

Hinweise zur Anfertigung der Anwaltsklausur im Zivilrecht

Version Juni 2007

Erster Teil von RA Pascal Lippert¹ – Grundlagen

Zweiter Teil von RAin Dr. Nadja Hagendorn - Klausurtaktik

Der Präsident des Gemeinsamen Juristischen Prüfungsamtes der Länder Berlin und Brandenburg hat die Verwendung des vorliegenden Skriptes am 21. Juni 2007 gebilligt.

Er hat hinzugefügt, dass Anwälte mitunter auch andere als die im Skript vorgeschlagenen Möglichkeiten des Aufbaus und der Darstellung wählen; die in der zweiten juristischen Staatsprüfung tätigen Korrektoren sollten jedoch eine Klausur eines Prüflings, dessen Darstellung den Empfehlungen des Skripts entspricht, grundsätzlich nicht beanstanden.

¹ Lippert@hanselaw.de – www.hanselaw.de

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| Erster Teil: Grundlagen zur Fertigung der Anwaltsklausur | 3 |
| A) Allgemeines | 3 |
| B) Aufbau der Klausur | 4 |
| 1. Mandantenbegehren | 4 |
| 2. (Materielles) Gutachten | 4 |
| 3. Prozessuales Gutachten und prozesstaktische Erwägungen..... | 5 |
| 4. Schriftsatz oder Mandantenschreiben | 5 |
| I. Aufbau..... | 7 |
| II. Sachverhaltsermittlung und Prüfungsumfang..... | 7 |
| III. Prüfung der materiellen Rechtslage im Rahmen des Gutachtens | 7 |
| 1. Schlüssigkeitsprüfung / Substantiierungslast | 7 |
| 2. Verteidigungsmöglichkeiten des Gegners | 7 |
| IV. Umgang mit streitigen Tatsachen | 8 |
| 1. Beweislast | 9 |
| 2. Beweismittel (Merkwort: S A P U Z) | 9 |
| 3. Selbständiges Beweisverfahren | 10 |
| V. Bestimmung der Verfahrensart in den prozesstaktischen Erwägungen | 10 |
| 1. Mahnverfahren, §§ 688 ff ZPO | 10 |
| 2. Urkunden- und Wechselprozess § 592 ff ZPO | 11 |
| 3. Einstweiliger Rechtsschutz..... | 14 |
| 4. Schlichtungsverfahren..... | 19 |
| 5. Prozesskostenhilfe (PKH) | 19 |
| VI. Der Umgang mit Varianten der Leistungsklage..... | 21 |
| 1. Teilklage..... | 21 |
| 2. Haupt- und Hilfsantrag | 21 |
| 3. Stufenklage, § 254 ZPO | 21 |
| 4. Klage auf wiederkehrende/künftige Leistung, §§ 257 – 259 ZPO | 23 |
| 5. Unbezifferter Klagantrag | 23 |
| 6. Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO und Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO | 24 |
| 7. Freistellungsantrag (Freihaltungs-, Befreiungs- bzw. Freistellungsanspruch) 25 | |
| VII. Streitverkündung gem. § 72-74 ZPO | 26 |
| VIII. Auswahl des zuständigen Gerichts im Rahmen des prozessualen Gutachtens 27 | |
| IX. Anforderungen an die Klageschrift..... | 28 |
| 1. Vorgaben an Bezeichnung des Gerichtes sowie der Parteien des Streitgegenstand sowie des Streitwertes | 28 |
| 2. Eingangsformulierung | 28 |
| 3. Anträge..... | 29 |
| 4. Begründung der Klage | 30 |
| D) Klausur aus Beklagtensicht..... | 33 |
| I. Mandantenziel | 33 |
| II. Aufbau des Gutachtens - Beginn mit Zulässigkeit | 33 |
| III. Prüfung der Schlüssigkeit und der Einwendungen des Mandanten | 33 |
| IV. Prozessuales Gutachten und Prozesstaktische Erwägungen | 33 |
| 1. Widerklage, Drittwiderklage, Aufrechnung, Hilfsaufrechnung, | 34 |
| Hilfswiderklage | 34 |
| 2. Umgang mit Versäumnisurteil und Vollstreckungsbescheid/ Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand..... | 37 |
| 3. (Teil-)anerkennnis und Vertretungsanzeige | 38 |
| V. Vollstreckungsschutzantrag | 38 |
| VI. Klageerwiderung | 39 |
| Zweiter Teil: Klausurtaktik..... | 40 |
| A) Vorbemerkung | 40 |

| | |
|--|----|
| B) Die Klausursituation | 41 |
| I. Das Mandantengespräch | 41 |
| II. Die Rolle des Rechtsanwalts | 41 |
| C) Die Struktur der zivilrechtlichen Anwaltsklausur | 43 |
| I. Auslegung und Präzisierung des Mandantenbegehrens | 43 |
| II. Gutachten..... | 44 |
| 1. Formale Fragen..... | 44 |
| 2. Anspruchsaufbau | 46 |
| III. Anwaltliches Vorgehen | 49 |
| IV. Schriftsatz | 49 |
| 1. Konsequente Umsetzung des Gutachtens | 49 |
| 2. Anträge..... | 50 |
| 3. Sachvortrag..... | 52 |
| 4. Rechtliche Würdigung | 52 |
| D) Das Zeitmanagement..... | 54 |

Erster Teil: Grundlagen zur Fertigung der Anwaltsklausur

A) Allgemeines

Die Klausuren bestehen durchgehend aus einem Aktenauszug. Dieser beginnt häufig mit einem Aktenvermerk, der ein Mandantengespräch wiedergibt. Teilweise enthält die Akte die bisherige Korrespondenz der Parteien, Anwaltsschreiben oder sogar gerichtliche Schriftsätze. Die übermittelten Informationen gilt es entsprechend auszuwerten. Es ist darauf zu achten, dass nicht nur die vordergründig juristisch auswertbaren Informationen sondern auch Hintergrundinformationen betrachtet werden.

Zu unterscheiden sind die Klausuren nach der einzunehmenden Sichtweise. Es wird nach Klausuren aus Klägersicht (Angriffsklausur) oder nach Beklagtensicht (Verteidigungsklausur) differenziert. Die jeweilige Sichtweise determiniert in bestimmter Hinsicht die notwendige Vorgehensweise und auch den Aufbau der Klausur. Denkbar ist eine Kombination beider Sichtweisen, wenn ein Verteidigungsschriftsatz kombiniert mit einer Widerklage nach der Aktenlage zwingend erscheint.

Zu differenzieren ist auch nach der Verfahrenslage. Es können Klageverfahren bereits anhängig sein oder noch nicht. Möglich sind auch Klausuren, die eine Verteidigung im Zwangsvollstreckungsverfahren zum Inhalt haben oder im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes angesiedelt sind.

Im Bezirk des Kammergerichtes Berlin gibt es einen einheitlichen Bearbeitervermerk. Dieser lautet:

1. Beurteilen Sie in einem Vermerk die Rechtslage und erläutern Sie das zur Wahrnehmung der Interessen des Mandanten erforderliche Vorgehen. Entwerfen Sie den nach dem Ergebnis Ihres Vermerkes erforderlichen Schriftsatz an das Gericht, oder, falls ein solcher nicht angezeigt ist, ein entsprechendes Mandantenschreiben. Dabei sind unter konkreter Angabe der Bezugsstellen Verweisungen auf geeignete Teile des Vermerkes möglich (z.B. Einrücken durch Spitzklammern)

2. Ordnungsgemäße Vollmachten sind erteilt.

3. Es ist davon auszugehen, dass

a.) der Mandant keine weiteren Angaben zum Sachverhalt machen und

b.) von der Möglichkeit des § 44 BRAO kein Gebrauch gemacht werden kann.

4. Zugelassene Hilfsmittel sind: ...

Zum möglichen Leistungskanon einer Anwaltsklausur kann theoretisch eine Sachverhaltsdarstellung gehören, die es aber in Berlin nach allen vorliegenden Informationen grundsätzlich nicht geben soll. Es ist im für die Klausur-AG bereitgestellten Klausurfundus derzeit keine solche Klausur vorhanden und auch bisher nicht von einer geforderten Sachverhaltsdarstellung berichtet worden.

B) Aufbau der Klausur

Der Aufbau der Klausur soll nach folgendem Schema erfolgen, welches im Detail je nach Klausurtyp (Angriff- oder Verteidigungsklausur) zu modifizieren ist.

1. Mandantenbegehren

Zu beginnen ist mit der Formulierung des Mandantenbegehrens. Dabei ist die „Handakte“ sorgfältig auf die vom Mandanten geäußerten Aspekte abzusuchen. Dann sind die sich ergebenden Aspekte in kurzen Worten wiederzugeben. Beachtung sollte Hinweisen zur finanziellen Situation des Mandanten im Hinblick auf PKH gegeben werden. Auch können Aspekte aufzuzählen sein, die rechtlich keiner Durchsetzung zugeführt werden können. Bei einer Klausur aus Beklagten-sicht, kann die Formulierung des Mandantenbegehrens entfallen, wenn das Abweisungsbegehren offenkundig ist.

2. (Materielles) Gutachten

Das Gutachten bildet den Kern der Klausur. Obwohl die Bezeichnung materielles Gutachten gebräuchlich ist, sind auch prozessuale Aspekte darzulegen. Bei der Verteidigungsklausur hat das Gutachten mit der Prüfung der Zulässigkeit der vom Gegner eingereichten prozessualen Maßnahme – meist einer Klage – zu beginnen. Der Grund dafür ist, dass bei Unzulässigkeit der prozessualen Maßnahme die materielle Rechtslage in den Hintergrund treten soll.

Das Gutachten ist nicht zwingend im für das 1. Staatsexamen vorgeschriebenen Gutachtenstil zu verfassen. Es bestehen daher große Freiheiten bei der Abfassung. Es dürfte als gesichert gelten, dass eine Formulierung des Gutachtens im Urteilsstil als praktikabelste Form angesehen wird. Der gewählte Sprachstil sollte durchgehalten werden, um die Kompaktheit und Dichte der Darstellung nicht zu gefährden. Das Gutachten ist trotz des gewählten Urteilsstils aber dennoch nach Anspruchsgrundlagen zu sortieren und die für die jeweilige Anspruchsgrundlage übliche Prüfungsfolge einzuhalten.

Bei der Abfassung ist auch darauf zu achten, dass auf bestimmte Passagen im Wege des Verweises in einem zu entwerfenden Schriftsatz durch Spitzklammern (siehe Bearbeitervermerk unter *Allgemeines*) Bezug genommen werden kann. Dies setzt zwingend voraus, dass die Passagen keine für ein Gutachten mögliche aber für einen Schriftsatz unzulässige Teile (wie z.B. Namen statt Parteibezeichnungen) enthalten. Isolierte Rechtsausführungen im Gutachten ermöglichen ebenfalls geschickte Verweisungen.

Im Rahmen des Gutachtens muss auch auf Beweisfragen eingegangen und müssen entsprechende Prognosen getroffen werden. Obwohl es möglich und durchaus stringent wäre, wie in der Relation eine Beweisstation an die materiellrechtliche Prüfung anzufügen, wird in Berlin von diesem Umgang mit Beweisfragen abgeraten. Der Rat wird meist damit begründet, dass die zu verwendende Relationstechnik aufwendig ist und die Darstellung unübersichtlich zu erscheinen droht. Andererseits ist die Relation ein von Richtern verwendetes Instrument, um mit Beweisfragen souverän umzugehen. Der Einsatz kann daher nicht falsch sein. Die Fälle sind aber beweisrechtlich selten so kompliziert, dass die Vorteile der Relationstechnik im Gegensatz zur Einflechtung der Beweisfragen in die gutachterliche Darstellung sich effektiv auswirken. Eine isolierte Beweisstation wird somit nicht erwartet oder führt auch nicht zu einer privilegierten Bewertung. Es sollte daher punktuell im

Zusammenhang mit der jeweils streitigen Tatbestandsvoraussetzung die Darlegungslast, Beweislast und Beweisprognose erörtert werden.

Zitate aus Entscheidungen sind grundsätzlich nicht in das Gutachten aufzunehmen, denn sie können nur der Sekundärliteratur entnommen worden sein. Auch Zitate des bei der Fertigung der Klausur vorliegenden Kommentars sind nicht angezeigt.

3. Prozessuales Gutachten und prozesstaktische Erwägungen²

Im Anschluss an das materielle Gutachten ist vorbehaltlich eines umgekehrten Aufbaus wie im Falle der Verteidigungsklausur (vgl. D II.) die Zulässigkeit des Angriffsmittels - meist einer Klage - zu prüfen. Es sind dabei die üblichen Zulässigkeitsvoraussetzungen festzustellen bzw. zu erörtern. Dabei sollte besonderes Augenmerk auf die für die Fertigung des Schriftsatzes notwendigen Voraussetzungen gelenkt werden. Dazu gehört insbesondere die Zuständigkeit des anzurufenden Gerichts oder das für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage notwendige Feststellungsinteresse.

Als weiterer Abschnitt sind prozesstaktische Erwägungen aus Anwaltssicht anzustellen, indem die Möglichkeiten anwaltlicher Einflussnahme auf die Erfolgsaussichten des Vorgehens geprüft werden. Die prozesstaktischen Erwägungen sind ein Sammelbecken für verschiedene Aspekte. Zu Beginn der prozesstaktischen Erwägungen sollte die empfohlene Vorgehensweise mitgeteilt werden. Taktische Erwägungen können unterschiedlicher Art sein. So ist z.B. daran zu denken, ob ein Geschäftsführer einer GmbH abberufen werden soll, damit er als Zeuge benannt werden kann oder ein Anspruch zum Gewinn eines Zeugen abgetreten werden soll. Zwar kann eine solche Taktik von Richtern auch mißtrauisch betrachtet werden, andererseits liegt nach BGH in MRD 2003, 928f sogar ein Anwaltsverschulden vor, wenn eine vertretene GmbH nicht darauf hingewiesen wird, dass der Geschäftsführer auf diesem Wege eine Zeugenstellung erhalten könnte.

Das Erheben nur einer Teilklage um das Kostenrisiko zu minimieren oder das Stellen eines PKH-Antrages mit Schriftsatzentwurf zum „Testen“ des Gerichts gehören hierher. Welche Aspekte denkbar sind, kann nicht abschließend aufgezählt werden. Es sollte bei jeder Klausur nach taktischen Gesichtspunkten gesucht werden. Sofern ein taktisches Vorgehen erwogen wird, ist jedoch zu beachten, dass der Anwalt nicht nur Interessenvertreter sondern auch Organ der Rechtspflege ist. Versuche, dem Mandanten „trickreich“ mehr zu verschaffen, als ihm zusteht, wird daher negativ zu bewerten sein.

4. Schriftsatz oder Mandantenschreiben

Das Fertigen eines Mandantenschreibens dürfte die absolute Ausnahme sein. Grundsätzlich sind die Klausuren so gestaltet, dass das Fertigen eines Schriftsatzes aus Anwaltssicht die einzig vertretbare Vorgehensweise ist. Es sollte auf keinen Fall taktiert werden, indem auf ein einfaches Mandantenschreiben ausgewichen wird, obwohl sich ein Schriftsatz anbietet. Die Klausur soll die praktischen Fertigkeiten des Kandidaten abfragen. Es gibt für verschiedene meist verfahrensbestimmende Schriftsätze formale und inhaltliche Vorgaben, die unbedingt einzuhalten sind. Die ZPO gibt abgesehen von § 253 ZPO wenig Anhaltspunkte für formale Vorgaben. In der Praxis häufig verwendete Vorlagen liefern die gängigen Formularbücher. Auch

² Die Bezeichnung der Abschnitte zumindest im Hinblick auf das prozessuale Gutachten ist nicht festgelegt. Es muss lediglich zum Ausdruck gebracht werden, dass prozessuale Fragen wie die Zulässigkeit erörtert werden. Stehen mehrere Angriffsmittel zur Verfügung können sich prozessuale Fragen und Prozesstaktik auch vermischen.

wenn diese nicht alle Konstellationen erfassen, können sie als Grundlage dienen. Die Formulare sind zwar nicht unumstritten, enthalten aber im Zweifel die wesentlichen Formvorgaben und schützen vor Anfängerfehlern. Zur Vorbereitung der Klausuren sind die Formularbücher auch deshalb empfehlenswert, weil die einzelnen Formvorgaben meist kommentiert werden und daher nachvollziehbarer sind. Da die Klausuren von Richtern oder Anwälten korrigiert werden, welche äußerst erfahren im Lesen und schnellen Bewerten von Schriftsätzen sind, sollten die gängigen Standards beim Fertigen von Anträgen beherrscht und eingehalten werden. Dazu zählen auch Kleinigkeiten wie das richtige Nummerieren von Anlagen mit K1, K2 usw. für den Kläger und B1, B2 usw. für den Beklagten sowie der Hinweis bezüglich der notwendigen beigefügten Abschriften am Ende eines Schriftsatzes.

C) Klausur aus Klägersicht

I. Aufbau

Bei der Klausur aus Klägersicht ist vorrangig zu prüfen, ob dem Mandanten ein Anspruch zustehen kann. Erst danach sind prozessuale Voraussetzungen im Rahmen der prozesstaktischen Erwägungen darzulegen. Es ist daher nicht mit der Zulässigkeit einer Klage oder des sonst gewählten prozessualen Mittels zu beginnen.

II. Sachverhaltsermittlung und Prüfungsumfang

Der Anwalt ist zur umfassenden rechtlichen Prüfung des vom Mandanten mitgeteilten Sachverhalt verpflichtet. Diese Verpflichtung bildet sich auch in der Anwaltsklausur ab. Der Sachverhalt ist daher genau zu erfassen und es sind alle denkbaren Vorgehensweisen und damit alle in Betracht kommenden Ansprüche und Verteidigungsmittel zu prüfen. Anknüpfungspunkt ist stets der vom Mandanten geäußerte Wille. Möglich ist aber, dass mangels rechtlicher Kenntnisse des Mandanten sein Ziel unter Umständen auf anderem Wege zu erreichen ist, als von ihm explizit geäußert. Beachtung muss auch finden, wenn der Mandant z.B. bestimmte Beteiligte nicht in Anspruch nehmen möchte.

III. Prüfung der materiellen Rechtslage im Rahmen des Gutachtens

Das Gutachten soll dem Prüfer transparent machen, welche Gedanken der gewählten Vorgehensweise zugrunde gelegt wurden. Folgenden Aspekten sollten besondere Beachtung finden, weil sie wesentlich die Qualität anwaltlicher Tätigkeit bestimmen:

1. Schlüssigkeitsprüfung / Substantiierungslast

Die Schlüssigkeit des später zu fertigenden Vortrages hängt davon ab, ob alle Anspruchsvoraussetzungen der der Geltendmachung des Anspruches zugrundegelegten Anspruchsgrundlagen dargetan werden können. Der Mandantenvortrag ist daraufhin zu überprüfen, ob er Grundlage für substantiierten Vortrag sein kann. Vom Mandanten vorgebrachte Umstände können allerdings auch zu wagen sein, um als ausreichend substantiiertes Vortrag zu dienen. Dies muss der Anwalt unbedingt in seine Bewertung mit einbeziehen.

2. Verteidigungsmöglichkeiten des Gegners

Insbesondere die Vorgabe des „sichersten Weges“ erfordert es, naheliegende Verteidigungsmöglichkeiten des Gegners in die Bewertung mit einzubeziehen. Dazu gehört stets die mögliche Verjährung der in Frage stehenden Ansprüche.

Auch in diesem Zusammenhang kann es darauf ankommen, inwiefern die Angaben des Mandanten für einen substantiierten Vortrag ausreichen. Häufig ist schon aus der Akte erkennbar, was der Gegner vortragen wird. Es ergibt sich häufig eine Substantiierungslast auf einfaches Bestreiten hin. Dazu gilt folgendes:

Gesetzlicher Anknüpfungspunkt in § 138 Abs. 2 ZPO:

„Jede Partei hat sich über die vom Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären.“

Die Substantiierungslast ist stets abhängig vom Grad der Substantiierung des gegnerischen Vorbringens.

Zunächst muss der Kläger Tatsachen schlüssig vortragen, die den Anspruch stützen. Eine nähere Konkretisierung ist zunächst nicht erforderlich. Als Reaktion reicht ein einfaches Bestreiten aus. Daraufhin muss der Darlegungspflichtige konkreter vortragen. Erfüllt er diese Substantiierungslast, muss sich auch der Gegner substantiiert äußern (vgl. Greger in Zöller § 138 ZPO, Rn 8 – 8a).

Beispiel:

a) Kläger behauptet den Abschluss eines bestimmten Vertrages zwischen den Parteien.

b) Der Beklagte bestreitet das Zustandekommen des Vertrages (einfaches Bestreiten). Konkreter muss das Bestreiten ausfallen, wenn bereits in der Klageschrift substantiiertes auf das Zustandekommen eingegangen wurde. Der Kläger also Details zum Vertragsschluss vorgetragen hat. Ausnahmsweise kann den Beklagten auch die sogenannte „sekundäre Darlegungslast“ treffen. Dies ist dann der Fall, wenn aus Sicht des Gerichtes der Kläger außerhalb des vorzutragenden Geschehensablaufes steht und daher keine hinreichende Kenntnis von diesem besitzt (Zöller a.a.O. Rn 8c – Beispiel Patient nach der OP).

c) Der Kläger trägt Einzelheiten zum Zustandekommen des Vertrages vor.

d) Beklagter muss spätestens jetzt konkret in derselben Dichte, also „substantiiert“, bestreiten bzw. seinen Vortrag konkretisieren.

