

Formulierungshinweise und Beispiele für das Materiellen Gutachten der Anwaltsklausur

Version 1.1 im Oktober 2013 - RA Pascal Lippert

1. Der Obersatz

Im Gutachtenstil würde der Obersatz stets wie folgt beginnen: "Fraglich ist, ob ..." oder "A könnte von B ..."

Im anwaltlichen Vermerk sind zwar auch alle möglichen Anspruchsgrundlage zu "prüfen", jedoch in einem modifizierten - anders gesagt: etwas freieren Urteilsstil.

Beispiele:

"Der Mandant kann von der A-GmbH Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von € 8.950,00 Zug um Zug gegen Rückübereignung der Uhr Marke X gemäß §§ 346 I, 434, 437, 323 BGB verlangen."

"Ein Anspruch auf Herausgabe der streitgegenständlichen Uhr der Marke X gemäß §§ 985, 986 BGB steht dem Kläger gegen den Mandanten nicht zu."

Achten Sie bitte darauf, dass

- in der Formulierung zu erkennen ist, "wer, von wem, was, woraus?" fordert,
- die Paragrafenkette vollständig ist, Absätze berücksichtigt werden und sich die richtige Rechtsfolge aus den zitierten Normen ergibt (die Rechtsfolge sollte sich auf eine prozessual umsetzbare Rechtsfolge richten. Ein "Recht auf Rücktritt" z.B. lässt sich nicht prozessual umsetzen). Bei einer Paragrafenkette sollte die „Primärnorm“ am Anfang stehen (z.B. § 346 I ... beim Rücktritt, auch wenn die übrigen Voraussetzungen verstreut in anderen Normen vorrangig erscheinen, weil sie die Prüfung selbst beeinflussen - z.B. § 434 BGB). Häufige unnötige Ungenauigkeiten sind der Verzicht auf eine Angabe von Absätzen bei §§ 823 I,II oder auch § 433 I und II sowie § 812 I 1 1. Fall BGB,
- anders als in einem Urteil, nicht nur die Anspruchsgrundlage geprüft wird, die durchgreift, sondern alle in Frage kommenden. Der Grund liegt darin, dass eine umfassende Bewertung geschuldet wird.

2. Vollständigkeit und Gliederungsebenen

Berücksichtigen Sie alle Tatbestandsmerkmale einer Anspruchsgrundlage. Achten Sie auch auf Normen, die die Rechtsfolgenseite wie §§ 818, 819 BGB regeln. Häufig beeinflusst die Bewertung, ob „lege artis“ alle Aspekte kurz angesprochen wurden, auch wenn diese nicht vertieft werden müssen.

Um vollständig zu prüfen, sollte auch zum Ausdruck kommen, dass Merkmale nicht problematisch sind. Beispiel:

"Umstände, die eine Entreicherung des Klägers nach § 818 III BGB begründen können, sind aus der Akte nicht ersichtlich."

Benutzen Sie Gliederungsebenen, um verschiedene Merkmale voneinander abzugrenzen und Teilbereiche zu untergliedern. Beispiel:

1. *Ein Mangel nach § 434 I BGB liegt nicht in den vom Kläger vorgetragene Umständen. § 434 I BGB regelt den subjektiv-objektiven Fehlerbegriff. Dieser differenziert zwischen einem Maßstab, der sich an der Parteivereinbarung orientiert und einem der auf allgemeine Kriterien abstellt. Die Stufung in §434 BGB sperrt die jeweils nächste Stufe schon vom Wortlaut her.*
 - a) *Es fehlt an einer Beschaffenheitsvereinbarung auf der subjektiven Stufe. Der Kläger trägt vor, der Motor sei verölt. Darin liegt keine Abweichung von einer vereinbarten Beschaffenheit. § 434 BGB stellt für eine Bewertung der Sollbeschaffenheit zunächst auf Eigenschaften oder Umstände ab, die von den Parteien übereinstimmend in den Vertrag aufgenommen wurden. Dies kann durch das Ansprechen in Form der Zusicherung von Eigenschaften, aber auch in der ausdrücklichen Benennung gesehen werden. Nicht notwendig ist das zum Ausdruckkommen eines Einstandswillens, wohl aber, dass der Aspekt für den Vertragsschluss wesentlich ist. Die Parteien sprachen unstreitig über den Zustand des Autos und es wurde vom Käufer angesprochen, dass noch eine Motorwäsche erfolgen soll. Daraus kann jedoch keine Verbindlichkeit hinsichtlich austretenden Öls abgeleitet werden, da der Verkäufer sich überhaupt nicht zu dem Aspekt geäußert hat.*
 - b) *Es liegt auch keine von den Parteien im Vertrag für maßgebend erklärte Verwendungseignung i.S.d. § 434 I Nr. 1 BGB vor, da die Parteien sich über die geplante Nutzung durch den Käufer nicht ausgetauscht haben.*
 - c) *Eine Eignung nach § 434 I Nr. 2 BGB für eine gewöhnliche Verwendung richtet sich nach objektiven Kriterien. Das Fahrzeug ist fahrbereit. Das ausgetretene Öl beeinträchtigt*

