

<b>Rechtsanwalt Konstantin Weinholz</b> <b>Die zivilrechtliche Anwaltsklausur</b>
--

**Inhaltsübersicht:**

<b>I. Vorbemerkung .....</b>	<b>Seite 1</b>
<b>II. Sprachliche Hinweise .....</b>	<b>Seite 2</b>
<b>III. Gemeinsamkeiten der verschiedenen Klausurtypen .....</b>	<b>Seite 3</b>
<b>IV. Die Behandlung des Tatsachenstoffs .....</b>	<b>Seite 5</b>
<b>V. Die Klausurbearbeitung.....</b>	<b>Seite 8</b>
<b>VI. Besonderheiten des Beweisrechts in der Anwaltsklausur .....</b>	<b>Seite 30</b>
<b>VII. Beteiligung Dritter am Verfahren .....</b>	<b>Seite 52</b>
<b>VIII. Kautelarklausuren.....</b>	<b>Seite 63</b>
<b>IX. Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung.....</b>	<b>Seite 67</b>

**I. Vorbemerkung<sup>1</sup>**

Dieses Skript sowie sämtliche sonstigen durch das Kammergericht zur Verfügung gestellten Skripte werden von erfahrenen Leiterinnen und Leitern von Arbeitsgemeinschaften erstellt. In ihnen werden Fragen der Klausurbearbeitung behandelt und mögliche Lösungen aufgezeigt. Die Skripte bieten indes keine abschließende Aufbereitung des Prüfungsstoffes und möglicher Lösungswege bzw. Darstellungsformen für die Klausuren. Ziel ist es vielmehr, Referendarinnen und Referendaren bestimmte Strukturen und Formulierungen an die Hand zu geben, die das Schreiben der Examensklausuren unterstützen. Die hier vorgeschlagenen Bearbeitungs- und Lösungswege sind vertretbar und liegen innerhalb des Antwortspielraums der Klausurschreibenden.

Es ist grundsätzlich zu unterscheiden zwischen den Anwaltsklausuren, deren praktische Leistung die Fertigung eines Schriftsatzes darstellt, und (seit 2014) den Kautelarklausuren, deren Schwerpunkte ein außergerichtliches Vorgehen, eine schriftliche Beratungsleistung oder die Vertragsgestaltung (einschließlich einseitiger Rechtsgeschäfte) sind. Eine Kombination der verschiedenen Klausurtypen in inhaltlicher Hinsicht ist möglich.

---

<sup>1</sup> Soweit in diesem Skript das generische Maskulinum verwendet wird, dient dies lediglich der besseren Lesbarkeit. Sämtliche (Personen-)Bezeichnungen beziehen sich – sofern nicht anders kenntlich gemacht – auf alle Geschlechteridentitäten.

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Bei den Klausuren mit gerichtlichem Bezug sind Klausuren nach der einzunehmenden Perspektive zu unterscheiden; zum einen nach Klausuren aus Klägersicht (Angriffsklausur) oder nach Beklagtersicht (Verteidigungsklausur). Die Sichtweise bestimmt das notwendige Vorgehen und auch den Aufbau der Klausur. Denkbar ist eine Kombination beider Sichtweisen, wenn ein Verteidigungsschriftsatz kombiniert mit einer Widerklage nach der Aktenlage geboten erscheint.

Generell ist nach der Konflikt- und Verfahrenslage zu unterscheiden: Ist noch kein Klageverfahren anhängig, stellt sich die Frage nach einem außergerichtlichen oder gerichtlichen Vorgehen. Gibt es bereits eine prozessuale Ausgangslage, ist in der Regel der Aktionsradius vorgegeben, der jedoch unter Umständen erweiterbar ist.

### **II. Sprachliche Hinweise**

Das Gesamtbild der Klausur wird durch sprachliche Feinheiten verbessert. Manche sprachliche Unsitte schleift sich im Laufe der Zeit ein und ist – wie viele schlechte Angewohnheiten – sehr schwer wieder loszuwerden. Die Lesbarkeit der Ausführungen in der Klausur kann durch Beachtung der nachstehenden kurzen Hinweise unterstützt werden.

#### **1. Mehr Verben an Stelle von Substantiven und Adverbien**

Benutzen Sie nach Möglichkeit direkt das betreffende Verb, um den gewünschten Inhalt zu formulieren. Beispiel: Statt etwas „einer Prüfung zu unterziehen“ könnte es schlicht heißen „etwas prüfen“.

#### **2. Hinweise für die sprachliche Gestaltung:**

Verwenden Sie nach Möglichkeit kurze Sätze und überprüfen Sie Wortwahl und Satzbau. Je weniger verschachtelt der Text gestaltet wird, desto besser lesbar ist er.

In einem Satz sollte nur ein Gedanke untergebracht werden. Der Kerngedanke sollte am Satzanfang stehen.

Häufig ist Folgendes zu lesen: „Es wird darauf hingewiesen, dass ...“. Versuchen Sie stattdessen, ihre Formulierungen im Aktiv niederzuschreiben und vermeiden Sie das Passiv: „Ich weise darauf hin, dass...“.

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Bei dieser Gelegenheit folgender Hinweis: Schreiben Sie in der ersten Person Singular. D.h. auch wenn die Ausbildungskanzlei in Ihrem Aktenstück auf mehrere Sozien verweisen kann, verfallen Sie lieber nicht in den „Pluralis majestatis“.

Wenig sinnvolle Verknüpfungen und Verlegenheitsausdrücke wie „beziehungsweise“ sollten Sie vermeiden.

Geschlechtsneutrale Formulierungen sind wünschenswert. Im Vordergrund steht aber immer die Verständlichkeit des Textes. Es bietet sich also durchaus an, Bezeichnungen wie „Studierende“, „Beschäftigte“ etc. zu verwenden und auf eine gendergerechte Sprache zu achten. Dies sollte aber nicht zu Lasten des Zeitmanagements in der Klausur gehen.

Wenn es Ihnen schwerfällt, geschlechtsneutral zu formulieren, bleiben Sie bei Ihrer gewohnten Schreibweise und verwenden Sie, ähnlich wie der Autor des Skripts, einen „Disclaimer“.

### III. Gemeinsamkeiten der verschiedenen Klausurtypen

Allen Klausurtypen ist gemeinsam, dass sich aus einem Vermerk mit Inhalten des Mandantengesprächs sowie einem Aktenauszug, ggf. mit Urkunden und Korrespondenz eine Fragestellung oder ein Anliegen des Mandanten ergeben, das herauszuarbeiten und zu prüfen ist.

Der jeweiligen Klausursituation ist immanent, dass ihr eine bestimmte Vorgehensweise und ein bestimmter Aufbau zu folgen haben. Der Bearbeitervermerk gibt die Richtung der Prüfung vor. Hier haben wir es in der Regel mit folgenden Formulierungen zu tun:

1. *Sie sind Frau Rechtsanwältin/ Herrn Rechtsanwalt (...) als Referendar/-in zur Ausbildung zugewiesen. Sie/er bittet Sie, die Aufträge gemäß Vermerk vom (...) zu erledigen.*

#### **Alternativ:**

1. *Beurteilen Sie in einem Gutachten/Vermerk die Rechtslage und erläutern Sie das zur Wahrnehmung der Interessen der Mandantin/ des Mandanten erforderliche Vorgehen. Hierbei sind alle im Sachverhalt angesprochenen Probleme -ggf. hilfsgutachterlich- umfassend zu prüfen.*

2. *Entwerfen Sie den nach dem Ergebnis Ihres Gutachtens/Vermerkes erforderlichen Schriftsatz an das Gericht, oder, falls ein solcher nicht angezeigt ist, ein entsprechendes Mandantenschreiben. Soweit ein gerichtliches Vorgehen -auch nur teilweise- für erfolgversprechend gehalten und der Schriftsatz entworfen wird, ist ein gesondertes Schreiben an die Mandantschaft entbehrlich. Nur*

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

wenn ein gerichtliches Vorgehen insgesamt nicht für erfolgversprechend gehalten wird, ist dies in einem Schreiben an die Mandantschaft mit Begründung darzulegen.

### **Alternativ:**

2. Entwerfen Sie das nach dem Ergebnis Ihres Gutachtens/Vermerkes erforderliche außergerichtliche, oder, falls ein solches nicht angezeigt ist, ein entsprechendes Mandantenschreiben. Soweit ein außergerichtliches Vorgehen -auch nur teilweise- für erfolgversprechend gehalten und ein Schreiben entworfen wird, ist ein gesondertes Schreiben an die Mandantschaft entbehrlich. Nur wenn ein außergerichtliches Vorgehen insgesamt nicht für erfolgversprechend gehalten wird, ist dies in einem Schreiben an die Mandantschaft mit Begründung darzulegen.
3. Sollte eine Frage für beweisheblich gehalten werden, ist eine Prognose zur Beweislage zu erstellen.
4. Eine Sachverhaltsdarstellung ist nicht erforderlich.
5. Soweit im Sachverhalt auf Anlagen Bezug genommen wird, von deren Abdruck abgesehen wurde, ist zu unterstellen, dass sie den genannten Inhalt haben.
6. Ordnungsgemäße Vollmachten sind erteilt. Die Formalien (Ladungen, Zustellungen, Rechtsmittelbelehrungen etc.) sind in Ordnung, soweit sich aus dem Sachverhalt nichts anderes ergibt.
7. xxx liegt im Bezirk des Amtsgerichts (...), des Landgerichts (...) und des Oberlandesgerichts (...).
8. Es ist davon auszugehen, dass
  - a.) die Mandantin/ der Mandant oder Dritte keine weiteren Angaben zum Sachverhalt machen können
  - und
  - b.) von der Möglichkeit des § 44 BRAO kein Gebrauch gemacht werden kann.
9. Der Bearbeitung ist der zur Zeit der Prüfung geltende Rechtszustand zugrunde zu legen. Übergangsvorschriften sind nicht zu prüfen.
10. Zugelassene Hilfsmittel sind: (...)

Im Bearbeitervermerk müssen nicht alle der vorstehenden Punkte ausdrücklich genannt sein, um zum Bearbeitungsumfang zu gehören:

- Es wird auch ohne ausdrücklichen Hinweis zu erwarten sein, dass sämtliche rechtlichen Fragen erörtert werden, es sei denn, der Bearbeitungsumfang wäre insoweit eingeschränkt.
- Erörterungen zur Beweisprognose sind stets angezeigt. Diese beinhalten Ausführungen zur Beweislast, den zur Verfügung stehenden Beweismitteln sowie deren Gewichtung.
- Enthält der Bearbeitervermerk einen Hinweis auf die örtliche Zuständigkeit, wäre es in jedem Falle fahrlässig, diese nicht zu prüfen. Aber auch ohne einen solchen Hinweis gehört die Untersuchung der Zuständigkeit zum Prüfungsumfang.
- Der Hinweis auf die Entbehrlichkeit der Sachverhaltsdarstellung (im Bereich des GJPA Berlin/Brandenburg unüblich) betrifft nicht die Darstellung der Tatsachen im Schriftsatz!

#### **IV. Die Behandlung des Tatsachenstoffs und die Anforderungen an die Klausurleistung**

Die der Erfassung des Bearbeitervermerks folgende Leistung ist die sorgfältige Erfassung des Tatsachenstoffes, insbesondere im Hinblick auf dessen Relevanz. Von Klausurbearbeiterinnen und Klausurbearbeitern wird erwartet, dass sie erkennen, welcher Teil der mitgeteilten Tatsachen für die Zielvorstellung der Mandantschaft entscheidend sein wird. Die Sachverhaltsarbeit ist die essentielle Grundlage für eine erfolgreiche Klausurleistung.

Nach der Synthese des Tatsachenstoffes folgen alle Klausurtypen einem grundsätzlichen Schema, wobei allerdings –je nach Fragestellung und Ausgangssituation- die Reihenfolge z.B. innerhalb des Gutachtens variieren kann. Vereinfacht kann dieses Schema wie folgt dargestellt werden:

##### **1. Mandantenbegehren**

##### **2. Gutachten**

##### **3. Zweckmäßigkeitserwägungen/ prozessuales Gutachten/prozesstaktische Erwägungen**

##### **4. Praktische Leistung**

Es ist nicht unbedingt erforderlich, diese Formulierungen zu wählen oder in Überschriften zu fassen. Wesentlich ist jedoch, in etwa diesen Aufbau einzuhalten oder zumindest eine entsprechende Gliederung zu liefern.

Theoretisch könnte eine gesonderte Sachverhaltsdarstellung zu den Klausuranforderungen gehören, die ggf. dem materiellen Gutachten voranzustellen wäre. Hierbei handelt es sich um eine Art „case summary“, welche dem Umfang nach über das Mandantenbegehren, das nur aus etwa ein bis drei Sätzen bestehen sollte, hinaus geht und in den Sachstand einleitend einführt. Im Bereich Berlin/ Brandenburg ist dieses Erfordernis in der Regel unüblich, was sich häufig im Bearbeitervermerk niederschlägt. Dieser enthält dann den Hinweis: „Ein Sachbericht ist nicht zu fertigen.“

**Hiermit ist nicht gemeint, dass im Rahmen der praktischen schriftsätzlichen Leistung der Tatsachenvortrag unterbleiben kann. Dies wäre grob fehlerhaft. Nur in Fällen, in denen der Bearbeitervermerk dies ausdrücklich gestattet, können Ausführungen zum Tatsächlichen weggelassen werden.**

Der Sachverhalt ist exakt zu erfassen. Es sind alle denkbaren Vorgehensweisen und somit alle in Betracht kommenden Ansprüche und Verteidigungsmittel zu prüfen. Anknüpfungspunkt ist stets der seitens der Mandantschaft geäußerte Wille. Hierdurch bestimmt sich das Vorgehen, was jedoch nicht ausschließt, dass die Mandantschaft Aspekte übersieht, deren Relevanz erst im Zuge der Begutachtung zutage tritt.

Aus dem Tatsachenstoff ergeben sich:

- die Verfahrenssituation
- die Konfliktsituation
- die Zielvorstellung der Mandantschaft
- der Sachvortrag der Mandantschaft
- Der Inhalt des Auftrages an die Anwältin/ den Anwalt (also die konkrete Leistung, die die Mandantschaft in Bezug auf ihre Zielvorstellung erwartet, i.d.R. mindestens Beratung über die Rechtslage und die Möglichkeiten der Verwirklichung ihrer Zielvorstellung; weiter: Vertretung und Einleitung der erforderlichen Schritte)

Von der Richtigkeit der Angaben der Mandantschaft darf man ausgehen. Sie können dem Gutachten und der praktischen Leistung zugrunde gelegt werden. Dies gilt **nicht für Rechtstatsachen oder Rechtsbegriffe**. Wenn die Mandantschaft von einer Kündigung spricht, kann sie auch eine Anfechtung oder einen Rücktritt meinen – diese Angaben sind kritisch zu hinterfragen.

Tatsachen, die die Mandantschaft **nur vermutet**, dürfen grundsätzlich als **wahr** zugrunde gelegt werden; etwaige Beweisprobleme sind im Rahmen des Gutachtens und der vorzunehmenden Beweisprognose zu erörtern.

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

**Lücken** im Sachvortrag dürfen nur (bei Unterstellung einer Anfrage an die Mandantschaft mit positiver Beantwortung) ergänzt werden, wenn es dafür **konkrete Anhaltspunkte** gibt (z.B. hinsichtlich des Namens oder der Anschrift eines in Betracht kommenden Zeugen, zur Bestimmtheit einer herauszugebenden Sache oder zu einem Zinsschaden bei Inanspruchnahme von Bankkredit). Möglich ist auch, in diesem geringen Umfang auf die noch erforderliche Anfrage zu verweisen.

Es ist in jedem Falle aber darauf zu achten, den **Sachverhalt nicht willkürlich zu verändern**. Unterstellungen sind stets gut zu begründen.

Es gilt der Grundsatz: Ergänzungen sind –von vorgenannten Ausnahmen abgesehen- nicht zulässig. Stößt man auf vermeintliche Sachverhaltslücken, liegt der Fehler eher beim Bearbeiter der Klausur.

**Nicht** zugrunde zu legen sind selbstverständlich Angaben ins Blaue und –aufgrund der prozessualen Wahrheitspflicht- bewusst unrichtig aufgestellte Angaben (*hierfür wird es im Sachverhalt jedoch nur selten Anhaltspunkte geben, die übersehen werden könnten*).

Weitere Informationen ergeben sich aus den vom Mandanten eingereichten oder sonst vorhandenen Unterlagen, etwa Vorkorrespondenz, Urkunden, Registerauszüge, interne Aktenvermerke.

Diese Klausuranforderungen spiegeln die berufliche Praxis: Die Anwältin/ der Anwalt ist zur umfassenden rechtlichen Prüfung des seitens der Mandantschaft mitgeteilten Sachverhalts verpflichtet.

### **Es folgt dann die Synthese des erfassten Stoffs:**

Nach der Ordnung des Stoffs wird sich neben den unterschiedlichen Zielvorstellungen der Parteien eine konkrete Prozess- oder zumindest Konfliktsituation ergeben. Möglicherweise wird es sich anbieten, die Mandantschaft auf weitere Möglichkeiten hinzuweisen, an die sie selbst noch nicht gedacht hat.

Neben dem möglichen Tatsachenvortrag ergeben sich aus der Sichtung des Stoffs auch die möglichen Beweismittel. Bereits jetzt dürfte sich aus den vorliegenden Informationen auch ergeben haben, welche Tatsachen streitig werden bzw. schon sind, wo also der Schwerpunkt der anzustellenden Beweisprognose liegen wird.

Rechtliche Ausführungen der Beteiligten –auch des Gegners- sind ebenfalls beachtlich, jedoch zu hinterfragen. Aus ihnen können sich Hinweise für einen Falleinstieg ergeben. Von bewussten Irreführungen des Klausurstellers ist nicht auszugehen.

## V. Die Klausurbearbeitung:

Aus dem Vorgenannten folgt sodann die Erarbeitung des

### 1. Mandantenbegehrens:

Dieses ist eingangs zu formulieren und stellt die „Visitenkarte“ der Klausur dar. Die sich aus dem gesammelten und untersuchten Tatsachenstoff ergebenden Aspekte sind in **kurzen** Worten und **ergebnisoffen** wiederzugeben, d.h. es sind ein bis zwei Sätze zu formulieren. Auch aussichtslose Wünsche sind hier wiederzugeben, ebenso wie finanzielle Aspekte (ggf. könnte auf Grundlage der Situation des Mandanten z.B. Prozesskostenhilfe beantragt werden).

Alternative Ziele oder Prioritäten der Mandantschaft sollten Eingang in das Mandantenbegehren finden. Auch wenn die Mandantschaft ein Ziel als absolut nachrangig oder nicht eilbedürftig betrachtet, sollte dieses im Mandantenbegehren auftauchen. Ob die Einschätzung der Mandantschaft die richtige ist, zeigt dann das Gutachten.

In der Klausur aus Beklagtensicht wird in aller Regel die Abwehr der klägerischen Ansprüche wesentlicher Teil der Zielsetzung sein. Da dies recht selbstverständlich ist, sollte in knappen Worten das klägerische Begehren dargestellt werden.

Das Mandantenbegehren soll **nicht** enthalten: Das vermeintlich gefundene Endergebnis, Vorstellung der Parteien mit Namen und/ oder Anschrift, vollstreckungsfähige Tenorinhalte (etwa die Fahrgestellnummer eines herauszugebenden Kfz o.Ä.).

Die Leistung des Mandantenbegehrens besteht darin, die Zielvorstellung präzise aus dem Sachverhaltskontext herauszuarbeiten und diese sodann prägnant zusammenzufassen. Rechtsbegriffe sind weitgehend zu vermeiden, es sei denn, es handelte sich um Bezeichnungen wie „Kaufvertrag“, „Mietvertrag“ etc., die in den allgemeinen Sprachgebrauch übergegangen sind. Ebenfalls zu vermeiden ist die wortwörtliche Wiedergabe der Formulierung des Mandanten.

Es folgt nun:

### 2. Das Gutachten:

Das Gutachten als Kern der Klausurleistung dient der Untersuchung, ob die Zielvorstellung der Mandantschaft mit Erfolg erreicht werden kann. Mithin ist hier zu klären, ob etwa eine Klage



## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Aussicht auf Erfolg hat oder die Rechtsverteidigung möglich ist; im Bereich der Kautelarklausur vielleicht, inwieweit eine Vertragsgestaltung geändert werden sollte, ob Kündigungsgründe bestehen etc.

Ob es sich hier zunächst um eine prozessrechtliche Beurteilung handelt oder an erster Stelle materiellrechtliche Fragestellungen zu erörtern sind, hängt vom Klausurtypus ab.