Es gilt daher stets die Rechtsfolge des § 138 Abs. 3 ZPO – „Unbestrittener Vortrag gilt als zugestanden“ – zu vermeiden.

Allerdings: Ersichtlich ins Blaue hinein aufgestellte Behauptungen, die den Gegner lediglich zur Preisgabe von fehlenden Informationen bewegen sollen, lösen keine Pflicht zur substantiierten Erwiderung aus. Dazu BGH NJW 1995, 2111:

„Es wird einer Partei häufig nicht erspart bleiben, im Zivilprozess Tatsachen zu behaupten, über die sie keine genaue Kenntnis haben kann, die sie aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich hält. Unzulässig wird ein prozessuales Vorgehen erst dort, wo die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürliche Behauptungen 'aufs Gratewohl' oder 'ins Blaue hinein' aufstellt. Anerkanntermaßen ist jedoch bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur das Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte rechtfertigen können.“

Zur Parallelproblematik des Ausforschungsbeweises vgl. Greger in Zöller Vor § 254 Rn 5.

IV. Umgang mit streitigen Tatsachen

Aus der Akte ergibt sich häufig, dass den Anspruch stützende Tatsachen bereits vorprozessual bestritten werden. Im Rahmen des Gutachtens muss dann auch festgestellt werden, für welche Tatsachen der Mandant beweisbelastet ist und welche Beweismittel ihm zur Verfügung stehen.

Sofern noch keine Beweisaufnahme stattgefunden hat, sind im Rahmen des

Gutachtens die Beweisfragen einzuflechten. Dabei wird stets eine vorsichtige Beweisprognose vorzunehmen sein.

Sollte die Akte ein Protokoll einer Beweisaufnahme enthalten, so muss eine an § 286 ZPO orientierte Einschätzung einer möglichen Bewertung durch das Gericht erfolgen.

1. Beweislast

Die Beweislast trägt grundsätzlich, soweit es sich nicht um allgemein- und gerichtskundige Tatsachen handelt, der Anspruchsteller für die ihm günstigen anspruchsbegründenden und anspruchserhaltenden Tatsachen. Der Gegner hingegen trägt die Beweislast für die rechtshindernden und –vernichtenden Einwendungen und die rechtshemmenden Einreden (vgl. BGH NJW 1986, 2426 f).

Ausdrückliche Regelungen zur Beweislast finden sich z.B. in §§ 363, 2336 Abs. 3 oder auch in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Außerdem sind Tatsachen- und Rechtsvermutungen (z.B. §§ 891, 1006 BGB) geregelt. Tatsachen- und Rechtsvermutungen sind nach § 292 ZPO grundsätzlich widerlegbar. Zudem hat der Anwalt in wichtigen Fallgruppen die gesetzliche Beweislastverteilung nach dem Regel-Ausnahme-Verhältnis zu beachten. Im Bereich der Produkthaftung und im Arzthaftungsrecht (z.B. für den Kausalzusammenhang bei groben Behandlungsfehlern) ist eine Beweislastumkehr für einzelne oder mehrere Anspruchsvoraussetzungen zu beachten. Davon zu unterscheiden sind sogenannte „tatsächliche Vermutungen“. Dazu zählt der Rückschluss auf die verwerfliche Gesinnung bei einem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (vgl. BGH NJW 2001, 1127 (1129) oder Vermutung der Wiederholungsgefahr bei einmaligen Verstoß im Wettbewerbsrecht (vgl. BGH NJW 1994, 1281 (1283) dazu Greger in Zöller Vor. § 284 Rn 33).

2. Beweismittel (Merkwort: S A P U Z)

Als Beweismittel regelt die ZPO:

Sachverständige (§§ 402 ff ZPO), Augenschein (§§ 371 ff ZPO), Parteivernehmung (§§ 445 ff ZPO), Urkunden (§§ 415 ff ZPO), Zeugen (§§ 373 ff ZPO).

Zeuge kann aber nur sein, wer nicht Partei des Rechtsstreites ist, Sachverständige sind letztlich austauschbar, denn sie vermitteln dem Gericht Fachkunde zur Beurteilung von Tatsachen. Parteivernehmungen sind nur zur Führung des Hauptbeweises zulässig und gegenüber anderen Beweismitteln subsidiär. Es gilt § 447 ZPO zu beachten, wonach die beweisbelastete Partei selbst zu Umständen grundsätzlich nur vernommen werden kann, wenn der Gegner zustimmt. Es kann allerdings eine Parteivernehmung von Amts wegen nach § 448 ZPO erfolgen.

Zu beachten sind auch bestimmte normierte richterliche Informationsbeschaffungsrechte, auf die ggf. der Anwalt im Schriftsatz hinweisen kann. Nach §643 ZPO kann beispielsweise ein Richter im Unterhaltsprozess von sich aus von den Parteien Auskünfte und Belege über Einkünfte, Vermögen etc. verlangen, und falls eine Partei dem nicht nachkommt, Auskünfte bei Arbeitgebern, Sozialversicherungsträgern usw. von Amts wegen einholen. Dies geht weiter als der in §1605 BGB normierte Anspruch. Auch nach §144 ZPO kann das Gericht von Amts wegen die Einnahme des Augenschein oder die Begutachtung durch Sachverständige anordnen. Ebenso nach §§ 142, 143 ZPO die Vorlage von Urkunden und sonstigen Unterlagen, auf die sich eine Partei selbst bezogen und die

sie in Besitz hat. Es sollte aber beachtet werden, dass das Gericht nicht zur Wahrnehmung dieser Möglichkeiten gezwungen werden kann. Die Prozesstaktik sollte daher nicht bedenkenlos darauf gestützt werden.

Im Rahmen der prozesstaktischen Erwägungen sollte – sofern es nach der Akte denkbar erscheint – geprüft werden, ob Zeugen „geschaffen“ (z.B. durch Forderungsabtretungen) oder „ausgeschaltet“ (z. B. durch subjektive Klagehäufungen) werden können.

Im Verkehrsrecht ist es schon als Standard anzusehen, dass der Fahrer, der Halter und die gegnerische Versicherung (beachte § 1 PflVersG) verklagt werden, um den Fahrer als Zeugen auszuschalten.

Beachtet werden müssen allerdings auch eventuelle Beweisverwertungsverbote. Ein häufig auftretender Fall ist das heimliche Mithören oder die Aufzeichnung von Telefonaten. Das geheime Mithören stellt eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Sprechenden dar und führt nur innerhalb sehr enger Grenzen zu einer Verwertbarkeit so gewonnener Beweismittel. Grundsätzlich muss ein Sprechender bei einem Telefonat nicht damit rechnen, dass das Gespräch mitgehört oder gespeichert wird. Der Schutz besteht insbesondere deshalb, da der Sprechende sich in einer vertraulichen Sphäre glaubt und so unter Umständen zwischen vertraulichen und weniger vertraulichen Inhalten unvermittelt wechseln kann. Lediglich wenn die Interessen einer Partei an der Beweissicherung massiv überwiegen, kann eine entsprechende Verwertung zulässig sein. Das Interesse an der zivilrechtlichen Beweisbarkeit von mündlichen Äußerungen allein überwiegt nicht, da der Beweisbelastete durch die Art der Korrespondenz zumindest Einfluss auf seine Beweislage nehmen kann und damit nicht völlig schutzlos dasteht (vgl. BVerfG 1 BvR 1611/96 und 1 BvR 805/98 Beschlüsse vom 9.10.2002).

3. Selbständiges Beweisverfahren

Soweit der Sachverhalt Anlass dazu bietet, kann auch ein Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens zu nach §§ 485 ff ZPO angezeigt sein.

Die Zustellung dieses Antrages hemmt nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB die Verjährung. Diese endet jedoch sechs Monate nach Zustellung des Gutachtens bzw dessen ergänzender Erläuterung, § 204 Abs. 2 BGB.

V. Bestimmung der Verfahrensart in den prozesstaktischen Erwägungen

Stets sind die gängigen Verfahrenstypen für die Durchsetzung des gutacherlich betrachteten Anspruches in Betracht zu ziehen. Es kann auch in Klausuren vorkommen, dass die Mandanten bereits ein Verfahren begonnen haben und der Anwalt in das Verfahren eintritt. Denkbar ist auch, dass ein Einstieg über ein Wiedereinsetzungsverfahren gewählt wird. Neben der klassischen Klage sollten die Spezifika folgender Verfahrensarten beherrscht werden:

1. Mahnverfahren, §§ 688 ff ZPO

Das Mahnverfahren wird in der Praxis gerade von Mandanten häufig zur Titulierung von Ansprüchen genutzt. Der Anwalt wird dann meist erst konsultiert, wenn ein Widerspruch vorliegt. Für Klausuren bietet sich ein Vorgehen im Wege des Mahnbescheides wegen der fehlenden Notwendigkeit, einen verfahrensbestimmenden Schriftsatz zu fertigen, nicht an. Eine Klageschrift ist häufig meist schon deshalb die bessere Vorgehensweise, weil mit dem Bestreiten des Anspruchs durch

den Gegner zu rechnen ist. Dennoch sind Einstiege auch nach Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid gängige Klausurthemen.

2. Urkunden- und Wechselprozess § 592 ff ZPO³

a) Allgemeines

Der Urkundenprozess dient dazu, einem Kläger, der die anspruchsbegründenden Tatsachen durch die Vorlage von Urkunden unmittelbar beweisen kann, schnell zu einem Titel zu verhelfen. Nach § 595 ZPO ist neben dem Urkundenbeweis in engen Grenzen allerdings auch hinsichtlich der Echtheit von Urkunden und hinsichtlich nicht anspruchsbegründender Tatsachen die Parteivernehmung möglich. Nicht statthaft ist allerdings eine Parteivernehmung von Amts wegen nach § 448 ZPO. Das Verfahren teilt sich in zwei Abschnitte: Das Vorverfahren, das den eigentlichen Urkundenprozess bildet und das Nachverfahren, in dem die Beschränkungen hinsichtlich der Beweismittel des Vorverfahrens aufgehoben werden. Vor- und Nachverfahren sind Abschnitte eines einheitlichen Prozesses.

Obsiegt der Kläger im Vorverfahren erlangt er einen vorläufig ohne Sicherheitsleistung vollstreckbaren Titel. Sollte der Kläger später im Nachverfahren unterliegen, haftet er allerdings nach §§ 600 Abs. 2, 304 Abs. 4 Satz 2-4 ZPO dem Beklagten im Falle erfolgter Vollstreckung auf Schadenersatz.

Im Urkundenprozess ist eine Widerklage nach § 595 Abs. 1 ZPO nicht statthaft. Möglich ist aber die Aufrechnung. Dies gilt auch für die Hilfsaufrechnung (vgl. BGHZ 80,99).

Aus Anwaltssicht sollte die Einreichung einer Klage im Urkundenprozess stets geprüft werden. Übersieht der Anwalt die Möglichkeit des Urkundenprozesses, sind Regressansprüche denkbar (vgl. BGH NJW 94, 3295 = JZ 95, 467).

Nach § 46 Abs. 2 ArbGG ist der Urkundenprozess vor den Arbeitsgerichten ausgeschlossen.

Der Kläger kann nach § 596 ZPO jederzeit bis zum Ende der mündlichen Verhandlung vom Urkundenprozess Abstand nehmen und somit eine eventuelle Klageabweisung nach § 597 Abs. 2 ZPO verhindern. Dies ist zu empfehlen, wenn der Kläger merkt, nicht alle anspruchsbegründenden Tatsachen durch Urkunden belegen zu können.

b) Zulässigkeit der Klage im Urkundenprozess

aa) Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen

Für den Urkundenprozess gelten die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen der ZPO. Lediglich Sondervorschriften modifizieren die allgemeinen Regelungen.

bb) Besondere Prozessvoraussetzungen

(a) Statthaftigkeit des Urkundenprozesses

Der geltendgemachte Anspruch muss sich nach § 592 S. 1 ZPO auf die Zahlung eines bestimmten Geldbetrages oder auf Leistung einer bestimmten Menge anderer

³ Zur Vertiefung: Schröder, JA 1993, 230ff

vertretbarer Sachen oder Wertpapiere beziehen. Daneben ist die Durchsetzung der Duldung der Zwangsvollstreckung aus einem Grundpfandrecht nach § 592 S. 2 ZPO statthaft. Nicht statthaft ist die Klage gerichtet auf Unterlassung, auf Vornahme einer Handlung, auf Herausgabe bestimmter Gegenstände oder auf Übertragung von GmbH-Anteilen.

(b) Erfordernis formeller Bezeichnung

Die Klage im Urkundenprozess muss als solche bezeichnet werden. Dies ist besondere Prozessvoraussetzung und ergibt sich aus § 593 Abs. 1 ZPO. Dies kann durch die Überschrift „Klage im Urkundenprozess“ erfolgen. Fehlt es an einer solchen Bezeichnung, soll dies analog § 263 ZPO nachgeholt werden können. In der Regel ist diese Klageänderung aber nicht sachdienlich (vgl. Greger in Zöller, ZPO § 593 Rn 3; BGHZ 69, 66 – Übergang möglich; anders noch RGZ 79,71). Das Urkunden-verfahren kann auch gem. § 703a ZPO durch ein Mahnverfahren eingeleitet werden.

c) Urkundenerfordernis auch bei unbestrittenen oder anerkannten Umständen ? – Keine Klage ohne Urkunde

Nach § 592 S. 1 ZPO müssen für die Statthaftigkeit der Klage alle anspruchsbegründenden und damit die für die Schlüssigkeit der Klage erforderlichen Tatsachen durch die zulässigen Beweismittel, also durch Urkundenbeweis, bewiesen werden können.

Nicht erfasst sind hingegen Tatsachen, die verfahrensrechtliche Gründe betreffen. Die Prozessvoraussetzungen werden damit von Amts wegen im Wege des Freibeweises geprüft (vgl. Greger in Zöller, § 592 Rn 9).

Eine weitere Einschränkung erfährt das Urkundenerfordernis durch den Umstand, dass unstreitiger oder zugestandener Vortrag nicht bewiesen werden muss. Es gilt grundsätzlich die Fiktion des § 138 Abs. 3 ZPO. Dem Wortlaut des § 592 ZPO wird eine Bezugnahme auf die allgemeinen Beweisvorschriften der ZPO entnommen. Jedoch ist umstritten, ob dennoch für bestimmte Umstände trotz fehlender Beweisbedürftigkeit, die Tatsachen durch Urkunden belegbar sein bzw. überhaupt Urkunden vorhanden sein müssen (vgl. Greger in Zöller, ZPO, § 592 Rn 11). Der BGH lässt es für die Statthaftigkeit ausreichen, wenn überhaupt eine Urkunde vorgelegt wird, die sich auf die Klageforderung bezieht (vgl. BGHZ 62, 286). Die Vorlage einer „Grundurkunde“ mit Bezug zur Klageforderung reicht dann aus, um bei im übrigen nicht beweisbedürftigen Tatsachen die Klage im Urkundenprozess als statthaft erscheinen zu lassen. Die Vorlage weiterer Urkunden für alle die Schlüssigkeit stützenden Tatsachen, ist dann nicht mehr unbedingt erforderlich.

Achtung bei VU: Nach § 597 Abs. 2 ZPO darf ein VU im Urkundenprozess nur erlassen werden, wenn im Termin alle Urkunden – unabhängig, ob sie sich auf streitige oder unstreitige Tatsachen beziehen – im Original vorgelegt werden. Wenn Urkunden oder Abschriften erst im Termin, in dem der Beklagte säumig ist, erstmalig vorliegen (z.B. weil eine Grundakte beigezogen wurde) kann nach § 335 Nr. 3 ZPO kein VU ergehen, da § 593 Abs. 2 S. 2 ZPO nicht beachtet wurde (vgl. JA 1993 230 (232)). Danach muss zwischen Übersendung der Abschrift an den Gegner und der mündlichen Verhandlung eine Einlassungsfrist vom Gericht eingeräumt werden .

d) Notwendiger Aussagegehalt der Urkunden

Nicht jede Urkunde ist geeignet, das Vorlageerfordernis zu erfüllen und damit die

Statthaftigkeit auszulösen. Grundsätzlich kommen aber zunächst alle Schriftstücke in Frage. Es ist zwischen Urkunde selbst und deren Echtheit zu unterscheiden (vgl. Greger in Zöller § 593 Rn 15, § 596 Rn 7). Es sollen daher auch einfache Ausdrücke insbesondere von elektronischen Dateien ohne Notwendigkeit der Unterzeichnung zunächst ausreichend sein (vgl. Greger a.a.O. § 593 Rn 15). Vom BGH abgelehnt wird allerdings die Vorlage von Fotokopien (vgl. BGH NJW 92, 829; a.A. Greger a.a.O Rn 15). Als Urkunden kommen nicht nur Schuldversprechen und Schuld- anerkennnisse in Betracht, sondern auch schriftlich niedergelegte Verträge jeder Art, sofern sich alle anspruchsbegründenden Tatsachen – so auch die Fälligkeit (!) – aus der Urkunde ergeben. In der Klagebegründung soll es ausreichend sein, das Zustandekommen der Urkunde darzustellen. In der Replik des Klägers auf den Beklagtenvortrag muss darauf geachtet werden, dass die rechtsvernichtende Einwendungen stützenden Tatsachen bestritten werden, um die eventuelle Nichtstatthaftigkeit vom Beklagten eingeführter Beweismittel herbeizuführen. Werden die der Einwendung zugrundeliegenden Tatsachen nicht bestritten, kommt es auf die Statthaftigkeit der vom Beklagten eingeführten Beweismittel wegen der Geständnisfiktion in § 138 Abs. 3 ZPO nicht mehr an (vgl. BGH WM 1974, 487; 1985, 739).

Nicht statthaft sind Urkunden, deren Erstellung der Umgehung der Beschränkung auf den Urkundenbeweis dienen sollen. Dies betrifft privatschriftliche Zeugenerklärungen, da es sich nicht um eine zulässige Vernehmungsurkunde sondern um einen selbstgefertigten Ersatz handelt. Der Aussagegehalt ergibt sich bei selbstfixierten Erklärungen aus § 416 ZPO. Jede Urkunde, die lediglich einen Ersatzbeweis darstellt, fällt somit aus (vgl. Greger in Zöller § 593 Rn 16 – zu Vernehmungsurkunden von Gerichten beachte aber Rn 15; sie können statthaft sein).

e) Das Nachverfahren und die Bindungswirkung

Sofern sich der Beklagte gegen die Klage wehrt, ist ihm die Wahrung seiner Rechte im Nachverfahren nach § 599 Abs. 1 ZPO von Amts wegen zu gewähren. Dennoch wird die „Wahrung der Rechte“ häufig unnötigerweise beantragt. Das Nachverfahren beginnt mit dem Ausspruch nicht der Rechtskraft des Vorbehaltsurteils. Zur Fortsetzung ist ein Terminantrag zu stellen, den üblicherweise der Beklagte stellt. Im Nachverfahren entfallen hinsichtlich der Beweismittel alle Beschränkungen des Urkundenprozesses. Dennoch entfaltet das Vorbehaltsurteil im Nachverfahren unter Umständen nach § 318 ZPO eine im Einzelnen heftig umstrittene Bindungswirkung. Sofern im Vorverfahren die Schlüssigkeit der Klage angenommen wird, soll eine erneute Prüfung der Schlüssigkeit im Nachverfahren nach der Rspr. entfallen (vgl. Greger in Zöller ZPO, § 600 Rn 19-20 m.w.N.). Dies soll z.B. auch dann gelten, wenn im Vorverfahren eine Verstoß gegen AGB-Regelungen vom Gericht übersehen wurde (vgl. BGH NJW 1991, 1117). Es bliebe lediglich der Weg der Berufung gegen das Vorbehaltsurteil. Dies soll auch für Einwendungen des Beklagten gelten, die wegen Unschlüssigkeit, Unerheblichkeit oder sachlicher Unbegründetheit (auch fehlende Substantiierung) zurückgewiesen wurden (vgl. BGH NJW 1973, 467). Aus diesem Grund kann es strategisch angezeigt sein im Vorverfahren zunächst nur Abweisung zu beantragen und den Vortrag für das Nachverfahren aufzusparen (vgl. BGH NJW 1988, 1468). Teilweise wird auch ein Anerkenntnis als zulässig angesehen, wenn später noch Einwendungen erfolgen sollen (vgl. BGH NJW 1992, 254 (256); auch Greger in Zöller § 600 Rn 16a). Letzteres kann im Hinblick auf die Kosten sinnvoll erscheinen.

f) Tenorierungen im Nachverfahren

„Das Vorbehaltsurteil wird aufgehoben und die Klage abgewiesen“

„Das Vorbehaltsurteil wird im Nachverfahren aufrechterhalten“

g) Schriftsatz im Urkundenprozesses

Bezeichnung: „Klage im Urkundenprozess“

Urkunden müssen zunächst als Abschrift oder im Original nach § 593 Abs. 2 ZPO beigelegt werden. Für den Vortrag reicht es, das Zustandekommen der Urkunden zu erläutern. Für die Echtheit der Unterschrift kann wegen § 595 Abs. 2 ZPO Parteivernehmung angeboten werden.

