Die zivilgerichtliche Assessorklausur

Stoffregen

4. Auflage 2021
ISBN 978-3-86752-751-4
Alpmann Schmidt

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

1. Teil: Grundlagen der Arbeitsmethodik

A. Einleitung

Die Klausuraufgaben im **Assessorexamen** verlangen nicht nur die Erarbeitung der materiell-rechtlichen Lösung, sondern auch die tatsächliche und verfahrensmäßige Aufbereitung der Aktenstücke aus der Sicht eines Praktikers. Um innerhalb der vorgegebenen Bearbeitungszeit eine **praxisgerechte Lösung** entwickeln und unter Beachtung der erforderlichen Formalien ausformulieren zu können, bedarf es eines soliden Zeitmanagements und des möglichst optimalen Einsatzes der von den **Landesjustizprüfungsämtern** zugelassenen **Kommentarliteratur**. Dies sind in der zivilrechtlichen Assessorklausur in allen Bundesländern (zumindest) die Kommentare von Palandt[1] sowie Thomas/Putzo.[2] Zusätzlich darf in Bayern die **Formularsammlung** von Kroiß/Neurauter[3] als Hilfsmittel benutzt werden. **1**

Es ist ratsam, sich frühzeitig (z.B. im Internet) über die in der Prüfung zugelassenen Hilfsmittel zu informieren und diese bei der Prüfungsvorbereitung regelmäßig zu benutzen. Auf diese konzentrieren sich zur Erleichterung der Nacharbeit die **Fundstellennachweise** in den bewusst knapp gehaltenen Fußnoten. Soweit dies im jeweiligen Bundesland erlaubt ist, können die zitierten Kommentarstellen als handschriftliche Hinweise in die Gesetzessammlungen übertragen werden. **2**

Anders als im Studium und im ersten Staatsexamen ist der dem Fall zugrunde liegende **Sachverhalt in aller Regel zumindest teilweise streitig**. Dies gilt sowohl für gerichtliche als auch für anwaltliche Aufgabenstellungen. Von daher ist der **Arbeit am Sachverhalt besondere Aufmerksamkeit** zu widmen. Bekanntlich wirken sich Fehler bei der Sachverhaltserfassung nahezu immer negativ auf die rechtliche Lösung aus, die das Kernstück der Klausuraufgabe darstellt. **3**

Die Umsetzung der Lösung im Praxisteil der Klausur verlangt **praktisches Geschick**. Durch das Bestehen des ersten Staatsexamens ist der Nachweis der rechtswissenschaftlichen Qualifikation gelungen. Die im zweiten Staatsexamen erfolgende Prüfung der Praxiseignung hat eine andere Zielrichtung. Die **Kenntnis alltagstypischer Lösungsmuster** und eine große Zahl von **Formulierungshilfen** erleichtern die Bewältigung dieser Aufgabe nachhaltig und vermeiden unnötigen Zeitverlust. **4**

Ein zentrales Anliegen dieses Skriptes besteht darin, dieses unentbehrliche Praxiswissen in **komprimierter Weise** unter weitestgehendem **Verzicht auf die Erörterung wissenschaftlicher Streitfragen** anschaulich darzustellen. Die Erörterung von Meinungsstreitigkeiten ist in den einschlägigen Lehrbüchern[4] und Skripten[5] zu finden. Deshalb hält sich der Umfang dieses Skriptes bewusst in einem überschaubaren Umfang und verzichtet auf ein gesondertes Literaturverzeichnis. Es geht nicht um die Vermittlung von Spezialwissen zu den zahllosen juristischen Streitfragen, sondern um eine praxisnahe Darstellung der methodischen Arbeitsgrundlagen. Damit richtet sich das Skript sowohl an **Referendare am Anfang** ihrer praktischen Ausbildung als auch an **Examenskandidaten**, die ihr im Referendariat erworbenes Wissen auffrischen und vertiefen möchten. **5**

Literatur und Judikatur befinden sich auf dem Stand vom 15.08.2020.

1 BGB, 79. Aufl. 2020, zitiert: Palandt/Bearbeiter.

2 ZPO, 41. Aufl. 2020, zitiert: Thomas/Putzo/Bearbeiter.

3 Formularsammlung für Rechtspflege und Verwaltung, 27. Aufl. 2019.

4 Standardausbildungsliteratur sind insbesondere Anders/Gehle, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 14. Aufl. 2020, und Knöringer, Die Assessorklausur im Zivilprozess, 18. Aufl. 2020.