Bei einem in der Klausur aus anwaltlicher Sicht zu erstellenden Gutachten ermöglicht der Gutachtenstil eine umfassende Prüfung sämtlicher rechtlicher Probleme, die die Voraussetzung dafür schafft, in den Zweckmäßigkeitserwägungen das weitere Vorgehen abzuwägen. Unproblematisches kann im knapperen Urteilsstil bearbeitet werden. Den Bearbeiterinnen und Bearbeitern wird ein weiter Spielraum gewährt, was die Gestaltung des Gutachtens angeht, da es hier keinen definierten professionellen Standard gibt. Wesentlich ist die Verständlichkeit des Textes. Zudem ist entscheidend, wie die Bearbeiterin/ der Bearbeiter die Spitzklammern einsetzt, die wörtlich in den Schriftsatz passen müssen. Von zentraler Bedeutung ist letztlich die praktische Leistung und deren Gestaltung. Im Rahmen der Ausführungen sollte beachtet werden, dass die gutachterlichen Ausführungen im Wege der Spitzklammertechnik oder durch „copy & paste“ in den Schriftsatz übertragbar sein sollten. Es muss in diesem Zusammenhang darauf geachtet werden, dass die entsprechenden Formulierungen für einen Schriftsatz geeignet sind, also möglichst nicht die Wortwahl „könnte“ oder „möglicherweise“ oder „wäre zu prüfen“ o.Ä. enthalten sollten. Dieser Hinweis gilt für die weiterhin handschriftlich verfassten Klausuren. Nach derzeitigem Kenntnisstand wird trotz der Einführung der elektronischen Klausurfertigung in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung während einer längeren Übergangsphase die handschriftliche Fertigung weiterhin möglich sein. In der E-Klausur, die im Dezember 2023 erstmals ermöglicht wird, bietet die Textverarbeitung bessere Möglichkeiten, Passagen aus dem Gutachten in den Schriftsatz zu übernehmen, so dass die Spitzklammertechnik mittelfristig in den Hintergrund tritt.

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. Eine isolierte Beweisstation wird 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.

Zur Beweisprognose im Detail siehe Abschnitt VI.

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. Sehr wohl können jedoch prägnante von der Rechtsprechung etablierte Formulierungen wiedergegeben werden.

Weiter muss auf die Parteibezeichnungen geachtet werden: In der Beklagtenklausur sind die Rollen zwar von Anfang an klar verteilt, da die Konfliktsituation ihren Ausgang in einer bereits gegen den Mandanten erhobenen Klage nimmt. Dennoch ist er im Gutachten nicht zwingend als „Beklagter“ oder der Gegner entsprechend als „Kläger“ zu bezeichnen. Dennoch kann die Parteibezeichnung noch Modifikationen erfahren.

### ***a. Das Gutachten in der Klausur aus Klägersicht***

Die Klausur aus Klägersicht wird häufig als Angriffsklausur bezeichnet. Der Aktenauszug bezieht sich häufig auf eine vorprozessuale Lage. Selten kommt ein Mandant und hat bereits selbst Maßnahmen eingeleitet, die aufzunehmen sind. Dies ist dennoch z.B. denkbar, wenn ein Mahnverfahren vom Mandanten eingeleitet wurde und der Gegner Widerspruch eingelegt hat. Parallel gilt dies für einen Vollstreckungsbescheid und den Einspruch. Es sollte aber nicht um jeden Preis an der Maßnahme festgehalten werden. So hat es schon Klausuren gegeben, wo die Maßnahme schlicht zurückzunehmen war und eine andere Maßnahme zu empfehlen war. Versuchte Umdeutungen führten häufig zu keinen guten Ergebnissen.

Im Rahmen dieser Klausurstellung ist vorrangig zu prüfen, ob dem Mandanten ein Anspruch zustehen kann. Prozessuale Erwägungen sind hier nicht anzustellen. Diese folgen in der Zweckmäßigkeitprüfung. Daher ist hier nicht die Zulässigkeit einer Klage oder sonstiger prozessualer Schritte zu erörtern. Der Einstieg erfolgt direkt mit der materiellen Prüfung. Ausnahme: Die Einlegung von Rechtsmitteln sollte mit einer Zulässigkeitsprüfung im Gutachten beginnen.

Das materielle Gutachten dient der Feststellung der Tatsache, ob die Zielvorstellung des Mandanten mit Erfolg erreicht werden kann. Mithin ist hier zu klären, ob etwa die Klage Aussicht auf Erfolg hat.

Aus Klägersicht ist z.B. zu klären,

- ob ein Anspruch schlüssig dargelegt werden kann,
- auf welche –insbesondere streitigen- Tatsachen es für eine Erfolgsprognose ankommt,
- ob die voraussichtlich bestrittenen Tatsachen bewiesen werden können,
- ob Einwendungen des Gegners (oder auch Einreden wie die der Verjährung) erheblich sein werden oder nicht,
- ob die Ansprüche vollumfänglich durchgesetzt werden können.

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Einige Modifikationen gegenüber der Urteilklausur sind zu beachten. Die Begutachtung dient nicht dem Ziel, zu einer Entscheidung zu kommen, sondern zu einer sachgemäßen Beratung sowie der Vorbereitung der praktischen Leistung, d.h. in der Regel also des Schriftsatzes. Anders als im Urteil handelt es sich nicht um die Beurteilung eines abgeschlossenen Sachverhalts, sondern um eine Erfolgsprognose in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht.

Die Schlüssigkeit des später zu fertigenden Vortrages hängt davon ab, ob alle Anspruchsvoraussetzungen der der Geltendmachung des Anspruches zugrunde- gelegten 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 vage sein, um als ausreichend substantiiertes Vortrag zu dienen. Dies muss der Anwalt unbedingt in seine Bewertung mit einbeziehen. Der Bearbeitungsvermerk gibt insoweit regelmäßig vor, dass auch auf Nachfrage der Mandant und Dritte keine weiteren Angaben machen können.

Die Untersuchung muss hierbei vor allem objektiv sein. Ein Gefälligkeitsgutachten führt weder zu einem guten Ergebnis in der Klausur noch zu einer erfolgreichen Prozessführung in der Praxis.

Grundlage ist der vorliegende Vortrag (der IST- Zustand), auch wenn er für die Mandantschaft ungünstig ist. Hinsichtlich der Mandantschaft ist auch zu klären, was noch vorgetragen oder erklärt werden kann. Auch der noch mögliche Vortrag des Gegners oder weitere rechtsgestaltende Handlungen sind in die Überlegungen einzubeziehen.

Eine umfassende Prüfung sämtlicher in Betracht kommender Anspruchsgrundlagen mit Hilfs- und Zusatzerwägungen ist vorzunehmen.

Bei der rechtlichen Beurteilung ist primär obergerichtliche Rechtsprechung zugrunde zu legen. Fehlt eine solche, ist herauszufinden, ob es eine herrschende Auffassung in der Rechtsprechung gibt. Fehlt auch diese, ist die herrschende Auffassung in der Literatur zu fokussieren. Steht also eine eindeutige Rechtsprechung der Bejahung des Anspruchs entgegen, ist die Erfolgsaussicht zu verneinen. Der Sachverhalt sollte nicht lebensfremd interpretiert oder verbogen werden, um das Ergebnis passend zu machen. Aber grundsätzlich gilt:

Bei mehreren vertretbaren Ansichten ist grundsätzlich die dem Mandanten günstigere vorzuziehen und auf dieser Ansicht die weitere Untersuchung aufzubauen. Sicherheitshalber sind Alternativüberlegungen anzustellen, ob auch unter Berücksichtigung der Gegenauffassung das gleiche Ergebnis erzielt werden kann.

Dass zugunsten der Mandantschaft stets der sicherste Weg eingeschlagen werden muss (siehe auch nachstehende Ausführungen), darf in der Klausur in fast allen Fällen nicht dazu führen, dass vom gerichtlichen Vorgehen abgeraten wird. Die Hauptaufgabe besteht darin, gute Gründe für die

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Annahme zu finden, dass das Gericht der Beurteilung der Rechtsfrage folgen wird (Erfolgsprognose – aus Erfahrung sollte diese weniger einer Misserfolgsprognose ähneln).

Naheliegende oder im Aktenstück sogar angedeutete Verteidigungsmöglichkeiten der Gegenseite sollten aufgrund der Vorgabe des sichersten Weges in die Bewertung einbezogen werden, etwa die drohende Verjährung der fraglichen Ansprüche.

Auch in diesem Zusammenhang kann es darauf ankommen, inwiefern die Angaben der Mandantschaft 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 der gesetzliche 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.

Zu beachten ist, dass unbestrittener Vortrag gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gilt.

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.

### ***b. Das Gutachten in der Klausur aus Beklagtensicht***

Einiges zur Klausur aus Klägersicht Ausgeführte gilt sinngemäß auch für die Bearbeitung aus der Perspektive der Beklagtenseite.

Während in der Klausur aus Klägersicht zuerst die materielle Rechtslage geprüft wird, ist in der Klausur aus Beklagtensicht eine Zulässigkeitsprüfung voranzustellen. Hier finden wir eine Prozesssituation vor, die eine Rechtsverteidigung erfordert. Diese setzt naturgemäß schon bei der Prüfung ein, ob die gegen den Mandanten eingereichte Klage überhaupt zulässig ist. Ist das nicht der Fall, kann die weitere materiellrechtliche Prüfung zwar nicht unterbleiben, aber ein wichtiges Zwischenziel ist erreicht. Außerdem prüft das Prozessgericht ebenfalls in dieser Reihenfolge, und letztlich ist das anwaltliche Vorgehen ja in gewisser Weise der Spiegel dieser Prüfung. Die Klausurbearbeiterin/ der Klausurbearbeiter muss prognostisch beurteilen, wie das Gericht mit dem Anliegen der Mandantschaft umgehen wird.

Kommt man z.B. als Beklagtenvertreter zum Ergebnis, dass die Klage unzulässig ist, ist gleichwohl zur Begründetheit vorzutragen.

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Sieht der Beklagtenvertreter ein Schlüssigkeitsproblem, ist dennoch vorsorglich erheblich einzuwenden. Erstens ist nicht sicher, ob das Gericht den Bedenken gegen die Schlüssigkeit folgt. Zweitens können bei Zurückhalten des Sachvortrages aus taktischen Gründen Verspätungsprobleme auftreten, insbesondere wenn die Gegenseite auf gerichtlichen Hinweis weiter vorträgt. In der Klausur ist ohnehin in der Regel vom Zurückhalten möglichen Vortrages abzuraten.

Im Anschluss an die Zulässigkeitsprüfung und die Untersuchung der Begründetheit der Klage können etwaige Gegenansprüche der Mandantschaft materiellrechtlich geprüft werden. Hierzu erfolgen im Gutachten -ähnlich wie bei der Klausur aus Klägersicht- keine prozessualen Erörterungen. Diese bleiben den Zweckmäßigkeitserwägungen vorbehalten.

Aus Beklagtensicht ist also zu untersuchen,

- ob gegenüber einem Anspruch für den Mandanten eine erfolgreiche Rechtsverteidigung in Gestalt einer erheblichen Einlassung aufgebaut werden kann,
- ob die Erwiderng mit erfolgreichen Beweisantritten ausgestattet werden kann, ferner
- ob ggf. unbedingt oder hilfsweise aufgerechnet oder ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden kann,
- bzw. ob Gegenansprüche die des Klägers sogar übersteigen, mithin vielleicht eine Widerklage in Betracht käme.

Die umfassende Prüfung erspart in der Regel das Hilfsgutachten. Allerdings ist z.B. nach Bejahung der Anspruchsvoraussetzungen aus einem rechtlichen Gesichtspunkt zu erläutern, wieso die Prüfung fortgesetzt wird.

### ***c. Zur Beweisprognose:***

Es stellt sich –anders als in der Urteilklausur- die Beweisfrage dahingehend, wie das Gericht voraussichtlich die Tatsachenfrage entscheiden wird.

Primär ist die Beweislast zu klären: Bei eigener Beweislast ergibt sich eine Erfolgsaussicht nur, wenn die Prognose ergibt, dass das Gericht von der zu beweisenden Tatsache überzeugt werden wird; maßgebend ist der Spielraum, den § 286 ZPO lässt.

Bei Beweislast des Gegners hat das eigene Begehren Erfolg, wenn es erstens dem Gegner schon aufgrund der eigenen Beweismittel nicht gelingen dürfte, die notwendige Überzeugung herbeizuführen und zweitens, wenn der Mandantschaft Beweismittel für einen Gegenbeweis zur Verfügung stehen.

Wichtig ist, auf gesetzliche oder tatsächliche Vermutungen zu achten, die für oder gegen den Mandanten sprechen können.

Soweit –ausnahmsweise- bereits eine Beweisaufnahme durchgeführt wurde, liegt bereits ein Beweisergebnis vor, dessen Würdigung durch das Gericht nunmehr zu prognostizieren und zu beeinflussen ist. Im Gutachten können die negativen Gesichtspunkte auftauchen, im Schriftsatz an das Gericht natürlich nicht mehr.

Es ist zu prüfen, welche Beweismittel der Mandant bereits mitbringt. Da die Hinweise und Unterlagen des Mandanten i.d.R. abschließend sind, muss nicht über weitere Beweismittel nachgedacht werden. Hierfür müsste im Sachverhalt ein Anhaltspunkt bestehen. Es kann aber ggf. über eine Konstruktion nachgedacht werden, die dem Mandanten eine Zeugenstellung verschafft.

Es müssen auch Überlegungen zur Verfügbarkeit und Verwertbarkeit von Beweismitteln angestellt werden.

Bei der Prognose über Ergiebigkeit und Überzeugungskraft von Beweismitteln ist von den allgemeinen Beweiswürdigungsgrundsätzen auszugehen. Die Beweismittel sind in einer Gesamtbetrachtung zu beurteilen; auch die dem Gegner zur Verfügung stehenden Beweise sind einzubeziehen. Auch hier kann taktisch gedacht werden, indem etwa gegnerische Zeugen durch Einbeziehung in den Rechtsstreit als Zeugen „ausgeschaltet“ werden.

Bei streitigen Hilfstatsachen ist die doppelte Überlegung anzustellen, ob die Indiztatsache selbst zu beweisen sein wird und die Indiztatsache(n) wiederum genügen werden, um die Haupttatsache zu beweisen.

Beruft sich der Gegner auf einen Dritten als Zeugen, ist in jedem Falle zumindest auf eine Anhörung des Mandanten gemäß § 141 ZPO hinzuwirken, um die „Waffengleichheit im Prozess“ zu gewährleisten (die Anhörung des Mandanten ist dann zwingend geboten).

Näheres zum Beweisrecht in der Anwaltsklausur siehe Ziffer IV.

Die Begutachtung sollte insgesamt einen roten Faden verfolgen, der für den Leser erkennbar ist. Es sollte ein Eingangssatz gewählt werden, z.B.

*„Die Mandantin hat einen Anspruch auf Zahlung der im Antrag zu 1. genannten Beträge aus eigenem Recht. Der Gegner ist der Mandantin gegenüber gemäß §§ 280 I, 241 II BGB Schadensersatzpflichtig.*

*Der Vertrag zwischen den Parteien wurde seitens des Gegners unter Verstoß gegen dessen vertragliche Verpflichtungen gekündigt. ...“*

Es wird schwer durchzuhalten sein, jeden Satz in dieser Weise einzureihen. Im Großen und Ganzen gehört zu einer erfolgreichen Klausurleistung aber die stringente, nachvollziehbare Erörterung der wesentlichen Rechtsfragen.

Nach der Begutachtung in materiellrechtlicher (und ggf., in der Klausur aus Beklagtensicht, prozessualer) Hinsicht folgen nun die

### **3. Zweckmäßigkeitserwägungen/prozesstaktischen Ausführungen:**

Ausgehend von der gutachterlichen Leistung sind dann unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten Vorschläge für das weitere Vorgehen zu erarbeiten. Neben den rechtlichen Gesichtspunkten ist – insbesondere bei Hinweisen aus dem Mandantengespräch oder sonstigen Umständen- noch auf wirtschaftliche Erwägungen oder Kostenfragen oder ein etwaiges Eilbedürfnis einzugehen.

Dieser Prüfungsteil ist von großer Wichtigkeit, da er eine Art Brücke zwischen den gutachterlichen Ausführungen und der praktischen Leistung bildet. Die Klausurbearbeiterin / der Klausurbearbeiter teilt hier dem Prüfer mit, warum sie/ er sich für ein bestimmtes Vorgehen entscheidet. Sie/ er erklärt seine Taktik, führt aus, weshalb sie/ er z.B. bestimmten Vortrag zurückhält, stellt ggf. Prognosen über künftige Reaktionen der Gegenseite an und ermöglicht dadurch Einblicke in die wesentliche Umsetzung der gutachterlichen Erkenntnisse.

In diesem Klausurabschnitt ist in der Klausur aus Klägersicht die Zulässigkeit eines noch einzulegenden Angriffsmittels zu prüfen, was in der Klausur aus Beklagtensicht in der Regel schon im Gutachten geschehen ist. 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. Hinweis: die Zulässigkeit eines Einspruchs bzw. einer Berufung ist bereits im Gutachten zu leisten, weil anderenfalls die Rechtskraft der anzugreifenden Entscheidung jegliche weitere Überlegung entbehrlich machen würde

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Es 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 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 zur Minderung des Kostenrisikos 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 eine Anwältin/ ein Anwalt nicht nur Interessenvertreter/-in, sondern auch Organ der Rechtspflege ist. Versuche, der Mandantschaft „trickreich“ mehr zu verschaffen, als ihr zusteht, wird daher negativ zu bewerten sein.

Ganz wesentlich ist jedenfalls, die taktischen Erwägungen konsequent an den Ergebnissen des Gutachtens zu orientieren und sie entsprechend zu gestalten. Die im Gutachten gefundenen Ergebnisse sollten aus den vorgenannten Gründen nicht umgangen werden.

Soweit die schriftsätzliche Leistung in Einzelheiten –etwa aus taktischen Gründen– von den Ergebnissen des Gutachtens abweicht, muss dies an dieser Stelle genau erklärt und begründet werden.

Gibt es ein erkennbares Eilbedürfnis, ist einstweiliger Rechtsschutz in Betracht zu ziehen, auf dessen Besonderheiten natürlich hinzuweisen ist (etwa Glaubhaftmachung statt Beweisantritt). Darauf ist insbesondere bei den Rechtsmitteln in der Zwangsvollstreckung zu achten (einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung bei den Mandanten belastenden Titeln).

Der Vorschlag für das praktische Vorgehen kann auch in der Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens bestehen, wenn die Interessenlage des Mandanten dies gebietet. Die Erörterung der Voraussetzungen hierfür gehört in die Zweckmäßigkeitserwägungen.

Es ist darauf zu achten, dass hier keine materiellrechtlichen Fragen erörtert werden. Stellt die Bearbeiterin/der Bearbeiter fest, dass zeitnah der Eintritt der Verjährung droht, sollte diese Frage



## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

nachträglich in das materielle Gutachten eingefügt werden. In den Zweckmäßigkeitserwägungen sind dann Vorschläge zu unterbreiten, wie die Hemmung der Verjährung erreicht werden kann.

Zu den Zweckmäßigkeitserwägungen gehören auch Vorschläge zur Kommunikation mit Mandantschaft oder Dritten. Ist ein Rechtsschutzversicherer vorhanden, sollte auch dieser über die jeweils geplanten oder durchgeführten Schritte unterrichtet werden, insbesondere vor kostenauslösenden Maßnahmen.

### **4. Praktische Leistung**

Im Rahmen der praktischen Leistung werden die vorherige Gutachterarbeit sowie die Erwägungen zur Zweckmäßigkeit durch das hierzu passende Vorgehen gekrönt.

In der Klausur mit schriftsätzlicher Leistung kann dies z.B. eine Klageerhebung oder Klageerwiderung mit Widerklage sein oder auch die Formulierung einer Gestaltungserklärung, an die unmittelbare Rechtsfolgen geknüpft sind.

Die Kautelarklausur wird hier in der Regel eine Kontaktaufnahme mit dem Gegner fordern, vielleicht den Entwurf einer Vertragsvereinbarung, deren Ergänzung oder lediglich ein Beratungsschreiben an den Mandanten. Näheres hierzu im Abschnitt zur Kautelarklausur.

Es ist davon auszugehen, dass die praktische Leistung für das Erreichen eines ausreichenden Ergebnisses unverzichtbar ist. Eine andere Gewichtung kann sich von Klausurstellerseite durchaus ergeben, wo etwa die gutachterliche Leistung besonders umfangreich ist.

Das GJPA stellt hier Klausuraufgaben aus Kläger- und aus Beklagtensicht (Angriffs- oder Verteidigungsklausur, wobei Letztere auch mit einer Gegenmaßnahme kombiniert sein kann). Beide Typen begegnen den Kandidatinnen und Kandidaten in etwa mit der gleichen Wahrscheinlichkeit. Die Klausurbearbeiterin/ der Klausurbearbeiter findet eine bestimmte Situation vor, etwa ein bereits laufendes Verfahren oder eine noch nicht rechtshängige Angelegenheit.