tigt nicht die Funktionstüchtigkeit des Motors. Auch das kumulative Merkmal des § 434 I Nr. 2 BGB ist nicht erfüllt, weil auch keine Abweichung von der Beschaffenheit vorliegt, die bei Sachen gleicher Art vom Käufer erwarten werden können. Der Maßstab ist objektiv zu bestimmen. Es ist hier zu berücksichtigen, dass es sich um ein Fahrzeug mit einer sehr hohen Laufleistung handelt. Übliche Verschleißerscheinungen sind daher als üblich einzuordnen. Bei einem Motor, der durch lange Beanspruchung häufig Temperaturschwankungen unterworfen war, nimmt insbesondere die Dichtigkeit naturgemäß in einem bestimmten Umfang ab. Sofern das Austreten des Öls - wie im Falle des Mandanten - keine Funktionsbeeinträchtigung nach sich zieht, kann diese als üblich angesehen werden.

2. ...

3. Berücksichtigung des Beibringungsgrundsatzes sowie von Beweisfragen

In der Anwaltsklausur erfolgt stets eine Bewertung gerichtet auf eine mögliche oder bereits begonnene prozessuale Auseinandersetzung. Daher ist auch die Beweisbedürftigkeit von Umständen im materielle Gutachten zu berücksichtigen. Letztendlich gibt es kein starres Gerüst, dennoch wäre jeder Prüfer überrascht eine echte „Relation“ vorzufinden. Ein Gegenüberstellen des Vortrages der Parteien und ein Eingehen auf Beweisfragen punktuell an einem Merkmal hat sich etabliert und wird erwartet.

a) Wann ist gezielter auf Beweisfragen einzugehen?

Es erscheint jedoch nicht praktikabel, stets, wenn sich aus der Akte ergebende Tatsachen behandelt werden, den Beibringungsgrundsatz anzusprechen. Es ist daher zwischen streitigen und unstreitigen Tatsachen zu differenzieren. Es ist jedoch durchaus zu berücksichtigen, dass oftmals mit einem Bestreiten gerechnet werden muss.

Wenn Umstände unstreitig sind, reicht es oft aus, es bei einem entsprechenden Hinweis zu belassen. Dies gilt auch für Umstände, die die Gegenseite selbst zum vorgetragen hat.

Beispiel:

„Es liegt ein wirksamer Kaufvertrag zwischen den Parteien vor. Unstreitig haben die sich Parteien nämlich am tt.mm.jjj über den Kauf des Pkw zu einem Preis von € 12.500,00 geeinigt und eine Übergabe für den darauffolgenden Monat vereinbart.“

Sollte bereits aus dem Aktenauszug erkennbar sein, dass wesentliche Tatsachen streitig sind oder streitig gestellt werden können, ist die Beweislage grundsätzlich direkt an dieser Stelle des Gutachtens zu bewerten.

Es empfiehlt sich zunächst, die vom Mandanten mitgeteilten Umstände zu subsumieren. Dies gilt zumindest dann, wenn die Subsumtion einfach ist.