5 Siehe AS-Skript ZPO (2020).

B. Aufgabeninhalte von Examensklausuren

6 Die zivilrechtlichen Examensklausuren unterfallen in **Entscheidungsklausuren (Richterklausuren) und Anwaltsklausuren**. Die **Kernprobleme** liegen regelmäßig im Bereich des **materiellen Rechts**.[6] Anders als im ersten Staatsexamen bedarf es aber keiner wissenschaftlichen Abhandlung streitiger Rechtsfragen, vielmehr sollte die (im Kommentar nachzulesende und in der Praxis anerkannte) **h.M. zur Grundlage der Klausurlösung** gemacht werden. Der gleichen Arbeitsweise bedient sich das Justizprüfungsamt bei seinem Lösungsvorschlag, der den Prüfern übermittelt wird. **Prozessuale Fragestellungen** demgegenüber bilden zumeist nur den **Rahmen der Klausur**. Dies darf aber nicht dazu führen, das Prozessrecht bei der Examensvorbereitung zu vernachlässigen und dort den „Mut zur Lücke" zum beherrschenden Prinzip werden zu lassen.

> **Beachte:** Eine sachgerechte Examensvorbereitung erfordert eine solide Kenntnis sowohl des materiellen als auch des Prozessrechts. Bei umstrittenen Rechtsfragen sollte der Fokus auf die herrschende Praxisansicht gelegt werden, um sich nicht in der Auseinandersetzung mit Mindermeinungen zu verzetteln.

7 Von zentraler Bedeutung bei der Erarbeitung jeder Klausurlösung ist die richtige **Schwerpunktsetzung.** Von keinem Referendar, auch nicht von dem Examenskandidaten, kann erwartet werden, dass er sämtliche klausurrelevanten Rechtsfragen kennt. Gerade bei dem Referendar wenig vertrauten Rechtsgebieten ist deshalb die **Entschlüsselung des Aufgabentextes** von großer Wichtigkeit. Die maßgeblichen Rechtsprobleme sind in den Klausuraufgaben mehr oder weniger deutlich angesprochen. Deshalb sollten die von den Fallbeteiligten **angesprochenen Rechtsfragen markiert und gesammelt** werden. Nur wenn jedenfalls die meisten dieser Rechtsansichten in der vom Referendar erarbeiteten Lösung von Relevanz sind, befindet sich der Fallbearbeiter auf dem richtigen Weg. Dies ist grundlegend für die **Klausurtaktik**. Umgekehrt bedeutet dies: Spielen die im Aufgabentext problematisierten Rechtsprobleme für den Lösungsvorschlag des Referendars überhaupt keine oder nur eine untergeordnete Rolle, weicht die Lösung von der des Justizprüfungsamtes mit Sicherheit in zentralen Fragen ab und sollte dringend noch einmal auf ihre Richtigkeit überprüft werden. Dies geschieht **methodisch** durch eine konsequente Anwendung der **juristischen Subsumtionstechnik** (Obersatz – Untersatz – Schlusssatz). Auf diese Weise ist es unter Einsatz der Kommentarliteratur jederzeit möglich, auch Fallprobleme aus unbekannten Rechtsgebieten zumindest vertretbar zu lösen und damit die im Assessorexamen im Vordergrund stehende **Praxistauglichkeit** des Bearbeiters unter Beweis zu stellen.

> **Beachte:** Nur ein methodisch einwandfreier Lösungsweg ist ein Garant für das richtige Klausurergebnis.

C. Klausurtypen

8 Gemeinsames Merkmal aller vorkommenden Klausurtypen ist, dass ein in aller Regel[7] streitige Tatsachen beinhaltendes Aktenstück **in prozessualer und materiell-rechtlicher Hinsicht** umfassend zu prüfen und das Ergebnis in einen **Praxisentwurf** umzusetzen ist.