Auf Beklagtenseite kann wie folgt beantragt werden, wenn keine Einwendungen gegen die Statthaftigkeit und auch keine Urkunden, die dem Klägervortrag entgegengesetzt werden können, vorliegen:

„Der Beklagte wird seine Einwendungen erst im Nachverfahren geltend machen. Er erkennt daher den Klageanspruch unter Vorbehalt seiner Rechte im Nachverfahren an. Falls das Gericht ein solches Anerkenntnis nicht für zulässig halten sollte, widerspricht der Beklagte dem Anspruch und beantragt,

1. Die Klage abzuweisen ...“

3. Einstweiliger Rechtsschutz

Ein Vorgehen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes muss vom Anwalt stets in Betracht gezogen werden. Es ist zwischen dem Arrest (§ 916 ff ZPO) und der einstweiligen Verfügung (§§ 935, 940 ZPO) zu unterscheiden. Nach § 936 ZPO entspricht der Verfahrensgang der einstweiligen Verfügung dem des Arrestes. Das Eilverfahren darf die Hauptsache nicht vorwegnehmen, so dass lediglich vorläufige meist auf Sicherung gerichtete Entscheidungen erlangt werden können. Im Rahmen des Eilverfahrens kann das Gericht nach § 922 ZPO dem Gesuch durch Beschluss (ohne mündliche Verhandlung) oder durch Urteil (mit mündlicher Verhandlung) stattgeben. Nach der gewählten Entscheidungsform richten sich dann auch die Rechtsmittel (Widerspruch oder Berufung) im Eilverfahren. Es gibt zahlreiche spezielle Regelungen, die den Vorschriften in § 916 ff ZPO vorgehen, diese ergänzen oder darauf verweisen. So z.B. für familienrechtliche Ansprüche nach §§ 620-621, 641d, 644 ZPO (einstweilige Anordnung genannt) oder nach dem GewSchG, wo auch FGG-Regelungen Anwendung finden können. Auch im Arbeitsrecht verweist das ArbGG auf die ZPO. Die Parteien sind im Eilverfahren durchgehend als Antragssteller und Antragsgegner zu bezeichnen. Von besonderer Bedeutung ist, dass der Antragssteller verpflichtet ist, sofern sich der Arrest oder die einstweilige Verfügung als unrechtmäßig erweist, die durch ihre Vollziehung entstandenen Schäden nach § 945 ZPO zu ersetzen.

a) Arrest

Der Arrest dient der Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen und ist stets Mittel der Wahl, wenn eine Titulierung in einem Hauptsacheverfahren zu lange dauern würde. Die §§ 916-927 ZPO regeln das „Erkenntnisverfahren“, während in §§ 928-934 ZPO die Vollziehung und damit das „Wie“ der Vollstreckung

geregelt ist. Der Grundsatz ergibt sich aus §§ 928, 930 Abs. 1 ZPO, wonach eine Pfändung aufgrund des dinglichen Arrestes erfolgen kann. Das Gesetz unterscheidet den dinglichen Arrest und den persönlichen Arrest. Der persönliche Arrest ist ein Sonderfall und ist nur in wenigen Ausnahmefällen denkbar, da er die Inhaftnahme des Schuldners ermöglicht.

Der Antrag im Falle des dinglichen Arrestes kann wie folgt lauten:

„Wegen einer Geldforderung des Antragsstellers in Höhe von € 120.000,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten p.a. seit dem tt.mm.jjjj wird der dingliche Arrest in das Vermögen des Antragsgegners angeordnet.“

Wenn bekannt ist, welche Vermögenswerte beim Antragsgegner vorhanden sind, kann auch eine Pfändung eines spezifischen Gegenstandes zusätzlich beantragt werden. Eine Zustellung des Arrestes vor der Pfändung an den Antragsgegner ist wegen § 929 Abs. 3 ZPO zunächst nicht erforderlich:

„In Vollziehung des Arrestes wird das im Eigentum des Antragsgegners stehende Gemälde „Röhrender Hirsch“ von X,Y ... gepfändet. Der Antragsgegner hat sich jeder Verfügung über den bezeichneten Gegenstand zu enthalten.“

Der persönliche Arrest kann in Form einer Meldepflicht, des Hausarrestes, der Wegnahme des Reisepasses oder eines Auslandsvisum sowie durch Inhaftnahme vollzogen werden. Der Antrag kann wie folgt lauten:

„1. Wegen einer Geldforderung von € 120.000,00 nebst ... wird der persönliche Sicherungsarrest gegen den Antragsgegner angeordnet.

2. In Vollziehung des Antrages zu 1 wird die Haft gegen den Antragsgegner verhängt.“

b) Einstweilige Verfügung

Weit häufiger in der Praxis ist jedoch die einstweilige Verfügung zur vorläufigen Regelung eines streitigen Rechtsverhältnisses nach §§ 935, 940 ZPO. Das Gesetz differenziert zwar in eine Sicherungs- und eine Regelungsverfügung, in der Praxis werden die verschiedenen Formen nicht immer genau abgegrenzt. Es wird dann schlicht auf §§ 935, 940 ZPO verwiesen.

Die Sicherungsverfügung nach § 935 ZPO dient der Sicherung von Ansprüchen, die nicht auf einen konkreten Zahlungsanspruch richten. Erfasst sind damit Ansprüche auf Handlung, Duldung oder Unterlassung. Hierher gehört auch die Eintragung einer Vormerkung. Eine einstweilige Verfügung kann auch im Falle des drohenden Doppelverkaufs durch den Anspruchsgegner die Rechtsposition des Käufers sichern (obwohl häufig als Beispiel genannt a.A. OLG Frankfurt NJW RR 1997,77; OLG Schleswig MDR 2000, 1428; OLG Brandenburg MDR 1998,98). Zu denken ist auch an die Sequestrierung von Eigentumsvorbehaltware, wenn diese verschleudert zu werden droht (vgl. Vollkommer in Zöller, ZPO § 935 Rn 9).

Auch kann die Herausgabe aufgrund von Besitzschutzvorschriften, Zahlung in Fällen des § 1615 o BGB (Kindesunterhalt) oder, wenn der Gläubiger dringend darauf angewiesen ist, Kosten für Heilbehandlungen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verlangt werden.

Im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes aber auch bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen richtet sich der Antrag häufig auf Unterlassung.

Beispiel:

„1. Der Antragsgegner hat es zu unterlassen, gegenüber Dritten wörtlich oder sinngemäß zu behaupten, dass der Antragssteller Umgang mit Prostituierten habe.“ oder „... im geschäftlichen Verkehr zu behaupten, die besten Croissants der Hauptstadt anzubieten.“

2. Dem Antragsgegner wird angedroht, dass für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die unter 1. beantragte Verpflichtung ein Ordnungsgeld bis zu € 250.000,00 und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft bis zu 6 Monaten festgesetzt werden kann.“

Hinsichtlich der Antragsformulierung ist im jeweiligen Einzelfall genau zu prüfen, ob der Antrag genau genug ist. Der Antrag muss die für eine Vollstreckung hinreichende Bestimmtheit aufweisen und sich auf eine einstweilige Regelung beziehen. Ist der Antrag zu unbestimmt, führt dies zur Zurückweisung des Antrages wegen Unzulässigkeit. Bei abstrakten Formulierungen ist daher Vorsicht geboten. Es kann bei einem auf eine Unterlassung gerichteten Antrag auf bereits begangene Verletzungshandlungen abgestellt werden. Ein solcher Antrag gilt als hinreichend bestimmt (vgl. BGH GRUR 2002, 75 – „sooo...billig!“). Nach der sogenannten Kerntheorie sollen dann auch mit der konkreten Verletzungshandlung sehr ähnliche Verhaltensweisen erfasst sein. Die Einbindung von Abbildungen oder das Beifügen von Daten- oder Tonträgern ist möglich, sofern eine Verbindung mit dem Titel erfolgen kann. Unter sehr engen Voraussetzungen ist auch die Bezugnahme auf ein Videoband zugelassen worden (vgl. GRUR 2002, 228 - Musical-Gala).

c) Weitere Anforderungen an den Antrag und Vortrag

Voraussetzung für den Erlass eines Arrestes aber auch der einstweiligen Verfügung ist stets das Bestehen eines Arrest- bzw. Verfügungsanspruches und eines Arrest- bzw. Verfügungsgrundes. An dieser Zweigliedrigkeit sollte der Vortrag in der Antragschrift orientiert werden. Der Antrag im Eilverfahren darf die Hauptsache nicht vorwegnehmen. Dies wird häufig durch das Wort „einstweilen“ im Antrag zum Ausdruck gebracht. Nicht außer Acht gelassen werden darf auch das eventuelle Nebeneinander von Eil- und Hauptverfahren mit ebenfalls parallel laufenden Rechtsmitteln. Klausurrelevant sind insbesondere auch die auf §§ 771 und 767 ZPO gerichteten Eilverfahren, die begonnene Vollstreckungsmaßnahmen einstweilen stoppen sollen.

d) Zuständigkeit

Die Zuständigkeit im Eilverfahren richtet sich gemäß § 937 Abs. 1 ZPO nach der Zuständigkeit in der Hauptsache. In diesem Zusammenhang ist auf § 105 UrhG hinzuweisen, der die Landesregierungen ermächtigt, spezielle Zuständigkeitsregelungen bezüglich der jeweils zuständigen Amts- und Landgerichte zu treffen.

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes neben § 12 ff ZPO insbesondere wie im Deliktsrecht aus § 32 ZPO und knüpft damit an den Ort der Begehung an. Es ist auch ein sogenannter fliegender Gerichtsstand

möglich, wenn die Verletzung z.B. im Falle des Vertriebs von Büchern an verschiedenen Orten stattfindet (st. Rspr. vgl. OLG Stuttgart GRUR 1954, 131; OLG München GRUR 1984, 830). Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach den allgemeinen Regeln.

e) Verfügungsgrund

Der Verfügungsgrund besteht in der objektiv zu begründenden Besorgnis, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes oder eine Fortsetzung oder die Aufnahme von Handlungen die Verwirklichung eines Rechtes des Gläubigers vereitelt oder wesentlich erschwert werden oder ein rechtswidriger Zustand aufrechterhalten wird. Häufig ist eine besondere Dringlichkeit einer Maßnahme darzulegen.

f) Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs

Der Verfügungsanspruch ist glaubhaft zu machen. Es gelten für das Eilverfahren sprachliche Besonderheiten. Der Verletzte ist in dem Verfahren nicht Kläger sondern Antragssteller. Statt eines Beweisangebotes sind die darlegungspflichtigen Tatsachen durch eidesstattliche Versicherung glaubhaft zu machen.

Der den Verfügungsantrag begründende Vortrag ist sorgsam zu erstellen. Das Gericht entscheidet nämlich aufgrund der Antragschrift, ob es eine Beschlussverfügung erlässt oder einen Termin anberaumt, auf den dann eine Urteilsverfügung ergehen kann.

Umstritten ist, ob sich die Glaubhaftmachung auch auf das Nichteingreifen möglicher Einwendungen (so OLG Karlsruhe GRUR 1987, 845; a.A. KG WRP 1978, 819) richten muss. Die Glaubhaftmachung wird sich dann aber nur auf Einwendungen beziehen müssen, die aufgrund der Umstände naheliegend erscheinen.

g) Besonderheit der mündlichen Verhandlung

Sofern das Gericht keine Beschlussverfügung erlässt, findet eine mündliche Verhandlung statt, für die Besonderheiten gelten. Es gilt der Grundsatz präsenter Beweismittel. Sofern Lücken in der Glaubhaftmachung bestehen, sind diese im Termin z.B. durch präsente Zeugen oder aber auch durch eine zu Protokoll gegebene eidesstattlichen Versicherung der Partei zu schließen. Späterer Vortrag ist grundsätzlich nicht mehr möglich.

h) Vollziehung der Einstweiligen Verfügung

Erght eine auf Unterlassung gerichtete einstweilige Verfügung im Urteils- oder Beschlusswege entfaltet sie ohne Vollziehung durch den Antragssteller zunächst keine Wirkung. Die Vollziehung muss zum Ausdruck bringen, dass der Antragsteller die Verfügung ernsthaft durchzusetzen gedenkt. Im Regelfall sollte die Vollziehung durch Zustellung der Verfügung beim Antragsgegner erfolgen.

Die Vollziehung muss gemäß §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO innerhalb einer Frist von einem Monat erfolgen. Im Falle der Urteilsverfügung bedarf es auch der Vollziehung in Form der Zustellung der einstweiligen Verfügung durch den Antragssteller, obwohl diese auch von Amts wegen durch das Gericht zugestellt wird (vgl. BGH GRUR 1993, 415 – Straßenverengung).

Die Zustellung hat im Parteibetrieb durch einen Gerichtsvollzieher zu erfolgen. Dabei

gilt es zu beachten, dass im Falle der anwaltlichen Vertretung durch den Antragsgegner nach § 176 ZPO nur an diesen wirksam zugestellt werden kann (vgl. Teplitzky, „Wettbewerbsrechtliche Ansprüche“, Kap. 55 Rn 43).

Die Monatsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO beginnt bei der Beschlussverfügung mit der Aushändigung der Beschlussausfertigung an den Vertreter des Antragstellers (vgl. Baumbach/Lauterbach § 929 Rn 13). Im Falle der Urteilsverfügung ist nicht auf den Zeitpunkt der vom Gericht durchgeführten Zustellung an den Antragsgegner, sondern auf die Verkündung abzustellen (vgl. Teplitzky, Kap 55 Rn 37). Bei der Zustellung ist auch darauf zu achten, dass entweder die Ausfertigung selbst oder eine beglaubigte Abschrift davon zugestellt wird. Der zugestellte Beschluss muss den Ausfertigungsvermerk des Richters enthalten. Die Vollziehung ist Voraussetzung für einen möglichen Schadensersatzanspruch des Antragsgegners nach § 945 ZPO, sofern sich der Erlass der einstweiligen Verfügung später als rechtswidrig erweist. Wird die einstweilige Verfügung aufgrund entsprechender Rechtsmittel geändert, eingeschränkt oder erweitert, muss sie erneut vollzogen werden (vgl. KG NJWE-WettbR 2000, 197; OLG Karlsruhe WRP 1997, 57; OLG Düsseldorf WRP 1981, 150). Erfolgt die Vollziehung nicht in wirksamer Form innerhalb der Frist, wird sie unheilbar unwirksam und ist aufhebbar (vgl. Teplitzky Kap 55 Rn 50).

i) Schutzschrift

Rechnet ein Mandant mit der Inanspruchnahme im Rahmen eines Eilverfahrens, kann er beim zuständigen Gericht oder den eventuell parallel zuständigen Gerichten eine Schutzschrift hinterlegen. Dieses einen Angriff vorbeugende Verteidigungsmittel ist in der ZPO nicht geregelt und hat sich zunächst im Wettbewerbsrecht entwickelt, ist aber mittlerweile auch in anderen Rechtsgebieten anerkannt. Die Schutzschrift dient dazu, dem Antragsgegner im Falle einer Beschlussverfügung rechtliches Gehör zu ermöglichen. Die Schutzschrift sollte als solche überschrieben sein und einen Antrag enthalten und ein Rubrum haben. Im übrigen gibt es keine formellen Vorgaben. Hinsichtlich der Glaubhaftmachung ist auf die Ausführungen zum einstweiligen Rechtsschutz zu verweisen. Mehr zur Schutzschrift vgl. Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap 55 Rn 52ff, Vollkommer in Zöller, ZPO, § 937 Rn 4,5.).

j) Abschlusschreiben und Abschlusserklärung

Der einstweilige Rechtsschutz führt stets nur zu einer vorläufigen Regelung. Möchten die Parteien die Entscheidung im Eilverfahren zur endgültigen Regelung machen, wird häufig ein im Gesetz so nicht ausdrücklich vorgesehenes Abschlussverfahren gewählt. Die Aufforderung zur Anerkennung der einstweiligen Verfügung als endgültige Regelung zwischen den Parteien durch den Antragssteller nennt sich Abschlusschreiben. Die entsprechende Erklärung des Antragsgegners wird Abschlusserklärung genannt. Es dürfte auch herrschende Auffassung sein, dass ohne Aufforderung des Antragsgegners mittels eines Abschlusschreibens bei Erhebung einer Hauptsacheklage die Möglichkeit des sofortigen Anerkennnisses nach § 93 ZPO besteht (vgl. Teplitzky Kap. 43 Rn 47 m.w.N.). Die Absendung des Abschlusschreibens gehöre zu den „Gepflogenheiten seriöser Verbände und Mitbewerber“ (vgl. BGH GRUR 1990, 282 (285)). Die Obliegenheit soll auch nach Bestätigung der Beschlussverfügung durch Urteil bestehen, so dass sogar seitens des Antragstellers zweimal per Abschlusschreiben zur Abgabe der Abschlusserklärung aufgefordert werden müsste (vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 12.9.2005, in Magazin Dienst 2005, 1334). Das Abschlussverfahren gehört zum Hauptsacheverfahren (vgl. BGH WRP 1991, 97 – Abschlusserklärung). Es muss daher in der Praxis sichergestellt werden, dass der Adressat insbesondere der

Anwalt im Verfügungsverfahren auch entsprechend bevollmächtigt ist.

Der Antragssteller hat insbesondere im Hinblick auf die zwar zunächst gehemmte aber nach § 204 Abs. 2 S. 1 BGB nach sechs Monaten nach einer rechtskräftigen Entscheidung oder einer anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens weiterlaufenden Verjährung ein Interesse an einer Klarstellung hinsichtlich der Einigungsbereitschaft bevor er Hauptsacheklage erhebt.

Neben der Verjährung gibt es noch weitere „Bestands und Wirkungsdefizite“ der einstweiligen Verfügung, denen durch ein Abschlussverfahren vorgebeugt werden kann. Da die Fertigung des Abschlusschreibens Gebühren auslösen kann, die nach §§ 670, 677, 683 BGB und § 9 UWG vom Antragsgegner zu tragen sind, sollte der Antragsgegner dem Antragssteller zuvorkommen. Als Frist für die Abgabe der Abschlusserklärung wird dem Antragsgegner zumeist ein Zeitraum von ca. 2 Wochen nach Vollziehung der einstweiligen Verfügung gewährt. Die Frist muss jedenfalls lang genug sein, damit der Antragsgegner Kenntnis vom Inhalt eines im Eilverfahren eventuell ergangenen Urteils nehmen kann (vgl. OLG Frankfurt a.a.O.).

Die Abschlusserklärung ist eine einseitige Willenserklärung und sollte vom Antragsgegner schriftlich abgegeben werden (vgl. KG GRUR 1991, 251). Wichtig ist, dass die Abschlusserklärung unbedingt erfolgt, ein vorbehaltloses Anerkennen der einstweiligen Verfügung als endgültige Regelung und den Verzicht auf alle Rechtsmittel enthält. Ist die Erklärung nicht umfassend genug, räumt sie nicht das Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers hinsichtlich des Hauptsacheverfahrens aus und der Anspruchssteller kann dennoch im Hauptsacheverfahren weiter vorgehen (vgl. dazu Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap 43 mit vielen Details und Streitfragen).

4. Schlichtungsverfahren

Bei einem geringen Streitwert (in der Regel unter 750 EUR), bestimmten Nachbarrechtsstreitigkeiten oder einer Ehrverletzung kann nach § 15 a EGZPO i.V.m. den Schlichtungsgesetzen der Länder ein Schlichtungsverfahren durchzuführen sein. Die Notwendigkeit kann durch Einleitung des Verfahrens im Wege des Mahnbescheides umgangen werden.

5. Prozesskostenhilfe (PKH)

Häufig enthält die Akte Hinweise auf desolate wirtschaftliche Verhältnisse des Mandanten. Stets ist ein Antrag auf PKH nach § 114 ff ZPO zu prüfen und gegebenenfalls entsprechende Anträge zu stellen.

a) Kosten

Nur die Gebühren des eigenen Anwaltes sowie die Kosten des Verfahrens werden übernommen (§ 122 ZPO) ! Das Verfahren heißt Bewilligungsverfahren. Grundsätzlich kann PKH und Beiordnung für alle gängigen Verfahren beantragt werden (auch für selbständiges Beweisverfahren, für Zwangsvollstreckungsverfahren – dann Vollstreckungsgericht zuständig – und für Eilverfahren).

b) Antragsmöglichkeiten

Dem Antrag auf PKH ist eine Formularerklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse beizufügen. Es gibt zwei Möglichkeiten den Antrag zu stellen:

aa) Die Stellung des PKH-Antrages kann mit Klageerhebung erfolgen. Dann wird die Klage unabhängig vom Beschluss zur PKH anhängig. Wird der PKH-Antrag zurückgewiesen, bleibt das Verfahren anhängig.

bb) Es ist auch möglich für ein beabsichtigtes Verfahren PKH zu beantragen und den Klageentwurf (nicht unterschrieben) beizufügen. So kann die Rechtsauffassung des Gerichtes „getestet“ werden. Besonderheiten im Zusammenhang mit der Hemmung der Verjährung bei einem PKH-Antrag ergeben sich seit der Schuldrechtsreform aus § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB.

c) Antrag:

... beantragen wir namens und in Vollmacht des Antragsstellers,

dem Antragssteller für die erste Instanz Prozesskostenhilfe zu bewilligen,

dem Antragsteller zur vorläufigen unentgeltlichen Wahrnehmung seiner Rechte den Unterzeichner als Rechtsanwalt beizuordnen.