Beispiel:

"Der Mandant teilt mit, den Rücktritt vom Kaufvertrag gegenüber der Firma Müller am 17.3.2012 schriftlich erklärt zu haben. Damit wäre der Rücktritt fristgerecht erfolgt. Die Gegenseite bestreitet dies. Sie teilt im Schreiben vom ... mit, die Rücktrittserklärung des Mandanten nicht erhalten zu haben. Das Bestreiten ist damit erheblich und auch in ausreichend substantiierter Form erfolgt. Der Zugang der Rücktrittserklärung sowie der konkrete Zeitpunkt des Zugangs sind für den Mandanten anspruchsbegründende Umstände. Er trägt daher die Beweislast dafür. Die Zustellung der Rücktrittserklärung hat der Mandant jedoch über den Gerichtsvollzieher durchführen lassen. Es liegt ihm daher eine Urkunde des Gerichtsvollziehers über die Zustellung des Schreibens und des Zugangszeitpunktes vor. Dieser Urkunde kommt ein hoher Beweiswert zu. Ein Gericht wird kaum Zweifel an der fristgerechten Zustellung haben können."

b) Beweislastanordnungen des Gesetzgebers berücksichtigen

Zu berücksichtigen ist auch, wenn das Gesetz selbst Anordnungen zur Beweislast trifft. So wird in § 280 I S. 2 BGB vermutet, dass den Vertragsschuldner ein Verschulden trifft. Eine Beweislastanordnung enthält auch § 932 I BGB. Aus der Formulierung "es sei denn, dass ..." ist zu entnehmen, dass der Eigentümer den für ihn "günstigen" Umstand der Bösgläubigkeit und nicht der Erwerber seine Gutgläubigkeit beweisen muss. Auch hier gilt, dass nicht die "Bösgläubigkeit" als solches sondern die zugrundeliegenden inneren Tatsachen zu beweisen sind. In Klausuren werden die Tatsachen meist unstreitig sein, dann gilt es nur darzutun, dass man die Anordnung in § 932 I BGB gesehen hat. Aus Sicht des Eigentümers handelt es sich um eine Erschwerung, seine Rechtsposition zu behalten.

Beispiel:

Zunächst ist der Erwerbstatbestand nach § 929 S. 1 BGB sowie weitere Voraussetzungen wie das Vorliegen eines Verkehrsrechtsgeschäfts festgestellt worden.

"Ein Erwerb des Eigentums an dem streitgegenständlichen Pferd durch den Kläger scheitert jedoch an § 932 I BGB. Er ist nämlich als bösgläubig im Sinne des § 932 II BGB anzusehen, da er grob fahrlässig vom Eigentum des Müller an dem Pferd ausgegangen ist. Nach § 932 I, II BGB ist der Erwerber bösgläubig, wenn Umstände vorliegen, nach denen sich Zweifel an der Eigentümerstellung des Veräußerers dem Erwerber geradezu aufdrängen müssen. Der Maßstab wird auch durch individuelle Faktoren und Kenntnisse des Er-

werbers beeinflusst. Dem Kläger war bekannt, dass das Pferd einmal der Beklagten geschenkt worden war. Daraus musste er schließen, dass der veräußernde Müller, sein Eigentum verloren hatte. Er fragte nicht nach den Umständen eines Rückerwerbs. Schließlich legte der Müller trotz Nachfrage den Pferdepass nicht vor. ... (weitere Ausführungen) ... Beide Umstände wurden von Herrn Müller im Schreiben vom ... eingeräumt. Zwar trifft den Mandanten die Beweislast für die die Bösgläubigkeit des Müller begründenden Tatsachen, denn § 932 I BGB enthält eine entsprechende Beweisordnung. Eine solche wird durch die Formulierung "es sei denn, dass ..." kenntlich gemacht. Da die Umstände allerdings unstreitig sind, kommt es auf die Beweislast in diesem Zusammenhang nicht an."

c) Fehlende klassische Beweismittel und der Umgang mit der Parteivernehmung

Häufig sind die Erfolgsaussichten nur anzunehmen, wenn der Gegner Umstände nicht beweisen kann, die er jedoch zunächst behauptet. Dabei ist unbedingt zu berücksichtigen, dass wegen der prozessualen Wahrheitspflicht nach § 138 ZPO für den Mandanten nicht wahrheitswidrig bestritten werden darf. Dies gilt besonders für eine Klausur. Vom Mandanten bestätigte Umstände dürfen daher nicht aus taktischen Gründen wider besseren Wissens bestritten werden. Dies muss auch nicht erläutert werden.

