die Perspektive dieser Autoren berücksichtigt. Für sie sind Hilfspgutachten nur solche, bei denen die primäre Lösung die gestellte Aufgabe beantwortet, „diese Antwort sich jedoch lediglich auf formelle Gründe stützt, so daß die materiell-rechtliche Problematik des Sachverhalts nicht ausgeschöpft werden konnte. Hauptfall ist, daß sich eine Klage als unzulässig erweist und daß deshalb die nach dem Sachverhalt offensichtlich erforderliche Sachprüfung nicht möglich ist.“ (Rn. 500). Hilfspgutachten sollen also ausschließlich im Zusammenhang mit einer prozessualen Fragestellung möglich sein (Schnapp, JuS 1998, 420 [423, für Aufgabenstellungen des öffentlichen Rechts]).

<sup>25</sup> Vgl. etwa die Ausführungen bei Schnapp, JuS 1998, 420 (421), und Schmalz, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl. 1998, Rn. 500–504.

<sup>26</sup> Fernwirkungen des Prozessrechts auf das materielle Recht zeigen sich etwa bei der Erörterung von Einreden.

sog. „zivilprozessualen Zusatzfrage“. Für die Erste Juristische Prüfung sollte hingegen die Wahrscheinlichkeit einer Verquickung von materiellem mit Prozessrecht und auch eines dezidiert prozessrechtlichen Schwerpunktes in einer Klausur nicht unterschätzt werden. Die aufgezeigte geeignete Sollbruchstelle, an der ein Hilfsgutachten ansetzen kann, gibt es in den meisten während des Studiums anzufertigenden zivilrechtlichen Prüfungsarbeiten also gar nicht. Der Rat, dass ein Hilfsgutachten ausschließlich im Falle der Unzulässigkeit eines Rechtsbehelfs greifen könne, entspricht daher nur zum Teil der zivilrechtlichen Prüfungsrealität. Gemessen an der Aufgabe, ein umfassendes Gutachten zu erstatten, hat er für das Zivilrecht auch keinen Wert. Schließlich ist die zwischen prozessrechtlicher Zulässigkeit und materiellrechtlicher Begründetheit liegende Hürde nicht die einzige, die der Erörterung von offensichtlich im Sachverhalt angelegten Problemen im Wege stehen kann.<sup>27</sup>

Tatsächlich gibt es jedoch andersherum eine Fallgruppe, bei der auch im Zivilrecht trotz der Unzulässigkeit eines Rechtsbehelfs kein Hilfsgutachten verfasst werden sollte, nämlich wenn lediglich einer von mehreren erhobenen und materiellrechtlich gleichgerichteten Rechtsbehelfen unzulässig ist. Das ist etwa der Fall bei mehreren Klagen mit identischem materiellem Begehren und identischer Argumentation. Scheitert es hier bei einer Klage an Zulässigkeitsvoraussetzungen, dann liegt die Vermutung nahe, dass der Klausurersteller an dieser Stelle Probleme absichten wollte und man zu den im Sachverhalt angelegten materiellrechtlichen Problemen getrost auch über die übrigen Klagen kommen kann.<sup>28</sup> Nicht hierher dürfte der Fall zählen, dass der einzig zu prüfende Rechtsbehelf aus Sicht des Bearbeiters eindeutig unzulässig ist, etwa auf Grund einer Verfristung. Schneidet diese Bewertung die Erörterung offensichtlich im Sachverhalt angelegter materiellrechtlicher Probleme ab, dann steht zu vermuten, dass sie nicht zutrifft. Hier sollte zu einem Hilfsgutachten gegriffen werden.<sup>29</sup>

#### V. Ist ein Hilfsgutachten immer statthaft?

Darf man stets ein Hilfsgutachten verfassen, mithin auch dann, wenn die Aufgabenstellung das nicht ausdrücklich zulässt? Auf diese Frage gibt es leider keine eindeutige Antwort. Ist Ziel der Prüfungsarbeit die Erstattung eines Gutachtens, das möglichst alle im Sachverhalt angelegten Probleme berücksichtigt, dann spricht wohl wenig dagegen. Diese umfassende Berücksichtigung sollte wichtiger sein als die Erstattung eines vielleicht bruchlosen erscheinenden, aber mit Blick auf den Sachverhalt bloß (höchst) unvollständigen Gutachtens.

Folgt man dieser Betrachtung unbefangen, dann läuft man allerdings Gefahr, die Rechnung ohne den Wirt zu machen, sprich ohne den Klausursteller. Dieser mag mit Blick auf das anzufertigende Gutachten eine solch liberale Einstellung vielleicht nicht teilen. Tatsächlich kann es dafür auch nachvollziehbare Gründe geben. So kann es in Anfängerveranstaltungen didaktisch zielführend sein, Studierende einüben zu lassen, den Gutachtenstil zunächst in aller Konsequenz durchzuziehen und ihn so beherrschen zu lernen. Fazit: Ist man im Unklaren darüber, ob ein Hilfsgutachten statthaft ist,

---

<sup>27</sup> In dieser Richtung – für das öffentliche Recht – auch *Butzer/Epping*, Arbeitstechnik im Öffentlichen Recht, 3. Aufl. 2006, S. 67, die dazu raten, auch in den Fällen, in denen Studierende die materielle Rechtmäßigkeit bzw. Verfassungsmäßigkeit in einem frühen Prüfungsstadium verneinen, offensichtlich noch nicht verwertete Sachverhaltsangaben, die die materielle Rechtslage betreffen, in einem Hilfsgutachten zu verwerten. Einer der Gründe für dieses Vorgehen mag darin liegen, dass etwa formell oder materiell rechtswidrige Aspekte von Behördenhandeln durchaus noch geheilt werden können, etwa durch die Nachholung einer unterbliebenen Anhörung oder das Auswechseln von Ermessenserwägungen.