Der Bearbeitungsvermerk gibt regelmäßig vor, wann ein Schriftsatz an das Gericht bzw. wann ein Mandantenschreiben zu fertigen ist (s.o. zum Beispiel eines Bearbeitungsvermerks). 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

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Praxis häufig verwendete Vorlagen liefern die gängigen Formularbücher. Auch 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 Richterinnen und Richtern oder Anwältinnen und 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. Auch sind die korrekten Parteibezeichnungen für die jeweilige Verfahrensart wesentlich. Im Schriftsatz dürfen zum Beispiel die Bezeichnungen „Mandantin“ und „Gegner“ oder die Klarnamen der Beteiligten nicht auftauchen. Im ordentlichen Verfahren sind die Bezeichnung „Kläger/-in“ und „Beklagte/-r“ zu nutzen. Im einstweiligen Verfügungsverfahren jedoch „Antragsteller/-in“ und „Antragsgegner/-in“. Wird im einstweiligen Rechtsschutz auf Widerspruch des Antragsgegners hin mündlich verhandelt, sind die Bezeichnungen „Verfügungskläger/-in“ und „Verfügungsbeklagte/-r“ üblich.

Wie bereits angesprochen: Nur sehr selten (!) wird das Ergebnis der Klausur sein, nicht schriftsätzlich vorzugehen, sondern der Mandantschaft z.B. die Aussichtslosigkeit ihres Anliegens mitzuteilen. Möglich ist allerdings, dass dem Mandantenbegehren nicht in vollem Umfang Rechnung getragen werden kann. Dies ist der Mandantschaft mitzuteilen, wobei im Falle knapper Zeitressourcen eine entsprechende Bemerkung in den Zweckmäßigkeitserwägungen ausreichend sein dürfte. Es ist in diesem Zusammenhang in besonderem Maße auf den Bearbeitervermerk zu achten.

Keinesfalls darf unnötig auf das Mandantenschreiben ausgewichen werden. Ebenso wenig darf auf noch einzuholende Informationen abgestellt werden. Es sollen keine Fristverlängerungsanträge gestellt werden, um der Bearbeitung zu entgehen. Die Klausur findet im Hier und Jetzt statt. Das mag eine Binsenweisheit sein, aber die Korrekturerfahrungen zeigen, dass ausweichende Wege bereits durch Prüfungskandidatinnen und Prüfungskandidaten gegangen worden sind.

Aus demselben Grund darf die Empfehlung auch nicht dahingehend lauten, das Ergebnis eines etwa parallel geführten Strafverfahrens abzuwarten.

Neben dem in der Regel erforderlichen Schriftsatz ist zu beachten, dass ggf. noch Willenserklärungen im Schriftsatz unterzubringen sind (z.B. bislang falsch oder unzureichend formulierte Rücktritts-

Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Kündigungs- oder Widerrufserklärungen bzw. Tilgungsbestimmungen für Leistungen der eigenen Partei).

Die praktische Leistung beginnt mit dem ordentlichen Rubrum unter Beachtung aller Formalien, enthält (als Sollvorschrift) eine Bemerkung zum Inhalt des Verfahrens („wegen: ...“) und ggf. zum Streitwert und setzt sich mit den –vollstreckungsfähigen- Anträgen fort.

Zum Rubrum folgen hier einige Beispiele:

Kanzlei (...)<sup>2</sup>

Per beA<sup>3</sup>  
Landgericht Berlin

10617 Berlin

Berlin, den 20. Dezember 2023

**Klage**

des Herrn Johannes Hufland, Güntzelstraße 55, 10717 Berlin,

Klägers,

Prozessbevollmächtigter:  
Kanzlei (...)

gegen

1. Roberto La Rossa, Uhlandstraße 186, 10707 Berlin,

Beklagte<sup>n</sup> zu 1.,

2. Karl- Heinz Emmerich, (...),

Beklagte<sup>n</sup> zu 2.,

voraussichtlicher Prozessbevollmächtigter:  
(...)

- wegen: Schadensersatzes -  
- voraussichtlicher Streitwert: 10.000,00 € -

Hiermit erhebe ich namens und in Vollmacht des Klägers Klage und werde beantragen, wie folgt zu erkennen:

(...) Sachantrag

---

<sup>2</sup> Hier ist die Ausbildungskanzlei aus dem Aktenstück als Absender kurz einzufügen

<sup>3</sup> Der Hinweis auf die Zustellung per beA empfiehlt sich.

(...) VU- Antrag

*Ferner verkünden wir Herrn ... den Streit, verbunden mit der Aufforderung, dem Rechtsstreit auf Seiten des Klägers beizutreten.*

*Ferner erklären wir namens und in Vollmacht des Klägers die außerordentliche Kündigung des Wartungsvertrages vom (...).*

Es handelt sich hier um das Standardrubrum mit Einleitung der Anträge (zu diesen später). Ferner ist ein Beispiel für die Einbeziehung einer Streitverkündung sowie einer in den Schriftsatz zu integrierenden Gestaltungserklärung enthalten.

**Alternativ** kann das Rubrum mit den Worten eingeleitet werden:

**In dem Rechtsstreit**

des Herrn Johannes Hufland, Güntzelstraße 55, 10717 Berlin,

Klägers,

In diesem Fall muss bei der Einleitung des Klageantrages jedoch entsprechend grammatikalisch angeknüpft werden:

„**erhebe ich hiermit** namens und in Vollmacht des Klägers Klage und werde beantragen, wie folgt zu erkennen:“

Im Schriftsatz aus Beklagensicht ist in der Regel nur ein Kurzrubrum zu verfassen, etwa wie folgt:

Landgericht Berlin

10617 Berlin

Berlin, den 20. Dezember 2023

In dem Rechtsstreit

Hufland ./ La Rossa und Emmerich

Geschäftszeichen (...)

zeige ich die rechtliche Vertretung der Beklagten und deren Verteidigungsbereitschaft an.

Namens und in Vollmacht der Beklagten werde ich beantragen,  
die Klage abzuweisen.

Lediglich im Falle einer Drittwiderklage, in die ja Personen einbezogen werden, die bislang nicht Prozesspartei waren, ist ein volles Rubrum zu verwenden, wie zum Beispiel:

### **Klageerwiderung und Widerklage**

In dem Rechtsstreit

1. des Herrn Johannes Hufland, Güntzelstraße 55, 10717 Berlin,  
Klägers und Widerbeklagten zu 1.,
2. der Frau Johanna Stein, wohnhaft ebendort,  
Widerbeklagte zu 2.,

Prozessbevollmächtigter:  
Kanzlei (...)

gegen

1. Roberto La Rossa, Uhlandstraße 186, 10707 Berlin,  
Beklagten und Widerkläger zu 1.,
2. Karl- Heinz Emmerich, (...),  
Beklagten und Widerkläger zu 2.,

zeige ich die rechtliche Vertretung der Beklagten an und beantrage namens und in Vollmacht der Beklagten,  
die Klage abzuweisen.

Hiermit erhebe ich namens und in Vollmacht der Beklagten

### **Widerklage ...**

und kündige folgende Anträge an:  
(...)

Die Formulierung der Klageanträge hat sich an der Vollstreckbarkeit zu orientieren. Es empfiehlt sich also, die eigene Antragsformulierung dahingehend kritisch zu überprüfen, ob hinreichend bestimmt formuliert wurde, was die Verpflichtung der Beklagtenseite gegenüber der Klägerseite genau beinhaltet.

Bei Zahlungsklagen sollte ein bestimmter Betrag genannt sein. Die Herausgabeklage erfordert die unverwechselbare Bezeichnung des herauszugebenden Gegenstandes. Im Rahmen eines

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Unterlassungsbegehrens muss die Handlung, die künftig unterbleiben soll, genau benannt werden. Die Feststellungsklage muss das Rechtsverhältnis, über das Streit und/ oder Unsicherheit besteht, exakt bezeichnen.

Zudem ist § 308 ZPO maßgeblich: Was man nicht beantragt, bekommt man auch nicht. Fehlt etwa der Zinsantrag, wird das Gericht auch keine Zinsen zusprechen.

Nachfolgend einige Beispiele für Anträge im Zivilprozess:

### **a. Zahlungsklage:**

Namens und in Vollmacht der Klägerin erhebe ich Klage und werde beantragen, wie folgt zu erkennen:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 8.500,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit (Rechtshängigkeit/ Datum) zu zahlen.
2. (Der Beklagte wird verurteilt, die vorprozessualen Rechtsanwaltsgebühren der Klägerin in Höhe von 887,03 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit (Rechtshängigkeit/ Datum) zu zahlen, ferner die Mahnkosten der Klägerin in Höhe von 5,00 €.

Für den Fall der Säumnis im Sinne des § 331 Abs. 3 ZPO wird bereits jetzt beantragt,

den Beklagten antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu verurteilen.<sup>4</sup>

### **b. Verurteilung Zug um Zug**

Namens und in Vollmacht der Klägerin erhebe ich Klage und werde beantragen, wie folgt zu erkennen:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 8.500,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit (Rechtshängigkeit/ Datum) zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Kfz Volkswagen, Golf VII mit der Fahrzeug-Ident-Nr. WVVZZZ123059825723.

---

<sup>4</sup> Der Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils ist stets zu stellen

2. Es wird weiter festgestellt, dass sich der Beklagte mit der Rückgabe des im Antrag zu 1. genannten Kfz im Verzug der Annahme befindet.)<sup>5</sup>

Für den Fall der Säumnis im Sinne des § 331 Abs. 3 ZPO wird bereits jetzt beantragt,

den Beklagten antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu verurteilen.

### ***c. Auskunftsklage***

Namens und in Vollmacht des Klägers erhebe ich Klage und werde beantragen, wie folgt zu erkennen:

Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, welchen Gesamtkaufpreis sie für die Wohnung in der Konstanzer Straße 59, 10707 Berlin, Vorderhaus 4. OG rechts, bestehend aus vier Zimmern, zwei Bädern, einer Einbauküche sowie einem Balkon, (Gemarkung Wilmersdorf, Flur 4, Flurstück 4/37, Wohnungsgrundbuchnummer 98365), mit den Verkäufern, den Eheleuten Pauline und Sergej Kolbe, vereinbart hat.

Für den Fall der Säumnis im Sinne des § 331 Abs. 3 ZPO wird bereits jetzt beantragt,

die Beklagte antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu verurteilen

### ***d. Stufenklage***<sup>6</sup>

Namens und in Vollmacht des Klägers erhebe ich Klage und werde beantragen, wie folgt zu erkennen:

- 1) die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, welchen

---

<sup>5</sup> Wichtig für Zug- um- Zug- Verurteilungen aufgrund von § 756 ZPO

<sup>6</sup> Der Vorteil der Stufenklage gegenüber der Auskunftsklage liegt u.a. darin, dass Letztere die Verjährung des Zahlungsanspruchs nicht hemmt. Diese Wirkung kommt der Stufenklage aber zu. Sie muss dazu dienen, den Zahlungsanspruch bestimmbar zu machen; ansonsten fehlt das Rechtsschutzbedürfnis.

Im Termin wird zunächst der Auskunftsantrag gestellt. Erst wenn über diesen entschieden ist, kann der Antrag auf der nächsten Stufe gestellt werden. Der Leistungsantrag kann mit der Klageschrift gestellt werden, auch wenn er erst nach Erteilung der Auskunft Bedeutung erlangt.

Für den Zuständigkeitsstreitwert wird der Wert aller drei Stufen zusammengerechnet. Der Auskunftsanspruch wird mit 10- 25 % des Werts des Leistungsanspruchs angesetzt.

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Gesamtkaufpreis sie für den Hof Reckhausen in Wolterslage, bestehend aus ca. 15 ha Weideland, einem Fachwerkhaus, Nebengebäuden nebst Pferdeboxen, Remise, Kleintierställen, Gartenhaus, Holzschuppen, Weideunterständen, Reitplatz mit Bewässerung und die Baugenehmigung für eine Reithalle mit den Verkäufern, den Eheleuten Karoline und Theo Wurzel, vereinbart hat.

- 2) die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin eine Courtage in Höhe von 5 % des sich aus der Auskunft ergebenden Kaufpreises zzgl. 19 % Mehrwertsteuer zzgl. 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01. Dezember 2023 zu zahlen.

### ***e. Einspruch gegen Versäumnisurteil (gilt sinngemäß auch für Vollstreckungsbescheid)***

In dem Rechtsstreit

Seidel ./ Romanchuk <sup>7</sup>

Geschäftszeichen 37 O 450/23

lege ich namens und in Vollmacht der Beklagten gegen das Versäumnisurteil des Landgerichts Berlin vom 7. Dezember 2023 zum Geschäftszeichen 37.O.450/23

#### **Einspruch**

ein und beantrage,

die Klage abzuweisen.

Weiter beantrage ich

die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil ohne, hilfsweise gegen Sicherheitsleistung einstweilen bis zum Erlass des Urteils in der Hauptsache einzustellen.

### ***f. Antrag, Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten***

In dem Rechtsstreit

Seidel ./ Romanchuk

Geschäftszeichen 37 O 450/23

---

<sup>7</sup> Ein kurzes Rubrum genügt hier, außer es kommt eine Drittwiderklage hinzu.



beantrage ich,

das Versäumnisurteil d das Versäumnisurteil des Landgerichts Berlin vom 7. Dezember 2023 zum Geschäftszeichen 37.O.450/23 aufrechtzuerhalten.<sup>8</sup>

**g. (Dritt-)Widerklage**

In dem Rechtsstreit

der

1. Winkel und Schott Rechtsanwälte, Anschrift (...)

Klägerin und Widerbeklagte zu 1.

Prozessbevollmächtigte: ...

2. Herrn Rechtsanwalt KL, ebd.,
3. Herrn Rechtsanwalt MN, ebd.,
4. Herrn Rechtsanwalt Dr. T, Anschrift,
5. Herrn Rechtsanwalt Dr. M, ebd.,
6. Herrn Rechtsanwalt H, ebd.,

Widerbeklagter zu 2.,  
Widerbeklagter zu 3.,  
Widerbeklagter zu 4.,  
Widerbeklagter zu 5.,  
Widerbeklagter zu 6.,

-sämtlichst geschäftsansässig wie folgt: ... -

gegen

Freunde des Polosports- Verwaltungs GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Wolfgang Z,  
Anschrift

Beklagte und Widerklägerin,

- Gz.: 20 O 360/09 -

beantrage ich namens und in Vollmacht der Beklagten und Widerklägerin,

die Klage abzuweisen.

Weiter erhebe ich Widerklage gegen die Widerbeklagten und werde beantragen,

---

<sup>8</sup> Ein Sachantrag ist hier nicht notwendig, da bereits ein Versäumnisurteil mit einem Tenor vorliegt.

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

die Klägerin und die Widerbeklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Beklagte 63.000,00 € zzgl. Zinsen in Höhe von neun Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

Für den Fall der Säumnis wird bereits jetzt beantragt,

die Widerbeklagten antragsgemäß durch Versäumnisurteil bzw. (Teil-)Versäumnisurteil zu verurteilen.

### ***h. Vollstreckungsabwehrklage***

Namens und in Vollmacht der Klägerin erhebe ich Klage und werde beantragen, wie folgt zu erkennen:

Die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Amtsgerichts Schöneberg vom 8.12.2023 zum Geschäftszeichen 13 C 212/23 wird für unzulässig erklärt.

Ferner beantrage ich, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, der Dringlichkeit halber ohne mündliche Verhandlung, wie folgt zu entscheiden:<sup>9</sup>

Die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Amtsgerichts Schöneberg vom 8.6.2010 zum Geschäftszeichen 13 C 212/10 wird bis zum Erlass des Urteils in der Hauptsache einstweilen ohne, hilfsweise gegen Sicherheitsleistung eingestellt.

### ***i. Unterlassungsklage***

Namens und in Vollmacht der Klägerin erhebe ich Klage und werde beantragen, wie folgt zu erkennen:

- 1) Der Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, die an seinem Carport in (...) installierte Überwachungskamera auf das Grundstück der Klägerin in (...) zu richten und deren Eingangs- und Gartenbereich zu filmen.

---

<sup>9</sup> § 769 ZPO: Bis zum Erlass der Entscheidung in der Hauptsache kann viel Zeit vergehen, die der Titelgläubiger für Vollstreckungsversuche nutzen kann. Um Schaden von der Mandantschaft abzuwenden, muss die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aktiv beantragt werden.

- 2) Dem Beklagten wird angedroht, dass für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000,00 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, eine Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten gegen ihn festgesetzt wird.
- 3) (Der Beklagte wird verurteilt, die vorprozessualen Rechtsanwaltsgebühren der Klägerin in Höhe von ... nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit (Rechtshängigkeit/ Datum) zu zahlen, ferner die Mahnkosten der Klägerin in Höhe von (...).)<sup>10</sup>

Für den Fall der Säumnis wird bereits jetzt beantragt,

den Beklagten antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu verurteilen.

### ***j. Duldungsklage***

Namens und in Vollmacht des Klägers erhebe ich Klage und werde beantragen, wie folgt zu erkennen:

- 1) Der Beklagte wird verurteilt, es zu dulden, dass der Kläger eine Abwasserleitung über das Grundstück des Beklagten in (...) zum Hauptabwasserrohr des Bezirkes Charlottenburg-Wilmersdorf von Berlin in einer vom Gericht zu bestimmenden Richtung verlegt und unterhält.
- 2) Dem Beklagten wird angedroht, dass für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000,00 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, eine Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten gegen ihn festgesetzt wird.
- 3) (Der Beklagte wird verurteilt, die vorprozessualen Rechtsanwaltsgebühren des Klägers in Höhe von ... nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit (Rechtshängigkeit/ Datum) zu zahlen, ferner die Mahnkosten des Klägers in Höhe von (...).)

Für den Fall der Säumnis wird bereits jetzt beantragt,

den Beklagten antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu verurteilen.

### ***k. Einstweiliger Rechtsschutz***

Hiermit beantragen wir, im Wege der einstweiligen Verfügung wie folgt zu erkennen:

---

<sup>10</sup> Es handelt sich hier nicht um ein Begehren des einstweiligen Rechtsschutzes, sondern um eine ordentliche Unterlassungsklage. Daher können hier vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten geltend gemacht werden. Für den Fall der Geltendmachung dieses Begehrens im einstweiligen Rechtsschutz ist die Geltendmachung nicht möglich, da für den Gebührenerstattungsanspruch kein Eilbedürfnis besteht.

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

- 1) Der Antragsgegner hat es zu unterlassen, sich der Antragstellerin auf weniger als 20 Meter zu nähern und für den Fall einer sich zufällig ergebenden Verringerung dieser Distanz diesen Abstand umgehend wiederherzustellen.
- 2) Der Antragsgegner hat es zu unterlassen, den Wohnsitz der Antragstellerin aufzusuchen oder sich diesem auf weniger als 100 m zu nähern sowie für den Fall einer sich ergebenden Verringerung dieser Distanz diese nicht umgehend wiederherzustellen.
- 3) Der Antragsgegner hat es zu unterlassen, sich dem Fahrzeug der Antragstellerin auf weniger als 50 m zu nähern und für den Fall einer sich ergebenden Verringerung dieser Distanz diese nicht umgehend wiederherzustellen.
- 4) Der Antragsgegner hat es zu unterlassen, die Antragstellerin –gleich aus welcher Motivation- verbal oder über Telekommunikationsmittel anzusprechen, anzuschreiben und insbesondere mit den Worten (...) zu beleidigen.
- 5) Dem Antragsgegner wird angedroht, dass für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflichten nach den Anträgen Ziffer 1. – 4. ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000,00 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, eine Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten gegen ihn festgesetzt wird.

### ***I. Schadensersatz aus Verkehrsunfall mit Personenschaden und Vorbehalt für Zukunftsschäden***

- 1) *Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger ein angemessenes Schmerzensgeld, das in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, 40.000,00 € jedoch nicht unterschreiten sollte, zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.*
- 2) *Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger 50 % aller materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, die dem Kläger aus dem Unfallgeschehen vom 22. Juli 2023 entstanden sind und noch entstehen werden.*
- 3) *Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere 2.151,60 € zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.*
- 4) *Der Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den vorgerichtlichen Anwaltsgebühren in Höhe von 1.751,80 € zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit freizustellen.*

Den Anträgen folgt der Tatsachenvortrag.

Der Sachverhalt ist chronologisch darzustellen. Der Verfahrenssituation muss Rechnung getragen werden. Die Aufgabenstellung bezieht also hauptsächlich die Darstellung des (voraussichtlich) Unstreitigen und Streitigen ein. Vertritt man die Position des Klägers, ist der streitige Beklagtenvortrag in einer Weise einzubeziehen, dass dieser direkt beim streitigen klägerischen Vortrag dargestellt wird, um ihn an dieser Stelle auch wieder zu entkräften (ggf. mit Beweisantritt).