Es gibt Konstellationen, in denen dem Gegner Beweismittel wie eine Urkunde oder ein Zeuge fehlen. Es ist dann für den Prüfling schwierig mit den Möglichkeiten, die eine Parteivernehmung bietet, umzugehen. In der Praxis ist eine Parteivernehmung in der Regel mit sehr viel Unsicherheiten verbunden, da nicht vorhergesagt werden kann, was herauskommt. In Klausuren wird aber manchmal dennoch eine zumindest „schlüssige“ Prognose erwartet.

Beispiel:

"Der Beklagte beruft sich darauf, die Forderung des Mandanten am 15.4.2012 durch Barzahlung beglichen zu haben. Der Mandant bestreitet dies. Wäre der Vortrag des Beklagten zutreffend, wäre die Forderung nach § 362 I BGB erloschen. Eine Barzahlung als Subsumtionsgrundlage des § 362 I BGB ist ein für den Schuldner rechtlich günstiger Umstand. Er trägt entsprechend allgemeiner Beweisregeln die Beweislast für die Zahlung. Ein Quittung liegt nicht vor. Der Beklagte war bei der angeblichen Übergabe mit dem Mandanten allein. Es verbleibt dem Gegner die Möglichkeit, die Vernehmung des Mandanten nach § 445 I ZPO zu beantragen. Der Mandant würde seine Wahrnehmung dazu erläutern und den Vortrag des Beklagten nicht stützen. Sofern sich der Beklagte selbst als Partei benennen sollte, steht dem Mandanten ein Widerspruchsrecht nach § 447 ZPO zu. Das Gericht wird in dieser Konstellation keine Parteivernehmung von Amts wegen nach § 448 ZPO zu erwägen haben. Dafür wäre ein Anbeweis der zu beweisenden Tatsache erforderlich. Solche Tatsachen, die für eine Zahlung sprechen sind jedoch nicht ersichtlich. Auch spricht

der Gesamtzusammenhang gegen eine Parteivernehmung. Der Schuldner hat es nämlich in der Hand, seine Beweislage zu sichern. Er kann bei Zahlung stets auf die Ausstellung einer Quittung bestehen. Es gibt schon deshalb generell kein Anwendungsbereich für § 448 ZPO, da der Schuldner insofern nicht schutzfähig erscheint."

Beachten Sie, dass eine Parteivernehmung grundsätzlich nur dann zu erörtern ist, wenn keine anderen Beweismittel ersichtlich sind und die Partei eine eigene unmittelbare Wahrnehmung hat. Es wird nicht erwartet, dass die Vorschriften immer "hilfsweise" erörtert werden. In der Praxis ist das eine "wackelige Angelegenheit", da die Parteien stets interessegeleitet sind und daher nicht zur Wahrheit neigen. Hier ein Auszug, wie Gerichte die Anwendung des § 448 ZPO - also die Parteivernehmung von Amts wegen - behandeln und welche hohen Anforderungen gestellt werden. Daran können Sie sehen, wann das überhaupt nur thematisiert werden kann. Fehlt es an der „Anbeweislage“ offenkundig, wird man in der Regel nicht darauf eingehen müssen:

Aus OLG Stuttgart 3 U 128/09:

"Voraussetzung für eine im Ermessen des Gerichts stehende Parteivernehmung nach § 448 ZPO ist, dass nach einer Gesamtwürdigung der erfolgten Beweisaufnahme und der bisherigen mündlichen Verhandlung eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der streitigen Behauptung vorliegt, also der sog. Anfangsbeweis oder Anbeweis erbracht ist (vgl. Zöller-Greger, ZPO, 27. Auflage, 2009, § 448, Rn. 4). Hierbei muss es sich nicht um eine hohe Wahrscheinlichkeit handeln. Es muss jedoch mehr für als gegen die Richtigkeit der Behauptung sprechen (Zöller-Greger aaO). Eine Parteivernehmung scheidet hingegen aus, wenn in der bisherigen Beweisaufnahme teilweise der eine und teilweise der andere Vortrag bestätigt wird und das Gericht letztlich keinem Beweismittel einen höheren Überzeugungswert beimisst (Schreiber in Münch.Komm. zur ZPO, 3. Auflage, 2008, § 448, Rn. 3) bzw. das Gegenteil der betreffenden Behauptung für wahrscheinlicher hält (Leipold in Stein/Jonas, ZPO, 22. Auflage, 2006, § 448, Rn. 5)."

d) Beweiserleichterungen („abzuleitende“ Beweislastumkehr und Anscheinsbeweis)