Begründung:

1. Der Antragssteller ist nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen nicht in der Lage, die für die Prozessführung erforderlichen Mittel aufzubringen. Sein derzeitiges Einkommen i.S.d. § 115 Abs. 1 ZPO reicht auch nicht dafür aus, dass er durch Ratenzahlung zu den Kosten beitragen kann. Dies ergibt sich aus beigefügter

Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse – (Anlage ...)

2. Die beabsichtigte Klage hat hinreichende Aussicht auf Erfolg und ist auch nicht mutwillig. Es wird auf anliegenden

Klageentwurf (Anlage ...)

verwiesen.

....

VI. Der Umgang mit Varianten der Leistungsklage

1. Teilklage

Die Erhebung einer Teilklage minimiert das Kostenrisiko. Eine Erweiterung der Klage ist nach § 264 Nr. 2 ZPO möglich. Die sachliche Zuständigkeit kann sich jedoch nach § 506 ZPO ändern. Der nicht eingeklagte Teil ist nicht rechtshängig, so dass wegen § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB keine Hemmung der Verjährung eintritt. Bei Erhebung der Teilklage ist es wichtig, deutlich zu machen, dass es sich um eine Teilklage handelt. Im Falle der verdeckten Teilklage kann einer Erweiterung die Rechtskraftwirkung der ersten Klage entgegenstehen (vgl. BGH NJW 1994,3156; 1997,1590). Auf die Teilklage kann mit einer negativen Feststellungs(wider)Klage reagiert werden, deren Rechtsschutzbedürfnis mit einer Klageerweiterung allerdings entfällt. Dies kann dann von taktischer Bedeutung sein, wenn durch die Widerklage auch Dritte einbezogen werden, die der Kläger als Zeuge benannt hat (zur Möglichkeit einer negativen Drittwiderfeststellungsklage vgl. Greger in Zöller ZPO § 256 Rn 3b).

2. Haupt- und Hilfsantrag

Obwohl Klageanträge als Prozesshandlungen bedingungsfeindlich sind, werden jedoch echte Hilfsanträge als zulässig angesehen, wenn sie nur von einer innerprozessualen Bedingung abhängig sind. Kommt ein Anspruch des Mandanten nur für den Fall des Obsiegens oder Unterliegens mit einem Hauptantrag in Betracht, ist eine Durchsetzung im Wege des Hilfsantrages möglich (vgl. RGZ 157, 379; Greger in Zöller Vor § 128 Rn 20, § 269 Rn 4). Der Hilfsantrag wird dabei nur für den Fall gestellt, dass der Hauptantrag keinen Erfolg hat (Beispiel: Klage auf Schadensersatz, hilfsweise Minderung). Denkbar ist jedoch auch eine Staffelung, dass der Hilfsantrag nur für den Fall gestellt wird, dass der Hauptantrag durchgeht. Der Hilfsantrag führt zu einer auflösend bedingten Rechtshängigkeit des Hilfsantrages. Sowohl die Begründung als auch die Anträge selbst können sich sogar widersprechen bzw. ausschließen (vgl. Greger, a.a.O § 260 Rn 4 m.w.N.). Gem. § 45 Abs. 1 S. 2 GKG (§ 19 GKG a.F.) wird für die Bestimmung des Streitwertes der hilfsweise geltend gemachte Anspruch nur dann zum Streitwert hinzugerechnet, wenn auch darüber eine Entscheidung ergeht. Nach § 45 Abs. 1 S. 3 GKG ist bei denselben Gegenstand betreffende Ansprüche der höhere Anspruch heranzuziehen.

3. Stufenklage, § 254 ZPO

Die Stufenklage nach § 254 ZPO gilt als Sonderfall der objektiven Klagehäufung. Wenn eine Stufenklage möglich ist, fehlt ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Feststellungsklage.

a) Wann ist die Stufenklage das Mittel der Wahl?

Wenn der Leistungsanspruch nicht beziffert werden kann, weil konkrete Anhaltspunkte fehlen, ist die Erhebung der Stufenklage der einzige Weg zur Durchsetzung des Anspruches. Dennoch bedarf es einer Anspruchsgrundlage für die Auskunft oder Rechnungslegung, z.B. § 666 BGB beim Auftrag, bei GoA § 681 BGB, § 1379 bei Auskunft über Endvermögen, § 1580 BGB bei Auskunftspflicht bei geschiedenen Ehegatten, § 1605 Auskunft Verwandte wegen Unterhalt, § 2057 BGB Auskunft über Zuwendungen bei Erben. Auch nach § 87c HGB wegen Provisionen für Handelsvertreter. Auskunft des Urhebers gegen Verletzer über Umfang der Urheberrechtsverletzung zur Geltendmachung von Bereicherungs- oder Schadensersatzansprüchen.

Außerdem kann sich ein Auskunftsanspruch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB ergeben, wenn der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen oder Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderliche Auskunft unschwer geben kann. Die Auskunft muss sich aber auf den Umfang eines vom Kläger anderweitig begründeten Hauptanspruches beziehen. Nicht zulässig ist es, im Wege der Stufenklage Auskunft über das Bestehen der Anspruchsvoraussetzungen zu verlangen (Greger in Zöller Rn 6).

b) Gestufte Anträge

In der ersten Stufe wird Auskunft oder eidesstattliche Versicherung hinsichtlich Richtigkeit und Vollständigkeit einer getätigten Auskunft (§§ 259 Abs. 2 und 260 Abs. 2 BGB) verlangt. Das Gericht entscheidet zunächst über die erste Stufe durch Teilurteil. Der Kläger muss nach erteilter Auskunft, den Leistungsantrag beziffern, anderenfalls wird die Klage als unzulässig abgewiesen. Die Formulierung „Vorbehalten werden bis ...“ in § 254 ZPO begründet die Pflicht des Klägers zur Bezifferung des zunächst unbezifferten Antrages in der zweiten Stufe.

c) Wirkung

Rechtshängigkeit beider Ansprüche. Es ergehen bei Stattgabe zwei Teilurteile (Greger Zöller § 254 Rn 9).

d) Besonderheiten

Ein Wechsel von Auskunfts- zur Leistungsstufe wegen anderweitiger Kenntnis der auf das Auskunftsersuchen gerichteten Tatsachen ist keine Klageänderung nach § 263 ZPO sondern stets zulässige Klageerweiterung nach § 264 Nr. 2 ZPO (Greger in Zöller ZPO § 254 Rn 4).

e) Antragsbeispiele

...

Der Beklagte wird verurteilt,

a) der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, welche Geschäfte über Reinigungsmittel er in der Zeit von ... bis ... geschlossen hat, sowie die schriftlichen Bestellungen hierüber vorzulegen.

b) erforderlichenfalls die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Angaben an Eides Statt zu versichern,

c) an die Klägerin Schadensersatz/Provision in einer nach Erteilung der Auskunft noch zu bestimmenden Höhe nebst ... zu zahlen.

ODER

Der Beklagte wird verurteilt,

a) der Klägerin über den Bestand und Verbleib des Nachlasses des am ... verstorbenen ... Auskunft zu erteilen.

...

c) an die Klägerin $\frac{1}{4}$ des sich anhand der nach Ziffer 1 zu erteilenden Auskunft errechneten Betrages zu zahlen.

4. Klage auf wiederkehrende/künftige Leistung, §§ 257 – 259 ZPO

Unter engen Voraussetzungen ist eine Klage auch auf künftige Leistungen möglich. Aus Anwaltssicht ist dies zweckmäßig, wenn Anlass zur Annahme besteht, dass bei Eintritt der Fälligkeit vom Schuldner nicht gezahlt werden wird. Es ist allerdings Vorsicht geboten, da eine Klage auf zukünftige Leistungen bei im Synallagma stehenden Ansprüchen nur unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO möglich ist. Bei § 259 ZPO ist besonders Augenmerk auf die Darlegung der Besorgnis der Leistungsverweigerung zu legen. Es handelt sich um eine Prozessvoraussetzung, bei dessen Fehlen die Klage als unzulässig abzuweisen ist. Daneben ist auch die Begründetheit der Ansprüche selbst wie bei jeder Zahlungsklage darzulegen (vgl. Greger, Zöller ZPO, § 259 Rn 3).

5. Unbezifferter Klagantrag

Ist die Bestimmung des konkreten Betrages von einer gerichtlichen Schätzung oder vom billigen Ermessen des Gerichtes abhängig, kann der Klagantrag unbeziffert bleiben (vgl. BGH 4, 138 (142); 45, 91)). Es bedarf dann aber einer entsprechenden Darlegung einer Schätzung zugrundezulegenden Tatsachen sowie der Angabe einer Größenordnung (vgl. Greger in Zöller ZPO § 253 Rn 14). Hauptanwendungsfall ist der unbezifferte Schmerzensgeldantrag. Dabei sind die entstandenen Verletzungen und der Behandlungsumfang detailliert darzulegen, um dem Gericht eine entsprechende Grundlage für die Bestimmung des Schmerzensgeldes zu geben. Obwohl auch Schätzungen nach § 287 Abs. 1 ZPO im Rahmen von Schadensersatzansprüchen grundsätzlich unbezifferte Anträge zulassen, dürfte es dafür nur einen sehr engen Anwendungsbereich geben. Grundsätzlich bedarf es auch im Rahmen des § 287 Abs. 1 ZPO bei materiellen Schäden eines bezifferten Antrages (vgl. Greger Zöller ZPO § 287 Rn 5). Beispielsfälle für Schätzungen eines Schadens nach § 287 Abs. 2 ZPO aufgrund unverhältnismäßig aufwendiger Aufklärung sind der entgangene Gewinn (vgl. BGH NJW 1987, 909 (910)), durch eine Wettbewerbsverletzung hervorgerufene Schäden (vgl. BGH NJW 1992, 2753) oder auch die angemessene Entschädigung für die Verletzung des Rechtes am eigenen Bild (vgl. LG Frankfurt NJW 1966, 256). Weitere Beispiele bei Greger in Zöller ZPO § 287 Rn 2.

Der Antrag auf Zahlung eines Schmerzensgeldes nach § 253 BGB wird häufig wie folgt gefasst:

„Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger ein in das Ermessen des Gerichtes gestelltes angemessenes Schmerzensgeld in Höhe von mindestens € xxxxxx,xx nebst 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit ... zu zahlen.“

Das Gericht kann von der angegebenen Größenordnung nach oben hin abweichen. Es kann allerdings auch um 20-25% nach unten von der angegebenen Größenordnung abweichen, ohne dass eine Teilabweisung erfolgen muss (vgl. BGH NJW 1992, 311).

Die Größenordnung für Schmerzensgeldansprüche sollte den bekannten Schmerzensgeldtabellen entnommen werden.

6. Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO und Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO

a) Feststellungsklage

Grundsätzlich ist die Leistungsklage vorrangig. Jedoch ist die Erhebung einer Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO dann zu erwägen, wenn eine Bezifferung des Antrages noch nicht möglich ist. Es kann das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, die Anerkennung einer Urkunde oder auch die Echtheit einer Urkunde durch das Gericht festgestellt werden. Voraussetzung ist allerdings das Bestehen eines besonderen Feststellungsinteresses im Rahmen eines konkreten und gegenwärtiges Rechtsverhältnisses.

Zum Feststellungsinteresse ist durch den Anwalt vorzutragen. Ein hinreichendes Feststellungsinteresse liegt vor, wenn bezüglich des Rechtes oder bezüglich der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit besteht und das Urteil diese Unsicherheit ausräumen kann (vgl. Greger in Zöllner ZPO § 256 Rn 7 m.w.N.). Das Feststellungsinteresse ergibt sich häufig durch das Bestreiten von Ansprüchen oder dem Berühren mit Ansprüchen. Im letzteren Fall kann der Kläger sein Interesse mit einer negativen Feststellungsklage verfolgen. Eine Besonderheit ergibt sich dadurch, dass die Rechtsprechung ausnahmsweise auch dann eine Feststellungsklage zulässt, wenn bereits eine Leistungsklage möglich ist. Die Ausnahme wird für die Fälle angenommen, in denen ein Feststellungsurteil zu einer endgültigen Streitbeilegung führt. Es muss feststehen, dass der Gläubiger auch ohne vollstreckbaren Titel seine Klageziel erreicht. Angenommen wurde dies bei einem Rechtsstreit gegen eine Behörde (vgl. NJW 84, 1118 (1119), Versicherungen (vgl. BGH NJW 1999, 3774), Banken (vgl. vgl. BGH MDR 1997, 863) und Insolvenzverwalter (vgl. RG JW 1938, 892). Da es sich dabei um Ausnahmen handelt, sollte ein solches Vorgehen stets sorgsam geprüft werden. Jeder Automatismus ist zu vermeiden.

Ein Rechtsverhältnis ist die rechtlich geregelte Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder zu anderen Personen oder einer Sache. Tatfragen, abstrakte Rechtsfragen sowie rechtliche Vorfragen betreffen keine Rechtsverhältnisse i.S.d. § 256 ZPO. Nicht auf ein Rechtsverhältnis gerichtet ist die daher die Feststellung der Geschäftsfähigkeit oder der Wirksamkeit einer Rechtshandlung. Jedoch kann die Echtheit einer Urkunde festgestellt werden. Die Gegenwartigkeit des Rechtsverhältnisses entfällt, wenn mit der Klage die Feststellung der Erbfolge nach noch lebenden Personen begehrt wird (vgl. BGHZ 37, 137 (144)). Anders allerdings hinsichtlich der Wirksamkeit einer Vermächtnisanordnung (vgl. BGHZ 37, 331 (334) oder der gegenwärtigen Entziehungsbefugnis bzgl. einer Pflichtteilsberechtigung (vgl. BGHZ 28,177; BGH NJW 1990, 911 (912), 1988, 977)).

Häufig dient die Klage nach § 256 Abs. 1 ZPO zur Feststellung des Bestehens von Schadensersatzansprüchen dem Grunde nach oder der Feststellung einer Ersatzpflicht hinsichtlich zurechenbar zukünftig eintretenden Schadenspositionen.

Wichtig ist, dass die Rechtshängigkeit der Feststellungsklage die Verjährung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB hemmt und nach rechtskräftiger Feststellung eine 30jährige Verjährungsfrist gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB gilt.

Ein Antrag gerichtet auf positive Feststellung kann lauten:

„... festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger alle

materiellen wie immateriellen Schäden zu ersetzen, die dem Kläger aus dem Verkehrsunfall mit dem Versicherungsnehmer der Beklagten ... entstanden sind bzw. noch entstehen werden, soweit Ansprüche nicht auf einen Sozialversicherungsträger oder Dritte übergegangen sind.“

Ein Antrag im Rahmen einer negativen Feststellungsklage könnte lauten:

„...festzustellen, dass dem Beklagten keine Unterlassungsansprüche gegen den Kläger aufgrund des Umstandes zustehen, dass der Kläger unter dem Namen XYZ firmiert.“ oder „... festzustellen, dass dem Beklagten gegen den Kläger aufgrund eines am ... geschlossenen Vertrages kein Zahlungsanspruch in Höhe von € xxx,xx zusteht.“

Eine negative Feststellungsklage kehrt nicht die Darlegungs- und Beweislast um. Das Feststellungsinteresse entfällt regelmäßig, wenn der Gegner seinerseits Leistungsklage erhebt (dazu Greger in Zöller ZPO § 256 Rn 7d).

b) Zwischenfeststellungsklage

Gemäß § 322 Abs. 1 ZPO erwächst nur der Ausspruch über den Klageanspruch in Rechtskraft (sog. Leistungsbefehl). Nicht hingegen sind die den Ausspruch tragenden Feststellungen und die Beurteilung vorgreiflicher Rechtsverhältnisse erfasst. In einem weiteren Prozess könnten sie daher abweichend beurteilt werden. Z.B. Klage auf Erfüllung später Klage auf Schadensersatz oder Herausgabe und später Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 1 BGB. Die Möglichkeit des Bestehens weiterer Ansprüche ist ausreichend. Nur wenn die Hauptklage das Rechtsverhältnis der Parteien erschöpfend regelt, ist kein Raum für eine Zwischenfeststellungsklage (vgl. dazu Greger in Zöller ZPO § 256 Rn 21f). Für die Zwischenfeststellungsklage bedarf es eines rechtshängigen Verfahrens.

Ein möglicher Erweiterungsantrag kann lauten:

„... erweitern wir die Klage mit dem Antrag, festzustellen, dass der zwischen den Parteien unter der Versicherungsscheinnummer xyz bestehende Versicherungsvertrag nicht durch den mit Schreiben vom ... erklärten Rücktritt vom Vertrag beendet wurde.“

7. Freistellungsantrag (Freihaltungs-, Befreiungs- bzw. Freistellungsanspruch)

Der Befreiungsanspruch gemäß § 257 BGB knüpft an Aufwendungen i.S.d. § 256 BGB an. Diese sind denkbar bei Auftrag und GoA nach § 670 BGB. Auch im Rahmen der Geltendmachung von Schadensposition ergibt sich häufig die Situation, dass der Geschädigte Verbindlichkeiten eingegangen ist. Solange er nicht zahlt, kann die Geltendmachung im Wege der auf Zahlung gerichteten Leistungsklage wegen fehlenden Schadens problematisch sein. Der Verpflichtete kann Befreiung von der eingegangenen Verbindlichkeit verlangen (vgl. Heinrichs in Palandt Vorb. § 259 Rn 46). Ebenfalls ist an die Geltendmachung eines Freistellungsanspruches zu denken, wenn von mehreren Gesamtschuldern einer voll in Anspruch genommen wird und nach § 426 Abs. 1 BGB Ausgleich verlangen kann (vgl. BGH NJW 1958, 497). Auch der Bürge kann Befreiung von der Bürgschaft verlangen (vgl. RGZ 150,80).

Der Antrag kann wie folgt formuliert werden:

„Der Beklagte wird verurteilt, den Kläger von der Verbindlichkeit gegenüber Frau XXXX YYYY aus dem Auftrag vom ... durch Zahlung in Höhe von € xxx,yy freizustellen.“

oder

„Der Beklagte wird verurteilt, den Kläger von dem durch das Land Berlin geltend gemachten Zahlungsanspruch aus ... in Höhe von € xxxx,yy zur Hälfte freizustellen.“

Der Freistellungsanspruch ist nach h.M. nur bestimmt und damit zulässig, wenn die Geldschuld nach Grund und Höhe eindeutig bezeichnet ist (vgl. OLG Düsseldorf MDR 1982, 942; KG MDR 1999, 118). Der freizustellende Anspruch muss darüber hinaus fällig sein (vgl. BGH NJW 1986, 978). Die Vollstreckung des Freistellungsanspruches erfolgt nach § 887 (h.M. seit RGZ 150, 80). Dazu auch Stöber in Zöller ZPO § 887 Rn 3 und Koeble/U. Locher in Beckschen Prozessformularbuch II D 1 Rn. 4).

VII. Streitverkündung gem. § 72-74 ZPO

Aus Klägersicht kann es sinnvoll sein, einen Dritten an das Prozessergebnis zu binden. Häufig kann nicht ausgeschlossen werden, dass alternativ zum Beklagten ein Dritter haftet. Ohne Interventionswirkung diesem Dritten gegenüber wären die getroffenen Feststellungen im Erstprozess nicht bindend. Eine Bindungswirkung herbeizuführen, dient die Streitverkündung. Der Streit kann dem Dritten mit der Klageerhebung aber auch während des Rechtsstreites verkündet werden. Die Streitverkündung kann weder an eine Bedingung geknüpft werden noch hilfsweise erfolgen (vgl. BGH NJW RR 1989, 766 (768) und ist auch im selbstständigen Beweisverfahren möglich (vgl. BGH NJW 1997, 859). Im Falle einer Drittschuldnerklage ist die Streitverkündung nach § 841 ZPO vorgeschrieben.

Insbesondere in folgenden Fällen ist eine Streitverkündung angezeigt:

- Stellvertretungsfall: Klage gegen den Vertretenen mit gleichzeitiger Streitverkündung gegenüber dem Vertreter, wenn das Fehlen der Vollmacht des Vertreters eingewendet wird.
- Sachverständigenfall: Schadensersatzklage mit Streitverkündung gegen den gerichtlich bestellten Sachverständigen im Falle eines vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtigen Gutachtens.

Auch aus Beklagtensicht kann eine Streitverkündung angezeigt sein:

- Streitverkündung des gesamtschuldnerisch haftenden Schuldners gegenüber einem weiteren Gesamtschuldner, um eine Bindungswirkung für die Durchsetzung des Ausgleichsanspruch sicherzustellen.
- Streitverkündung des in Anspruch genommenen Verkäufers gegen seinen Lieferanten oder des in Anspruch genommenen Bauunternehmers gegenüber seinem Subunternehmers.

Die Streitverkündung ist eine förmliche Prozesshandlung. Der die Streitverkündung enthaltende Schriftsatz muss für die nach § 73 S. 2 ZPO erforderliche Zustellung notwendige ladungsfähige Anschrift beinhalten und hinreichenden Vortrag zu dem

möglichen Anspruch gegen den Streitverkündeten enthalten. Der Vortrag ist erforderlich, damit der Streitverkündete prüfen kann, ob er dem Rechtsstreit beitrifft. Nach § 204 Abs. 1 Nr. 6 ZPO führt die Streitverkündung zur Hemmung der Verjährung gegenüber dem Dritten.