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Umgekehrt ist –bei Vertretung des Beklagten– die Situation einfacher, da bereits streitiger Klägervortrag vorliegt: Hier bestimmt der Bearbeiter selbst, was unstreitig bleibt und was streitig wird. Jedoch ist eine abschließende Wertung nicht möglich, da nicht klar ist, wie der Kläger wiederum auf die Replik reagieren wird. Im Zweifel sollte bestritten werden, was bestritten werden kann und nicht vollkommen unsinniges Bestreiten ist.

Einleitend sind die Beteiligten vorzustellen.

Etwa:

*„Die Parteien sind Zahnärzte. Der Kläger begehrt vom Beklagten die Zahlung einer Abfindung aufgrund vorzeitiger Kündigung des Gemeinschaftspraxisvertrages. (...)“*

Oder:

*„Die Klägerin vermietet dem Beklagten eine Wohnung in der Pallasstraße 57 in 10829 Berlin-Schöneberg und macht mit dieser Klage Mietrückstände für die Monate August bis November 2023 geltend.“*

Oder:

*„Der Kläger nimmt den Beklagten auf Zahlung von Schmerzensgeld sowie wegen Folgeansprüchen aus einem Verkehrsunfall unter Beteiligung eines Einsatzfahrzeuges der Polizei Berlin in Anspruch. Geltend gemacht werden 50 % der bei dem Unfall entstandenen Schäden.“*

In der Einleitung können weitere Angaben zum Streitinhalt oder den persönlichen Daten gemacht werden, bevor man zum Tatsachenvortrag übergeht.

Die Tatsachen sind chronologisch und im Imperfekt darzustellen, im Perfekt hingegen für zeitlich zurückliegende, aber noch in die Gegenwart fortwirkende Vorgänge.

Aspekte, die aus taktischen Gründen nicht erwähnt werden, sollten dem Mandanten (oder dem Korrektor) gesondert mitgeteilt werden: Das zeigt, dass man sie nicht vergessen hat, ohne dass die Sachverhaltsschilderung falsch oder ungeschickt wirkt.

Selten kommt es zum Erfordernis der Darstellung der Prozessgeschichte, etwa bei einem vorausgegangenen Versäumnisurteil.

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Wie im Urteil ist eine knappe Darstellungsform zu wählen. Auf Einzelheiten darf –sofern konkret genug- verwiesen werden.

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. Zur hinreichenden Bestimmung ist es aber erforderlich, mit genauer Seitenangabe, unter Umständen mit der Wiedergabe von Passagen im Wortlaut, 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. Vielfach folgt auf unzureichenden Vortrag der Hinweis des Gerichts, es sei nicht dessen Ausgabe, sich den Sachvortrag aus den Anlagen zusammenzusuchen. Es ist daher entsprechende Zurückhaltung geboten und auf die wesentlichen Passagen zur Sicherheit konkret Bezug zu nehmen. Beim Tatsachenvortrag ist unbedingt zu beachten, dass das erkennende Gericht vom Sachverhalt überhaupt nichts weiß, also vollständig unterrichtet werden muss

Die Sachverhaltsdarstellung in der Klageerwiderung ist in der Regel weniger umfangreich. Insbesondere ist nur noch zu differenzieren, welcher Teil des klägerischen Vortrages als zugestanden betrachtet, also unstreitig gestellt wird und wo der Klägervortrag bestritten wird. Zu beachten ist beim Bestreiten, dass in der Regel das einfache Bestreiten nicht ausreicht, sondern stattdessen substantiiert bestritten werden muss. Einfach bestritten ist eine Tatsache, wenn schlichtes Bestreiten des gegnerischen Tatsachenvortrages vorliegt, qualifiziert bestritten dann, wenn der Tatsachenvortrag der Parteien voneinander abweicht.

In der Klausur aus Beklagtensicht sollte in jedem Falle vermieden werden, die Sachverhaltsdarstellung zu wiederholen. Auch müssen nicht die Beweismittel, die die Klägerseite bereits in der Klageschrift benannt hat, erneut eingebracht werden.

Wesentliche Leistung aus Beklagtensicht ist es, punktuell zu bestreiten, den Sachverhalt richtigzustellen (wo es erforderlich ist) und eigene Beweismittel anzubieten.

### **V. Besonderheiten des Beweisrechts in der Anwaltsklausur**

## 1. Einführung und Grundsätze der Beweiswürdigung

Will das Gericht im Zivilprozess eine Entscheidung treffen, muss es eine Anspruchsgrundlage suchen, die auf der Rechtsfolgenrechte das Begehren des Klägers ausfüllt.

Auf eine Rechtsfolge kann das Gericht nur erkennen, wenn es feststellen kann, dass der Tatbestand eines Rechtssatzes im tatsächlichen Geschehen verwirklicht worden ist.

Der mit einem Mandantenbegehren befasste Rechtsanwalt stellt ähnliche Erwägungen an, allerdings nicht feststellender, sondern prognostischer Natur: Wird das Vorbringen des Mandanten für die Zielvorstellung ausreichend sein und –noch wichtiger- wird es beweisbar sein? Der Bearbeiter der Klausur muss sich ebenso wie der Anwalt des Beibringungsgrundsatzes bewusst sein: Was er nicht vorträgt, wird nicht Prozessstoff. Vertritt er den Kläger, muss er schlüssig vortragen, was dessen Anspruch begründet. Er trägt die Darlegungs- und Beweislast für die ihm günstigen Tatsachen. Das wird nur virulent, wo ein Bestreiten bereits erfolgt ist oder zu erwarten steht (zur Erinnerung: Prinzip der formellen Wahrheit nach § 288 ZPO: bei übereinstimmendem Vortrag der Parteien ist auch der Richter gebunden).

Der Bearbeiter muss eine Prognoseentscheidung dahingehend anstellen, ob bei dem ihm zu Gebote stehenden Tatsachen und Beweismitteln der Richter wohl zur freien Überzeugung nach § 286 ZPO gelangen wird, dass der Vortrag des Mandanten wahr ist.

Um zu erkennen, ob ein angebotenes Beweismittel zur hinreichenden Überzeugung des Gerichts führen kann, muss deren Bildung dem Klausurbearbeiter auch in der Anwaltsklausur klar sein.

Der Richter muss zur freien Überzeugung gelangen, dass eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten sei, § 286 I ZPO. Dies betrifft den Hauptbeweis. Der Gegenbeweis gilt dann als geführt, wenn der Gegner die durch den Hauptbeweis hergestellte Überzeugung des Gerichts ins Wanken bringt, da Zweifel an der Wahrheit der Haupttatsache bereits dazu führen, dass diese als nicht bewiesen und damit nicht als vorliegend zu behandeln ist.

Die Formulierung des § 286 deutet ein subjektives Element an, da die Feststellung der objektiven Wahrheit so gut wie nie möglich ist. Nach der Rspr. des BGH genügt *ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit, ein für einen vernünftigen Menschen so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit, dass er den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie vollständig auszuschließen.*

Die Grenzen sind durch die Verletzung rechtlichen Gehörs und das Willkürverbot abgesteckt. Sobald eine Entscheidung nicht mehr nachvollziehbar ist und offenbar auf sachfremden Erwägungen beruht, ist der Rahmen überschritten.

Der Richter beruft sich hierbei nicht auf einen hohen Grad an Wahrscheinlichkeit. Die Wahrscheinlichkeit ist ein objektiver Befund, der sich auf empirischer Basis für die Richtigkeit einer bestimmten Hypothese hinsichtlich der Häufigkeit eines bestimmten Ereignisses ergibt.

Bei der Tatsachenwürdigung hat sich der Richter an objektiven Richtwerten zu orientieren, insbesondere dem Erfahrungswissen, in jedem Falle den Naturgesetzen. Diese gehen der subjektiven Überzeugungsbildung des Richters vor. Auch bei nicht sofort dem Betrachter einleuchtenden Naturgesetzen, etwa dem anthropologisch-erbbiologischen Gutachten, darf der Richter sich nicht über das Ergebnis hinwegsetzen. Wo derartige Gutachten keine 100 %- ige Sicherheit bieten (wie meistens), muss die Schätzung des Sachverständigen der richterlichen Würdigung zugrunde gelegt werden.

**Zusammenfassend:** Der Richter hat bei der Tatsachenwürdigung Wahrscheinlichkeiten zu bewerten, indem er die vorgetragenen Tatsachen und Beweise mit den Erkenntnissen des Erfahrungswissens vergleicht. Enthält ein Erfahrungssatz Merkmale, die im Einzelfall nicht vorkommen, trifft seine Aussage konkret nicht zu. Weist er gegenüber dem Erfahrungssatz weitere Merkmale auf, prüft der Richter, ob er hierdurch zu einem neuen Fall wird. Die Wahrscheinlichkeit aufgrund von Erfahrungssätzen gibt ein subjektives Urteil darüber wieder, dass ein Satz wohl der Wahrheit entspricht, letzte Sicherheit darüber aber nicht zu erlangen ist.

Eine Verminderung der Wahrscheinlichkeitsanforderungen findet sich z.B. in § 287 ZPO: Hier genügt nach herrschender Auffassung eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für die Schadensermittlung. Gleichwohl sollte man dieses Erfordernis auch in der Klausur nicht unterschätzen. Z.B. sind gerade bei Berechnungen von Verdienstausfallsschäden (bei denen § 287 ZPO häufig zur Anwendung kommt), immer noch recht hohe Anforderungen an den Vortrag von Anknüpfungstatsachen zu stellen.

„π x Daumen“ genügt also nicht.

In Fällen, in denen eine derartige Schadensberechnung erforderlich wird, sind im Aktenstück die entsprechenden Anknüpfungstatsachen zu benennen.

Geht es etwa um einen durch ein Sanitärunternehmen verursachten Wasserschaden in einer Zahnarztpraxis, der zum einmonatigen Stillstand des Praxisbetriebes führt, wird kaum nachweisbar



## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

sein, welche Einnahmen mit welchen Patienten im fraglichen Zeitraum realisiert worden wären. Das Bestellbuch könnte hier Indizien liefern, die aber für substantiierten Sachvortrag zur Darlegung des Schadens in der Regel nicht ausreichen dürften. Für die Berechnung des Verdienstausfallschadens lassen sich jedoch Zahlen aus den Vergleichszeiträumen heranziehen, etwa aus dem Vorjahr des Schadensfalls.

Die leitenden Gründe und wesentlichen Gesichtspunkte der Überzeugungsbildung sind seitens des Gerichts im Urteil darzulegen. Grundlage ist der gesamte Inhalt der Verhandlung, das Parteivorbringen, Handlungen, Unterlassungen, persönlicher Eindruck von den Prozessbeteiligten und ihren Vertretern einschließlich einer Beweisaufnahme.

Damit gibt es für die Klausurbearbeitung aus Anwaltssicht eine Orientierung, wie das Gericht die beigebrachten Beweismittel gewichten wird.

Grundsätzlich sind sämtliche Beweismittel gleichwertig zu behandeln. Das Gericht (und damit auch die Anwältin oder der Anwalt) wird und muss jedoch die spezifischen Fehlerquellen kennen und berücksichtigen:

Der Zeugenbeweis ist als das unzuverlässigste Beweismittel zu betrachten.

Darin wird er (in der Regel!) nur durch die Parteivernehmung übertroffen (es sei denn, die Partei macht z.B. ihr erkennbar ungünstige Angaben, auch neben günstigen).

Ein Sachverständigengutachten ist grundsätzlich im Rahmen einer eigenverantwortlichen, kritischen Prüfung frei zu würdigen. Da der Richter eine Abweichung besonders begründen und dabei auch eigenes, abweichendes Fachwissen belegen muss, wird eine Abweichung vom Gutachten in der Regel nicht zu erwarten sein. Allerdings ist auch die Möglichkeit nicht ganz unbeachtet zu lassen, dass der Richter ein Zweitgutachten einholen kann, wenn er das erste für unzureichend hält (§ 412 ZPO).

Der Augenscheinsbeweis ist sehr zuverlässig, wenn von Echtheit und Unverfälschtheit des Gegenstandes ausgegangen werden kann.

Urkunde: Die §§ 415 ff. ZPO enthalten eine Reihe von Beweisregeln, die die freie Beweiswürdigung ausschließen (siehe unten). Ist die Echtheit der Urkunde zweifelhaft, hat die Partei den Beweis der Echtheit zu führen, die sich auf die Urkunde als Beweismittel stützt.

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

*In rechtswidriger Weise erlangte Beweismittel* sind nur eingeschränkt verwertbar: Bestand eine Vorlegungspflicht nach §§ 422 ZPO, 810 BGB, ist auch das lediglich rechtswidrig erlangte Beweismittel verwertbar. Ein Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht macht eine Interessenabwägung erforderlich. Heimliche Tonbandaufnahmen sind –ebenso wie heimlich entwendete Tagebuchaufzeichnungen- unverwertbar. Mitgehörte Gespräche am Telefon sind verwertbar, jedenfalls dann, wenn das Gegenüber hiervon in Kenntnis gesetzt wurde.

Der Klärung, ob eine streitige Tatsache wahr ist oder nicht, dient das Beweisverfahren.

Die Beweisaufnahme ist Teil des Haupttermins, nicht aber der Güteverhandlung und der streitigen Verhandlung. Der Haupttermin kann beides verbinden. Die mündliche Verhandlung und die Güteverhandlung obliegt den Parteien, die Beweisaufnahme dem Gericht.

Das Gericht darf nur zulässigen Beweis im Sinne der §§ 355- 484 ZPO erheben. D.h. nur zulässige Beweismittel und zulässiges Verfahren. Unzulässiger Beweis darf im Urteil nicht verwertet werden, wenn die betroffene Partei den Prozessfehler spätestens in der nächsten mündlichen Verhandlung rügt: Führt zur Wiederholung der Beweisaufnahme oder –falls nicht möglich- auf Beweisverzicht. Meistens erfolgt Heilung durch Rügeverzicht oder Rügeverlust, § 295 ZPO. Nach § 295 II ZPO sind aber nicht alle Verfahrensfehler heilbar (absolute Verbote).

Das Gericht erhebt nur den notwendigen Beweis, d.h. den Beweis über streitige, erhebliche Tatsachen. Unstreitige stehen fest; unerhebliche tragen nichts zur Schlüssigkeits- oder Erheblichkeitsprüfung bei. Offenkundige Tatsachen stehen schon ohne Beweis fest (vgl. unten).

## **2. Formelles Beweisrecht**

### **α. Beweisverfahren**

Das Beweisverfahren beginnt mit dem Beweisantrag = der Antrag, das Gericht solle über eine bestimmte Behauptung (Beweisthema/ Beweistatsache, § 359 ZPO/ Beweisfrage, § 377 III 1 ZPO) einen bestimmten Beweis erheben (auch Beweisantritt oder Beweisangebot).

Der Antrag muss Beweisthema und –mittel nennen und beides aufeinander beziehen. Im Schriftsatz heißt das, den entsprechenden Sachvortrag zu liefern und darunter das darauf bezogene Beweismittel zu liefern.

Die Art des Beweisantritts hängt vom Beweismittel ab (Sachverständigenbeweis, Augenschein, Urkundsbeweis, Zeugenbeweis, Parteivernehmung):

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Der Urkundsbeweis erfordert Vorlage der Urkunde bei Gericht (§ 420 ZPO; sonst §§ 421, 424, 428, 430, 432 ZPO).

Für den Beweisantritt beim Zeugenbeweis sind der volle Name und eine ladungsfähige Anschrift erforderlich.

Der Beweis durch einen gerichtlich bestellten Sachverständigen wird durch das Angebot angetreten: „Beweis: Sachverständigengutachten“.

Der Augenscheinsbeweis durch die Formulierung „Beweis: Augenschein“.

Soll eine Partei vernommen werden, erfordert der Beweisantritt insbesondere die Benennung, welche Partei vernommen werden soll.

Der Beweisantrag ist Angriffs- oder auch Verteidigungsmittel. Jederzeitige Rücknahme möglich, aber: Sobald die Urkunde vorliegt oder der Zeuge vor Gericht erschienen ist, kann der Gegner den Beweis erzwingen (§§ 399, 436 ZPO).

Nur der Zeugenbeweis erfordert ausnahmslos einen Beweisantrag. Über die übrigen Beweiserhebungen kann das Gericht von Amts wegen entscheiden. Nach BGH muss der Tatrichter zur Beurteilung schwieriger (z.B. medizinischer) Sachfragen auch ohne Beweisantrag Beweis erheben. In der Klausur empfiehlt sich natürlich immer der Beweisantritt, am besten durch die Benennung mehrerer Beweismittel, wenn vorhanden.

Die Ablehnung des Beweisantrages ist in der ZPO nicht geregelt und wird aus § 244 III StPO analog entnommen (UNZULÄSSIGER, ÜBERFLÜSSIGER ODER UNERHEBLICHER BEWEISANTRAG).

Das Gericht hat in der Regel die Pflicht, auf die beabsichtigte Ablehnung des Beweisantrages hinzuweisen.

*Unzulässig* ist z.B. Beweisermittlungsantrag (Ausforschungsbeweis), der kein bestimmtes Beweisthema oder –mittel nennt.

*Überflüssig* ist der Beweis, wenn das Gericht von einer Tatsache schon überzeugt oder diese offenkundig ist.

*Unerheblich* ist der Beweis, wenn die zu beweisende Tatsache für Schlüssigkeit oder Erheblichkeit nichts hergibt.

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Das Gericht darf den Beweisantrag nicht mit der Begründung ablehnen, der Beweis sei bereits in einem anderen Verfahren, etwa einem Strafverfahren erhoben worden. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz steht dem entgegen: Gemäß § 355 ZPO erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht. Grund hierfür ist der Grundsatz der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO, da die sachgerechte Bewertung der Beweismittel in der Regel einen unmittelbaren Eindruck erfordert. Ausnahmen sind Beweisaufnahmen durch einen beauftragten oder ersuchten Richter (§§ 361, 362 ZPO).

Die Beweisanordnung erfolgt in der Regel formlos. Ein Beweisbeschluss ist zwar möglich (§§ 358, 359 ZPO); zwingend aber nur im schriftlichen Vorverfahren (§ 358a ZPO), für die Parteivernehmung (§ 450 I ZPO) oder bei besonderen Verfahren (§ 358 ZPO).

Für Rechtsfolgen und Rechtsbegriff des deutschen Rechts ist eine Beweiserhebung nicht möglich (damit auch kein Beweisantrag!). Anders kann dies bezüglich ausländischen Rechts, besonderer Regeln in Handwerk, Gewerbe, Handel und Verkehr (§ 293 ZPO) aussehen.

Zu beachten ist, dass in der Klausurstellung eine Beweisaufnahme möglicherweise schon stattgefunden hat, etwa im selbständigen Beweisverfahren. Das Gericht verwendet das Beweisergebnis ohne weiteres als Entscheidungsgrundlage. ABER: Wurde die Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter durchgeführt, muss das Beweisergebnis dem Prozessgericht vorgetragen werden, damit es im Urteil verwertet werden kann (§ 285 II ZPO).

Ein weiterer allgemeiner Grundsatz ist die Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme nach § 357 ZPO: Den Parteien ist es gestattet, an der Beweisaufnahme teilzunehmen. Dieser Grundsatz wird zum Teil eingeschränkt: § 357 ZPO gewährt den Parteien nicht das Recht auf den Zutritt zu einer Wohnung oder einem Grundstück. Je nach Konstellation muss die Beweisaufnahme in diesen Fällen äußerstenfalls unterbleiben. Wird der Zutritt ohne sachlichen Grund verweigert, kommt auch eine Beweisvereitelung in Betracht.

Eine weitere Ausnahme stellt die ärztliche Untersuchung durch einen Sachverständigen (in der Regel in einem Arzthaftungsverfahren) dar. Auch hier nimmt die Rechtsprechung überwiegend an, dass kein Anwesenheitsrecht des Gegners besteht.

Beweiseinreden sind gegen Beweisantritte des Gegners ohne weiteres möglich (hierbei handelt es sich um Tatsachenbehauptungen für die Unzulässigkeit des Beweises oder den Unwert eines Beweismittels).

### ***b. Beweismittel***

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

**Augenschein** => Die Augenscheinnahme ist jede unmittelbare sinnliche Wahrnehmung des Prozessgerichts, sei es optischer, akustischer, olfaktorischer oder haptischer Natur.

Der Beweiswert ist gut, da dem Augenschein eine verlässliche eigene Wahrnehmung zugrunde liegt. Die Beweislast für die Unversehrtheit und Unverändertheit des AS- Objektes trägt der Beweisbelastete; die Anordnung der Beweiserhebung erfolgt auf Antrag des Beweisführers (§ 371) oder auf Veranlassung des Prozessgerichts (§ 144 ZPO).