---

6 Siehe die zusammenfassende Darstellung im AS-Skript Materielles Zivilrecht in der Assessorklausur (2018).

7 Ausnahmen bestehen insbesondere bei kautelarjuristischen Klausuren.

I. Entscheidungsklausuren

Die Entscheidungsklausur besteht in einer **richterlichen Aufgabenstellung.** Zumeist ist ein **Urteil** zu entwerfen, seltener ein **Beschluss**. Bisweilen sind diese Aufgaben in eine einstweilige Rechtsschutzsituation eingebunden. Die dritte vom Gesetz vorgesehene gerichtliche Entscheidungsform (vgl. § 160 Abs. 3 Nr. 6 ZPO), eine richterliche **Verfügung**, ist zumindest bislang nicht Gegenstand zivilrechtlicher Examensaufgaben.[8] **9**

Beide denkbaren Klausuraufgaben erfordern neben der unbedingten Beachtung der Entscheidungsformalien (vgl. § 313 Abs. 1 Nr. 1–4 ZPO) eine stilistisch saubere **Begründung** der rechtlichen Lösung (im „Urteils-Stil") sowie (vorab) die Schilderung des der Entscheidung zugrunde liegenden **Sachverhaltes**. In aller Regel ist **kein zusätzliches Gutachten** verlangt. Anders ist dies, wenn die Lösung des Referendars zur Unzulässigkeit des gerichtlichen Verfahrens kommt. In Bayern verlangen die Aufgabenstellungen in aller Regel ein zusätzliches Hilfsgutachten und/oder Hilfsentscheidungsgründe zu den vom Referendar in seiner Lösung nicht behandelten Rechtsfragen des Falles. **10**

Eine typische Aufgabenstellung **(Bearbeitervermerk)** lautet: **11**

Bearbeitervermerk:
Die Entscheidung des Gerichts ist zu entwerfen. Die Klage wurde der Beklagten am 28.03.2018 und der Schriftsatz vom 23.04.2018 am 30.04.2018 zugestellt.
Eine Streitwertfestsetzung ist nicht erforderlich.
Wird ein rechtlicher Hinweis für erforderlich angesehen, so ist zu unterstellen, dass dieser ordnungsgemäß erfolgt ist. Eine solche Vorgehensweise ist in einer Fußnote kenntlich zu machen.
Werden eine richterliche Aufklärung oder eine Beweiserhebung für erforderlich gehalten, so ist zu unterstellen, dass diese ordnungsgemäß erfolgt und ohne Ergebnis geblieben sind. Eine solche Vorgehensweise ist in einer Fußnote kenntlich zu machen.
Kommt die Bearbeitung ganz oder teilweise zur Unzulässigkeit der Klage, so ist insoweit zur Begründetheit in einem Hilfsgutachten Stellung zu nehmen.
Die Formalien (Ladungen, Zustellungen, Unterschriften, Vollmachten) sind in Ordnung.
Hannover hat ein eigenes Amts- und Landgericht, zuständiges Amtsgericht für Vlotho ist Bad Oeynhausen, zuständiges Landgericht Bielefeld.
Der Bearbeitung ist der zum Entscheidungszeitpunkt geltende Rechtszustand zugrunde zu legen. Übergangsvorschriften sind nicht zu prüfen.

Beachte: Datenangaben und Kalenderabdrucken im Bearbeitervermerk ist besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Sie stellen zumeist für Fristberechnungen wichtige Ergänzungen des Sachverhaltes dar.

II. Anwaltsklausuren

Anwaltliche Aufgabenstellungen werden in diesem Skript nur kurz zwecks **Abgrenzung zu den Entscheidungsklausuren** behandelt. Die Einzelheiten der Klausurtechnik bei anwaltlichen Aufgabenstellungen sind Gegenstand des **AS-Skriptes Die zivilrechtliche Anwaltsklausur**, das 2020 in der Erstauflage erschienen ist. **12**

Während bei Entscheidungsklausuren im Examen kaum **Überraschungen bei der Aufgabenstellung** zu erwarten sind, ist dies wegen der Vielfalt der im beruflichen Alltag vorkommenden Mandatsinhalte bei den Anwaltsklausuren anders. Es gibt **13**

8 Vgl. zu der Unterscheidung der gerichtlichen Entscheidungen Thomas/Putzo/Seiler Vorb. § 300 ZPO Rn. 1–3.

im Einspruchsverfahren gestellten Anträge (vgl. § 343 ZPO) unverständlich blieben.[235]

257 Der Tatbestand **endet** mit der nach § 313 Abs. 2 S. 2 zulässigen **Bezugnahme** auf den übrigen, nicht detailliert dargestellten Akteninhalt, die in der Praxis üblich ist.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

5. Zusammenfassung

258 Zusammenfassend ergibt sich folgender **Regelaufbau des Tatbestandes** mit nachfolgendem Formulierungsbeispiel:

- Einleitungssatz
- Sachstand
- Streitiger Klägervortrag
- Antrag/Anträge des Klägers
- Gegenantrag/Gegenanträge des Beklagten
- Streitiger Beklagtenvortrag
- ggf. Replik des Klägers
- ggf. Duplik des Beklagten
- Prozessgeschichte

Die Parteien streiten um einen Schadensersatzanspruch für den Verlust eines Mantels.