Die Rechtsfolgen der Streitverkündung ergeben sich aus § 68 ZPO. Die dort geregelte Interventionswirkung wird durch § 74 Abs. 3 ZPO modifiziert. Es ist daher aus Sicht des den Streit verkündenden von Bedeutung, den Streit möglichst früh zu verkünden, um dem Dritten mögliche Einwendungen abzuschneiden. Die Bindungswirkung bezieht sich nicht nur auf den Entscheidungssatz sondern auch auf die die Entscheidung tragenden Feststellungen. Nicht entscheidungserhebliche sogenannte überschießende Feststellungen werden hingegen nicht von der Bindungswirkung erfasst (vgl. Vollkommer in Zöller ZPO § 68 Rn 10). Aus dem Wort „gegen“ in § 74 Abs. 3 ZPO und in § 68 ZPO wird abgeleitet, dass sich die Interventionswirkung nur zugunsten nicht aber zuungunsten des den Streit verkündenden besteht (vgl. Vollkommer, Zöller ZPO, § 74 Rn 7; BGH 100, 260; BGH NJW 1997, 2386). Dennoch soll bei einem non-liquet auch die Unaufklärbarkeit einer Tatsache im Vorprozess gegen den Streitverkünder wirken können. Im Folgeprozess wird nicht automatisch davon ausgegangen, dass beispielsweise ein Vertrag, dessen Abschluss im Vorprozess nicht bewiesen werden konnte, mit dem Streitverkündeten bestand (vgl. BGHZ 85, 252). Im Falle eines Vergleichsschlusses oder einer Klagerücknahme entfällt jedoch jede Bindungswirkung aus der Streit-verkündung.

Die Streitverkündung sollte ausdrücklich am Beginn eines Schriftsatzes erfolgen, damit das Gericht sie nicht übersieht. Sie kann wie folgt formuliert werden:

„In der Sache ...

wird dem Herrn A,B der Streit verkündet mit der Aufforderung, dem Rechtsstreit auf Seiten des Klägers beizutreten.“

oder

„Namens und in Vollmacht des Beklagten wird der Firma X, Anschrift, gerichtlich der Streit verkündet mit der Aufforderung, dem Rechtsstreit auf Seiten des Beklagten beizutreten.“

Der Streitverkündungsempfänger kann Zeuge sein (vgl. Vollkommer in Zöller ZPO , § 67 Rn 1). Da er dem Gericht aber weniger glaubwürdig erscheinen kann, wird in der Praxis häufig statt einer prozessualen Streitverkündung eine Streitverkündungsvereinbarung geschlossen. Dies kann auch im Hinblick auf die mögliche Kostenfolge nach § 101 ZPO günstiger sein. Der Streitverkündungsempfänger trägt nämlich seine Kosten selbst, wenn die von ihm unterstützte Partei unterliegt.

VIII. Auswahl des zuständigen Gerichts im Rahmen des prozessualen Gutachtens

Kommen mehrere Gerichte für die Klageerhebung in Frage, ist darzulegen, weshalb ein bestimmtes Gericht zu bevorzugen ist. § 35 ZPO gibt dem Kläger die Möglichkeit, falls kein ausschließlicher Gerichtsstand eingreift, wahlweise an einem besonderen oder dem allgemeinen Gerichtsstand (vgl. §§ 12, 13, 17 ZPO) zu klagen.

Die sachliche Zuständigkeit regelt §§ 1ff ZPO und §§ 23 ff GVG. Streitwert-unabhängige Zuständigkeiten des Amtsgerichtes ergeben sich aus § 23 Nr. 2 ZPO und § 23a ff GVG. Für das Landgericht ist § 71 GVG zu beachten. Amtshaftungs-

ansprüche gem. § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG sind streitwertunabhängig nach § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG i.V.m. Art. 34 GG vor dem Landgericht geltend zu machen.

Die örtliche Zuständigkeit kann sich neben dem allgemeinen Gerichtsstand, nach besonderen (z.B. § 32 ZPO „Tatort“) oder den ausschließlichen Gerichtsständen (§§ 24, 29a, 29c Abs. 1 S. 2, 32 a ZPO). Kaufleute können nach §§ 38 ff ZPO Gerichtsstandsvereinbarungen treffen. Ist die Wirksamkeit einer solchen Prorogation zweifelhaft, sollte ein anderer Gerichtsstand gewählt oder aber zumindest ein hilfsweiser Verweisungsantrag nach § 281 Abs. 1 ZPO an das Gericht des allgemeinen Gerichtsstandes gestellt werden. Es gilt aber die Kostenfolge nach § 280 Abs. 3 ZPO zu beachten.

IX. Anforderungen an die Klageschrift

Sollte der Bearbeiter der Anwaltsklausur in seinem Vermerk zu dem Ergebnis kommen, dass eine Klage einzureichen ist, hat er eine den Vorgaben gemäß § 130 i.V.m. § 253 ZPO orientierte Klageschrift zu entwerfen.

1. Vorgaben an Bezeichnung des Gerichtes sowie der Parteien des Streitgegenstandes sowie des Streitwertes

Das Rubrum muss die Parteien und das angerufene Gericht enthalten. Es ist das Wort „Klage“ nach der Adresse des Gerichtes im Adressfeld der Bezeichnung der Parteien mittig voranzustellen. Die Parteien und eventuelle Vertreter sind vollständig mit ladungsfähiger Anschrift (keine Postfächer) und grundsätzlich unter Angabe des Gewerbes oder Berufes zu bezeichnen. Es gilt bei nicht prozessfähigen Personen § 170 Abs. 1 ZPO (z.B. Eltern für ihre Kinder) zu beachten.

Die Parteien sind eingerückt als „Kläger“ und „Beklagte(r)“ zu bezeichnen. Bei Antragsverfahren wie dem einstweiligen Rechtsschutz sind die Parteien entsprechend „Antragssteller“ und „Antragsgegner“. Die bevollmächtigten Anwälte sind als „Prozessbevollmächtigte(r)“ mit Anschrift zu benennen.

Der Prozessgegenstand ist als Stichwort zusammen mit dem vorläufigen Streitwert anzugeben. Das Gericht soll die sachliche und funktionelle Zuständigkeit sowie den Höhe des Gebührenvorschusses anhand der Angaben vorläufig bestimmen können.

2. Eingangsformulierung

Als Eingangsformulierung ist üblich:

„Namens und in Vollmacht des Klägers erheben wir Klage mit dem Antrag.“

oder

„In der Sache ... erhebe ich namens und in Vollmacht des Klägers Klage und werde beantragen.“

Möglich – wenn auch etwas lang – ist folgende Formulierung, die in der Praxis sicher unschädlich ist, aber vielleicht nicht jedem Prüfer gefällt:

„Namens und in Vollmacht des Klägers erheben wir Klage und bitten um die Anberaumung einer Güteverhandlung nach dessen Scheitern wir beantragen werden.“

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, jedenfalls bei mangelnder Vorkorrespondenz durch den Klage erhebenden Anwalt, der Zusatz: „Vollmacht im Original anbei“, jedenfalls für den Fall von rechtsgestaltenden Erklärungen wie Kündigungen oder Aufrechnungserklärungen im Klageschriftsatz durch den Anwalt.

3. Anträge

Es ist nach Haupt-, Hilfs- und Nebenanträge zu unterscheiden.

a) Hauptantrag

Der Hauptantrag muss auf einen vollstreckbaren Inhalt gerichtet sein. Sofern bei einem Zahlungsantrag auch Zinsen verlangt werden, ist der Beginn des Zinslaufes taggenau zu bezeichnen.

Es ist im Hinblick auf den Wortlaut nach §§ 288 Abs. 1, 247 BGB darauf zu achten, dass die Formulierung „5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz“ verwendet wird. Anderenfalls könnte die Auslegung ergeben, dass 105 % des Basiszinssatzes als Zins p.a. verlangt werden. Das OLG Hamm in NJW 2005, 2238 legt den Antrag zwar im Sinne von § 288 BGB aus, dennoch sollte der Antrag besser zutreffend gestellt werden. Forderungen müssen auch darauf geprüft werden, ob von Mandanten Zinsen bereits hineingerechnet wurden. Nach §§ 289 BGB sind Zinseszinsen grundsätzlich ausgeschlossen. Der Standardantrag wird folgendermaßen lauten.

„Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 7.500,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1.5.2005 zu zahlen.“

Bei Rückständen von wiederkehrenden Leistungen kann ein gestaffelter Zinsantrag notwendig sein:

„Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 3.000,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus € 1.000,00 seit dem 1.1.2005, aus weiteren € 1.000,00 seit dem 1.2.2005, sowie aus weiteren € 1.000,00 seit dem 1.3.2005 zu zahlen.“

Sofern der Beklagte Teilzahlungen geleistet hat, ist im Hinblick auf eine Anrechnung nach § 367 BGB (Anrechnung Kosten, Zinsen dann Hauptforderung) wie folgt zu beantragen:

„Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 7.500,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1.5.2005 abzüglich einer am tt.mm.jjjj geleisteten Zahlung in Höhe von € 1.350,00 zu zahlen.“

Bei einer Zug-um-Zug Verurteilung – häufig beim Rücktritt im Kaufrecht – ist der rückzuübereignende Gegenstand genau zu bezeichnen (bei Kfz: Fabrikat, Farbe, Fahrgestellnummer, „nebst Brief“ etc.). Bei der Räumung sind neben der genauen Adresse, das Stockwerk, die einzelnen Räume (auch Keller und Stellplatz) aufzuzählen. Die Formulierung lautet

„... geräumt herauszugeben.“

oder

„... zu räumen und an den Kläger herauszugeben.“

Eventuell sind zu übergebende Schlüssel gesondert aufzuzählen.

b) Hilfsanträge und Kostenantrag

Zum Umgang mit Hilfsanträgen siehe oben V 2.

Der häufig gestellte Kostenantrag ist wegen § 308 Abs. 2 ZPO überflüssig, wonach die Kosten nach § 91 ZPO von Amts wegen zu verteilen sind. Der Antrag kann daher dem Prüfer den Eindruck vermitteln, § 308 Abs. 2 ZPO sei unbekannt. Der in der Praxis unschädliche Antrag erspart dem Anwalt allerdings Nachfragen des Mandanten.

c) Nebenanträge

Über die vorläufige Vollstreckbarkeit entscheidet das Gericht von Amts wegen. Anträge bezüglich einer Sicherheitsleistung sind wegen § 108 Abs. 1 Satz 2 ZPO nicht erforderlich.

Wegen § 331 Abs. 3 S. 2 ZPO sollte stets der Erlass eines Versäumnisurteils beantragt werden:,

„Für den Fall der Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens wird beantragt, nach Ablauf der Frist des § 276 Abs. 1 ZPO unter den Voraussetzungen des § 331 Abs. 3 ZPO ein Versäumnisurteil zu erlassen“

oder

„... gegen den Beklagten im Fall des § 331 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 276 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 ZPO Versäumnisurteil ohne mündliche Verhandlung zu erlassen.“

Wegen § 307 S. 2 ZPO ist ein Antrag auf Erlass eines Anerkenntnisurteils nicht erforderlich. Das Anerkenntnisurteil ergeht von Amts wegen.

4. Begründung der Klage

Folgende Aspekte sollten bei der Fertigung von Klagen oder auch anderen Schriftsätzen berücksichtigt werden.

a) Einleitungssatz

Die Klagebegründung sollte mit einem Einleitungssatz beginnen, aus dem sich das Klagebegehren ergibt.

Beispiele:

„Der Kläger macht Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche aus einem Verkehrsunfall, der sich am 5.8.2005 in der ABC-Straße in Berlin Schöneberg ereignete, gegen den Beklagten zu 1 als Halter

und Fahrer eines PKW sowie die Beklagte zu 2 als Haftpflichtversicherung geltend.“

„Der Kläger vermietet dem Beklagten eine Wohnung in der ABC-Straße in Berlin Schöneberg und macht mit dieser Klage Mietrückstände für die Monate Januar bis Juli 2005 geltend.“

„Der Kläger verlangt als Mieter mit dieser Klage vom Beklagten die Unterlassung von Baumaßnahmen im Bereich des oder verlangt vom Beklagten die Unterlassung ehrverletzender Aussagen.“

b) Tatsachenvortrag und Erfordernis von Rechtsausführungen

In vielen Kanzleien ist es üblich, den Tatsachenvortrag und die Rechtsausführungen voneinander zu trennen. Dies kann im Hinblick auf die Transparenz des Schriftsatzes von Vorteil sein. Eine zwingende Vorgabe ist es nicht. Bei größeren Kanzleien arbeiten häufig verschiedene Bearbeiter an einem Schriftsatz. Während der eine die Tatsachen beim Mandanten erfragt und diese fixiert, feilt ein zweiter die rechtliche Würdigung aus. Die Trennung vereinfacht die Arbeitsteilung. In der Klausur bietet sich eine solche Trennung ebenfalls an, da unter klausurbedingtem Zeitdruck der zwingend notwendige Tatsachenvortrag zuerst vollständig erstellt werden kann, bevor die rechtliche Würdigung erfolgt. Gemischter Vortrag birgt die Gefahr, dass notwendige Tatsachen vergessen werden oder für sie keine Zeit bleibt.

Der Tatsachenvortrag muss vollständig, substantiiert, klar und im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzungen der zur Begründung des Klageantrages herangezogenen Anspruchsgrundlagen vollständig und damit schlüssig sein. Für alle Tatsachen, für die der Kläger beweispflichtig ist, sollte auch Beweis angeboten werden. Es sollten die oben unter III. bezüglich der Dichte des Vortrages und des Verbotes des Vortrages „ins Blaue hinein“ gemachten Hinweise beachtet werden.

Eine Bezugnahme auf Schriftstücke, die als Anlagen K 1, K 2 usw., zu kennzeichnen sind, ist zulässig (vgl. BGH MDR 2004,219). Zur hinreichenden Bestimmung ist es aber erforderlich, mit genauer Seitenangabe unter Umständen mit Zitierung auf das Schriftstück Bezug zu nehmen. Es kann zusätzlich zum Ausdruck gebracht werden, dass der gesamte Inhalt zum Vortrag gemacht werden soll. Das Gericht ist allerdings nicht gehalten, unverständliche Darstellungen in Anlagen als hinreichenden Vortrag anzuerkennen. Es ist daher entsprechende Zurückhaltung geboten und auf die wesentlichen Passagen zur Sicherheit konkret Bezug zu nehmen.

Rechtsausführungen wären wegen des Grundsatzes „iura novit curia“ (frei übersetzt „das Gericht kennt das Recht“) an sich nicht zwingend erforderlich. Es gehört jedoch zu den anwaltlichen Pflichten, eventuellen Rechtsirrtümern des Gerichts vorzubeugen (vgl. BGH NJW 1974, 1865). Daher müssen auch im Schriftsatz im Rahmen der Anwaltsklausur grundsätzlich Rechtsausführungen erfolgen. Durch entsprechende Verweisung kann wie auch beim Tatsachenvortrag entsprechend auf den Vermerk Bezug genommen werden. Es ist jedoch streng darauf zu achten, dass der Vortrag oder die Rechtsausführungen nicht nur noch aus Verweisungen besteht.

c) Umgang mit Beweismitteln

Sofern Zeugen benannt werden, sollte gegebenenfalls nach Benennung des Zeugen erläutert werden, wer der Zeuge ist und warum er eigene Wahrnehmungen zum vom Kläger zu beweisenden Vortrag machen kann. So wird vermieden, dass das Gericht sich fragt, wie der Zeuge einzuordnen ist. Wird der Zeuge erstmals benannt, hat dies

mit vollem Namen zu erfolgen. Wird der Zeuge erneut benannt, ist es üblich nach dem Namen auf die erfolgte Nennung mit dem Kürzel b.b. (bereits benannt) zu verweisen. In der Klausur eher bedenklich aber in der Praxis gebräuchlich ist die Verwendung des Kürzels „n.n.“ (soll für „nomen nominandum“ stehen), welches Hinweis darauf gibt, dass der Name und die Anschrift des Zeugen erst beschafft werden sollen. Werden Angestellte einer Partei benannt, erfolgt häufig statt Nennung der Anschrift, der Zusatz „zu laden über den Kläger/Beklagten“. Wenn möglich, sollte stets die ladungsfähige Anschrift des Zeugen selbst genannt werden. Werden hintereinander Tatsachen vorgetragen, für die jeweils der selbe Zeuge benannt wird, wird, um Wiederholungen zu vermeiden, häufig der Hinweis „Beweis: wie vor“ benutzt.

d) Formalien

Unbedingt ist am Ende des Schriftsatzes auf die Anzahl der Abschriften hinzuweisen („Beglaubigte und einfache Abschrift anbei“). Dabei ist auf die Anzahl der Parteien und sonstigen Beteiligten wie Streitverkündungsempfänger zu achten. Jede gegnerische Partei hat eine beglaubigte Abschrift nebst Anlagen zu erhalten. Sofern die Partei anwaltlich vertreten wird, ist jeweils zusätzlich eine einfache Abschrift ohne Anlagen einzureichen. Die Abschriften sind entsprechend zu kennzeichnen (zumeist durch Stempel). Abschriften von nichtverfahrensbestimmenden Schriftsätzen können auch von Anwalt zu Anwalt zugestellt werden. Dann ist am Ende des Schriftsatzes zu vermerken „Ich/Wir stelle/n zu.“ Dem an den Gegner zuzustellenden Schriftsatz ist ein Empfangsbekanntnis (EB) beizufügen. Die Zustellkarte ist entsprechend zu stempeln, bezüglich des zugestellten Schriftstückes zu kennzeichnen und für die Rücksendung zu frankieren.

Wichtig auch für die Klausur ist, dass der Schriftsatz, der an das Gericht geht, unbedingt zu unterzeichnen ist. Das ist bei der Klausur auch dann kenntlich zu machen, wenn Zeitnot eintritt und daher der Schriftsatz nicht mehr vollständig gefertigt werden kann.

D) Klausur aus Beklagtsicht

Folgende Aspekte sind bei der Fertigung der Klausur aus Beklagtsicht zu beachten:

I. Mandantenziel

Die Klausur aus Beklagtsicht ist ähnlich aufzubauen wie auch die Klausur aus Klägersicht. Das Mandantenziel wird zumeist auf Klageabweisung gerichtet sein. Dennoch kann auch ein Anerkenntnis nach § 93 ZPO das Mandantenziel sein. Häufig bringt der Mandant Gegenansprüche ins Spiel, deren Durchsetzung vom Mandanten gewünscht wird. Bei eindeutigen Konstellationen kann die Angabe des Mandantenzieles auch entfallen.

II. Aufbau des Gutachtens - Beginn mit Zulässigkeit

Das Gutachten ist, wenn bereits eine Klageschrift des Gegners vorliegt, zwingend mit der Prüfung der Zulässigkeit der gegnerischen Klage und damit mit dem prozessualen Gutachten zu beginnen. Dieses Aufbauverfordernis wird insbesondere damit begründet, dass die vorrangige Behandlung von materiell-rechtlichen Fragen im Verfahren zu einem rügelosen Verhandeln nach § 39, 295 ZPO führen könnte. Sollte der Gegner die Zuständigkeit mit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach § 38 ZPO begründen, muss deren Wirksamkeit geprüft werden.

III. Prüfung der Schlüssigkeit und der Einwendungen des Mandanten

Im Rahmen der weiteren gutachterlichen Prüfung sind die das gegnerische Begehren möglicherweise stützenden Anspruchsgrundlagen zu prüfen. Dabei ist jeweils zu berücksichtigen, ob zu den einzelnen Anspruchsvoraussetzungen hinreichend vorgetragen wurde. Dann sind die vom Mandanten gegebenen Informationen jeweils zu betrachten und zu entscheiden, inwiefern substantiiert bestritten werden kann. Auch sind zum Gegenbeweis geeignete Beweismittel heranzuziehen. Sofern prozessuale Einwendungen (Oberbegriff für materielle Einreden und Einwendungen) den Ansprüchen des Klägers entgegengehalten werden können, sind diese entsprechend zu prüfen. Beachtet werden muss die sich für den Beklagten ergebende Beweislast. Aus diesem Grund muss Beweis angeboten werden. Soll die Einrede der Verjährung erhoben werden, sollten im Gutachten eventuell vom Kläger seinerseits einzuwendende Hemmungen (z.B. § 203 BGB bei Verhandlungen) in Betracht gezogen werden. Berücksichtigung muss erneut die Wahrheitspflicht des § 138 BGB finden. Es dürfen daher keine Umstände hinzugedichtet werden.

Das Gutachten muss auch mögliche Gegenansprüche des Mandanten betrachten. Diese Darstellung entspricht dann der Betrachtung aus Klägersicht.

IV. Prozessuales Gutachten und Prozesstaktische Erwägungen

Wie auch bei der Klausur aus Klägersicht stellen insbesondere die „prozesstaktischen Erwägungen“ ein Sammelbecken für unterschiedliche Aspekte dar. Insbesondere Zulässigkeitsvoraussetzungen für Widerklagen oder Rechtsmittel sind gegebenenfalls zu erörtern. Zusätzliche Voraussetzungen und Formalien, die einzuhalten sind, ergeben sich häufig bei folgenden Konstellationen:

1. Widerklage, Drittwiderklage, Aufrechnung, Hilfsaufrechnung, Hilfswiderklage

a) Widerklage

Die Widerklage ist eine echte Klage besonderer Art und somit auch ein Angriffsmittel. Entsprechend müssen wie bei einer „normalen“ Klage grundsätzlich alle entsprechenden Voraussetzungen eingehalten werden. Da die Widerklage als echte Klage kein Angriffsmittel oder Verteidigungsmittel ist, unterfällt sie nicht der Präklusion nach §§ 282, 296 ZPO. Die Widerklage kann somit bis zur letzten mündlichen Verhandlung erhoben werden. Selbst in der Berufungsinstanz ist die Erhebung der Widerklage nur eingeschränkt durch § 533 ZPO bezüglich der in der Berufung zulässigen Tatsachen möglich. Die Widerklage kann daher die Einführung bereits präkludierter Verteidigungsmittel, sofern sie nicht wegen offensichtlicher Aussichtslosigkeit rechtsmissbräuchlich ist, möglich machen (vgl. BGH NJW 1986, 2257 (2258)).