**Zeugenbeweis:** Der Zeuge sagt über vergangene Tatsachen aus, ohne rechtliche Schlüsse zu ziehen oder Willenserklärungen auszulegen;

Zeuge ist jeder, den das Gesetz nicht zur Parteivernehmung zulässt. Zeuge ist z.B. der nicht vertretungsberechtigte OHG- Gesellschafter, nicht aber der Geschäftsführer; Zeuge ist auch der Zedent, der vor dem Prozess abgetreten hat (dieses Vorgehen ist nicht rechtsmissbräuchlich, auch wenn es aus taktischen Gründen erfolgt). Vernehmungsfähig sind grundsätzlich auch Kinder, soweit sie der Vernehmung körperlich und geistig folgen können.

Im Falle der Vernehmung Minderjähriger ist darauf zu achten, dass der Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht in einem Verfahren, an dem ihre Erziehungsberechtigten beteiligt sind, nicht durch diese erklärt werden kann. Die oder der Minderjährige benötigt aufgrund der dieser Konstellation innenwohnenden Interessenkollision einen Verfahrenspfleger, der über den Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht entscheidet und dabei ausschließlich die Interessen der/des Minderjährigen berücksichtigt.

Beim Beweisantritt in der Klausur ist auch im Übrigen zu berücksichtigen, ob sich ein Zeuge möglicherweise auf Aussageverweigerungsrechte (§ 383 ZPO) oder sein Auskunftsverweigerungsrecht (§ 384 ZPO) berufen wird. § 385 ZPO ist zu beachten! Diese Fragen sind im Rahmen der Beweisprognose zu erörtern.

Für den Zeugenbeweis ist ausnahmslos ein Beweisantrag erforderlich (§ 373 ZPO). Ist ein Termin in der Klausur kurzfristig anberaumt, d.h. können die Ladungsfristen möglicherweise nicht eingehalten werden, kann der Zeuge der eigenen Partei im Termin gestellt werden.

**Sachverständigenbeweis:** Der SV vermittelt dem Gericht Spezialkenntnisse auf einem Gebiet, das dieses nicht beherrscht, und wendet diese Kenntnisse auf den Streitfall an. Er ermittelt auch Tatsachen, die der Richter als Laie nicht feststellen kann.

Thema kann (auch deutsches) Satzungsrecht sein; ansonsten nur ausländisches Recht.

Die Sachverhaltsermittlung ist nicht die Arbeit des Sachverständigen. Das bleibt Aufgabe des Gerichts, das hierbei auf den Parteivortrag (und ggf. eine Beweisaufnahme über die „Anschlussstatsachen“) angewiesen ist. Allerdings sind Konstellationen denkbar, in denen gerade ein

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Teil der Sachverhaltsermittlung durch den Sachverständigen erfolgt, etwa durch Messungen, Probeentnahmen oder Analysen.

Soweit es die Klausursituation hergibt, sollte bekannt sein, dass ein Sachverständiger aus den gleichen Gründen abgelehnt werden kann wie ein Richter (§§ 406, 41 ff. ZPO).

Die Beweiserhebung erfolgt auf Antrag oder von Amts wegen (§§ 403, 144 I, 273 II Nr. 4, 287 I 2, 372 I ZPO).

Der Beweiswert ist gut. In der Klausurkonstellation kann davon ausgegangen werden, dass die Beweisaufnahme zum gewünschten Erfolg führt. In der Praxis hängt an ihr in der Regel der Ausgang des Verfahrens, da das Prozessgericht den Ergebnissen des Sachverständigengutachtens in der Regel folgt.

**Urkundsbeweis** => Nur schriftliche Äußerungen unterfallen dem Urkundenbegriff. Es kann sich im Übrigen um Absichts- oder Zufallsurkunden handeln; über die Bedeutung der Urkunde entscheidet das Gericht durch Auslegung. Ansonsten darf das Gericht den Urkundsbeweis nicht frei würdigen. Gesetzliche Beweisregeln bestimmen, was er wert ist: §§ 415- 418, 286 II ZPO. Gesetzliche Vermutungen ändern die Beweislast, §§ 437 I, 440 II ZPO. Auch von Relevanz ist die tatsächliche Vermutung, eine Vertragsurkunde gebe die Vertragserklärungen richtig und vollständig wieder. D.h. wer mündliche Nebenabreden behauptet, muss plausibel machen, wieso sie nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen wurden.

Das Gericht unterscheidet die echten von den unechten und die öffentlichen von den privaten Urkunden:

Echt ist die Urkunde, wenn derjenige sie ausstellt, den die Urkunde als Aussteller angibt. Der Beweiswert richtet sich gegen sich gegen den Aussteller.

**Öffentlich** ist die Urkunde, wenn eine Behörde oder eine Urkundsperson öffentlichen Glaubens sie ausstellt (§ 415 I ZPO).

Volle Beweiskraft entfaltet nur die echte, fehlerfreie Urkunde. Sichtbare Mängel machen die Urkunde zwar nicht wertlos, schließen jedoch die besonderen gesetzlichen Beweisregeln aus und geben dem Gericht die volle Freiheit der Beweiswürdigung zurück. Hierfür ist ausreichend, dass der Mangel den Verdacht der nachträglichen Änderung weckt.

**Öffentliche Urkunden** sind von Behörden oder Personen öffentlichen Glaubens ausgestellt (§ 437 I ZPO). Verweisen Form oder Inhalt auf diese, wird die Echtheit vermutet. Zweifel klärt das

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Gericht durch Rückfragen beim Aussteller (§ 437 II ZPO). Das bezieht sich nicht auf ausländische Urkunden (der Verweis in § 438 I ZPO führt zur freien Beweiswürdigung des § 286 ZPO).

Die echte und mangelfreie Urkunde hat nach §§ 415, 417 und 418 ZPO gesetzliche Beweiskraft.

§ 415 ZPO bezieht sich auf Willenserklärungen und Prozesshandlungen. Es ist damit bewiesen, dass die Erklärung zur angegebenen Zeit und am angegebenen Ort vor der Urkundsperson abgegeben wurde, nicht aber, ob die beurkundete Erklärung wahr ist und ob derjenige sie abgegeben hat, dem die Urkunde sie zuschreibt. Es gilt § 286 ZPO. Ob die Erklärung wirksam ist oder was sie bedeutet, ist keine Beweis-, sondern eine Rechtsfrage.

§ 415 II ZPO bestimmt, dass der Nachweis der unrichtigen Beurkundung möglich ist. Ausnahmen sind: §§ 165 S. 2, 314 S. 2 ZPO. Es ist ein voller Gegenbeweis erforderlich, der mit Parteivernehmung jedoch nicht erbringbar ist (§ 445 II ZPO).

§ 417 ZPO begründet die Beweiskraft öffentlicher Urkunden über amtliche Entscheidungen (Urteile, Beschlüsse, Verwaltungsakte, Widerspruchsbescheide); ob die Entscheidung zutrifft, ist keine Beweis-, sondern eine Rechtsfrage.

Öffentliche Zeugniskunden nach § 418 I ZPO bezeugen tatsächliche Vorgänge (Eingangsstempel, Zustellungsurkunden, Empfangsbekanntnisse, Grundbuchauszüge). Sie begründen vollen Beweis, wenn die Urkundsperson eine eigene Wahrnehmung bezeugt. Beurkundet die Urkundsperson eine fremde Wahrnehmung, gilt nach § 418 III der § 286 I ZPO.

**Privaturkunden** sind nur als echte Urkunde beweiskräftig. Die Echtheit steht fest, wenn sie unstreitig (§ 439 III ZPO) oder bewiesen ist. Der Gegner des Beweisführers hat sich nach § 138 ZPO über die Echtheit zu erklären. Der Beweisführer hat die Echtheit ggf. zu beweisen, § 440 I ZPO. Es gilt die Vermutung nach § 440 II ZPO. Äußere Mängel können die Vermutung der Echtheit zerstören. Nicht vermutet wird die Wahrheit des Urkundeninhalts.

Die Vermutung der Echtheit gilt auch für den Text, der über eine Blankounterschrift gesetzt wird. Der Beweis des Gegenteils ist nach § 292 ZPO zulässig. Es wird nicht vermutet, auch spätere Änderungen oder Ergänzungen der vollständigen Urkunde seien echt. § 419 ZPO weist hier wieder den Weg zur freien Beweiswürdigung.

Die echte und mangelfreie Privaturkunde beweist, dass der Aussteller die schriftliche Erklärung abgegeben hat. Nicht, dass die Erklärung wahr ist und den Adressaten erreicht hat. Dafür spricht die allgemeine Lebenserfahrung, notfalls bleibt die freie Beweiswürdigung.

Den Urkundsbeweis erhebt das Gericht auf Beweisantrag oder von Amts wegen (§§ 142, 143, 273 II Nr. 1, 2 ZPO). Die Beweisaufnahme besteht darin, dass das Gericht die Urkunde liest und auswertet.

Der Beweisantrag richtet sich danach, wer die Urkunde in Händen hält:

**Besitz des Beweisführers:** Die Vorlage erfolgt gemäß § 420 ZPO. Privaturkunden sind im Original vorzulegen, von öffentlichen Urkunden genügen beglaubigte Abschriften oder Fotokopien (§ 435 ZPO). Unbeglaubigte Fotokopien sind nur Parteivorbringen, begründen aber keinen Beweis. Per beA wird natürlich der Scan einer Urkunde beigelegt. Jedoch sollte das Original unaufgefordert zur mündlichen Verhandlung zur Verfügung stehen. In der Regel ergehen im Vorfeld entsprechende Anordnungen des Gerichts, das Original vorzulegen, etwa im Arzthaftungsprozess: Hier wird die Patientenakte zumeist im Original angefordert, auch zur Weitergabe an einen Sachverständigen.

**Besitz des Beweisgegners:** Die Vorlage erfolgt nach §§ 421, 424 ZPO; im Falle des § 425 ZPO und der Vorlegungspflicht des Gegners (§ 422 ZPO) ordnet das Gericht durch Beschluss an, dass der Gegner die Urkunde vorlege (§ 425 ZPO). Eine prozessrechtliche Vorlegungspflicht des Gegners besteht nur im Falle des § 423 ZPO (dies bestimmt sich nach materiellem Recht, z.B. §§ 259 I, 371, 402, 716, 809, 810, 985, 1144 BGB; 118, 157 III, 166 HGB). Wenn der Gegner den Urkundenbesitz bestreitet, beschließt das Gericht, ihn als Partei zu vernehmen (§ 426 ZPO) und ordnet die Vorlegung nach § 426 S. 4 ZPO an. Legt der Gegner nicht vor, gilt § 427 ZPO.

**Beweis eines Dritten:** Das Beweisangebot erfolgt mit dem Antrag, das Gericht solle dem Beweisführer erlauben, die Urkunde binnen einer zu setzenden Frist zu beschaffen (§§ 428, 430 ZPO). Ungenügend ist der Antrag, den Dritten als Zeugen zu laden, damit er die Urkunde mitbringe. Das Gericht entspricht dem Beweisantrag nach § 431 ZPO, wenn dieser korrekt gestellt ist (§ 430 ZPO) und der Dritte zivilrechtlich verpflichtet ist, die Urkunde dem Beweisführer vorzulegen (§ 429, § 422 ZPO).

**Besitz einer Behörde:** Behauptet der Beweisführer, die Urkunde sei im Gewahrsam einer Behörde und kann er sie nicht selbst beschaffen, tritt er Beweis an mit dem Antrag, die Behörde um Amtshilfe und Übermittlung der Urkunde zu ersuchen (§ 432 ZPO). Befindet sich die Urkunde in anderen Akten (z.B. Gerichtsakten), muss der Beweisführer die Akte genau bezeichnen. Der Antrag, die gesamte Akte beizuziehen, ist noch kein Beweisantrag!

Augenscheins- und Vernehmungsprotokolle sowie Sachverständigengutachten aus anderen Verfahren sind als Urkundsbeweisstücke zu behandeln, auch gegen den Widerspruch der anderen Partei. Erst wenn diese gegenbeweislich Beweis durch Zeugen-, Augenscheins- oder



Sachverständigenbeweis antritt, wird diese Form des Urkundsbeweises unzulässig (siehe oben: Unmittelbarkeitsgrundsatz).

Ein schriftliches Gutachten im Auftrag einer Partei ist im Übrigen nicht stets reiner Parteivortrag, sondern kann als Urkundsbeweis angesehen, sollte aber nicht mit einem gerichtlichen Sachverständigengutachten verwechselt werden; sofern der Gegner Sachverständigenbeweis beantragt, hat das Gericht dem nachzukommen.

**Parteivernehmung:** Diese ist zunächst zu unterscheiden von der Parteianhörung (§§ 141, 273 II Nr. 3, 278 I 2 ZPO): Letztere soll lückenhaftes Parteivorbringen ergänzen. Die Parteiangaben sind nur streitiger oder unstreitiger Parteivortrag, den der Richter nicht als Beweis würdigen darf. Die Parteivernehmung wird stets durch Beweisbeschluss angeordnet und protokolliert. § 455 ZPO regelt, wer als Partei vernommen werden kann.

Die Parteivernehmung kann auf Antrag des Gegners (§ 445 ZPO), auf eigenen Antrag (§ 447 ZPO), von Amts wegen (§§ 448, 613 ZPO) oder als Schätzungsvernehmung (§ 287 I 3 ZPO) angeordnet werden. Nicht zulässig ist die Parteivernehmung zum Gegenbeweis (§ 445 II ZPO), im Urkundenprozess zum Beweis der Anspruchsvoraussetzungen (§§ 592, 595 III ZPO) und im Wiederaufnahmeverfahren (§ 581 II ZPO).

Zur Zulässigkeit des Beweisantrittes nach § 448 ZPO wird gefordert, die Beweistatsache müsse „anbewiesen“ sein. Für die Klausur bedeutet dies, dass die Parteivernehmung als unsicher(st)es Beweismittel gelten sollte, das ohne weitere Beweismittel nicht für die ganz entscheidungserheblichen Fragen angeboten werden kann. Letztlich würdigt das Gericht die Parteiaussage jedoch frei wie alle anderen Beweismittel. Von Amts wegen wird die Parteivernehmung i.d.R. nur angeordnet, „um die letzten Zweifel zu zerstreuen“, d.h. wenn die bestrittene Behauptung dem Gericht bereits wahrscheinlich erscheint.

Bietet der Beweisführer neben der Parteivernehmung auch Zeugenvernehmung an, ist zuerst dieser Beweis zu erheben.

### **3. Selbständiges Beweisverfahren**

Dieses dient einer vorsorglichen Beweisaufnahme während oder außerhalb des Prozesses (§ 485 I ZPO). Es beginnt mit einem Beweisantrag und endet mit der Beweisaufnahme oder der Ablehnung des Antrags.

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Zulässig sind hier nur Augenscheins-, Zeugen- und Sachverständigenbeweis (§ 485 I ZPO). Es kann auch ein schriftliches Sachverständigengutachten eingeholt werden (§485 I, II ZPO); bei Bedarf erfolgt die mündliche Erläuterung durch den Sachverständigen (§§ 492 I, 411 ZPO).

Als Beweisthema eignet sich jede Behauptung (§ 487 Nr. 2 ZPO). Ob streitig oder nicht, spielt erst im Prozess eine Rolle.

Im Prozessverfahren ist dieses Verfahren zulässig, wenn der Gegner zustimmt oder die Besorgnis besteht, dass der Beweis verloren gehe oder erschwert werde (§ 485 I ZPO).

Außerhalb des Prozesses, eher der Regelfall der Klausurkonstellation, ist ein rechtliches Interesse notwendig für die schriftliche Begutachtung des Zustandes einer Person, des Zustandes oder des Wertes einer Sache, der Ursache eines Schadens oder Sachmangels und des Aufwandes für die Beseitigung eines Schadens oder Mangels (§ 485 II ZPO). Ein häufiger Fall sind Gebäude- und sonstige Sachschäden, u.a. die Grundstücksabsenkung §§ 909, 823 II BGB).

Verfahren:

Es ist ein Beweisantrag nach § 487 ZPO zu stellen. Die Hinzuziehung einer Rechtsanwältin oder eines Rechtsanwalts ist nicht notwendig, § 486 IV, 78 III ZPO. Einen Sachverständigen wählt das Gericht aus (normal nach § 404 ZPO). Zuständig ist das (evtl.) Prozessgericht, § 486 I II ZPO, § 486 III ZPO. Das Verfahren wird schriftlich durchgeführt, § 490 I ZPO, aber § 492 III ZPO ist zu beachten.

Die beabsichtigte Ablehnung des Sachverständigen ist schon im selbständigen Beweisverfahren möglich, §§ 492 I, 406 ZPO. Die Ablehnung muss erfolgen, wenn der Ablehnungsgrund schon bekannt ist. Anderenfalls droht der Verlust des Ablehnungsrechts.

Auf zulässigen Antrag ordnet das Gericht den Beweis durch Beschluss an (§ 490 II 1 ZPO). Die Beweisaufnahme erfolgt nach den allgemeinen Regeln, § 492 I ZPO, § 493 II ZPO.

Den unzulässigen Antrag lehnt das Gericht durch Beschluss ab (falls die Voraussetzungen der §§ 485-487 ZPO nicht vorliegen).

§ 493 I ZPO gilt im Prozess hinsichtlich der Kosten. Ohne Hauptprozess gibt es jedenfalls keine prozessuale Kostenerstattung. Hier ist § 494 a ZPO zu beachten: Es droht die Kostenlast, wenn der Gegner nach Abschluss des Beweisverfahrens beantragt, dem Antragsteller eine Frist zur Klageerhebung zu setzen.

Das Verfahren endet schließlich mit dem letzten Akt der Beweisaufnahme: der Protokollierung des Augenscheins, der Zeugen – oder Sachverständigenvernehmung. Jede Partei darf den selbständigen

Beweis im Prozess benutzen. Seine Verwendung wirkt wie eine Beweisaufnahme des Prozessgerichts (§ 493 I ZPO). Das Beweisergebnis ist unverwertbar, wenn der Beweis nicht korrekt erhoben wurde, § 493 II ZPO.

Die Zustellung des Antrages auf Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens hemmt nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB die Verjährung. Die Hemmung endet jedoch sechs Monate nach Zustellung des Gutachtens bzw. dessen ergänzender Erläuterung, § 204 Abs. 2 BGB.

#### **4. Beweislast**

Der Richter hat stets über den prozessualen Anspruch sachlich mit Verbindlichkeit für die Parteien zu entscheiden (§ 322 ZPO). Im Falle der Beweisfähigkeit beruht die Sachentscheidung des Richters auf den materiellen Beweislastregeln.

##### ***a. Behauptungslast:***

Diese deckt sich grundsätzlich mit der Beweislast, was dem Beibringungsgrundsatz entspricht. Der Richter muss nach der erweiterten Pflicht nach § 139 ZPO in erhöhtem Maße auf die vollständige Erklärung der Parteien hinwirken. Die Folgen der Behauptungslast treffen die betreffende Partei erst, wenn sie trotz Belehrung ihre Behauptungen nicht vervollständigt: Die Klage wird dann als un schlüssig abgewiesen. Im Anwaltsprozess kann die Hinweispflicht bei entsprechendem Vortrag der Gegenseite etwas zurücktreten.

##### ***b. Beweisführungslast:***

Die **abstrakte Beweisführungslast** gibt an, welche Partei Beweisanträge stellen darf und muss, wenn sie nicht wegen Beweisfähigkeit den Prozess verlieren will.

Eine Einschränkung erfährt dies aufgrund der prozessualen Aufklärungspflicht des Gegners: Auch die nicht beweisbelastete Partei schuldet jede zumutbare Auskunft über rechtserhebliche Sachverhaltskomplexe und über die Existenz von Beweismitteln.

Dem wird auch dadurch genüge getan, dass das Gericht alle Beweismittel –außer dem Zeugenbeweis- auch von Amts wegen heranziehen kann.

Tritt die beweisführungspflichtige Partei keinen Beweis an, wird sie dem Gesagten zufolge als beweisfähig behandelt, wenn der Gegner nicht aufklärungspflichtig ist, das Gericht eine mögliche

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Beweisaufnahme von Amts wegen pflichtgemäß ablehnt oder die Partei im Rahmen der gerichtlichen Aufklärungspflicht nach § 139 ZPO zum Beweisantritt aufgefordert worden ist.

In der Klausur sollte man sich keinesfalls auf diese Einschränkungen verlassen, sondern alle Beweise in den Ring schicken, die zu Gebote stehen!

Die **konkrete Beweisführungslast** betrifft die Verfahrenssituation, in der sich das Gericht eine vorläufige Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsachenbehauptung gebildet hat. Der Gegner muss dann versuchen, die Grundlage dieser Überzeugung durch weitere Beweisführung zu entziehen, wenn er mit dem Beweisergebnis nicht zufrieden ist. Zu Beginn des Prozesses deckt sie sich mit der abstrakten Beweislast, später wechselt sie je nach Verfahrenslage.