Die Beklagte betreibt in der Huberstraße 22 in Greifswald die Diskothek „Nachtlicht". Am Abend des 22.12.2019 besuchte der Kläger diese Diskothek. Im Eingangsbereich musste er an der dort befindlichen Garderobe seinen Mantel gegen eine zusätzlich zum Eintritt zu entrichtende „Garderobengebühr" von 1,50 € abgeben. Die diensthabende Garderobenfrau händigte dem Kläger eine Garderobenmarke aus. Ohne die Abgabe seines Mantels hätte der Kläger keinen Einlass in die Diskothek bekommen.

Als der Kläger etwa drei Stunden später die Diskothek verließ, war sein Mantel an der bewachten Garderobe nicht mehr auffindbar. Es stellte sich heraus, dass die Garderobenfrau den Mantel versehentlich einem anderen unbekannten Gast ausgehändigt hatte. Die hinzugezogene Beklagte bat den Kläger, einige Tage abzuwarten, ob sein Mantel von dem Unbekannten zurückgebracht wird. In der Folgezeit fragte der Kläger mehrfach erfolglos bei der Beklagten nach dem Verbleib des Mantels. Mit Anwaltsschreiben vom 03.02.2020 forderte der Kläger die Beklagte vergeblich zur Zahlung von 299 € Schadensersatz bis zum 18.02.2020 auf.

*Der Kläger **behauptet**, er habe den verloren gegangenen Mantel eine Woche vor dem Schadensfall vom 22.12.2019 zum Neupreis von 299 € gekauft.*

*Er **beantragt**,*
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 299 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.02.2020 zu zahlen.

*Die Beklagte **beantragt**,*
die Klage abzuweisen.

235 Siehe dazu das Formulierungsbeispiel in Rn. 762 bei der Darstellung des Säumnisrechts.

Sie ist der Ansicht, mangels eigenen Verschuldens nicht für den Verlust des Mantels einstehen zu müssen, und bestreitet den Vortrag des Klägers zur Schadenshöhe mit Nichtwissen.

Das Gericht hat zur Schadenshöhe Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugin Jasmin Hollmann, der Lebensgefährtin des Klägers. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das Sitzungsprotokoll vom 05.05.2020.

V. Entscheidungsgründe

Die (mit einer entsprechenden Überschrift zu versehenden) **Entscheidungsgründe** (§ 313 Abs. 1 Nr. 6 ZPO) haben nach § 313 Abs. 3 ZPO eine kurze Zusammenfassung der Erwägungen des Gerichts, auf denen das Urteil in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beruht, zu enthalten. Die Aufgabe dieses **Kernstücks des Urteils** besteht darin, eine **überzeugende Begründung** des (vor dem Tatbestand bereits mitgeteilten) Urteilstenors zu liefern.[236] Kurze Zusammenfassung der gerichtlichen Erwägungen ist nicht dahingehend falsch zu verstehen, dass einzelne Punkte übergangen werden dürfen, vielmehr sind alle entscheidungsrelevanten Rechtsfragen abzuhandeln. **259**

Beachte: Die Kunst der überzeugenden Abfassung von Entscheidungsgründen liegt in der richtigen **Gewichtung** zwischen unproblematischen Punkten und den Kernproblemen des jeweiligen Einzelfalles.

Um einen anfängerhaften Eindruck zu vermeiden, sollten vom **dreistufigen** Anspruchsaufbau (**Entstehung – Untergang – Durchsetzbarkeit**) nur die Punkte angesprochen werden, die im konkreten Einzelfall **erörterungswürdig** sein. Es ist deshalb beispielsweise davon abzusehen, in den Entscheidungsgründen den Satz aufzunehmen, der Anspruch sei nicht untergegangen und auch durchsetzbar, wenn im konkreten Rechtsstreit keinerlei rechtsvernichtenden Einwendungen und auch keine rechtshemmenden Einreden erhoben worden sind.