Die Erhebung der Widerklage löst nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 GKG keine Pflicht zur Einzahlung eines Gerichtskostenvorschusses aus. Die Widerklage hat im Gegensatz zur Aufrechnung den Vorteil, dass sie durch Aufrechnungsverbote nicht ausgeschlossen wird.

Eine besondere Regelung bezüglich des Gerichtsstandes der Widerklage enthält § 33 ZPO. Die Vorschrift stellt für den Gerichtsstand auf die Konnexität der mit Klage und Widerklage geltendgemachten Ansprüche ab. Die Konnexität ist anzunehmen, wenn die geltendgemachten Forderungen auf ein gemeinsames Rechtsverhältnis zurückzuführen sind, ohne dass völlige Identität des Rechtsgrundes gegeben sein muss. Ein rein tatsächlicher oder rein wirtschaftlicher Zusammenhang allein reicht hingegen nicht aus. Anders wird dies bei einheitlich innerlich zusammenhängenden Lebensverhältnis gesehen (im Detail sehr streitig vgl. Vollkommer a.a.O. Rn 15). Konnexität ist aber anzunehmen, wenn ein nicht von einer Aufrechnungslage erfasster Teil der Gegenforderung betroffen ist (a.a.O. Rn 16). Die Erklärung der Aufrechnung mit einem Gegenanspruch kann somit Konnexität bezüglich des Anspruches erst im Prozess bewirken.

Beachte: Bei fehlender Konnexität ist die Widerklage nicht unzulässig (Begründung: das Wort „nur“ fehlt in § 33 ZPO, so dass Konnexität keine besondere Prozessvoraussetzung für die Widerklage ist) – allerdings streitig bei abweichenden allgemeinen Gerichtsständen. Es wird daher von der h.M. auf die rügelose Einlassung nach §§ 39 oder § 295 ZPO ausgewichen (vgl. Vollkommer in Zöller ZPO § 33 Rn 1).

Hinsichtlich der sachliche Zuständigkeit gilt:

- aa) Ist das Gericht für die Klage und die Widerklage zuständig, bleibt das Gericht zuständig.
- bb) Ist das LG für die Klage zuständig und fielen die Widerklage in die Zuständigkeit eines AG, bleibt das LG zuständig.
- cc) Fällt die Widerklage in die sachliche Zuständigkeit des LG, ist für die Klage aber das Amtsgericht zuständig, gilt § 506 ZPO (beachte auch § 5 ZPO). Verweisungsantrag muss vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache gestellt werden. Wird nämlich nicht nach § 39 ZPO rügelos verhandelt, ist die Widerklage unzulässig

(vgl. Vollkommer in Zöller, § 33 Rn 12).

Typische Konstellationen, in denen eine Widerklage angezeigt ist, ergeben sich insbesondere bei der Teilklage des Gegner sowie bei der negativen Feststellungsklage des Gegners.

Bei der gegen die Teilklage gerichteten Widerklage ist wie folgt zu beantragen:

„Die Klage wird abgewiesen.

Es wird festgestellt, dass dem Kläger auch ein weiterer Anspruch aus dem Verkehrsunfall vom / Vertrag vom ... in Höhe von gegen den Beklagten nicht zusteht.“

Achtung: Der Schuldgrund muss im Feststellungsantrag genannt werden.

b) Drittwiderklage und isolierte Drittwiderklage

Während bei der Widerklage der Kläger rückverklagt wird, geht der Grundfall der (streitgenössischen) Drittwiderklage von einer Klage gegen den Kläger und einen weiteren Schuldner - meist einem Gesamtschuldner - aus. Seine ladungsfähige Anschrift ist im Schriftsatz zu nennen, da die Widerklage eine echte Klage ist. Z.B. Widerklage gegen OHG und einen bisher nicht klagenden Gesellschafter oder Widerklage gegen Kläger und seine bisher nicht klagende Pkw-Haftpflichtversicherung.

Ob § 33 ZPO bei konnexer Widerklage auch für Drittwiderbeklagten einen besonderen Gerichtsstand bestimmt, ist umstritten. Auch ist nicht geklärt, ob nach §§ 36, 37 ZPO eine Gerichtsstandsbestimmung durch das höhere Gericht vorzunehmen ist. (Zum Streit vgl. Vollkommer in Zöller ZPO § 33 Rn 22-23). Die BGH-Rechtsprechung ist bisher uneinheitlich (siehe Vollkommer a.a.O.).

Die konnexe Drittwiderklage wird als Klageänderung i.S.d. § 263 ZPO angesehen (vgl. BGH NJW 1991, 2838, auch BGH NJW 2001, 2094 st. Rspr.; Vollkommer a.a.O. Rn 22). Daher ist eine Einwilligung des Drittwiderbeklagten oder Sachdienlichkeit erforderlich.

Bei der isolierten Drittwiderklage wird wie bei der streitgenössischen Widerklage ein zunächst am Verfahren unbeteiligter Dritter in das Verfahren gezogen. Der Unterschied zur „normalen“ streitgenössischen Widerklage ist, dass sich die Widerklage nur gegen den Drittwiderbeklagten nicht auch gegen den Kläger als Gesamtschuldner richtet (vgl. BGH NJW 2001, 2094 – kompliziert wegen Kombination mit Aufrechnung und Form der Hilfswiderklage). Beispiel: Der Architekt tritt seine Honoraransprüche ab. Der Zessionar klagt diese ein. Der Beklagte erhebt nun gegen den Architekten wegen Schadensersatzansprüchen wegen mangelhafter Leistung Drittwiderklage.

c) (Hilfs-)Aufrechnung und Hilfswiderklage

Obwohl stets eine materiellrechtliche Aufrechnung möglich ist, bietet sich im Prozess eine hilfsweise Aufrechnung an, wenn primäre Verteidigungsmittel zur Verfügung stehen. Neben der hilfsweisen Aufrechnung ist auch die Hilfswiderklage möglich. Beides steht unter einer innerprozessualen aufschiebenden oder auflösenden Bedingung (vgl. Vollkommer in Zöller, ZPO, § 33 Rn 26).

Es ergeben sich Vorteile der Aufrechnung im Gegensatz zur Widerklage: Die Aufrechnung erfordert keine Konnexität. Eine Aufrechnung mit der Gegenforderung ist trotz Rechtshängigkeit auch in mehrere Prozessen möglich (vgl. BGH NJW-RR 1994, 379). Die Verjährung wird bei Geltendmachung der Aufrechnung gehemmt: § 204 Abs. 1 Nr. 5 BGB. Eine Aufrechnung ist nach § 215 BGB (früher § 390 BGB) auch mit einer verjährten Gegenforderung möglich, wenn diese sich mit der Hauptforderung einmal unverjährt gegenüberstanden und damit eine Aufrechnungslage bestand.

Der Aufrechnende verliert im Falle der Hilfsaufrechnung seinen Anspruch nur dann, wenn er anders nicht obsiegt. Entsprechend wird dies bei den Kosten erfasst. Kombinieren lässt sich dies grundsätzlich auch mit der Hilfswiderklage. Die Hilfswiderklage ist häufig dann Mittel der Wahl, wenn unklar ist, ob ein Aufrechnungsverbot besteht. Nicht zulässig ist es hingegen eine parteierweiternde streitgenössische oder isolierte Hilfs-Drittweiterklage zu erheben. Das Prozessverhältnis gegen den Dritten hinge dann in seinem Bestand von der Wirksamkeit der Aufrechnung gegen den Kläger ab. Dazu BGH NJW 2001, 2094 (2095):

„...denn es ist keinem Prozessgegner zuzumuten, sich auf ein Verfahren einzulassen, bei dem die Möglichkeit besteht, dass es sich wieder in ein rechtliches Nichts auflöst.“

Zwei mögliche Konstellationen für Hilfsaufrechnung und Hilfswiderklage:

a) Klage auf Feststellung der Vertragsnichtigkeit. Hilfswiderklage für den Fall der Stattgabe auf Rückgewähr für auf den Vertrag erbrachte Leistungen (vgl. BGHZ 21, 13 = NJW 1956, 1478).

b) Die Stufung von Hilfsaufrechnung und Hilfswiderklage ist in einigen Konstellationen sinnvoll, wenn ein Aufrechnungsverbot nicht feststeht. (Hilfs-)Aufrechnung gegen Zahlungsanspruch als zusätzliches Verteidigungsmittel sowie Hilfswiderklage. Im Baurecht häufig, wenn Werklohnanspruch und Vorschuss für Mängelbeseitigung einander gegenüberstehen und unklar ist, ob ein Aufrechnungsverbot besteht.

Beispiel eines Antrages:

In der Sache ...

wird beantragt,

die Klage abzuweisen.

Begründung:

1. ...

3. Hilfsweise rechnet der Beklagte mit einer Gegenforderung in Höhe von ... gegen die Klageforderung auf.

...

2. Für den Fall, dass die Aufrechnung nicht zulässig sein sollte, erhebt der Beklagte hilfsweise Widerklage mit dem Antrag:

...

Der Kläger wird verurteilt, an den Beklagten ...

2. Umgang mit Versäumnisurteil und Vollstreckungsbescheid/ Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand

Im Falle, dass gegen ein Versäumnisurteil oder einen Vollstreckungsbescheid vorgegangen werden soll, ist nach § 340 ZPO der Schriftsatz als Einspruch zu überschreiben und wie folgt zu beantragen:

„Das Versäumnisurteil vom ... wird aufgehoben und die Klage abgewiesen.“

Mitunter ist in der Praxis aber auch in Klausuren ein Einspruch mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand zu kombinieren. Häufig werden Fristen wie die Einspruchsfrist gegen das Versäumnisurteil nicht eingehalten.

Der Antrag kann wie folgt gestaltet werden:

Einspruch und Wiedereinsetzungsantrag

In der Sache

...

lege ich gegen das Versäumnisurteil vom ...

Einspruch

ein und beantrage:

- 1. Das Versäumnisurteil vom ... wird aufgehoben.*
- 2..Die Klage wird abgewiesen.*

Gleichzeitig beantrage ich,

dem Beklagten gegen die Versäumung der Einspruchsfrist

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

zu gewähren

sowie

die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil, notfalls gegen Sicherheitsleistung, einzustellen.

Begründung: ...“

Vorzutragen ist hinsichtlich der Verhinderung zur Einhaltung der Frist. Dabei wird ein einzelfallbezogenes Verschulden von Kanzleimitarbeitern des Anwaltes nicht zugerechnet. Der Anwalt kann ohne eigenes Verschulden Aufgaben an erfahrene und qualifizierte Mitarbeiter delegieren. Es trifft ihn aber eine entsprechende Pflicht

zur Auswahl und Überwachung. Die Gründe sind nach § 236 Abs. 2 ZPO glaubhaft zu machen (vgl. § 294 ZPO). Die Glaubhaftmachung erfolgt wie auch beim einstweiligen Rechtsschutz durch Einreichung einer eidesstattlichen Versicherung. Dies gilt nicht für Wahrnehmungen des Anwaltes selbst, wohl aber für seine Mitarbeiter. Diese müssen die Umstände des Fehlers und auch die Umstände hinreichender Überwachung entsprechend wiedergeben. Wichtig ist, dass wegen der zweiwöchigen Wiedereinsetzungsfrist nach § 234 Abs. 1 ZPO auch der Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernisses substantiiert vorgetragen wird. Die Einhaltung der Frist ist nämlich Zulässigkeitsvoraussetzung für die Wiedereinsetzung. In der Regel ist der Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernisses der Zeitpunkt, an dem Fristversäumung festgestellt wurde. Dies kann auch ein hypothetischer Zeitpunkt sein, wenn die normale Fristenkontrolle des Anwaltes das Fristversäumnis zu Tage hätte befördern können. Hat die Partei selbst die Frist versäumt, ist entsprechend auf die Umstände z.B. der Leerung des Briefkastens beim Mandanten abzustellen und entsprechend vorzutragen. Die Wiedereinsetzung ist nur bei Notfristen (§ 224 ZPO „als solche bezeichnet“) und den sonstigen in § 233 ZPO genannten Rechtsmittelfristen möglich.

3. (Teil-)anerkennnis und Vertretungsanzeige

Im Hinblick auf die Kostenfolge des § 93 ZPO kann ein Anerkenntnis oder Teilanerkennnis notwendig sein. Der Beklagte darf allerdings keinen Anlass zur Klage gegeben haben. Es ist wie folgt zu beantragen:

„... Der Beklagte erkennt den Anspruch in Höhe von € 5.120,00 nebst 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz an.

Das Anerkenntnis erfolgt unter Protest gegen die Kostenlast. Die tatsächlichen Voraussetzungen des § 93 ZPO werden in der Klageerwiderung dargelegt werden.

Soweit der Anspruch nicht anerkannt wird, wird sich der Beklagte verteidigen. Es wird beantragt werden:

Die Klage wird abgewiesen, soweit der Klageantrag nicht anerkannt wurde.“

Zu beachten ist beim Teilanerkennnis § 511 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, wonach die Zulässigkeit der Berufung von der Beschwer abhängen kann. Das Teilanerkennnis kann damit vorbehaltlich einer Zulassung der Berufung durch das Gericht des ersten Rechtszuges nach § 511 Abs. 1 Nr. 2 ZPO der Möglichkeit der Durchführung einer Berufung entgegenstehen.

V. Vollstreckungsschutzantrag

Grundsätzlich besteht keine Notwendigkeit, dass der Anwalt einen Vollstreckungsschutzantrag stellt. § 709 ZPO regelt, dass Urteile grundsätzlich nur gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Die Abwendungsbefugnis durch Sicherheitsleistung hat das Gericht nach § 711 ZPO von Amts wegen in den Tenor mit aufzunehmen. § 108 ZPO regelt nunmehr, dass die Sicherheitsleistung auch durch die entsprechende Bankbürgschaft erfolgen werden kann. Es verbleibt der Schutzantrag nach § 712 ZPO wegen eines nicht ersetzbaren Nachteils für den Schuldner. Die Tatsachen die zur Begründung herangezogen werden sollen, sind nach § 714 Abs. 2 glaubhaft zu machen. Dies gilt auch für die für den Gläubiger eventuell nach § 712 Abs. 2 ZPO zu berücksichtigenden Umstände. Pauschal und

ohne weiteren Vortrag sollte der Schutzantrag nach § 712 ZPO daher nicht gestellt werden. Zu beachten ist auch der Verweis in § 719 auf 707 ZPO für den Fall, dass ein VU nicht in gesetzlicher Weise ergangen ist. Auch § 707 ZPO eröffnet die Möglichkeit die Einstellung der ZV zu beantragen.

VI. Klageerwiderung

Hinsichtlich der Klageerwiderung gelten im wesentlichen die Vorgaben auch für die Klageschrift. Es sollte einleitend dem Gericht mitgeteilt werden, womit der Klageabweisungsantrag begründet wird. Es ist daher nach Zulässigkeit und Begründetheit zu differenzieren. Wegen der Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO muss substantiiert bestritten werden, sofern der Beklagte vom Kläger vorgetragene Tatsachen etwas entgegensetzen kann. Teilweise wird empfohlen, die entsprechenden Punkte einzuleiten mit Sätzen wie:

„Die Umstände haben sich abweichend vom Vortrag des Klägers verhalten. Unrichtig ist die Behauptung des Klägers, dass ... Richtig ist vielmehr, dass Insgesamt ist daher von folgendem Sachverhalt auszugehen.“

Sprachlich gibt es keine strengen Vorgaben. Der Grad der Substantiierung ist stets an der Dichte des klägerischen Vortrages zu orientieren (siehe oben zur Substantiierungslast).

In der Klausur sollte darauf geachtet werden, dass nur Tatsachen bestritten werden sollten, die nach dem Vermerk überhaupt die Schlüssigkeit des Anspruches betreffen. Wird nicht wesentlicher Vortrag in großem Umfange bestritten, kann dies auf eine rechtliche Unkenntnis sprechen. Bei Unsicherheiten kann ein Bestreiten erfolgen aber auf den Umstand der fehlenden Erheblichkeit hingewiesen werden.

Es bietet sich an, bei den Beweisangeboten Hinweise zu geben wie „*gegenbeweislich*“ oder „*unter Protest gegen die Beweislast*“. Geht das Gericht von einer abweichenden Beweislastverteilung aus, müsste der Richter nach § 139 ZPO entsprechende Hinweise geben.

Ebenfalls soll die Klageerwiderung Rechtsausführungen enthalten. Dies gilt auch bezüglich der geltend gemachten Einwendungen.

Zweiter Teil: Klausurtaktik⁴

A) Vorbemerkung

Viele Referendare⁵ sind im Hinblick auf die Anfertigung einer Anwaltsklausur unsicher. Es hält sich daher hartnäckig das Gerücht, Anwaltsklausuren seien grundsätzlich schwerer als Urteilklausuren.

Die Unterschiede zwischen richterlichen und anwaltlichen Klausuren sind in materieller und prozessualer Hinsicht gering; gleichwohl erfordert die anwaltliche Arbeitstechnik eine andere Herangehensweise als die richterliche. Der Richter ist nach dem Grundsatz „ne ultra petita“⁶ streng an das Parteivorbringen gebunden. Er überprüft daher einen mehr oder weniger feststehenden Sachverhalt daraufhin, ob dieser die gewünschte Rechtsfolge einer Anspruchsgrundlage rechtfertigt⁷.

Der Anwalt muss als Parteivertreter stets alle Interessen seines Mandanten prozessual und außerprozessual verfolgen. Dabei erfordert die anwaltliche Tätigkeit ein weiteres Blickfeld. Der Rechtsanwalt muss vielfach über den gerade anhängigen Rechtsstreit und den im Augenblick verfolgten Anspruch „hinaus denken“. Insbesondere spielen wirtschaftliche Erwägungen in der Praxis eine große Rolle. Anwaltliches Denken und Handeln ist daher von vielerlei Faktoren bestimmt, u.a. der Schlüssigkeit bzw. Erheblichkeit eines Vorbringens, der Beweisbarkeit, der Risikoabwägung, der Zweckmäßigkeit und Taktik, der umfassenden Aufklärung des Mandanten, der wirtschaftlichen und persönlichen Situation des Mandanten und der Zwangsvollstreckung.

Für eine erfolgreiche Anwaltsklausur ist es daher unerlässlich, die richterliche Perspektive auszublenden und auf die anwaltliche Sichtweise der Fallbearbeitung umzustellen. Gelingt es dem Bearbeiter, sich auf die Rolle des Rechtsanwalts als Parteivertreter und Organ der Rechtspflege einzulassen, hat er die Grundvoraussetzung für erfolgreiches anwaltliches Arbeiten erfüllt.

Die Anwaltsklausur im Zivilrecht lässt sich gut strukturieren. Aufbauregeln und klausurtaktische Hinweise können dazu beitragen, dass der Bearbeiter die Anwaltsklausur nicht nur als notwendiges Übel, sondern als Chance für ein erfolgreiches Examen begreift⁸.

⁴ Die Ausführungen richten sich an Referendare zur Vorbereitung auf die zivilrechtliche Anwaltsklausur im Assessorexamen. Die klausurtaktischen Tipps beruhen auf Erfahrungen als Arbeitsgemeinschaftsleiterin und Prüferin im 2. Staatsexamen. Anregungen und Verbesserungsvorschläge bitte an: n.hagendorn@hagendorn-rechtsanwaelte.de.

⁵ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wurde die männliche Form stellvertretend für alle Referendarinnen und Referendare gewählt.

⁶ „Nicht mehr als beantragt“.

⁷ Natürlich obliegt dem Richter auch die Hinweispflicht nach § 139 ZPO. Diese wird aber niemals so weit gehen, dass der Richter dem prozessführenden Anwalt dessen Aufgabe der ordnungsgemäßen Prozessführung abnimmt.

⁸ Vgl. ausführlich zum Thema *Hagendorn/Bansemer/Sander, Die Anwaltsklausur im Zivilrecht – Strategien zum Erfolg*, 2006, Rn. 1 ff..

B) Die Klausursituation

Anwaltsklausuren bestehen aus einem Aufgabentext und einem Bearbeitervermerk. Im Unterschied zu den Sachverhalten in der Ersten Juristischen Staatsprüfung sind die Aufgabentexte Handaktenauszüge aus der anwaltlichen Berufspraxis. Der Bearbeiter einer Anwaltsklausur muss sich daher in die Lage eines Rechtsanwalts versetzen und die erforderlichen Schritte zur Bearbeitung eines neuen Mandats ergreifen.

I. Das Mandantengespräch

Ausgangspunkt einer Anwaltsklausur ist in der Regel das Mandantengespräch. In diesem Zusammenhang übergibt der Mandant dem Rechtsanwalt bisher gewechselte Korrespondenz und sonstige Unterlagen und trägt seine Interessen und Vorstellungen von der Sache vor.