Häufig fehlt es an einem Beweismittel. Einige Klausuren nutzen dies, um den Umgang mit Beweiserleichterungen in den Fokus zu bringen. Stets ist dann auch fundiert abzuleiten, weshalb eine solche Beweiserleichterung eingreift. Es bedarf also stets einer genauen Begründung, wenn z.B. eine Beweislastumkehr einzunehmen sein soll. Es sollte also nicht mit einer oberflächlichen Begründung eine Ausnahme zum Grundsatz der Beweislastverteilung angenommen werden. Auch in der Rechtsprechung gelten durchgehend sehr enge Voraussetzungen. Es ist also z.B. im Arzthaftungsrecht auf die Voraussetzungen eines „schweren Behandlungsfehlers“ einzugehen und zu erläutern, dass die Rechtsprechung in

Ausnahmefällen eine echte Beweislastumkehr angenommen hat (beachte dazu unbedingt Neuregelungen zum Behandlungsvertrag im BGB).

Der Anscheinsbeweis hat eine eigene Dogmatik. Als Einstieg bietet sich an, die Beweisbedürftigkeit des Umstandes festzustellen. Dann ist deutlich zu machen, dass es der Partei an einem Beweismittel fehlt. Danach ist auf den Anscheinsbeweis einzugehen (die Dogmatik wird hier nur skizziert und ist nicht vollständig).

Beispiel:

„Es besteht eine Haftung des Müller nach ... für die von der Mandantin erlittenen Verletzungen. ... Die Mandantin ist gestürzt und hat sich das Handgelenk gebrochen. Umstreitig ist, dass der Gehweg vor dem Haus des Nachbarn Müller an dem Morgen nicht gestreut war. Die Haftung des Müller für den Sturz hängt davon ab, ob die Mandantin auch gestürzt wäre, wenn gestreut worden wäre. Für die Kausalität zwischen dem Nichtstreuen und ihrem Sturz und dem damit einhergehenden Bruch ist die Mandantin beweisbelastet. Es handelt sich um eine anspruchsbegründende Tatsache im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität. Ein Beweismittel steht ihr nicht zur Verfügung, so dass sie beweisfähig bliebe und eine Durchsetzung des Anspruchs keine Erfolgsaussichten hätte.

Hier streitet jedoch der Beweis des ersten Anscheins für die Mandantin. Diese in der ZPO nicht geregelte Institut wendet die Rechtsprechung regelmäßig in vergleichbaren Konstellationen an. Voraussetzung ist zunächst, dass der Geschehensablauf nach der allgemeinen Lebenserfahrung derartig gestaltet ist, dass die eingetretene Folge nicht nur ausnahmsweise eintritt, sondern in der Regel eintreten wird. Die Lebenserfahrung darf keinen anderen Schluss als auf gerade diese Folge zulassen. Dafür ist eine gewisse Typizität hinsichtlich des Geschehensablaufs nach der Rechtsprechung erforderlich. Auf das Vorliegen von Beweismittel kommt es erst dann an, wenn der Anspruchsgegner seinerseits Umstände vortragen und beweisen kann, die eine ernsthafte Möglichkeit eines vom typischen Geschehensablauf abweichenden Kausalverlaufs begründet. Aus der Akte sind derartige Umstände nicht erkennbar. Die Mandantin ist 85 Jahre alt und nutzt seit eigenen Angaben immer einen Dreipunkt-Gehstock sowie Profilschuhe, wenn sie unterwegs ist. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass es eine typische Folge ist, dass in der Mobilität eingeschränkte alte Menschen bei Glätte eher stürzen. Für die Typizität beim Anscheinsbeweis spricht zudem, dass die Streupflicht gerade auch dafür eingeführt wurde, dass Passanten - auch jüngere - stürzen können. Bei Verkehrssicherungspflichten konkretisierenden Normen schließen die Gerichte regelmäßig auf eine Typizität der zu verhindernden Folge. ...“

e) Hypothetische Beweiswürdigung

Es kann vorkommen, dass eine Beweiswürdigung in einem Vermerk vorweggenommen werden muss, um Erfolgsaussichten zu begründen. So könnte ein Zeuge der Gegenseite wegfallen oder seine getätigte Aussage nicht mehr verwertbar sein. Es gelten dann dieselben Maßstäbe wie im Urteil. So ist zwischen der Glaubwürdigkeit der Person und der Glaubhaftigkeit des Aussageinhalts zu differenzieren.