Die Darstellung der Entscheidungsgründe hat im sauberen **Urteilsstil** zu erfolgen. Das bedeutet, dass zwischen die einzelnen Sätze der Begründung jeweils ein (nicht geschriebenes) „denn" gesetzt werden kann. Das Ergebnis ist (für jeden Begründungsabschnitt) als These voranzustellen und nachfolgend **normenbezogen** zu begründen. Soweit sich die Lösung unmittelbar aus dem **Gesetz** ergibt, ist dieses genau (unter Nennung der einschlägigen Paragraphen, Absätze, Sätze, Nummern, Buchstaben und Alternativen) zu **zitieren**. Beispielsweise ist nicht zu formulieren: „Der Klageanspruch ergibt sich aus § 812 BGB." Richtig ist vielmehr: „Die Klageforderung ist aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB begründet." **260**

„Die Klageforderung ist aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB begründet."

Bedarf es der Gesetzesauslegung unter Benutzung eines Kommentars, ist die dort erörterte **Lösung nebst Begründung unter Angabe der exakten Fundstelle** zu übernehmen. Auf **Fremdzitate** ist zu verzichten, zumindest sind sie besonders kenntlich zu machen, um dem Anschein zu begegnen, der Verfasser der Klausur habe ein unzulässiges Hilfsmittel benutzt. **261**

Beachte: Das bloße **Zitat** einer Kommentarstelle ersetzt die stets notwendige **Begründung** eines rechtlichen Standpunktes nicht.

236 Thomas/Putzo/Seiler § 313 ZPO Rn. 27.

262 Es stellt einen **groben Fehler** dar, im Urteil den **Gutachtenstil** anzuwenden. Von daher dürfen Formulierungen wie „Der Anspruch könnte sich aus § 433 Abs. 2 BGB ergeben" oder „Das erfordert einen Vertragsabschluss zwischen den Parteien" auf keinen Fall in den Entscheidungsgründen vorkommen.

263 Notwendige **Definitionen** sind in den **Urteilsstil** einzubinden, ohne auf den Gutachtenstil auszuweichen. Daher sollte beispielsweise folgende Formulierung unterbleiben, auch wenn sie in der Praxis anzutreffen ist: „Der zwischen den Parteien geschlossene Bürgschaftsvertrag ist wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam. Sittenwidrig ist ein Verhalten, das gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Einen anerkannten Anwendungsfall stellt die krasse Überforderung eines einkommens- und vermögenslosen nahen Angehörigen beim Abschluss eines Bürgschaftsvertrages dar. Diese Voraussetzungen sind beim zwischen den Parteien geschlossenen Bürgschaftsvertrag zu bejahen. Die Einkommens- und Vermögenslage des Beklagten ermöglicht ihm wegen seiner langjährigen Arbeitslosigkeit nicht einmal, für die laufenden Kreditzinsen aufzukommen."

264 **Stilistisch überzeugend** ist folgende Formulierung:

> *Der zwischen den Parteien geschlossene Bürgschaftsvertrag ist wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam. Er verstößt gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Es ist sittlich anstößig, einen einkommens- und vermögenslosen nahen Angehörigen krass zu überfordern. Der Beklagte ist aufgrund seiner langjährigen Arbeitslosigkeit in einer Einkommens- und Vermögenslage, die es ihm nicht einmal ermöglicht, für die laufenden Kreditzinsen aufzukommen.*

265 Zu achten ist auf eine **laienverständliche Sprache** (keine „Bandwurmsätze") mit **klarer und übersichtlicher Gedankenführung**. Dabei sind die **Schwerpunkte** auf die Kernprobleme des Prozessstoffes zu konzentrieren. Bei der Verwendung der **juristischen Fachsprache** sind den Parteien zumeist unbekannte Termini (z.B. GoA) möglichst zu vermeiden, da sonst die Überzeugungskraft des Urteils leidet.

> **Merke:** Es kommt maßgeblich darauf an, die unterlegene Partei zu überzeugen.

266 Um Überzeugung herbeizuführen, müssen sich die Entscheidungsgründe mit dem **gesamten tatsächlichen und rechtlichen Vorbringen** insbesondere der unterlegenen Partei auseinandersetzen. Sonst droht von vornherein fehlende Akzeptanz des Urteils, weil der Eindruck entsteht, das Gericht habe vorschnell geurteilt, ohne alle Argumente zu prüfen und zu berücksichtigen.