Der Anwalt wird anschließend beauftragt, diese Interessen wahrzunehmen. Oftmals überträgt er diese Aufgabe an einen Referendar. Der Bearbeiter hat sich dann in die Rolle dieses Referendars hineinversetzen, der die Sache für den Anwalt vorbereitet⁹.

II. Die Rolle des Rechtsanwalts

Je besser es dem Bearbeiter einer Anwaltsklausur gelingt, sich in die Rolle des Rechtsanwalts hineinzusetzen, desto erfolgreicher wird er die Klausur absolvieren¹⁰.

Der Rechtsanwalt wird in einer **Doppelfunktion** tätig. Zum einen ist er – dem Auftrag des Mandanten entsprechend - **Parteivertreter**. Seine Aufgabe in diesem Zusammenhang ist es, die Vorstellungen und Interessen des Mandanten herauszufinden und entsprechend zu präzisieren. Oftmals lässt sich das exakte Mandantenbegehren erst im Laufe eines umfangreichen Gesprächs klären. Hierbei ist jedes denkbare juristische Vorgehen in die Überlegungen mit einzubeziehen. Es ist dabei insbesondere zu beachten, dass der Mandant in einigen Fällen nicht jedes erdenkliche Vorgehen wünscht, z.B. die Inanspruchnahme von nahen Angehörigen oder Stammkunden seines Betriebs.

Zugleich ist der Rechtsanwalt **Organ der Rechtspflege**. Er unterliegt damit als Vertreter der Partei der prozessualen Wahrheitspflicht, vgl. § 138 Abs. 1 ZPO. Dazu muss er den Mandanten zu allen rechtlich bedeutsamen Punkten befragen. Grundsätzlich hat der Anwalt davon auszugehen, dass die Informationen des Mandanten vollständig und zutreffend sind.

Im Anschluss daran ist zu prüfen, auf welchem Weg die Mandanteninteressen am besten verwirklicht werden können. Der Anwalt hat dabei zugleich möglichst den **sichersten**, aber auch den **wirkungsvollsten**, **schnellsten** und **kostengünstigsten Weg** zu wählen¹¹. Zumeist lassen sich in der Praxis nicht alle vier Kriterien miteinander verbinden, so dass im einzelnen abzuwägen ist, welche Vor- und Nachteile der bevorzugte Weg hat. Unerlässlich ist es für den Anwalt, den Mandanten auf die Chancen und Risiken genauestens hinzuweisen und dies

⁹ Vgl. auch *Fischer/Uthoff*, Die Richter- und Anwaltsklausur im Zivilrecht, 2003, Rn. 654.

¹⁰ Vgl. auch *Baumfalk*, Die zivilrechtliche Anwaltsklausur im Assessorexamen, 4. Aufl. 2005, S. 1.

¹¹ Vgl. ausführlich auch *Baumfalk*, S. 2; *Hagendorn/Bansemmer/Sander*, Rn. 16 ff..

schriftlich zu dokumentieren. In der Anwaltsklausur sollten diese Erwägungen im Rahmen der Begründung des anwaltlichen Vorgehens bzw. der Taktik oder Zweckmäßigkeit erörtert werden.

C) Die Struktur der zivilrechtlichen Anwaltsklausur

Die zivilrechtliche Anwaltsklausur gibt es in verschiedenen Formen: als Angriffs-, Verteidigungs- oder kombinierte Angriffs- und Verteidigungsklausur¹². Fälle aus Klägerperspektive sind in der Regel anhand eines anderen Prüfungsschemas zu untersuchen als solche aus Beklagtenperspektive¹³.

Viele Referendare haben Schwierigkeiten, sich auf unterschiedliche Aufbauschemata einzulassen. Aus klausurtaktischer Sicht ist es allerdings wenig sinnvoll, „Sonderwege“ einzuschlagen. Selbstverständlich sind **vertretbare Alternativlösungen** gleichermaßen zu bewerten wie die vom GJPA Berlin-Brandenburg erwartete Musterlösung. Der Bearbeiter sollte jedoch stets auch die **Prüferperspektive** im Blick haben. Eine Abweichung vom Erwartungshorizont der Lösungsskizze erfordert vom Prüfer eine Entscheidung über die juristische Vertretbarkeit der gewählten Alternativlösung. Diesbezüglich können Prüfer selbstverständlich unterschiedlicher Auffassung sein. Dies zeigt sich auch am allgemein bekannten Erfahrungssatz: „Zwei Juristen, drei Meinungen.“ Der Bearbeiter betritt daher mit seinem bewusst gewählten „Sonderweg“ unnötigerweise risikoreiches Terrain.

Zugleich sollte der Bearbeiter den von ihm gewählten Aufbau nicht begründen, erläutern oder kommentieren. Dies wirkt unsouverän. Aufbau- und Strukturfragen müssen bereits als Grundgerüst für die Klausurbearbeitung geklärt sein, bevor sich der Bearbeiter den juristischen Fragen des Falles zuwendet.

Beispiele für typische Fehler:

„Es handelt sich hier um eine Klausur aus der Perspektive eines potentiellen Klägers. Deshalb hat die Prüfung der materiellen Rechtslage Vorrang vor prozessualen Fragen. Die Klausur ist daher entsprechend aufzubauen.“

⇒ *Dem Prüfer sind die Aufbauregeln bekannt. Er erwartet vom Bearbeiter nur eine entsprechende Umsetzung.*

I. Auslegung und Präzisierung des Mandantenbegehrens

Grundsätzlich sollte bei jedem Klausurtyp die Präzisierung des Mandantenbegehrens an erster Stelle stehen. Hat sich der Bearbeiter die Funktion dieses Schritts bewusst gemacht, wird er diesen gezielt umsetzen können.

Die Präzisierung des Mandantenbegehrens hat zwei Funktionen: sie dient zum einen der vollständigen Erfassung des Sachverhalts und zum anderen der Gliederung des nachfolgenden Gutachtens. Der Bearbeiter muss versuchen, den Mandantenvortrag insoweit herauszuarbeiten, dass die gewünschte **Rechtsfolge** erkennbar ist. Das bedeutet, dass weder eine Nacherzählung des Mandantengesprächs verfasst noch das Mittel der prozessualen Umsetzung vorweggenommen werden sollte.

Hinsichtlich des Umfangs empfiehlt sich eine knappe Darstellung, die sich in ein paar Sätzen erschöpft. Keinesfalls sollte der Bearbeiter mehr als eine halbe Seite hierfür

¹² Vgl. hierzu ausführlich *Lippert*, Hinweise zur Anfertigung der Anwaltsklausur, Erster Teil, unter B).

¹³ Vgl. *Lippert*, C) und D).

aufwenden.

Beispiele für typische Fehler:

1. „Die Mandantin ist ein Unternehmen, welches in der Hoch- und Tiefbaubranche tätig ist. Sie betreut hauptsächlich städtische Bauvorhaben. (...)“

⇒ *Der Prüfer kennt den Sachverhalt. Alle überflüssigen Ausführungen langweilen ihn.*

2. „Die Mandantin möchte sich gegen die Klage verteidigen und zugleich Gegenansprüche geltend machen. Deshalb ist die Aufrechnung zu erklären bzw. Widerklage zu erheben.“

⇒ *Die prozessuale Umsetzung der gewünschten Rechtsfolge soll nicht vorweggenommen werden. Vielmehr wird erst das materielle und prozessuale Gutachten ergeben, ob und wie weiter vorzugehen ist.*

Beispiel für eine präzise Darstellung des Mandantenbegehrens:

1. „Die Mandantin begehrt Ausgleich für alle ihr entstandenen Schäden (materiell und immateriell).“

2. „Die Mandantin lebt in bescheidenen finanziellen Verhältnissen, möchte aber dennoch ihre Ansprüche – notfalls gerichtlich – durchsetzen.“

II. Gutachten

1. Formale Fragen

Obwohl im Bearbeitermerk der Anwaltsklausur im Prüfungsgebiet Berlin-Brandenburg von „Vermerk“, „Begutachtung“ und „Gutachten“ die Rede ist, empfiehlt sich aus klausurtaktischen Gründen die Abfassung aller zu begutachtenden Fragen im **Urteilsstil**. Selbstverständlich können Referendare auch im Gutachtenstil arbeiten, da es keinerlei strikte Vorgaben hierzu gibt¹⁴. Grund für die Empfehlung der einheitlichen Abfassung im Urteilsstil ist die ansonsten nur sehr eingeschränkte Möglichkeit der Verweisung im Schriftsatz auf geeignete Passagen des Gutachtens¹⁵.

Beispiele für typische Fehler¹⁶:

Ausführungen im Gutachten:

„Die Mandantin < könnte einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises aus § 433 Abs. 2 BGB haben. Dies setzt voraus, dass ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen ist. Dafür müssten sich die Parteien über die essentialia negotii geeinigt haben. (...)>“.

¹⁴ Die offiziellen Hinweise zur Anwaltsklausur (nachzulesen unter www.kammergericht.de) lassen ausdrücklich beide Stile zu.

¹⁵ Vgl. ausführlich unter C. IV. 4.

¹⁶ Vgl. ein ausführliches Beispiel für die korrekte Anwendung der Verweisungstechnik bei *Hagendorff/Bansemmer/Sander*, Rn. 153.

Rechtliche Würdigung im Schriftsatz:

„Die Klägerin < ... >.“

⇒ *Kein Anwalt würde einen solchen Schriftsatz im Gutachtenstil verfassen. Die Passagen sind daher für eine Verweisung ungeeignet.*

Möglich ist auch ein Wechsel zwischen Gutachten- und Urteilsstil. Das verlangt vom Bearbeiter jedoch besondere Aufmerksamkeit im Hinblick auf die Anwendung der Verweisungstechnik. Sollte es in der Kürze der Zeit nicht gelingen, die für den Schriftsatz notwendigen Passagen im Urteilsstil zu verfassen, geht der Bearbeiter das Risiko ein, die rechtliche Würdigung im Schriftsatz noch einmal vollständig ausformulieren zu müssen. In Anbetracht der Vielzahl an zu erörternden Fragen in Anwaltsklausuren wird es ohne Verweisungen nur wenigen Bearbeitern gelingen, den Schriftsatz tatsächlich fertig zu stellen.

In vielen Examens- und Übungsklausuren fällt zudem auf, dass Referendare aus Gründen der Zeitersparnis auch bereits im **Gutachten** mit **Beweisantritten** arbeiten, um im späteren Schriftsatz hierauf verweisen zu können. Die Verweisungstechnik eignet sich jedoch in der Regel nur für rechtliche Ausführungen und zwar dergestalt, dass Passagen des Gutachtens entsprechend markiert und hierauf im Schriftsatz an geeigneter Stelle verwiesen wird. Beweisantritte beziehen sich hingegen immer auf Tatsachen, so dass diese nur im Schriftsatz, nicht aber im Gutachten zu formulieren sind.

Der Bearbeiter sollte es in Klausuren aus Klägerperspektive auch vermeiden, bereits vom „*Kläger*“ und „*Beklagten*“ zu sprechen. Dies wäre eine Vorwegnahme des Ergebnisses des Gutachtens, an dessen Ende erst feststeht, ob Erfolgsaussichten für eine Klageerhebung bestehen. Um dennoch die Verweisungsmöglichkeiten nicht einzuschränken, kann zu Beginn des Schriftsatzes ein klarstellender Hinweis erfolgen, dass beim nachfolgenden Verweisungstext die „*Mandantin*“ durch „*Klägerin*“ und z.B. die „*Schmidt GmbH*“ durch „*Beklagte*“ zu ersetzen ist.

Darüber hinaus ist die verständliche, übersichtliche und gegliederte Darstellung oftmals Voraussetzung für eine erfolgreiche Anwaltsklausur.

Klausurtaktischer Tipp:

Ein Prüfer wird sich besser auf den Inhalt der Ausführungen in der Klausur konzentrieren und diese bewerten können, wenn ihm diese „leicht zugänglich“ gemacht werden. Hierzu dienen Obersätze, Zusammenfassungen, Absätze und natürlich die Vermeidung von Rechtschreib- bzw. Satzzeichenfehlern.

2. Anspruchsaufbau

Im Prüfungsgebiet Berlin-Brandenburg wird von den Referendaren ein einschichtiges Gutachten im Anspruchsaufbau erwartet, welches die Stationen der Relation¹⁷

¹⁷ Vgl. hierzu ausführlich *Fischer/Uthoff*, a.a.O., Rn. 653; *Oberheim*, Zivilprozessrecht für Referendare, 6. Aufl. 2004, § 9 Rn. 1 ff., 43 b; *Diercks-Harms*, Die erfolgreiche Anwaltsklausur,

(Schlüssigkeit, Erheblichkeit, Beweisbarkeit) entsprechend berücksichtigt.

a) Prüfungsreihenfolge und Prüfungsumfang

Im Rahmen der Anspruchsprüfung ist nach der üblichen Prüfungsreihenfolge zu verfahren. Vertragliche Ansprüche sind daher vorrangig zu prüfen. Sollte der Bearbeitervermerk ein bestimmtes Rechtsgebiet von der Prüfung ausschließen, ist dies entsprechend zu berücksichtigen. Dennoch übersehen Referendare solche Hinweise im Aktenstück häufig oder interpretieren diese falsch.

Beispiele für typische Fehler:

1. Bearbeitervermerk:

„Die Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes sind nicht in Betracht zu ziehen.“

Klausurbearbeitung:

Geprüft wird die einstweilige Verfügung. Es wird eine Antragschrift entworfen.

2. Bearbeitervermerk:

„Zinsen sind nicht zu prüfen.“¹⁸

Klausurbearbeitung:

Geprüft werden die Verzugsvoraussetzungen. Im Schriftsatz werden Zinsen beantragt.

⇒ Selbst wenn das vom Bearbeitervermerk ausgeschlossene Vorgehen im Einzelfall taktisch sinnvoller sein mag, sollte sich der Bearbeiter an den erwarteten Prüfungsumfang halten. Der Prüfer wird sich ansonsten fragen, warum sich der Prüfling nicht ausreichend mit dem Bearbeitervermerk beschäftigt hat. Auch werden Ausführungen, die außerhalb des Bearbeitervermerks und damit des Erwartungshorizontes liegen, regelmäßig bei der Bewertung keine Berücksichtigung finden.

Einige Referendare lassen sich zum Teil auch durch Ausführungen in Klageschriften fehl leiten, die im Aktenauszug abgedruckt sind. Heißt es dort etwa „*erheben wir Klage wegen Schadensersatzes aus unerlaubter Handlung*“ darf der Bearbeiter daraus keine Einschränkung des Prüfungsumfangs folgern. Denn im Unterschied zu Hinweisen im Bearbeitervermerk sind derartige (unnötige) Einschränkungen vom Bearbeiter nicht zu beachten. Der prozessführende Rechtsanwalt trägt nämlich alle Fakten vor; das Recht spricht der Richter zu, der niemals von vorneherein in seiner rechtlichen Prüfung eingeschränkt ist.

b) Zitat der Anspruchsgrundlage

Zu Beginn einer jeden Anspruchsprüfung muss der Bearbeiter klarstellen, welchen

2003, S. 8 ff.; *Hagendorn/Bansemmer/Sander*, Rn. 31.

¹⁸ Über diese sehr praxisfremde Einschränkung des Prüfungsumfangs mag man sich als Rechtsanwalt bzw. Rechtsanwältin durchaus wundern.

Anspruch er gegen wen und woraus prüft. Das Zitat der Anspruchsgrundlage halten viele Referendare nicht für erforderlich, wenn sich im Folgenden die geprüfte Norm aus den Ausführungen ergibt. Eine exakte und prägnante Anspruchsprüfung kommt aber niemals ohne das Zitat der normativen Grundlage aus, unter welche der Sachverhalt subsumiert wird.

Klausurtaktischer Tipp:

Der Bearbeiter „verschenkt“ Punkte, wenn er die von ihm „im Kopf geprüfte“ Norm nicht in seiner Klausur niederschreibt.

c) Filterung der in Betracht kommenden Vorschriften

Im Gutachten sollten nur diejenigen Anspruchsgrundlagen geprüft werden, die **ernsthaft** in Betracht kommen. Das scheint für die meisten Referendare das größte Problem der Klausurbearbeitung zu sein.

Auf die Frage, welcher Anspruch in welcher Konstellation ernsthaft in Betracht zu ziehen ist, lässt sich keine generelle Antwort geben. Es geht vielmehr darum, dass Referendare im Rahmen ihrer Vorbereitung durch stetiges Üben von ehemaligen Examensklausuren ein Gefühl dafür entwickeln, welche Anspruchsgrundlagen in der konkreten Situation eher fernliegend sind.

Grundsätzlich sollte stets auf die richtige **Schwerpunktsetzung** geachtet werden. Der Bearbeiter sollte sich dafür nach einer kurzen Gliederung seiner Lösung Gedanken darüber machen, wo die Schwerpunkte der Klausur liegen. Zumeist wird in Examensklausuren die intensive Auseinandersetzung mit ein oder zwei materiellrechtlichen Problemen und ein oder zwei prozessualen Fragestellungen erwartet. Die übrigen „kleineren“ Probleme sind zumeist nicht allzu sehr auszubreiten. Hierbei geht es oft um eine exakte Definition und Subsumtion einzelner Anspruchsvoraussetzungen, wozu die zugelassenen Kommentare durchaus hilfreich sein können.

Ist der Bearbeiter unsicher, ob er eine Anspruchsgrundlage zusätzlich in Betracht ziehen muss, sollte er aus klausurtaktischen Gründen die (zweifelhafte) Norm zwar ansprechen, hierzu aber nur kurz ausführen. Damit kann ihm von Prüferseite in der Regel nicht eine fehlende Schwerpunktsetzung vorgeworfen werden, wenn es auf diesen Anspruch tatsächlich nicht ankommt.

Eine weitere Möglichkeit, eher fernliegende Anspruchsgrundlagen zumindest kurz anzusprechen, auf die es im Ergebnis nicht ankommt, besteht darin, deren Eingreifen letztlich dahingestellt sein zu lassen. Gleiches gilt für die Erörterung einzelner Anspruchsvoraussetzungen, die mehrere Lösungsansätze zulassen.

Beispiele:

1. „Es kann im Ergebnis dahingestellt bleiben, ob die hier eher zweifelhaften Voraussetzungen eines Rechtsmangels gem. § 536 Abs. 3 BGB vorliegen, da es sich jedenfalls um einen Sachmangel i.S.v. § 536 Abs. 1 BGB handelt.“

2. „Es kann dahingestellt bleiben, ob § 33 ZPO lediglich einen besonderen Gerichtsstand begründet oder darüber hinaus eine

besondere Sachurteilsvoraussetzung darstellt. Jedenfalls ist das Erfordernis der Konnexität vorliegend erfüllt.“

d) Rechtliche Argumentation

Eine erfolgreiche Anwaltsklausur zeichnet sich insbesondere durch **überzeugende Argumentation** aus. Die juristische „Abarbeitung“ der einzelnen Anspruchsvoraussetzungen ist dabei nur die „Pflichtübung“. Wer sich zur „Kür“ aufschwingen möchte, sollte in seiner Klausur eigener Argumentation Raum geben. Dem Bearbeiter entgehen daher Punkte, wenn er sich an den entscheidenden Stellen, die eine Stellungnahme erfordern, auf das Kommentarwissen beschränkt. Die zu honorierende Leistung des Bearbeiters liegt gerade darin, den Sachverhalt nach der eigenen juristischen Einschätzung zu bewerten und dies ansprechend zu begründen. Hierbei sollte eng am Sachverhalt gearbeitet und die dort vorhandenen Hinweise verwertet werden, die für eine gelungene **Subsumtion** erforderlich sind. In einigen Klausuren kommt es jedoch auch vor, dass Sachverhaltshinweise tatsächlich keine rechtliche Bedeutung für die Lösung des Falles haben. Der Referendar sollte sich daher nicht durch jede Information in die Irre leiten lassen, die nur rechtlich relevant sein könnte, dies aber im zu bearbeitenden Fall gerade nicht ist. Zum Teil wird der Fall nur entsprechend „ausgeschmückt“, um für die Bearbeiter leichter nachvollziehbar zu sein.

Im Rahmen der rechtlichen Argumentation darf und soll selbstverständlich das **Kommentarwissen** als **Grundlage** dienen. In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass der Bearbeiter seine durch Lektüre der Kommentare erlangten Kenntnisse als eigene verwenden kann und deshalb Zitate in der Klausur nicht notwendig sind. Keine Examensklausur wird aber eine Fallkonstellation zum Gegenstand haben, welche exakt derjenigen, die im Kommentar zitiert ist, entspricht. In diesem Fall ist das Argumentationsgeschick des Bearbeiters gefragt, dem sich hierdurch die Chance eröffnet, den Prüfer von der Qualität seiner Arbeit zu überzeugen. Bei der Begutachtung sollten stets die zentralen Probleme mit den einschlägigen **„Schlüsselbegriffen“** benannt werden. Auch hier verschenkt der Bearbeiter Punkte, wenn er zwar das Richtige meint, nicht aber exakt bezeichnen kann. Hierzu gehört wiederum das Zitat der einschlägigen Vorschriften.

Beispiele für typische Fehler:

1. „Aufgrund des Ergebnisses des Erstprozesses wird der Beklagte mit dem Vortrag, das Urteil im ersten Rechtsstreit sei unrichtig, nicht mehr gehört.“

⇒ Hier fehlt zum einen das Stichwort **„Interventionswirkung“** und zum anderen das Zitat der **§§ 74 Abs. 1 i.V.m. 68 ZPO bzw. §§ 74 Abs. 2,3 i.V.m. 68 ZPO¹⁹**.