### **b. Objektive Beweislast:**

Ihr Gegenstand ist die Frage, zu wessen Gunsten oder Ungunsten eine misslungene Beweisaufnahme zu berücksichtigen ist. Je nach Beweislastregel wird die behauptete Tatsache, die unbewiesen geblieben ist, als gegeben oder nicht gegeben fingiert. Wer im Prozess von einem anderen eine Leistung verlangt, muss die Voraussetzungen dieses Anspruchs behaupten und im Bestreitensfall beweisen. Non liquet bedeutet –als Grundregel verstanden- für den Beweisbelasteten also: Nein.

Der Kläger trägt die Beweislast nur für die ihm günstigen Tatsachen. Rechtsvernichtende Einwendungen, rechtshemmende Einreden und Gegenrechte hat der Beklagte zu beweisen. Diese Zuordnung ergibt sich aus dem materiellen Recht selbst, in vielen Fällen aus dem Aufbau einer gesetzlichen Bestimmung (daher die Bezeichnung der herrschenden Theorie als „Satzbaulehre“).

Ausdrückliche Regelungen zur Beweislast finden sich z.B. in §§ 363, 2336 Abs. 3, 932 oder auch in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Der Gesetzgeber hat in diesen Vorschriften Abweichungen vom erläuterten Grundsatz durch Formulierungen wie „es sei denn das ...“ kenntlich gemacht. Außerdem sind zum Teil 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 (zum Arzthaftungsrecht beachte aber die gesetzlichen Regelungen der §§ 630 a - h BGB - zur Beweislast finden sich Sonderregelungen in § 630 h BGB). Davon zu unterscheiden sind sogenannte „tatsächliche Vermutungen“. Dazu zählt der Rückschluss auf die verwerfliche Gesinnung bei einem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung

und Gegenleistung oder Vermutung der Wiederholungsgefahr bei einmaligem Verstoß im Wettbewerbsrecht.

## **5. Prozessuale Beweiserleichterungen**

### ***a. Offenkundige Tatsachen***

Nach § 291 ZPO bedürfen diese keines Beweises. Hierbei handelt es sich nicht um eine Beweiserleichterung im engeren Sinne –dies nur im Ergebnis–sondern § 291 ZPO grenzt die beweisbedürftigen von den nicht beweisbedürftigen Tatsachen ab. Abzugrenzen sind die offenkundigen Tatsachen von den dem Gericht unbekanntem Tatsachen, die eine Beweisaufnahme erforderlich machen.

Es handelt sich um

#### ***Allgemeinkundige Tatsachen***

Diese sind einer beliebigen Personenzahl bekannt oder aus allgemein zugänglichen Quellen ermittelbar (z.B. Suchmaschinen im Internet). Es wird auf die Kenntnis „verständiger“ oder „besonnener“ Kreise abgestellt. In erster Linie geht es hier um geographische, geschichtliche, aber auch naturwissenschaftliche Fakten sowie in den Medien widerspruchsfrei veröffentlichte glaubhafte Mitteilungen. Es genügt, wenn sich das Gericht hierüber erst durch Nachforschungen Gewissheit verschafft.

#### ***Gerichtskundige Tatsachen***

Diese sind dem Gericht in seiner bisherigen amtlichen Tätigkeit bekannt geworden (Beweisaufnahme aus einem früheren Verfahren, Sachverständigengutachten, dienstliche Erklärungen, amtliche Auskünfte).

#### ***Aktenkundige Tatsachen***

Hier geht es um solche Tatsachen, die für das Gericht ohne weiteres aus anderen Akten desselben Gerichts feststellbar oder aus Eintragungen in einem bei diesem Gericht geführten Register abzulesen sind; dies sind nach h.M. keine offenkundigen Tatsachen, werden aber so behandelt

#### ***Formlos bewiesene Tatsachen***

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Formlos bewiesene Tatsachen sind dem Richter z.B. auf dem Weg zur Arbeit bekannt geworden; sie können keine Beweisaufnahme ersetzen, da die Grundsätze der Parteiöffentlichkeit verletzt würden, was durch § 291 ZPO nicht gedeckt ist. Allerdings kann das Einbringen solcher Tatsachen durch den Richter dazu führen, dass die entsprechenden Tatsachen unstreitig werden und es deshalb keiner Beweisaufnahme mehr bedarf.

### ***Privatkundige Tatsachen***

Dies sind dem Richter als Privatmann bekannt geworden; auch hier ist eine Beweisaufnahme erforderlich, aus denselben Gründen wie bei den formlos bewiesenen Tatsachen.

Das Gericht hat darauf hinzuweisen, dass und welche Tatsachen als offenkundig behandelt werden sollen. § 291 ZPO betrifft den Hauptbeweis, d.h. dem Gegner steht der Gegenbeweis offen. Für diesen gelten die allgemeinen Grundsätze der Beweisaufnahme.

In der Klausurbearbeitung sollte transparent gemacht werden, ob die Bearbeiterin/ der Bearbeiter eine Tatsache für eine offenkundige Tatsache hält, damit dies für die Klausurkorrektorinnen und -korrektoren erkennbar ist. Rein vorsorglich sollte in der Beweisprognose die Möglichkeit ins Spiel gebracht werden, dennoch Sachverständigengutachten anzubieten. Auch in den Zweckmäßigkeitserwägungen sollte ein entsprechender Hinweis nicht fehlen.

### ***b. Indizienbeweis***

Entscheidungserheblich (d.h. zu beweisen) sind grundsätzlich nur Tatsachen mit unmittelbarem Bezug zum Streitgegenstand. Nicht immer kann jedoch die Haupttatsache direkt bewiesen werden. Die volle Überzeugung des Gerichts lässt sich jedoch nicht nur durch einen unmittelbar auf die Haupttatsache gerichteten Beweis gewinnen. Möglich ist auch, dass das Gericht einen Lebenssachverhalt feststellt, der bei vernünftiger Würdigung aller Umstände nur den Schluss zulässt, dass die Haupttatsache vorliegen muss. Diese Umstände nennt man Indizien. Die Indizien müssen von den Parteien vorgetragen sein. Sie müssen feststehen und geeignet sein, den Schluss auf die Haupttatsache zuzulassen. Liegt die Schlüssigkeit der Indizien vor, kann überlegt werden, ob die aus ihnen gefolgerte Haupttatsache geeignet ist, das geltend gemacht Recht als entstanden erscheinen zu lassen.

Kern des Indizienbeweises ist die vom Gericht zu ziehende oben genannte Schlussfolgerung, die andere Möglichkeiten nicht ernsthaft in Betracht kommen lässt. Am Ende steht die volle richterliche Überzeugung von der Haupttatsache.

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Hier spielen Erfahrungssätze eine noch größere Rolle als bei der „normalen“ Beweiswürdigung; die Überzeugungskraft des Indizienbeweises hängt von der Validität des zugrundeliegenden Erfahrungssatzes ab.

Sind die Indizien selbst streitig, können sie selbst Gegenstand einer Beweisaufnahme sein (hier ist der Vollbeweis zu erbringen, da die Indizien nach Überzeugung des Gerichts feststehen müssen).

Der Zeuge des Hörensagens kann Indizien liefern. Der Beweiswert seiner Aussage ist allerdings geringer als der der Aussage eines Zeugen, der das Geschehen unmittelbar wahrgenommen hat.

Eine wichtige Rolle spielt der Indizienbeweis im Privatversicherungsrecht- insbesondere im Bereich der Vollkasko- und Diebstahlsversicherung:

Zum Nachweis des Versicherungsfalles genügt es zunächst, dass der VN einen Sachverhalt nachweist, der nach der Lebenserfahrung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den Schluss auf eine Entwendung zulässt.

Nun muss der Versicherer Tatsachen beweisen, die die erhebliche Wahrscheinlichkeit dafür begründen, dass die naheliegende Möglichkeit der Vortäuschung des Versicherungsfalles besteht. Ist auch das gelungen, tritt wieder die beweisrechtliche Normalsituation (zu Lasten des Anspruchstellers, d.h. des Versicherungsnehmers) ein.

### ***c. Anscheinsbeweis***

Ein in Klausuren beliebtes Thema ist der Anscheinsbeweis. Das Institut ist nicht gesetzlich geregelt und bietet die Möglichkeit, anhand einer durch die Rechtsprechung entwickelten Struktur die Beweisnot einer Partei zu überwinden. Die „Dogmatik“ des Anscheinsbeweises ist allerdings recht vielschichtig und bietet daher die Chance zu einer fundierten Darstellung. Häufig wird der Anscheinsbeweis jedoch viel zu oberflächlich behandelt. Eine große Bedeutung hat der Anscheinsbeweis im Straßenverkehrsrecht bei Unfällen.

Der Anscheinsbeweis kann strukturiert geprüft werden. Klassischer Anwendungsfall ist der bestrittene Kausalzusammenhang. Wenn die vermeintliche Ursache und die entsprechende vermeintliche Folge unstreitig sind, kann die hinsichtlich des Kausalzusammenhangs bestehende Beweislücke durch einen Anscheinsbeweis geschlossen werden (z.B. ein Feuerwerkskörper wird in Kopfhöhe gezündet. Es liegt eine Knalltraumasymptomatik vor). Die Rechtsprechung hat allerdings auch Rückschlüsse als beweisfähig zugelassen. So kann von einem Verletzungsbild auf die Ursache und den Kausalzusammenhang rückgeschlossen werden.

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Beim Anscheinsbeweis wird vom Vorliegen einzelner, an sich nicht erheblicher Tatsachen auf das Vorhandensein anderer, zu den Voraussetzungen einer Rechtsnorm gehörender Haupttatsachen geschlossen. Steht ein Sachverhalt fest, bei dem die behauptete, zur Ausfüllung einer Rechtsnorm erforderliche Haupttatsache typischerweise gegeben ist, so spricht der erste Anschein für das Vorliegen der Haupttatsache. Der Zusammenhang der feststehenden und der angenommenen Tatsachen ist derartig typisch, dass sich der daraus abzuleitende Schluss gleichsam aufdrängt, von seinem Vorliegen ausgegangen werden kann und das ausnahmsweise Nichtvorliegen im Prozess dargetan werden muss.

Typisch ist ein Vorgang, wenn er regelmäßig gewöhnlich so abläuft wie im Prozess dargetan. Zu viele Details lassen die Typizität eher entfallen.

Diese Typizität ist abzuleiten. Bei Vorschriften, die dem Schutz vor spezifischen Gefahren dienen, kann vom Bestehen der Vorschrift auf die Typizität der Kausalität für den eingetretenen Schaden bei Verletzung der entsprechenden Vorschrift geschlossen werden. Dies gilt nach der Rechtsprechung insbesondere für die Verletzung von Schutzgesetzen im Sinne des § 823 II BGB.

In den Fällen, in denen kein Verstoß gegen ein Schutzgesetz vorliegt, ist die Typizität der in Frage stehenden Umstände sorgfältig zu begründen. Nicht jeder auf den ersten Blick bestehende Erfahrungssatz reicht aus. Auf eine Verseuchung von verabreichten Muscheln etwa kann vom Bestehen einer Hepatitis Infektion nicht im Sinne einer Typizität geschlossen werden. Es handelt sich „nur“ um Indizien. So muss stets genau abgegrenzt werden, ob ein Anscheinsbeweis oder ein Indizienbeweis bzw. Rückschluss aufgrund von Hilfstatsachen angezeigt ist.

Die Validität der Erfahrungssätze spielt eine besondere Rolle.

Werden die Anknüpfungstatsachen bestritten, müssen sie voll bewiesen werden.

Wo das materielle Recht den Nachweis der Haupttatsache verlangt, kommt der Anscheinsbeweis natürlich nicht zur Anwendung: § 130 I BGB: kein Anscheinsbeweis für den Zugang eines Briefes bei feststehender Absendung (Wertungsfrage ist, ob eine Norm dies verlangt).

Der Gegner kann Tatsachen vortragen, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit eines vom gewöhnlichen abweichenden Geschehensablaufes ergibt.

Eine weitere Möglichkeit ist, den Anscheinsbeweis durch einen vollständigen Gegenbeweis zu widerlegen.

Zusammenfassend scheidet der Anscheinsbeweis also, wenn die Typizität abgelehnt wird oder der Gegenbeweis gelingt.

Ein Scheitern ist auch möglich, wenn der Beweisgegner schuldhaft daran gehindert wird, die erschütternden Umstände aufzuklären und vortragen zu können.

### **d. Gesetzliche Vermutungen**



Auch hier liegt die Beweiserleichterung in einer Verlagerung des Beweisthemas. Bewiesen werden muss nicht die als Voraussetzung einer Rechtsnorm dienende Haupttatsache, sondern eine an sich unerhebliche, häufig aber einfacher zu beweisende andere Tatsache, an die die gesetzliche Vermutung der Haupttatsache anknüpft. Im Ergebnis wird die freie richterliche Beweiswürdigung durch eine bindende Beweiswürdigungsregel ersetzt.

In erster Linie handelt es sich Vermutungen, die Tatsachen betreffen: § 1117 III BGB (Vermutung, dass Besitz am Hypothekenbrief durch Übergabe vom Eigentümer erlangt wurde); weitere Beispiele: §§ 938, 1253 II, 1377 I, III, 1600 o II BGB, 437 I, 440 II ZPO.

Es gibt aber auch Vermutungen hinsichtlich gegenwärtiger Rechtszustände: Z.B. §§ 891, 921, 1006, 1362, 2365 BGB, 739 ZPO.

Die Vermutung ist von der Fiktion zu unterscheiden: Bei dieser werden unterschiedliche Sachverhalte mit gleichen Rechtsfolgen verknüpft.

Dies hat Einfluss auf die Darlegungslast: Im Prozess genügt der Vortrag des Anknüpfungstatbestandes. Aufgrund der Vermutung gilt auch die Haupttatsache als vorgetragen. D.h. es ist auch bedeutungslos, wenn die Haupttatsache vom Gegner bestritten wird! Ausreichend ist der Beweis der Anknüpfungstatsache.

Gesetzliche Vermutungen sind nach § 292 ZPO grundsätzlich widerleglich. Erforderlich ist der Beweis des Gegenteils (nicht identisch mit dem Gegenbeweis!), der dann geführt ist, wenn die Unwahrheit der vermuteten Tatsache sicher feststeht.

Kraft Gesetzes unwiderleglich sind nur wenige Vermutungen: Z.B: §§ 267 ZPO, 1566 (Zerrüttungsvermutung) BGB. Hier wollte der Gesetzgeber keine Beweiserleichterung, sondern die Identität zwischen Vermutungstatbestand und Rechtsfolge.

### ***e. Schätzung***

Nach § 287 ZPO entscheidet das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung darüber, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch dieser Schaden ist. Dies ist eine Ausnahme vom Grundsatz des Strengbeweises (keine förmliche Beweisaufnahme) und vom Grundsatz des Vollbeweises (die Tatsache wird schon zugrunde gelegt, wenn das Gericht nicht völlig von der Richtigkeit der Schätzung überzeugt ist, sondern sie nur für wahrscheinlich hält).

§ 287 ZPO findet Anwendung auf alle Schadensersatzansprüche. Wesentlich ist das Vorliegen sämtlicher haftungsbegründenden Voraussetzungen des Anspruchs - mit Ausnahme des Schadens selbst.

Die Schadenshöhe muss streitig und nicht ohne weiteres ermittelbar sein. Ferner muss die beweisbelastete Partei „Schätztsachen“ vortragen, damit das Gericht an die Schätzung anknüpfen kann.

Hierzu siehe auch oben unter V.1. zum Beweismaß.

### ***f. Freibeweis***

Hierbei handelt es sich um die vom Beweisantritt einer Partei unabhängige, auf die gesetzlichen Beweismittel nicht beschränkte und von den zwingenden Verfahrensvorschriften des Beweisrechts befreite Tatsachenermittlung von Amts wegen.

Der Freibeweis findet bei der Klärung von Tatsachen Anwendung, die das Verfahren selbst betreffen und die das Gericht von Amts wegen zu prüfen hat (etwa Partei- oder Prozessfähigkeit gemäß § 56 ZPO, Zulässigkeit von Rechtsbehelfen, PKH- Voraussetzungen, Erfahrungssätze, FGG-Sachen).

Dass Tatsachen der Möglichkeit des Freibeweises zugänglich sind, entbindet die Klausurbearbeiterin/ den Klausurbearbeiter nicht von der Prüfungspflicht etwa hinsichtlich Partei- oder Prozessfähigkeit oder gerichtlicher Zuständigkeit. Hierzu ist auszuführen und im Zweifel auch im Schriftsatz vorzutragen.

### ***g. Glaubhaftmachung***

Nach § 294 ZPO wird kein Strengbeweis benötigt. Außerdem genügt zur Glaubhaftmachung ein deutlich geringerer Grad an Wahrscheinlichkeit: die bloß überwiegende Wahrscheinlichkeit.

Alle Beweismittel der ZPO stehen zur Verfügung. Das Gericht kann aber auch weitere Mittel zur Glaubhaftmachung heranziehen: Unbeglaubigte Kopien, anwaltliche Versicherung, Versicherung an Eides Statt.

Alle Beweismittel müssen in der mündlichen Verhandlung sofort präsent sein, § 294 II ZPO.

Die Glaubhaftmachung hat Bedeutung für Verfahren mit summarischer Tatsachenfeststellung: z.B. Eilverfahren der ZPO (§§ 920 II, 96, 620 a II 3, 640 d II 2, 487 Nr. 4) oder einstweilige Regelungen der Zwangsvollstreckung (§§ 714 II, 707 I 2, 719 I 2, 769 I 2, 805 IV, 815 II 1)

Der Gegner kann mit den gleichen Mitteln der Glaubhaftmachung kontern. Zu beachten ist auch hier eine Abstufung der Mittel zur Glaubhaftmachung (z.B. Urkunden vor eidesstattlichen Versicherungen)

### ***h. Beweisvereitelung***

Hat eine Partei die Beweisführung des Gegners vereitelt, darf sie hieraus keine prozessualen Vorteile ziehen, d.h. den Prozess nicht allein wegen der von ihr verursachten Beweisfähigkeit des Gegners gewinnen. Daher gibt es für diese Fälle Beweiserleichterungen für den Beweisführer.

Es gibt neben den gesetzlich geregelten Fällen (§§ 421 ff., 427, 441 III 3, 444, 446, 453 II, 454 I ZPO) ein allgemeines Institut der Beweisvereitelung. Voraussetzungen sind die Zurechenbarkeit und ein Verschulden. Fälle sind die Vernichtung von dem Gegner günstigen Beweismitteln, die Unterlassung prozessual gebotener Mitwirkungshandlungen, die Nichtentbindung von zum eigenen Schutz bestehenden Schweigepflichten des Gegners, das Nichtzugänglichmachen von Beweismitteln für Gericht oder Sachverständige.

Die Beweisvereitelung ist auch schon vor Rechtshängigkeit möglich.

Folgen sind nach einer Ansicht die Beweislastumkehr, nach anderer Ansicht die Berücksichtigung im Rahmen des § 286 I ZPO.

Sinnvoll erscheint eine Differenzierung nach dem Grad des Verschuldens:

Bei Vorsatz etwa erscheint es angemessen, die Tatsache auch ohne Beweis als wahr zu behandeln.

Bei Fahrlässigkeit gibt es z.B. die Möglichkeit von Beweiserleichterungen wie dem Zulassen der eigenen Parteivernehmung über die Zulassung von Glaubhaftmachungen bis hin zur völligen Beweislastumkehr bei Unerweislichkeit der Tatsache.

## **6. Materiellrechtlich orientierte Beweiserleichterungen (Überblick)**

### ***a. Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen***

Bei abgegrenztem Herrschafts- oder Organisationsbereich, den eine Partei allein beherrscht, verteilen Rechtsprechung und Literatur die Beweislast nicht nach der Normen- oder Satzbautheseorie, sondern nach Gefahrenbereichen: Dies bezieht sich hier auf die Beweislast für das Verschulden bei einer objektiven Pflichtverletzung.

Diese Grundsätze werden nahezu auf alle Vertragstypen ausgedehnt, ebenso auf vertragsunabhängige Schutzpflichten.

#### **b. Richterrechtliche Beweislastverschiebungen**

Neben der schon erörterten Beweisvereitelung wäre hier die grobe Verletzung von Berufspflichten zu nennen, die den Schutz des Körpers und der Gesundheit anderer Personen bezwecken. In diesen Fällen kehrt sich die Beweislast dafür um, dass die Pflichtverletzung für den Schaden ursächlich war (Obhuts- und Schutzverhältnisse, Arztvertrag); Ähnliches wurde auch schon für Vermögenssorgepflichten entschieden.