267 Es ist unbedingt darauf zu achten, dass die Entscheidungsgründe **nur tragende Erwägungen** beinhalten.[237] Alle sonstigen Streitpunkte können dahingestellt bleiben, **„zwar-aber-Formulierungen"** sind möglichst zu vermeiden, sofern nicht klausurtaktische Gründe ein knappes „Zwar" mit einem nachfolgenden ausführlichen „Aber" sachgerecht erscheinen lassen.

> **Merke:** Ausführungen, die für die im Tenor zum Ausdruck gebrachte Lösung des Streitfalles ohne jede Relevanz sind, sind überflüssig und deshalb verfehlt. Sie verkennen den Sinn der Entscheidungsgründe und nehmen ihnen die erforderliche klare Linie.

237 Thomas/Putzo/Seiler § 313 ZPO Rn. 27.

3. Vermutungen

Eine Beweisführung kann auch durch **Vermutungen** erfolgen, sodass beim Eingreifen einer Vermutung die Beweisbedürftigkeit der beweiserheblichen Tatsache entfällt. Es ist zwischen **gesetzlichen Vermutungen** (§ 292 ZPO) und **Anscheinsvermutungen (prima facie)** zu unterscheiden. Beide Vermutungsarten setzen sich aus einer **Vermutungsgrundlage** und einer **Vermutungsfolge** zusammen. Das Eingreifen der Vermutungsfolge setzt voraus, dass die Vermutungsgrundlage feststeht. Dies ist der Fall, wenn die Tatsachen der Vermutungsgrundlage unstreitig oder bewiesen sind.[1012] Die **Beweislast** für die Vermutungs**grundlage** liegt bei demjenigen, der sich auf das Eingreifen der Vermutung beruft. **839**

a) Gesetzliche Vermutungen

Gesetzliche Vermutungen können sich auf **Tatsachen** (z.B. in § 1117 Abs. 3 BGB auf die Übergabe des Hypothekenbriefes) und auf **Rechte** (z.B. auf das Eigentum in § 1006 Abs. 1 BGB) beziehen. Steht die Vermutungsgrundlage (z.B. in § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB der aktuelle Besitz) fest, ist es Sache des Vermutungsgegners, den **Beweis des Gegenteils** zu führen (§ 292 S. 1 ZPO), z.B. dass der Besitzer sein Eigentum während seiner Besitzzeit wieder verloren hat.[1013] **840**

Auf die Vermutung des § 1006 BGB können sich **auch Dritte** berufen.[1014]

> **Beachte:** Der **Beweis des Gegenteils** ist vom **Gegenbeweis**, bei dem die nicht beweisbelastete Partei Beweismittel gegen die Beweisführung des Beweispflichtigen benennt, zu unterscheiden.

Eine **Widerlegung** der Vermutung ist allerdings nur bei **widerlegbaren Vermutungen** (z.B. § 1006 Abs. 1 BGB[1015]) möglich, nicht aber bei **unwiderlegbaren Vermutungen** (wie beispielsweise bei der Gewahrsamsvermutung des § 739 ZPO[1016]). **841**

> **Merke:** Der Vermutungsgegner hat **zwei** Angriffsmöglichkeiten gegen eine (widerlegbare) gesetzliche Vermutung: Er kann die **Vermutungsgrundlage bestreiten** und/oder die **Vermutungsfolge widerlegen**.

Der **Beweis des Gegenteils** ist geführt, wenn die Vermutung **widerlegt** ist.[1017] Dies erfordert den Beweis der Unwahrheit einer vermuteten Tatsache oder des Nichtbestehens eines vermuteten Rechts. Beispielsweise kann die **Eigentumsvermutung** des § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB durch den Beweis widerlegt werden, dass mit dem (Eigenbesitz-)Erwerb kein Eigentumserwerb verbunden war.[1018] Diese Beweisführung des Vermutungsgegners erfolgt nach allgemeinen Regeln.[1019] **842**

1012 Thomas/Putzo/Seiler § 292 ZPO Rn. 3.
1013 Palandt/Herrler § 1006 BGB Rn. 8.
1014 BGH RÜ 2017, 423, 424; Palandt/Herrler § 1006 BGB Rn. 1.
1015 Vgl. dazu Palandt/Herrler § 1006 BGB Rn. 6.
1016 Vgl. dazu Thomas/Putzo/Seiler § 739 ZPO Rn. 9.
1017 Thomas/Putzo/Seiler § 292 ZPO Rn. 4.
1018 BGH NJW-RR 2005, 280, 281; Palandt/Herrler § 1006 BGB Rn. 7.
1019 Thomas/Putzo/Seiler § 292 ZPO Rn. 4.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist begründet.