2. „Grundsätzlich trägt der Kläger für die Voraussetzung der Kausalität die volle Beweislast. Bei typischen Geschehensabläufen greift jedoch eine Beweiserleichterung ein.“

⇒ Hier fehlt das Stichwort **„Anscheinsbeweis“** oder **„prima-facie-**

¹⁹ Je nachdem, ob der Streitverkündungsempfänger dem Rechtsstreit beigetreten ist oder nicht, tritt die Interventionswirkung über § 74 Abs. 1 ZPO (Beitritt) oder § 74 Abs. 2, 3 ZPO (Unterlassener Beitritt bzw. Beitritt auf der Gegenseite) ein.

III. Anwaltliches Vorgehen

Im Anschluss an das materielle bzw. prozessuale Gutachten ist in einem kurzen Zwischenschritt die Entscheidung des Rechtsanwalts hinsichtlich seines weiteren Vorgehens zu begründen. Diese **Überlegungen zur Zweckmäßigkeit** spiegeln oftmals die **anwaltliche Taktik** im jeweiligen Fall wider. Dem Prüfer soll in diesem Zusammenhang deutlich werden, warum ein bestimmtes Vorgehen für die Realisierung des Mandantenbegehrens zweckmäßig ist.

Zu entscheiden ist insbesondere die Frage, ob aufgrund der Erfolgsaussichten sogleich **Klage** erhoben werden soll oder z.B. die Gefahr für ein sofortiges Anerkenntnis nach § 93 ZPO besteht. In diesem Zusammenhang kann auch die Wahl einer besonderen Klageart von Bedeutung sein²⁰. Für den Fall der Klageerhebung sollte das **zuständige Gericht** ermittelt und dies begründet werden. Hierfür genügt in der Regel das Zitat der entsprechenden Vorschriften.

Im Falle einer **Verteidigung** gegen eine bereits anhängige Klage ist zu entscheiden, in welcher Form die Verteidigung strategisch sinnvoll ist. In der Regel wird ein Klageabweisungsantrag anzukündigen sein. Zusätzlich kann aber auch z.B. ein Teilanerkennntnis, eine Aufrechnung oder Widerklage sinnvoll sein²¹.

IV. Schriftsatz

1. Konsequente Umsetzung des Gutachtens

Im Prüfungsgebiet Berlin-Brandenburg wird von den Referendaren in der Regel neben der rechtlichen Begutachtung der herausgearbeiteten Mandanteninteressen auch deren praktische Umsetzung in einem **Schriftsatz** gefordert. Damit ist in der ganz überwiegenden Anzahl der Fälle der Schriftsatzentwurf Bestandteil des Erwartungshorizontes.

Dennoch gelangt der eine oder andere Bearbeiter in Einzelfällen zum Ergebnis, dass aufgrund mangelnder Erfolgsaussichten für die prozessuale Umsetzung oder die Verteidigung gegen eine Klage lediglich ein **Mandantenschreiben** zu entwerfen und ggf. der mit der Klage geltend gemachte Anspruch aus Kostengründen vollständig anzuerkennen ist.

Sollte das Gutachten keinerlei andere Wertung in Richtung zumindest partieller Erfolgsaussichten zulassen, ist das Mandantenschreiben in der Tat die **konsequente Umsetzung des Gutachtens**. Zumeist wird in der Klausur jedoch ein anderes Ergebnis beabsichtigt sein. Dies kann z.B. auch darin bestehen, dass in einem Schriftsatz ein Teilanerkennntnis zu erklären und im übrigen die Verteidigung gegen die Klage vorzubringen ist.

Klausurtaktischer Tipp:

Der Bearbeiter, der zum Ergebnis mangelnder Erfolgsaussichten

²⁰ Ausführlich *Hagendorn/Bansemer/Sander*, Rn. 18, 71 ff..

²¹ Ausführlich *Hagendorn/Bansemer/Sander*, Rn. 185 ff..

kommt, sollte dieses – zumindest aus klausurtaktischen Gründen - noch einmal überdenken.

Bei der Umsetzung des Ergebnisses des Gutachtens ist stets **konsequent** vorzugehen. Das bedeutet zum einen, dass bei guten Erfolgsaussichten eines prozessualen Handelns ein Schriftsatz zu entwerfen ist. Zum anderen müssen im Schriftsatz alle taktischen Erwägungen und vorgeschlagenen Anträge Berücksichtigung finden.

Beispiele für typische Fehler:

1. Ein Bearbeiter stellt im **Gutachten** fest, dass die Einspruchsfrist zwar abgelaufen ist, ein Antrag auf Wiedereinsetzung aber Aussicht auf Erfolg hat. Im **Schriftsatz** wird zwar an den Einspruch, den Antrag zur Hauptsache und den Antrag nach §§ 719, 707 ZPO gedacht, nicht aber an den Wiedereinsetzungsantrag.

⇒ *Das ist ein deutlicher Mangel der Klausur. Der Einspruch würde als unzulässig verworfen. In der Praxis kann dieses Versehen einen Fall der Anwaltshaftung begründen.*

2. Ein Bearbeiter kommt im **Gutachten** zum Ergebnis, dass ein Antrag auf Prozesskostenhilfe aufgrund der Erfolgsaussichten eines Klageverfahrens und der Bedürftigkeit des Antragstellers bewilligt werden wird. Im **Schriftsatz** erhebt der Bearbeiter Klage und vergisst den PKH-Antrag.

⇒ *Für den Fall, dass der Mandant nur unter der Bedingung der Bewilligung der Prozesskostenhilfe das Klageverfahren betreiben wollte und tatsächlich unterliegen sollte, wäre ihm ein Schaden entstanden, welchen er im Regresswege gegen den Anwalt geltend machen könnte.*

2. Anträge

Die **Anträge zur Hauptsache** sollen dem Tenor in der Hauptsache entsprechen. Bereits aus diesem Grund ist dem korrekten Antrag in der Klausur besondere Bedeutung beizumessen. Insbesondere ist auf die Vollstreckbarkeit einer entsprechenden Hauptsacheentscheidung zu achten.

Oftmals wird der **Zinsantrag** von Bearbeitern einer Anwaltsklausur vernachlässigt. Er wird entweder insgesamt vergessen oder es werden lediglich Rechtshängigkeitszinsen beantragt. Dabei liegt in den meisten Klausuren bereits außergerichtliche Korrespondenz vor, aus welcher sich ergibt, dass die Gegenseite keinesfalls bereit ist, auf die Forderung einzugehen. Damit wurde zum einen zur Klageerhebung Anlass gegeben mit der Folge, dass für § 93 ZPO kein Raum ist; zum anderen liegt darin zumeist eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung i.S.v. **§ 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB** mit der Folge, dass bereits zu diesem Zeitpunkt Verzug eingetreten ist.

Beispiel für einen weiteren typischen Fehler:

Viele Bearbeiter sind der Ansicht, die in einer Rechnung enthaltene „Standardaufforderung“ zur Zahlung der Rechnungssumme innerhalb

von zwei Wochen nach Zugang der Rechnung sei eine nach dem Kalender bestimmte Leistungszeit i.S.v. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB mit der Folge, dass nach Ablauf dieser Frist bereits Verzug eingetreten ist.

⇒ § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB erfordert aber eine vertragliche und damit **beiderseitige Vereinbarung** über die Leistungszeit. Dies ist z.B. in Mietverträgen in der Regel der Fall. Hier entspricht die Regelung zur Fälligkeit des Mietzinses am 3. Werktag eines Monats auch einer solchen vertraglichen Leistungszeitbestimmung. Die Aufforderung zur Zahlung innerhalb einer bestimmten Frist ist hingegen eine einseitige Festlegung der gewünschten Leistungszeit durch den Anspruchsinhaber, welcher allein keine verzugsbegründende Wirkung zukommt.

Auch auf die **Zinshöhe** sollte im Interesse des Mandanten geachtet werden. Der Standardzinssatz des **§ 288 Abs. 1 BGB** i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz kommt nur dann in Betracht, wenn an dem Rechtsgeschäft ein Verbraucher beteiligt ist. Ansonsten kann bei **Entgeltforderungen** der höhere Zinssatz von 8 Prozentpunkten beantragt werden, **§ 288 Abs. 2 BGB**. Der Begriff der Entgeltforderung ist sehr eng gefasst. Gemeint sind nur Forderungen, welche auf Zahlung eines Entgelts für die Lieferung von Gütern und die Erbringung von Dienstleistungen gerichtet sind²². Nicht unter § 288 Abs. 2 BGB fallen daher Ansprüche auf Schadensersatz, Vertragsstrafen, Bereicherungsansprüche und im Regelfall auch Ansprüche aus GoA²³.

Klausurtaktischer Tipp:

Der Bearbeiter einer Anwaltsklausur „verschenkt“ oftmals Zinsen, wenn er keinen Zinsantrag stellt bzw. lediglich Rechtshängigkeitszinsen beantragt. Das schmälert auch den Gesamteindruck der Leistung. Eine sorgfältige Herausarbeitung des Zinsbeginns und der Zinshöhe sollte deshalb in keiner Klausur fehlen. Eine Ausnahme gilt jedoch dann, wenn die Beantragung von Zinsen vom Bearbeitervermerk ausgenommen oder vom Mandanten explizit nicht gewollt ist.

3. Sachvortrag

Zumindest in **Klageschriften** ist es – auch aus klausurtaktischen Gründen – empfehlenswert, den Tatsachenvortrag nebst Beweisanträgen von der rechtlichen Würdigung getrennt darzustellen²⁴. Bearbeiter, die anders verfahren, gehen oft das Risiko ein, Beweisangebote dort anzubringen, wo sie fehl am Platze sind, insbesondere bei Rechtsausführungen.

²² Die Formulierung geht auf die Zahlungsverzugsrichtlinie zurück. Vgl. zur Auslegung Schermaier NJW 2004, 2501.

²³ Vgl. Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 286, Rn. 27.

²⁴ Vgl. zu den Gründen in der Praxis Lippert, VIII 4. b).

Beispiel für einen typischen Fehler:

„Die Parteien haben am 10. Dezember 2005 einen *wirksamen* Kaufvertrag abgeschlossen.“

Beweis: Kaufvertrag vom 10. Dezember 2005 in Kopie, **Anlage K 1**

⇒ *Es kann niemals über die **Wirksamkeit** eines Vertrages Beweis erhoben werden. Die Urkunde kann lediglich beweisen, dass ein Vertrag geschlossen worden ist. Die Wirksamkeit ist vielmehr eine Frage der rechtlichen Würdigung.*

In der **Klageerwiderung** ist eine strikte Trennung von Sachvortrag und rechtlichen Ausführungen zumeist nicht praktikabel. Der Anwalt des Beklagten hat sich nämlich zum einen zu den von Klägerseite vorgetragenen Tatsachen zu erklären, insbesondere diese ggf. einfach oder qualifiziert zu bestreiten; zum anderen muss er – sofern der Sachvortrag noch unvollständig war – diesen ergänzen. Keinesfalls sollte der Bearbeiter daher den gesamten Vortrag des Klägers wiederholen. Insofern bietet es sich förmlich an, rechtliche Ausführungen bereits an geeigneter Stelle einfließen zu lassen. Im Rahmen der Anwendung der Verweisungstechnik muss in dieser Konstellation verstärkt darauf geachtet werden, dass die rechtlichen Passagen sich korrekt – im Urteilsstil - in den Schriftsatz einfügen.

4. Rechtliche Würdigung

Zumindest im Prüfungsgebiet Berlin-Brandenburg sollte jeder Schriftsatz rechtliche Ausführungen enthalten.

In Anbetracht des durchaus umfangreichen Erwartungshorizontes in Anwaltsklausuren besteht die Möglichkeit der Verweisung auf **geeignete Passagen des Gutachtens**. Die Verweisungstechnik eignet sich im Regelfall nur für **rechtliche Ausführungen**²⁵. Zum Teil wird in Klausuren von Bearbeitern eine weitere Zeitersparnis dadurch versucht, dass das Gutachten mit Beweisantritten versehen wird, damit auch diesbezüglich verwiesen werden kann. Davon ist abzuraten. Der Bearbeiter geht mit dieser Vorgehensweise das Risiko ein, dass den Prüfer weder das Gutachten überzeugt, weil es Beweisantritte enthält, noch der Schriftsatz eine schlüssige Darstellung erkennen lässt.

Darüber hinaus sollte der Bearbeiter darauf achten, dass sich die Passagen tatsächlich in den Text des Schriftsatzes **einfügen**. In einigen Klausuren ist nach dem Sachvortrag kaum Text vorhanden, so dass die Verweisungspassagen im luftleeren Raum stehen oder aber inhaltliche Ausführungen enthalten, die für den Schriftsatz nicht geeignet sind. Dieses Risiko geht der Bearbeiter immer dann ein, wenn er beinahe auf das gesamte Gutachten verweist.

²⁵ Vgl. auch oben unter C.II.1.

Beispiel für einen typischen Fehler²⁶:

II. Rechtliche Würdigung

<S. 1 – 13 des Gutachtens.>

Beglaubigte und einfache Abschrift anbei.

Rechtsanwalt

⇒ *Es wird im Gutachten immer auch Passagen geben, die z.B. eine Beweisprognose, Ausführungen zu Mitverschulden und Verjährung enthalten. Diese sind zumeist nicht zur Übernahme in den Schriftsatz geeignet, weil der Gegenseite die Verteidigung dadurch erheblich erleichtert werden könnte .*

²⁶ Vgl. ein ausführliches Beispiel für die korrekte Anwendung der Verweisungstechnik bei *Hagendorn/Bansemmer/Sander*, Rn. 153.

D) Das Zeitmanagement

Für die überwiegende Anzahl der Referendare stellt die richtige Zeiteinteilung bei der Lösung einer Klausur ein erhebliches Problem dar.

Erfahrungsgemäß hat der erwartete Prüfungsumfang in Klausuren im Laufe der Zeit eher zu- als abgenommen, so dass sich jeder Referendar Gedanken über sein Zeitmanagement machen sollte.

Im Vergleich zu strafrechtlichen Examensaufgaben sind zivilrechtliche Klausuren in der Regel hinsichtlich ihres Umfangs etwas leichter zu bewältigen. Jeder Referendar sollte dazu im Rahmen der zahlreichen Übungsklausuren die Gelegenheit nutzen, seine Zeiteinteilung zu erproben.

Aufgrund der Erfahrung im Umgang mit zivilrechtlichen Klausuren lässt sich raten, dass für die **Erfassung des Sachverhalts und des Bearbeitervermerks** in der Regel nicht länger als zwanzig bis dreißig Minuten aufgewendet werden sollten.

Anschließend ist die eigene **Lösungsskizze** zu erstellen, auf deren Grundlage sich der Bearbeiter für oder gegen ein bestimmtes Vorgehen entscheiden soll. In diese Arbeit zur Skizze fließt auch Arbeit an den Kommentaren mit ein für den Fall, dass sich diese zu einzelnen Fragen der Klausur anbietet. Hierbei sei nochmals darauf hingewiesen, dass eine Klausur allein aufgrund von **Kommentararbeit** nicht zu lösen sein wird. Vielmehr ist stets die eigenständige Erarbeitung eines nachvollziehbaren Lösungsweges gefragt. Deshalb sollte der Bearbeiter auch nicht versuchen, die Lösung des Falles hektisch im Kommentar – insbesondere dem Stichwortverzeichnis – zu suchen. Der Kommentar ist in der Regel nur geeignet, um sich zu einzelnen Fragen eine eigene Meinung zu bilden. Insbesondere muss auch der Zeitverlust durch ergebnislose Kommentarbeit berücksichtigt werden.

Steht die eigene Lösung, empfiehlt es sich, das gefundene Ergebnis gedanklich noch einmal kurz unter Billigkeitsgesichtspunkten zu würdigen. Hierbei kann der Bearbeiter durchaus kritisch herangehen und sich in die Position des Gegners versetzen. Für den Fall der eigenen Billigung des gefundenen Ergebnisses sollte der Bearbeiter sich noch einmal kurz darüber vergewissern, das Mandantenbegehren auch vollständig bearbeitet zu haben. In Klausuren werden zu Beginn die Interessen des Mandanten oftmals gut herausgearbeitet; im Gutachten fehlt aber die umfassende rechtliche Beurteilung. Dies lässt sich durch einen abschließenden Blick auf die präzisen Ausführungen zum Mandantenbegehren sicherstellen.

Die **anwaltliche Vorgehensweise** sollte dem Bearbeiter durch die gutachterliche Lösungsfindung klar geworden sein. Je nach Umfang und Schwierigkeitsgrad der prozessualen Fragestellungen sollten hierfür nicht mehr als fünf bis fünfzehn Minuten aufgewendet werden. In Einzelfällen kann jedoch auch mehr Zeit erforderlich sein, z.B. wenn verschiedene Vorgehensweisen aus taktischer Sicht zu beurteilen sind.

Für den **gesamten Prozess der Lösungsfindung** sollte der Bearbeiter in der Regel zwei bis zweieinhalb Stunden aufwenden. Wird mehr als die Hälfte der zur Verfügung stehenden Zeit auf die Lösungsskizze verwendet, wird der Bearbeiter höchst wahrscheinlich spätestens beim Verfassen des Schriftsatzentwurfes in Zeitnot geraten.

Nunmehr folgt die Phase der **Formulierung des Gutachtens**. Es empfiehlt sich, auch während des Schreibens den gefundenen Lösungsweg kritisch zu würdigen. Zu

diesem Zeitpunkt lassen sich mögliche Fehler noch gut beheben. In zeitlicher Hinsicht sollte der Bearbeiter versuchen, sich auf ca. zwei Stunden zu beschränken. Hierbei kann es helfen, sich bewusst zu machen, wo die **Schwerpunkte der Klausur** liegen und deshalb die Ausführungen umfangreicher sein sollen²⁷. Gleichmaßen ist etwas Disziplin im Hinblick auf unproblematische Fragen ratsam. Zumeist geraten diejenigen Bearbeiter in Zeitnot, die sich mit ihren Ausführungen allzu lange an Stellen aufhalten, die für die Lösung des Falles keine große Relevanz haben.

Die **Formulierung des Schriftsatzes** sollte – auch in zeitlicher Hinsicht – nicht unterschätzt werden. Wichtig ist, dass sich der Bearbeiter mit den Formalien der Klage, Klageerwiderung, Widerklage, etc. zuvor vertraut gemacht hat. Im Ernstfall der Examensklausur wird keine Zeit bleiben, sich solche Formalien erst herzuleiten. Besondere Aufmerksamkeit gilt der Antragsformulierung. Antragsfehler sind Tenorfehlern vergleichbar, die das Gesamtbild der Leistung des Referendars erheblich trüben können. Ähnliche Wertigkeit hat der Sachvortrag. Der Bearbeiter muss darauf achten, alle für den Anspruch relevanten Tatsachen nebst Beweisanträgen vorzutragen. Oftmals enden Klausuren jedoch bereits hier, weil der Bearbeiter in Zeitnot geraten ist. Aus klausurtaktischer Sicht ist es ratsam, im Falle nur noch wenig verbleibender Zeit im Zweifel auf die rechtliche Würdigung zu verzichten, da der Korrektor die gut-achterliche Lösung bereits kennt. Schön ist es auch, wenn der Bearbeiter – auch im Falle der Zeitnot – den Schriftsatz mit dem Namen des bearbeitenden Rechtsanwalts unterschreibt. Dadurch macht er deutlich, dass ihm die Bedeutung der Unterschrift für den Schriftsatz, ohne welche keine Zustellung erfolgt, bewusst ist.

Sollten nach Erstellung des Schriftsatzentwurfes noch etwa 5 Minuten verbleiben, können im Wege des nochmaligen Durchlesens kleine Korrekturen angebracht werden. Keinesfalls sollte der Bearbeiter jedoch nach Ende der Bearbeitungszeit weiterschreiben.

Die dargestellten Vorschläge zur Zeiteinteilung sind den **eigenen Arbeitsgewohnheiten** individuell anzupassen. In der Erprobungsphase der Übungsklausuren empfiehlt es sich insbesondere, im Fall ständiger Zeitnot die Zeitspanne für die Lösungsfindung zu verkürzen und dadurch die Chance zu erhöhen, die Klausur zum Abgabzeitpunkt vollständig bearbeitet zu haben. In diesem Fall müsste die Lösung zumindest zum Teil erst im Rahmen der Formulierung des Gutachtens entwickelt werden. Dies kann z.B. dadurch erfolgen, dass die Lösungsskizze wesentlich gestrafft wird und nur die wesentlichen Gliederungspunkte enthält. Auch sollten Referendare nicht für die Formulierung von Definitionen in der Lösungsskizze Zeit aufwenden. Möglich sind hierfür Markierungen, z.B. durch Klebezettel oder Büroklammern an der entscheidenden Stelle im Kommentar, um diese bei der Ausformulierung der Klausur schnell wiederzufinden. Wichtig ist jedoch, dass sich der Bearbeiter im Regelfall darüber im Klaren ist, auf welche entscheidenden Normen er seine Lösung stützt. Zumindest ein Lösungsgerüst sollte daher stehen, wenn der Bearbeiter mit der Ausformulierung beginnt.

Letztlich entscheidet aber der individuelle Arbeitsstil über den Erfolg in der zivilrechtlichen Anwaltsklausur.

²⁷ Vgl. auch oben unter C.II.2.c).