4. Begründungstiefe

Viele Prüflinge bleiben hinter ihren Möglichkeiten zurück, weil sie die Probleme, für die die Klausur ausgewählt wurde, zu oberflächlich und pauschal behandeln. Es fehlt an der eine überdurchschnittliche Leistung prägenden Begründungstiefe. Daneben zeigt die Erfahrung, dass auch Wichtiges von Unwichtigen nicht ausreichend differenziert wird. Dies zeigt sich dadurch, dass entweder alle Merkmale zu umfangreich oder zu pauschal behandelt werden. Überdurchschnittliche Leistungen differenzieren sehr präzise und liefern eine gute Begründungstiefe, ohne nicht auch die übrigen Merkmale kurz und knapp aber auch souverän festzustellen oder nur kurz zu begründen.

Beispiel (niedrige Begründungstiefe - viel zu pauschal) :

„Durch den Einbau des Motors in das Kfz des Beklagten ist dieser nicht gemäß §§ 947 I, II, 93 BGB Eigentümer des Motors geworden. Der Mandant hat folglich sein Eigentum auch nicht verloren. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sind Motoren von Serienfahrzeugen keine wesentlichen Bestandteile.“

Beispiel (mittlere Begründungstiefe - zu pauschal):

„Durch den Einbau des Motors in das Kfz des Beklagten ist dieser nicht gemäß §§ 947 I, II, 93 BGB Eigentümer des Motors geworden. Der Mandant hat folglich sein Eigentum auch nicht verloren. Ein Motor eines Serienfahrzeuges ist kein wesentlicher Bestandteil des Fahrzeuges, weil er in andere Autos eingebaut werden kann. § 93 BGB fordert mehr als nur eine Möglichkeit des Aus- und Einbaus. Der Wert des Motors am Markt bleibt auch erhalten, wenn er ausgebaut wird.“

Beispiel (höhere Begründungstiefe - muss nicht zwingend so umfangreich sein):

„Durch den Einbau des Motors in das Kfz des Beklagten ist dieser nicht gemäß §§ 947 I, II, 93 BGB Eigentümer des Motors geworden. Der Mandant hat folglich sein Eigentum auch nicht verloren. § 93 - 95 BGB knüpfen für die Bewertung, ob eine Sache ihre rechtliche Individualität behält, an physische und nicht-physische Komponenten an. Rein phy-

sisch kann der Motor vom Fahrzeug getrennt werden, ohne dass eine Zerstörung eines der Elemente einhergeht. Auch das Wesen des Motors oder des Fahrzeuges als solches wird nicht verändert. Die Rechtsprechung legt den Begriff des „Wesens“ nach der Verkehrsauffassung aus und fragt danach, ob der Pkw oder der Motor vom Rechtsverkehr nach der Trennung grundsätzlich als eine massgeblich veränderte Sache angesehen wird. Ein Serienfahrzeug wie der Wagen der Marke verliert nach der Verkehrsauffassung nicht seine prinzipielle Qualität als Kfz, wenn es einen anderen Motor erhält. Auch wird im Rahmen der Auslegung des § 93 BGB angeführt, dass sich beide Elemente nach der Verkehrsauffassung nicht in ihrem Wesen verändern, wenn der Wert der beiden voneinander getrennten Elemente am Markt erhalten bleibt. Dies ist hier der Fall, da es einen Markt auch für gebrauchte Ersatzmotoren gibt und keine Umstände erkennbar sind, die beim streitgegenständlichen Motor zu einem Wertverlust führen. Im Fall des Mandanten gibt es auch keine Besonderheiten, da es sich um ein normales Fahrzeug handelt. Der Motor ist weder verändert noch einer individualisierenden Behandlung unterzogen worden, der einer Verwendung in einem anderen Pkw entgegensteht.“

5. Klare Sprache und klarer Aufbau

Eine feste Stilvorgabe kann es nicht geben. Formulierungen sollten jedoch bewusst eingesetzt werden. Kurze Sätze oder Satzkonstruktionen bestehend aus einem Haupt- und einem Nebensatz zu verwenden, ist sicher ein guter Einstieg.

Häufig werden Schachtelsätze gebildet, in Glauben so eine möglichst „juristische Sprache“ zu verwenden.