#### **c. Produzentenhaftung**

Für Fehler, Schaden und Ursächlichkeit des Fehlers für den Schaden trägt der Geschädigte die Beweislast. Ausnahmsweise finden hier Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweislast statt für Fehlerfreiheit des Produkts bei Inverkehrbringen und Ursächlichkeit der unterlassenen Sicherung des Prüfungsbefundes für den entstandenen Schaden. Hier gelten auch die Grundsätze des Anscheinsbeweises. Der Hersteller hat demgegenüber zu beweisen, dass ihm kein objektiver Pflichtenverstoß im Herstellungsbereich zur Last fällt.

### **VII. Beteiligung Dritter am Verfahren**

#### **1. Widerklage, Beteiligung Dritter am Prozess**

##### **a. Widerklage:**

Bei Gegenforderungen des Mandanten (Vertretung des Beklagten) ist die Widerklage in Erwägung zu ziehen, wenn die Erfolgsaussichten der Rechtsverteidigung nicht gut sind, mithin Gefahr besteht, dass der Kläger obsiegt; ferner, wenn die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts nicht durchgreift (*diese wäre am ungefährlichsten, da über den Anspruch nicht rechtskräftig entschieden wurde; von*

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

*Nachteil ist allerdings, dass bei Erreichen einer Zug- um- Zug- Verurteilung zwar die Forderung, nicht jedoch die Gegenforderung des Mandanten vollstreckbar ist- dies wäre nur über die Widerklage zu erreichen; ist nur ein Zurückbehaltungsrecht erfolgversprechend, hat ein Anerkenntnis Zug um Zug gegen die Gegenleistung zu erfolgen; das Zurückbehaltungsrecht hemmt nicht die Gegenleistung); weiter, wenn die Aufrechnung nicht durchdringt: Primäraufrechnung ist zu erwägen, wenn keine Hilfsaufrechnung, d.h. wenn sonst kein erfolgreiches Verteidigungsvorbringen; Vorteil: keine Streitwerterhöhung, Verjährungshemmung).*

Wenn alles nichts hilft oder die Aufrechnung nur einen Teil der Klageforderung umfasst bzw. der Aufrechnung die fehlende Gleichartigkeit der Forderung entgegensteht, ist Widerklage einzureichen. Die Möglichkeit der Hilfsaufrechnung mit Hilfswiderklage besteht in dem Falle, dass diese wegen Durchgreifens der Primärforderung –oder auch wegen Unzulässigkeit der Aufrechnung- zum Tragen kommt. Unbedingte Widerklage ist zu erheben, wenn die Gegenforderung nur durch die Widerklage, nicht auch durch Aufrechnung geltend gemacht wird. Oder teils unbedingt, teils hilfsweise (bei Überschießen).

Es ist eine volle Überprüfung der Erfolgsaussichten erforderlich!

Die Widerklage ist eine echte Klage besonderer Art und somit auch eine Form des Angriffs. Entsprechend müssen wie bei einer „normalen“ Klage grundsätzlich alle entsprechenden Voraussetzungen eingehalten werden.

Da die Widerklage als echte Klage kein Angriffsmittel oder Verteidigungsmittel im eigentlichen Sinn 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. Wenn eine Widerklage auch deshalb erhoben wird, um präkludierte Verteidigungsmittel doch einführen zu können, wird von einer „Flucht in die Widerklage“ gesprochen.

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

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Grundsätzlich fordert § 33 ZPO die Konnexität der Widerklage. Der Zusammenhang wird hergestellt, wenn die Voraussetzungen desselben Gerichts, desselben Verfahrens, verschiedener Ansprüche (im Sinne des selbständigen Streitgegenstandes) zu bejahen sind. PRIVILEGIERUNG des Beklagten/Widerklägers. Der Zusammenhang im Anspruch ist zu bejahen, wenn die geltend gemachten Forderungen auf ein gemeinsames Rechtsverhältnis zurückzuführen sind. Rein tatsächliche oder wirtschaftliche Zusammenhänge genügt nicht; Anders wird dies bei einheitlich innerlich zusammenhängenden Lebensverhältnis gesehen (sehr streitig). Ein Zusammenhang mit dem Verteidigungsvorbringen ist ausreichend (insbesondere überschießender Rest einer zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung).

Die Konnexität ist nach der Rechtsprechung eine besondere Sachurteilsvoraussetzung. Fehlt sie, ist die Widerklage unzulässig. Auf eine fehlende Verfahrensrüge nach § 295 ZPO sollte man sich in der Klausur lieber nicht verlassen.

Nach der Gegenauffassung begründet § 33 ZPO nur einen Gerichtsstand und stellt keine Zulässigkeitsvoraussetzung dar. Dies ist mit Vorsicht zu genießen. Sicherer ist, sich hier nach der Rechtsprechung zu richten.

Die Klage muss mindestens rechtshängig sein. Die Widerklage kann in der ersten Instanz bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erhoben werden, auch wenn der Kläger nicht erscheint. Noch im Nachverfahren nach Zwischen-, Grund- oder Vorbehaltsurteil möglich. In der Berufungsinstanz ist die Widerklage nur zulässig, wenn der Kläger zustimmt (rügelose Einlassung genügt) oder das Gericht die Geltendmachung für sachdienlich hält sowie der Streitstoff durch die Widerklage nicht erweitert wird (siehe oben).

Das Gericht, bei dem die Widerklage erhoben wird, muss für diese sachlich zuständig sein. Abweichung der Zuständigkeiten möglich. I.d.R. ist das Gericht der Klage zuständig. Die Widerklage muss ferner in derselben Prozessart wie die Hauptklage erhoben und in dieser zulässig sein.

Unzulässig ist sie im Urkunds- und Wechselprozess (§ 595 I ZPO).

Unzulässig ist die Gegenangriff- Widerklage auf Unterlassung von Behauptungen der die Klage begründenden Tatsachen. Hierbei handelt es sich nicht um einen Fall des § 261 III Nr. 1 ZPO, denn es geht nicht um das kontradiktorische Gegenteil des Klageanspruchs; jedoch fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für diese Form der Widerklage

### ***a. Streitgenössische und isolierte Drittwiderklage***

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

I.d.R. muss die Widerklage vom Beklagten der Vorklage erhoben werden und sich gegen die Person richten, welche die Klage erhoben hat. Widerkläger und Widerbeklagter können auch Streitgenossen und Hauptintervenienten sein. Widerbeklagte können auch Nebenintervenienten sein. Unzulässig ist die Widerklage eines Nebenintervenienten im eigenen Namen.

In der neueren Rspr. und Lit. Wird auch eine Parteierweiterung mit Hilfe der Widerklage zugelassen (§ 33, 263 ZPO als Voraussetzungen).

Dritte können auch Streitverkündete, selbst wenn sie dem Beklagten als Streithelfer beigetreten sind.

**Streitgenössische Drittwiderklage:** Der Beklagte erhebt eine mit der Klage konnexe Widerklage gegen den Kläger und zugleich gegen einen bisher am Rechtsstreit nicht beteiligten Dritten als Streitgenossen i.S. §§ 59, 60 ZPO. Der Kläger und der Dritte stehen in einem Haftungsverband, so dass sie dann auch gesamtschuldnerisch zusammen in Anspruch genommen werden. Die ladungsfähige Anschrift des Drittwiderbeklagten ist im Schriftsatz zu nennen, da die Widerklage eine echte Klage ist. Z.B. Widerklage gegen GbR oder OHG und die bisher nicht klagenden Gesellschafter oder Widerklage gegen Kläger und seine bisher nicht klagende Pkw- Haftpflichtversicherung. Bei der Inanspruchnahme einer GbR oder OHG gilt auch im Fall der streitgenössischen Drittwiderklage, dass durch die parallele Inanspruchnahme der Gesellschaft und der Gesellschafter die Haftungsmasse erweitert wird. Erstreitet ein Kläger bzw. in dieser Konstellation ein Widerkläger nur ein Urteil gegen die Gesellschaft (OHG oder GbR), kann auch nur in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden. Materiellrechtlich haften auch die Gesellschafter wie Gesamtschuldner. Dies nützt aber nur etwas, wenn auch ein Titel gegenüber diesen besteht. Die streitgenössische Drittwiderklage schaltet in einigen Konstellationen auch gleich die Gesellschafter als Zeugen aus. Dieser Fall ist seit längerem unter den Voraussetzungen der als Klageänderung behandelten Parteierweiterung in gefestigter Rspr. anerkannt.: D.h. bei Einwilligung des Drittwiderbeklagten (rügefreie Einlassung genügt) oder bei Sachdienlichkeit der subjektiven Klagehäufung. Bei Erhebung in der Berufungsinstanz ist stets die Einwilligung des Drittwiderbeklagten erforderlich, außer bei rechtsmissbräuchlicher Weigerung (nicht im Wege der Anschlussberufung).

**Isolierte Drittwiderklage:** Der Beklagte erhebt die mit der Klage zusammenhängende Drittwiderklage NUR gegen einen am Rechtsstreit bisher nicht beteiligten Dritten, ohne den Kläger mit zu verklagen. Hier ist auch der Fall einzuordnen, dass im Wege des Parteiwechsels anstelle des zunächst widerbeklagten Klägers (z.B. Personenhandelsgesellschaft) später einer oder mehrere Dritte (z.B. die Gesellschafter) widerverklagt werden sollen.

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Von der Rechtsprechung wurden bisher nur bestimmte Fallgestaltungen als ausnahmsweise zulässige isolierte Drittwiderklagen angenommen. Es empfiehlt sich im Hinblick auf den „sichersten Weg“, sich an diesen Fallgestaltungen zu orientieren und den eigenen Fall entsprechend einzuordnen. Mit einer Übertragung auf bisher noch nicht entschiedene Gestaltungen sollte zurückhaltend umgegangen werden. Wer in einer Klausur eine neue Fallkonstellation vorfindet, kann die Frage eines solchen Vorgehens in den prozessualen Erwägungen aufwerfen und mit entschiedenen Konstellationen abgleichen. Eine Entscheidung gegen eine Übertragung der Rechtsprechung auf eine noch nicht höchstrichterlich entschiedene Fallgestaltung dürfte in der Regel dann nicht nachteilig sein, weil die Voraussetzungen im prozessualen Teil sehr wohl erörtert wurden. Den meisten anerkannten Fallgestaltungen liegt eine Zession zugrunde. Drittwiderbeklagter ist dann der Zedent.

Folgende Fallgestaltungen sind vom BGH als zulässig angesehen worden:

- Die klagende Gesellschaft verklagt die Erbin eines Mitgesellschafters auf Rückzahlung eines Darlehens. Die Beklagte verklagt die Gesellschafter der Klägerin isoliert auf Feststellung, dass sie selbst durch den Erbfall Gesellschafterin der Klägerin geworden sei. Der BGH hat diese recht exotische Variante der isolierten Drittwiderklage als zulässig angesehen, weil das auf die Drittwiderklage ergehende Urteil für die klagende Gesellschaft verbindlich ist und damit für die Zahlungsklage vorgreiflich sein kann. Diese Fallgestaltung ist später anders als die folgenden Zedentenkonstellationen nicht wieder aufgetreten.
- Der Architekt tritt seine Honoraransprüche ab. Der Zessionar klagt diese ein. Der Beklagte beantragt Klageabweisung und erhebt gegen den Architekten wegen Schadensersatzansprüchen wegen mangelhafter Leistung isolierte Drittwiderklage mit einem Leistungsantrag.
- Ein Vater tritt seine vermeintlichen Ersatzansprüche aus einem Verkehrsunfall gegen den Unfallverursacher an seinen minderjährigen ebenfalls verletzten Sohn ab. Diesen lässt er, gestützt auf Ansprüche aus eigenem und fremdem Recht, klagen. Der Beklagte beantragt Klageabweisung und klagt gegen den Vater als Drittwiderbeklagten auf Schadensersatz. Der Vater wendet ein, dass dies unzulässig sei, da er nun aufgrund der entstandenen Parteistellung nicht mehr als Zeuge aussagen könne. Der BGH sah die isolierte Drittwiderklage als zulässig an. Der Vater wird mit seinem Einwand nicht gehört, da er seine Zeugenstellung erst durch die Abtretung ermöglicht habe. Es ist dennoch Vorsicht geboten. Die isolierte Drittwiderklage wird als Ausnahmekonstellation eng ausgelegt. Einen Zeugen auf Unterlassung belastender Aussagen rückzuverklagen ist versucht, aber bisher nicht als zulässig angesehen worden.



- In einem weiteren Zedentenfall klagt der Zessionar auf vertraglicher Grundlage Schadensersatz ein. Der Beklagte beantragt Klageabweisung und verklagt den Zedenten als Drittwiderbeklagten jedoch seinerseits nicht auf Leistung, sondern begehrt Feststellung, dass die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche auch in der Person des Zedenten nie bestanden haben. Interessant ist in dieser Konstellation, dass der Drittwiderkläger nicht primär einen Zeugen ausschalten will. Vielmehr möchte er verhindern, dass bei einer Klageabweisung der Zedent erneut klagen kann. Das Gericht erkennt sehr wohl, dass § 325 ZPO zu einer Rechtskrafterstreckung auch gegenüber dem Zedenten führen kann. Dies spricht aber dennoch nicht gegen ein Rechtsschutzbedürfnis für die erhobene isolierte Drittwiderklage. Die subjektive Rechtskrafterstreckung erfasst nämlich nach dem BGH nicht den Fall, dass die Erstabtretung anfechtbar oder von vornherein unerkant nichtig sein könnte. Beides würde dann zur Möglichkeit eines neuen Prozesses führen. Daher soll der Beklagte im Wege der negativen Feststellungsklage in Form der isolierten Drittwiderklage haben.

Als formelle Voraussetzungen für eine isolierte Drittwiderklage prüft die Rechtsprechung folgende Aspekte:

Ausnahmsweise ist eine isolierte Drittwiderklage in Form der Klageänderung zulässig, wenn

erstens die Klageänderung vorbehaltlich einer Zustimmung sachdienlich ist, die Widerklage also eine Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen verhindert, wofür spricht, dass die Umstände von Klage und Drittwiderklage rechtlich und tatsächlich eng miteinander verknüpft sind,

zweitens die Interessen des Drittwiderbeklagten nicht verletzt werden und

drittens keine hilfsweise Geltendmachung erfolgt.

**Widerklage durch Dritte:** Ein Dritter oder Streithelfer des Beklagten erhebt eine mit der Klage zusammenhängende „Widerklage“ gegen den Kläger allein oder gegen den Kläger und einen am Rechtsstreit bisher nicht beteiligten Dritten. Diese Form ist nach BGH nicht zulässig; jedoch bleibt die Möglichkeit offen, eine Prozessverbindung nach § 147 ZPO herbeizuführen. Im Schrifttum wird diese parteierweiternde Widerklage teilweise in größerem Umfang zugelassen.

Die Frage ist noch nicht abschließend geklärt, ob bei konnexer und sachdienlicher Drittwiderklage das Gericht der Klage gemäß § 33 ZPO auch für die Drittwiderklage örtlich zuständig ist. Ursprünglich bejahte der BGH diese Frage, hielt später jedoch eine Gerichtsstandsbestimmung gemäß § 36 I Nr. 3

ZPO für erforderlich. Nach neuerer Rspr. ist der Weg über § 36 I Nr. 3 nicht gangbar. M.a.W. ist die Frage offen.

Auch in einem anhängigen Rechtsstreit können sowohl der Kläger als auch der Beklagte durch gewöhnliche Klagen weitere Personen zu Beteiligten machen (§ 261 III, 253). Dritte können zusammen mit selbständiger Klageerhebung die Verbindung zu einem anhängigen Verfahren beantragen. Ob es zu einer einheitlichen Verhandlung und Entscheidung kommt, entscheiden die Regeln über die Streitgenossenschaft (§§ 59, 60) und die Prozessverbindung/ -trennung (§§ 145, 147). I.R.d. § 147 muss die als Beklagte in den Prozess hineinzuziehende Partei beim Gericht des Hauptprozesses ihren allgemeinen oder einen besonderen Gerichtsstand haben. Ist das nicht „zufällig“ der Fall, scheidet die Zuständigkeitsbestimmung aus, da ein Fall des § 36 I Nr. 3 nicht vorliegt. § 33 ZPO wiederum trifft jedoch oft auf den Dritten zu. Entscheidend für die Beurteilung ist die Zumutbarkeit für den Dritten (z.B. im Falle der früheren Rechtsinhaberschaft des Dritten oder bei Geltendmachung des eingeklagten Rechts in gewillkürter Prozessstandschaft).

In der Anwaltsklausur kann dies aufgrund des unklaren Streitstandes diskutiert und mit guter Begründung gutachterlich und schriftsätzlich umgesetzt werden.

Unzulässig ist die Hilfswiderklage gegen einen Dritten. Als Fall einer echten Widerklage kann sie nicht unter einer Bedingung erhoben werden. Die Einbeziehung einer weiteren Partei unter einer Bedingung ist nicht zulässig, da das gegen sie begründete Prozessrechtsverhältnis nicht in der Schwebe gelassen werden darf.

Exkurs: Eventualklagehäufung als Fall des § 260 ZPO? Hier geht es nicht um mehrere in einer Klage parallel geltend gemachte Ansprüche, sondern um solche, die im Stufenverhältnis nur bedingt geltend gemacht werden. Hilfsanträge sind nach einhelliger Meinung zulässig und begründen auflösend bedingte Rechtshängigkeit in der Form, dass eine Sachentscheidung nur im Falle der Erfolglosigkeit des Hauptantrages ergeht. Die Rechtshängigkeit endet rückwirkend ohne besonderen Ausspruch mit Eintritt der auflösenden Bedingung.

Die „normale“ Klagehäufung i.S.d. § 260 liegt nur vor bei einer Mehrheit von Streitgegenständen, also nicht, wo ein einheitliches Klagebegehren auf mehrfache rechtliche Begründung gestützt wird.

### ***b. Streitgenossenschaft***

Diese liegt vor bei einer gemeinschaftlichen Klage oder Verteidigung bei Rechtsgemeinschaft hinsichtlich des Streitgegenstandes oder bei Berechtigung/ Verpflichtung aus demselben rechtlichen

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

und tatsächlichen Grund (§ 59 ZPO) bzw. einem im Wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grund (§ 60 ZPO).

Streitgenossenschaft besteht, wenn mindestens auf einer Seite mehrere Parteien stehen. Sie entsteht durch eine Klage durch oder gegen mehrere Parteien, parteierweiternde Widerklage, Eintritt eines weiteren Klägers oder Beklagten während des Prozesses, durch Eintritt mehrerer Gesamtrechtsnachfolger an die Stelle einer Partei oder durch Verbindung mehrerer Prozesse oder im Falle des. § 856 II ZPO.

Die Voraussetzungen sind aus Gründen der Prozessökonomie weit auszulegen.

Rechtsgemeinschaft hins. Streitgegenstand i.S.d. materiellen Rechts, d.h. Miteigentum, sonstige Rechtsgemeinschaften, Gesamthandsgemeinschaften, Gesamtschuld, Teilschuld, akzessorische Haftung.

Erforderlich ist die Identität des tatsächlichen und rechtlichen Grundes zumindest hinsichtlich eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses, z.B. im Sinne eines einheitlichen Vertrages.

Gleichartigkeit „im Wesentlichen“ bedeutet, dass keine Teilidentität vorliegen muss. Ein innerer Zusammenhang mehrerer Sachverhalte reicht aus: Ein Bauwerk, ein Unfall, mehrere Unterhaltsgläubiger eines Unterhaltsschuldners, mehrere Mitglieder einer Bauherrengemeinschaft.

Ist zu Unrecht gemeinsame Klage erhoben worden, hat das Gericht auf Rüge die Verfahren zu trennen, wenn § 147 keine Verbindung zulässt.

Die Wirkung der einfachen Streitgenossenschaft ist nach § 61 ZPO, dass die Streitgenossen dem Gegner als einzelne gegenüberstehen, d.h. Prozesshandlungen der anderen ihnen nicht zum Vor- und Nachteil gereichen; wobei die Möglichkeit eines einheitlichen Urteils besteht. Keiner kann Zeuge des anderen sein.

Anders bei der notwendigen Streitgenossenschaft: Hier kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich entschieden werden: Hier macht § 62 ZPO eine Ausnahme von § 61, aus materiellrechtlichen oder prozessualen Gründen. Es ist eine einheitliche Entscheidung notwendig.

Insbesondere handelt es sich Fälle der Rechtskrafterstreckung (§§ 326, 327 ZPO- Vor- und Nacherbe, Erbe und Testamentsvollstrecker; § 856 II ZPO- mehrere Pfändungsgläubiger), Gestaltungsklagen zugunsten mehrerer Interessenten.

Die OHG und ihre Gesellschafter sind nur einfache Streitgenossen; ebenso Bürge und Hauptschuldner sowie Schuldner und Eigentümer der dinglich haftenden beweglichen Sache (§ 1211 BGB) oder unbeweglichen Sache (§ 1137 BGB); dito Pflichtversicherer und Versicherungsnehmer (obwohl ihnen wechselseitig die Klagabweisung gegen den anderen Verpflichteten zugutekommt (§ 3 Nr. 8 PflVersG)).