Der Kläger ist Eigentümer des Gemäldes. Dies wird nach § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB ***widerlegbar vermutet****, da der Kläger das Gemälde seit seinem Besitzerwerb unstreitig in unmittelbarem Eigenbesitz hatte.*

Der Beklagte hat die Eigentumsvermutung des Klägers ***nicht widerlegt****. Er hat den ihm nach § 292 S. 1 ZPO obliegenden* ***Beweis des Gegenteils*** *nicht erbracht. Er hat nicht bewiesen, dass der Kläger nicht Eigentümer des Gemäldes ist. Sein Bestreiten des klägerischen Eigentums reicht dafür nicht aus. Damit greift der Beklagte lediglich die Vermutungsfolge an, ohne konkrete Tatsachen zur Widerlegung der Vermutung vorzutragen …*

b) Anscheinsvermutungen

843 Bei **Anscheinsvermutungen**[1020] wird wie bei gesetzlichen Vermutungen von einer feststehenden Grundlage auf einen bestimmten Erfolg geschlossen. Für sie gilt die Regelung des § 292 ZPO **nicht**.[1021] Es fehlt eine allgemeine gesetzliche Regelung zu Anscheinsvermutungen. Die vorzunehmende Schlussfolgerung basiert auf der **Lebenserfahrung**.[1022] § 371 a Abs. 1 S. 2 ZPO zeigt die **Struktur** einer Anscheinsbeweisführung. Derjenige, der sich auf den Beweis des ersten Anscheins beruft, hat die Erfahrungsgrundlage darzutun, der Vermutungsgegner braucht sie nicht (wie bei der gesetzlichen Vermutung) zu widerlegen, sondern sie nur zu **erschüttern**. Dies geschieht durch die Darlegung (und im Bestreitensfall durch den **Beweis**) der **ernsthaften Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs**.[1023]

844 Große Bedeutung haben Anscheinsvermutungen vor allem im Verkehrsunfallrecht.[1024] Beispielsweise wird bei einem **Auffahrunfall** im Straßenverkehr das Verschulden des Auffahrenden vermutet,[1025] die Entkräftung kann durch einen **feststehenden** im räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit dem Auffahrvorgang erfolgten Spurwechsel des Vordermannes erfolgen.[1026]

4. Schätzung

845 Nach § 287 Abs. 1 ZPO kann eine streitige Schadenshöhe vom Gericht geschätzt werden. Für eine solche Schätzung bedarf es feststehender, d.h. unstreitiger oder bewiesener **Berechnungsgrundlagen**.[1027] Die Schätzungsbefugnis des Gerichts macht nach pflichtgemäßem Ermessen eine Beweisaufnahme entbehrlich (§ 287 Abs. 1 S. 2 ZPO). Dies gilt nach § 287 Abs. 2 ZPO bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten auch bei anderen Forderungen, deren Höhe streitig ist, entsprechend, wenn eine vollständige Sachaufklärung so schwierig ist, dass sie **unwirtschaftlich** ist.

1020 Bisweilen auch tatsächliche Vermutung genannt, was aber zu einer Verwechslungsgefahr mit der gesetzlichen Vermutung einer Tatsache führt.

1021 BGH RÜ 2010,45; Thomas/Putzo/Seiler § 292 ZPO Rn. 3.

1022 Thomas/Putzo/Seiler § 286 ZPO Rn. 13.

1023 Thomas/Putzo/Seiler § 286 ZPO Rn. 13.

1024 Vgl. zum Rückwärtsausparken BGH RÜ 2016, 224; zu Ansprüchen aus einem Verkehrsunfall siehe das AS-Skript Materielles Zivilrecht in der Assessorklausur (2018), Rn. 263 ff.

1025 Palandt/Grüneberg Vorb. § 249 BGB Rn. 133.

1026 BGH RÜ2 2017, 145, 146.

1027 Thomas/Putzo/Seiler § 287 ZPO Rn. 5.