Negativ-Beispiel (etwas überzogen):

„Vorliegend steht dem Kläger - unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH - der Anspruch zu, da die Einrede, die der Beklagte unberechtigt geltend macht, nicht durchgreift und außerdem auch weitere Anspruchsgrundlagen, darunter 1007 und 961 - den Anspruch stützen. Verortet ist der Anspruch klar in § 985, der dem Eigentümer einen Herausgabeanspruch gewährt, wenn dieser Eigentümer geworden ist, und das Eigentum nicht im Wege des gutgläubigen Erwerbs verloren hat ...“

Viele Autoren von Aufsätzen gehen sehr souverän mit der deutschen Sprache um und verwenden auch Schachtelsätze. Die Darstellung bleibt dann auch durchaus verständlich. Wissenschaftlichkeit erfordert Abstraktion. Die Frage ist jedoch, ob eine komplexere Sprache in einem summarischen Vermerk im Rahmen einer Anwaltsklausur das richtige Stilmittel ist. Jeder gute Jurist sollte sprachlich in der Lage sein, sowohl fundiert mittels einer einfacheren als auch mittels einer komplexeren Ausdrucksform argumentieren zu können.

Häufig setzt eine „packende Einfachheit“ allerdings mehr Aufwand voraus als eine „verschlungene Ausdrucksform“. Vereinfachen heißt selektieren und präziser ordnen. Häufig wird auch eine „Flucht in die Komplexität“ genommen, um fehlende Inhalte, Argumente oder die eigene Unsicherheit in der Sache zu kompensieren. Das spüren die Prüfer beim Lesen.

Achten Sie auch darauf, den Aufbau ihres Vermerks nicht zu begründen. Daher gehören Erläuterungen wie „zu prüfen ist ...“ weder in ein Gutachten noch in einen anwaltlichen Vermerk im Examen. Der kundige Leser (Prüfer) soll durch den Aufbau geführt werden und die an der jeweiligen Stelle von ihm erwarteten Inhalte vorfinden. Er kennt den Aufbau der geprüften Normen selbst.

Irgendjemand schrieb einmal, es sei wie bei einem Haus, das ein Architekt plane und baue. Wenn das Haus fertig ist, bliebe das Gerüst nicht stehen. Dieses sehe man auch in den planerischen Zeichnungen nicht. So solle es auch bei einem Gutachten oder Vermerk sein.

6. Stringenz

Die Stringenz eines Vermerks zeigt sich insbesondere daran, dass im Materiellen Gutachten eine Orientierung an durchsetzbaren Ansprüchen erfolgt. Die Prüfung ist also an Ansprüchen zu orientieren, die Grundlage für einen Antrag sein können. Daher ist die Prüfung eines „Rechts zur Anfechtung“ oder eines „Rechts zum Rücktritt“ nicht so stringent. Dies gilt auch für die losgelöste Frage, ob eine Partei Eigentümerin einer Sache ist. Auch die Behandlung von „Vorfragen“ ist nicht tunlich.

Auf eine Stringenz ist aber auch im Bereich des „Prozessualen“ Teils des Vermerks zu achten. So sollte nicht, ohne Bezug zu §§ 707, 719 ZPO erörtert werden, ob ein Versäumnisurteil nicht in rechtmäßiger Weise ergangen ist. Dadurch, dass die Prüfung an der Frage orientiert wird, ob eine Sicherheitsleistung für den Kläger erzwungen werden kann, bekommt die Prüfung einen praktischen Bezug. Dies ist nicht der Fall, wenn quasi in der Luft hängende Ausführungen zur Gesetzmäßigkeit des Versäumnisurteils erfolgen. Oft wird die Frage im Zusammenhang mit der Möglichkeit des Einspruchs erörtert. Es handelt sich aber nicht um eine für den Einspruch notwendige Voraussetzung, da der Einspruch auch statthaft ist, wenn das Versäumnisurteil in nicht rechtmäßiger Weise (z.B. durch Zustellung der Klage an eine falsche Person) ergangen ist. Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss zu §§ 707, 719 ZPO.

Alle Ausführungen sollten sich daher auf eine für den Anwalt relevante Rechtsfolgen orientieren. Dann weiß der Prüfer auch, dass ein Bezug zur Praxis hergestellt wird und nicht Rechtsfragen einfach so behandelt werden.