<sup>28</sup> *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 225; *Beyerbach*, JA 2014, 813 (818).

<sup>29</sup> So auch *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 225.



wenn die Aufgabenstellung sich hierzu nicht verhält, so sollte diese Frage mit dem Dozenten geklärt werden – bestenfalls vor der Prüfung.

## VI. Ein Ende und ein Anfang

Gelangt man an den Punkt, an dem man ein Hilfsgutachten für erforderlich hält, dann ist zweierlei angeraten. Zunächst sollte klar festgestellt werden, an welchem Prüfungspunkt und mit welchem Ergebnis das Gutachten endet,<sup>30</sup> etwa „Mangels Einigung kam es nicht zum Vertragsschluss zwischen A und B. A hat daher keinen Anspruch aus einem Kaufvertrag gegen B“. Es empfiehlt sich, der Klarheit halber diesen Teil mit „Ende des Gutachtens“ abzuschließen, alsdann korrespondierend hierzu das „Hilfsgutachten“ als solches zu überschreiben und die Gründe offenzulegen, derentwegen ein Hilfsgutachten folgen sollte. Dazu kann ein Satz dienen wie „Mangels Vertrages ist es nicht erforderlich, im Gutachten auf weitere materiell-rechtliche Probleme einzugehen. Die Erörterung dieser Probleme erfolgt daher in einem Hilfsgutachten. Dabei ist zu unterstellen, dass A und B wirksam einen Vertrag geschlossen haben.“<sup>31</sup> Das klingt zwar ein wenig hölzern, macht dem Korrektor aber unmissverständlich klar, dass das Instrument des Hilfsgutachtens nicht unreflektiert, sondern bewusst eingesetzt wird.

## VII. Stoffauswahl und Ausführlichkeit

Was sollte bereits, was noch nicht in ein Hilfsgutachten gelangen? Wie ausführlich sollte ein Hilfsgutachten sein? Auch diese Antwort muss sich am Zweck des Gutachtens orientieren, eine umfassende Darlegung aller im Sachverhalt angelegten Probleme auszuarbeiten. Dazu gehört, diese Probleme in angemessener Detailtiefe darzustellen – unabhängig davon, ob in einem Gutachten oder Hilfsgutachten. Fertigt man ein Hilfsgutachten, dann dürfen dort nicht nur Ausführungen minderer Güte oder Ausführlichkeit abgeladen werden. Die Probleme sollen vielmehr in gewohnter Ausführlichkeit behandelt werden. Das ist folgerichtig, schließlich erstellt man ein Hilfsgutachten, weil man den Eindruck hat, ansonsten an Wesentlichem vorbeizuschreiben, und Wesentliches darf nicht lediglich cursorisch erwähnt werden, sondern verdient eine ausführliche Erörterung.

## VIII. Schluss

Zum Schluss sei ein Hinweis wiederholt. Eine zivilrechtliche Prüfungsaufgabe wird im Zweifel nicht auf ein Hilfsgutachten angelegt sein. Darin liegt für die Klausurbearbeitung ein wichtiger Weckruf. Wer zu einem Hilfsgutachten übergehen möchte, muss innehalten und sich fragen, ob es dessen wirklich bedarf. Jedenfalls nach den Überlegungen des Klausurerstellers vermutlich nicht. Daher sollte man an dieser Stelle zurückblicken und die eigene Lösungsskizze auf Fehler abschreiten. Gelingt es einem jedoch nicht, dort überzeugende Änderungen vorzunehmen, die die zwanglose Aufnahme der ansonsten liegen gelassenen Materien erlauben, dann ist ein Hilfsgutachten statthaft und auch angezeigt.<sup>32</sup> Es sollte dann gründlich ausgeführt werden.

---

<sup>30</sup> In diesem Sinne auch *Schwerdtfeger/Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 15. Aufl. 2018, Rn. 832.

<sup>31</sup> Formulierung in Anlehnung an *Butzer/Epping*, Arbeitstechnik im Öffentlichen Recht, 3. Aufl. 2006, S. 68.

<sup>32</sup> A.A. *Schimmel*, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 14. Aufl. 2020, Rn. 418, der von Hilfsgutachten abrät, jedenfalls wenn es darum geht, „ein weiteres Problem hilfsweise darzustellen, das Sie sich mit Ihrer Argumentation abgeschnitten haben“, auch weil Fehler im Hilfsgutachten zu einem Punkt-

Auch wenn Anleitungsliteratur zum Hilfgutachten manchmal etwas verdruckst daherkommt – das zivilrechtliche Hilfgutachten ist kein Trick aus der methodischen Schmutzkiste<sup>33</sup>, sondern ein legitimes Werkzeug zur umfassenden Behandlung der im Sachverhalt angelegten Probleme.

---

abzug führen können. Ausnahme: „wenn die Aufgabe für einen bestimmten Fall ausdrücklich ein Hilfgutachten verlangt“ (ebenda).

<sup>33</sup> Anders vielleicht *Diederichsen/Wagner*, Die BGB-Klausur, 9. Aufl. 1998, S. 158 Fn. 155: „Sie [sc. Hilfgutachten] sind in Rechtsfragen grundsätzlich verpönt.“