Es liegt also dort prozessual notwendige Streitgenossenschaft vor, wo nicht nur materielles Recht oder Gründe der Logik, sondern prozessuale Notwendigkeit die einheitliche Entscheidung erzwingen.

Als gedankliche Hilfe mag die Vorstellung dienen: Wo bei nacheinander geführten Prozessen die Rechtswirkung für die anderen Streitgenossen nicht bindend ist, liegt kein Fall der notwendigen Streitgenossenschaft vor. Anders nur bei Identität oder Unteilbarkeit des Streitgegenstandes. KEINE notwendige Streitgenossenschaft liegt dort vor, wo gegenüber mehreren Streitgenossen lediglich über eine einheitliche Vorfrage zu befinden ist, so bei Klagen gegen mehrere Gesamtschuldner. Aus materiell- rechtlichen Gründen notwendige Streitgenossenschaft liegt vor, wenn eine Klage nur Erfolg haben kann, wenn sie durch oder gegen mehrere Parteien erhoben wird, ansonsten unzulässig mangels Prozessführungsbefugnis wäre.

Beispiele: Aktivprozesse von Gesamthändlern, Passivprozesse dito.

### ***c. Streitverkündung, Haupt- und Nebenintervention***

Nimmt ein Dritter den Gegenstand eines Rechtsstreits ganz oder teilweise für sich in Anspruch, muss er klagen. Nach § 64 ZPO ist es möglich, diese Klage gegen die beiden Parteien des schon schwebenden Hauptprozesses beim Gericht des Letzteren zu erheben

(Hauptintervention: sehr, sehr selten): Zu unterscheiden ist zwischen Haupt- und Interventionsprozess; Letzterer ist die Einmischungsklage; der Interventionskläger muss eine mit der des Hauptprozesses unvereinbare Rechtsposition geltend machen. Für die Inanspruchnahme des Rechts ist die Identität der Klageforderung, abgesehen vom Subjekt, erforderlich. In dem Interventionsprozess werden beide Beklagte Streitgenossen.

Hat ein Dritter ein rechtliches Interesse daran, dass in einem Rechtsstreit anderer Parteien eine Partei obsiegt, so kann er diesem als Streithelfer/ Nebenintervenient beitreten, §§ 66 – 71 ZPO:

-Anhängigkeit genügt- analoge Anwendung im selbständigen Beweisverfahren-

-Streitigkeit ANDERER Personen-

-Streitgenossen können einander beitreten, da die Prozesse ja selbständig bleiben-

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

-Rechtliches Interesse liegt vor, wenn die Entscheidung des Hauptrechtsstreits mittelbar oder unmittelbar auf die privat- oder öffentlich- rechtlichen Verhältnisse rechtlich günstige oder ungünstige Auswirkungen hat-

-zu prüfen sind die normalen Prozesshandlungsvoraussetzungen-

-Prozess muss schon und noch anhängig sein, auch in höherer Instanz-auch nach Schluss mündlicher Verhandlung mit dem Ziel ihrer Wiedereröffnung nach § 156 ZPO-

-Rechtsstellung nach § 67 ZPO: NI darf alles, nur dürfen seine Prozesshandlungen nicht mit denen der Hauptpartei in Widerspruch stehen, d.h. deren Willen steht im Vordergrund (es darf kein entgegenstehender Wille der Hauptpartei erkennbar sein); ferner natürlich Bindung an die Prozesslage; keine Änderungen des Prozessgegenstandes, keine Widerklage-

NEBENINTERVENTIONSWIRKUNG: Entscheidend für späteren Rechtsstreit. Rechtskraftähnliche Bindungswirkung im Folgeprozess an das im Hauptprozess ergangene Urteil. Von Amts wegen zu beachtende Urteilstwirkung! Hierfür muss ein wirksamer, nicht zurückgewiesener Beitritt erfolgt sein, ein rechtskräftiges Sachurteil zuungunsten der Hauptpartei vorliegen-

Wirkung zwischen Nebenintervention und der vom Intervenienten unterstützten Hauptpartei!-

Interventionswirkung nur zuungunsten des Nebenintervenienten, niemals zuungunsten der unterstützten Hauptpartei.

Die Nebeninterventionswirkung ist beschränkt auf tragende Feststellungen des Ersturteils-

Streitgenössische Nebenintervention: Erstreckung der Urteilstwirkung auf Gegner der Hauptpartei führt zum Vorliegen des § 61 ZPO: Regelmäßig sogar notwendige Streitgenossen nach § 62 ZPO; führt BGB oder Verfahrensrecht zur Rechtskrafterstreckung auf Gegner und liegen im Übrigen die Nebeninterventions- Voraussetzungen vor, wird Streitgenossenschaft angenommen.

Erfolgt von selbst kein Beitritt, hat die Hauptpartei die Möglichkeit, den Dritten (am Rechtsstreit Interessierten) zum Beitritt durch Streitverkündung zu veranlassen (§§ 72 ff ZPO):

Eine Streitverkündung hat Benachrichtigungscharakter und soll dem Dritten die Möglichkeit zur Prozessbeteiligung oder –übernahme geben. Die Nebeninterventionswirkung wird über §§ 74 III, 68 ZPO erzielt. Die Zulässigkeitsprüfung hinsichtlich der Streitverkündung erfolgt nicht im Hauptverfahren, sondern im Folgeprozess. Zulässig ist die Streitverkündung bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptprozess.

Die genannten Ansprüche sind nur eine beispielhafte Umschreibung. Wesentlich ist allein, dass der Drittanspruch mit dem im Erstprozess (vom Streitverkünder) geltend gemachten Anspruch in einem Alternativverhältnis steht (mithin wechselseitiger Ausschluss).

Anwendungsbereich sind vor allem Gewährleistungs- und Regressansprüche (§§ 774; 670, 677, 683 BGB); ebenfalls ist die Streitverkündung relevant bei potentiellen anwaltlichen Pflichtverletzungen.

Jede Partei kann dem Dritten den Streit verkünden-

#### **d. Parteierweiterungen**

Ein neuer Kläger oder Beklagter tritt an die Stelle oder neben die bisherige Partei. Gesetzlich ist dies z.B. in § 239 ZPO geregelt: Tod der Partei und Rechtsnachfolge; Insolvenzverfahren, § 240; § 266 (Grundstücksveräußerung). Gewillkürt möglich; wird vom BGH grundsätzlich als Klageänderung behandelt, wobei die herrschende Lehre sie als prozessuales Institut sui generis behandelt. Das kann man erwähnen, um die erheblichen Modifikationen im Verhältnis zur Klageänderung zu erklären. § 263 ZPO gibt nur eine Groborientierung.

**Parteierweiterung auf Beklagtenseite:** Einreichen eines Schriftsatzes, der dem neuen Beklagten zugestellt wird. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen richten sich nach §§ 263 ff. ZPO analog.

**Parteiwechsel auf Beklagtenseite:** Der neue Beklagte wird wie oben in den Rechtsstreit einbezogen. Hinsichtlich des alten Beklagten wird wie bei Klagerücknahme nach § 269 ZPO verfahren. Der Beklagtenwechsel bedarf, sofern bereits mündlich verhandelt wurde, der Einwilligung des alten Beklagten. Die Zustimmung des neuen Beklagten ist nur in 2. Instanz erforderlich. Der alte Beklagte kann wegen seiner Kosten einen Beschluss nach § 269 III ZPO beantragen.

**Parteierweiterung auf der Klägerseite:** Der neue Kläger tritt schriftsätzlich bei, der alte Kläger teilt den Beitritt dem Gericht schriftsätzlich mit. Die Erklärungen sind dem Beklagten zuzustellen, da ein neues Prozessrechtsverhältnis begründet wird. Daher kann der Eintritt nicht nach § 261 II Alt. 1 erfolgen; der Beklagte benötigt in jedem Falle eine Erwiderungsfrist. Keine besonderen Voraussetzungen, nur die der Streitgenossenschaft sowie die allgemeinen Prozessvoraussetzungen.

**Parteiwechsel auf der Klägerseite:** Das Verfahren gestaltet sich wie bei der Parteierweiterung auf der Beklagtenseite: Nach mündlicher Verhandlung bedarf es der Einwilligung des Beklagten, die nicht durch Sachdienlicherklärung ersetzbar ist. In der Berufung setzt der Wechsel voraus, dass der bisherige Kläger eine zulässige Berufung eingelegt hat. Der Kostenbeschluss auf Antrag richtet sich nach Ausscheiden des alten Klägers nach § 269 III ZPO.

## VIII. Kautelarklausuren

### 1. Hintergründe und Klausurformen

Der Begriff wird aus dem Lateinischen hergeleitet. *Cautela* bedeutet „Schutzmittel“, *cavere* „sich vorsehen, sich hüten, sichern“. Diese allgemein gehaltene Definition liefert noch keine Erkenntnisse für die Bearbeitung des Klausurtyps.

Auch hier soll das Anliegen des Mandanten nach seinen Aussagen und der Auswertung der Akte verstanden werden. Der Bearbeiter soll die Ziele herausarbeiten und die Rechtslage erörtern, daher muss er auch hier einen gutachterlichen Vermerk verfassen.

Der wesentliche Unterschied zur forensischen Klausur besteht darin, dass hier kein Schriftsatz zu fertigen ist, sondern ein Schreiben zu fertigen ist, häufig einzelne Vertragsklauseln, seltener ein ganzer Vertrag. Es wird auch daran zu denken sein, dass die praktische Bearbeitung in dem Verfassen bzw. Entwerfen einseitiger Erklärungen gestalterischer Natur bestehen wird. Die Aufgabe kann hier eine Kündigung, ein Widerruf, eine Anfechtungserklärung oder auch ein Testament sein.

Optional soll dem Mandanten auch einfach nur die Rechtslage vermittelt werden. Ein bloßes Belehrungsschreiben als alleinige praktische Leistung wird aber eher untergeordnet vorkommen.

Zumeist wird an gegenseitigen Verträgen, Formulierung einer Einigung, einer Ratenzahlungsvereinbarung, einem Gesellschaftsvertrag oder einer Satzung, einem Rücktritt, einer Kündigung, einer Abmahnung oder auch an einem Testament zu arbeiten sein, gern auch an einer AGB. Es ist nicht ausgeschlossen, dass hier ein vollständiger eigener Entwurf zu erstellen ist. Zumeist wird sich die Arbeit an einem Vertrag aber auf einzelne Abschnitte und Passage beschränken- oder auf die Prüfung eines Entwurfs des Vertragspartners. In einem solchen Fall wird erwartet, Kritikpunkte aufzuzeigen und eigene Gegenformulierungen oder Ergänzungen zu finden. Denkbar ist auch, einen Vorvertrag, Letter of Intent oder eine Geheimhaltungsvereinbarung zu verfassen.

Sämtliche Formulierungen müssen hinreichend bestimmt und transparent sein, die Risiken und Konsequenzen berücksichtigen und im Auge behalten, welche Konsequenzen sich aus einer möglichen Eskalation ergeben.

Wesentlich ist hier, den Mandanten in die eigenen Überlegungen einzubeziehen und ein ergänzendes Mandantenschreiben zu verfassen bzw. zumindest vorzuschlagen.

## 2. Zielbestimmung und Mandantenbegehren

Entweder bringt der Mandant seine eigene Zielvorstellung bereits mit („Entwerfen Sie mir ...“) oder er hat keine genaue Vorstellung, wie das Vorgehen auszusehen hat. Dann muss der Bearbeiter die Zielvorstellung herausarbeiten und damit umgehen.

Liegt ein Entwurf (oder Korrespondenz) des Gegners vor, ist die Ausgangslage in der Regel daran orientiert, darauf zu reagieren und eigene Leistungen dagegengzustellen.

Der Bearbeiter begutachtet also die Rechtslage, schlägt das Vorgehen vor und setzt dieses konsequent um. Und erklärt es in der Regel dem Mandanten.

## 3. Prinzipien

### ***a. Aufbau von Verträgen:***

Das Rubrum sollte, ebenso wie im Schriftsatz, die Parteien detailliert erfassen. Es bietet sich an, zur Vereinfachung der weiteren Vertragsgestaltung einheitliche Bezeichnungen zu wählen, etwa:

*Die XY GmbH & Co. KG, vertreten durch die Komplementärin, die XY GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer Z, Anschrift ..., nachfolgend bezeichnet als die „Verkäuferin“*

Dies vermeidet ständige Wiederholungen der kompletten Parteibezeichnung im Fließtext, gewährleistet aber gleichzeitig, dass die Vertragsparteien einschließlich der Vertretungsverhältnisse einmal korrekt erfasst sind.

Beim Vertragsaufbau ist weiter zu beachten, dass man „vom Allgemeinen zum Besonderen“ arbeiten sollte. Hier gilt das Klammerprinzip. Allgemeine Vereinbarungen und Grundsätze, auf die man immer wieder im Spezielleren verweisen kann, sollten eingangs Platz finden, ebenso wie Begriffsbestimmungen. Es gilt auch hier die Regel, dass stets nach oben zu verweisen ist, nach Möglichkeit nie nach unten.

Bewährt ist, mit einer Präambel zu beginnen, die die allgemeine Situation darstellt und damit schon einmal eine Art „Geschäftsgrundlage“ hinterlegt. Es muss anschließend möglichst früh im Text der Vertragsgegenstand möglichst präzise bestimmt werden (bei zweiseitigen Rechtsgeschäften kurz und präzise, was vereinbart werden soll), flankiert von einer exakten Formulierung von Leistung und



## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Gegenleistung. Einen wesentlichen Aspekt bildet der Komplex Haftung/ Gewährleistung. Ebenfalls nicht fehlen dürfen Bestimmungen zur Vertragsbeendigung, sonstige Regelungen und Schlussbestimmungen (Gerichtsstand, Schriftform, salvatorische Klausel).

### ***b. Zivilrechtliche Prinzipien***

Die Bearbeiterin / der Bearbeiter muss sich stets vor Augen führen, welche gesetzlichen Regelungen unter der vertraglichen Regelung liegen. Passt die gesetzliche Regelung zum Anliegen und zur Zielsetzung des Mandanten, kann auf diese verwiesen werden. Dies gilt natürlich besonders, wo die gesetzliche Regelung nicht umgangen werden darf (d.h. es ist sauber zwischen disponiblem und nicht disponiblem Recht zu differenzieren). Ferner ist zu beachten, wie die Auslegung der eigenen Formulierungen nach dem objektiven Empfängerhorizont aussieht.

Gesetzliche Verbote und möglicher Dissens sind ebenso zu beachten wie die AGB- Inhaltskontrolle.

### ***c. Praktische Umsetzung***

Die Möglichkeiten in der Praxis sind natürlich andere, als dem Klausurbearbeiter zur Verfügung stehen. Es kann auf Formularbücher oder eigene bzw. fremde Verträge zurückgegriffen werden, eigene Vorlagen können individuell angepasst werden. Vertragswerke wie die VOB/B können einbezogen werden, ggf., wenn auch mit Vorsicht mit Modifikationen. Ganz gelegentlich wird völlig neu und frei ausformuliert. Dieser Weg ist bei sehr einfachen Sachverhaltskonstellationen zu empfehlen.

In der Klausur hilft das alles nicht. Entweder wird also sehr umsichtig gearbeitet oder man hat entsprechende Formulierungen im Zuge der Examensvorbereitung z.B. aus Formularbüchern gezogen und sich einigermaßen gemerkt.

Die Einhaltung der Aufbauprinzipien hilft jedoch schon ein gutes Stück weiter.

## **4. AGB-Regelungen in der Vertragsgestaltung**

Zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben etliche folgende Fragen bei der Vertragsgestaltung, nämlich zum Beispiel, ob die reine Eignung für die Mehrfachverwendung vorliegt, inwieweit eine Individualvereinbarung gegeben ist, die mehr Möglichkeiten bietet – und ob diese von der AGB abzugrenzen ist. Auch ist zu klären, welche Folgen ein Verstoß hat.

## Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Sind Unternehmer beteiligt, ist ebenfalls zu differenzieren, inwieweit die Inhaltskontrolle hier einschlägig ist.

Auch bei einseitigen Rechtsgeschäften können die Besonderheiten der AGB durchgreifen und zu beachten sein.

Auch wenn der Bearbeiter eigentlich keine AGB formulieren will, kann die objektive Bewertung der Regelungen ergeben, dass sie vorliegen. Die Grundsätze des Anscheinsbeweises sind anzuwenden, wenn zum Beispiel der Vertrag zahlreiche formelhafte Klauseln enthält und nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt ist. Dies wurde vom BGH insbesondere für den Bauträgervertrag entschieden. Die Geltung für den Bauvertrag kann angenommen werden. Bei der Typizität der Regelungen ist insbesondere darauf abzustellen, ob diese gerade die konflikträchtigen Konstellationen betreffen oder zum Beispiel nur den Vertragspartner des Verwenders betreffen.

Demgegenüber ist der Nachweis einer Individualvereinbarung sehr schwierig: Nach der Rechtsprechung des BGH erfordert Aushandeln gem. § 305 I 3 BGB mehr als Verhandeln. Von einem Aushandeln in diesem Sinne kann nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender zunächst den in seinen AGB enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Der Verwender muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären.

Nach dem sogenannten Blue Pencil Test muss man davon ausgehen, dass inhaltlich voneinander trennbare, isoliert verständliche Regelungen auch dann Gegenstand einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung sein können, wenn sie in einem äußeren sprachlichen Zusammenhang mit anderen, unwirksamen Regelungen stehen. Wenn der als unwirksam anzusehende Rest im Gesamtkontext des Vertrages nicht mehr sinnvoll erscheint, insbesondere von einer abweichenden Vertragsgestaltung gesprochen werden kann, ergreift die Unwirksamkeit einer Teilklausel auch die Gesamtklausel. Aber bei einer rein formalen Bindung der Regelungen, also wo sich ein gegenständlich zulässiger von einem unzulässigen Regelungsteil trennen lässt, meint der BGH, den zulässigen Teil erhalten zu können.

Eine inhaltlich unwirksame Klausel fällt weg. Man kann sie nicht geltungserhaltend reduzieren, um ihre Wirksamkeit zu erhalten. Ist eine Klausel unwirksam, dann ist zunächst nach dem die Lücke füllenden dispositiven Recht zu fragen.

Steht Gesetzesrecht nicht zur Verfügung, ist auf eine ergänzende Vertragsauslegung nach den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB zurückzugreifen. Im Prinzip hat man es erst hier mit der geltungserhaltenden Reduktion bzw. ihrem Verbot zu tun.

Eine salvatorische Klausel kann so formuliert werden:

„Sollten Bestimmungen dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen und/oder des Vertrages unwirksam sein oder werden, so berührt dies die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht. Vielmehr gilt anstelle jeder unwirksamen Bestimmung eine dem Zweck der Vereinbarung entsprechende oder zumindest nahekommende Ersatzbestimmung, wie sie die Parteien zur Erreichung des gleichen wirtschaftlichen Ergebnisses vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der Bestimmung gekannt hätten. Entsprechendes gilt für Unvollständigkeiten.“

Vermieden werden sollte im Lichte der vorgenannten Rechtsprechung ein Bestandteil wie „soweit gesetzlich zulässig“. Auch dies dürfte intransparent und damit unwirksam sein, ebenso wie eine Ersetzungsverpflichtung der Parteien, die diese dadurch verpflichtet, die für unwirksam erklärte Klausel durch eine zu ersetzen, die dem wirtschaftlichen Zweck der ursprünglichen Bestimmung möglichst nahe kommt.

## **5. Hybridklausuren**

Denkbar ist eine Klausurstellung, die sich nicht am klassischen Aufbau anlehnt, sondern Elemente aus außerprozessualen Handlungen und z.B. der Formulierung von Anträgen fordert. In der Regel bildet bei diesen Klausuren die Begutachtung einer materiellen Rechtsfrage den Schwerpunkt, der durch Zusatzleistungen flankiert wird.

## **IX. Klagen und Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung**

Klagen und Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung im engeren Sinne sind solche, die erhoben werden können, während die Vollstreckung noch bevorsteht, andauert, aber noch nicht abgeschlossen ist. Zentral bei der Frage, wann die Zwangsvollstreckung abgeschlossen ist, ist die Auskehr des Erlöses. Daneben treten die Vollstreckungserinnerung und die sofortige Beschwerde.

Es folgt ein kurzer Überblick über die zentralen Instrumente, um Rechtsschutz in der Zwangsvollstreckung zu erlangen. Die Inhalte sind jedoch noch zu vertiefen.

## **1. Klagen gegen die Zwangsvollstreckung:**

Zunächst gibt es sechs Klageformen, von denen drei gesetzlich geregelt sind und eine nicht ganz ins System passt. Die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO, die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO und die Klage auf vorzugsweise Befriedigung nach § 805 ZPO. Hinzutreten die Titelherausgabeklage analog § 371 BGB, die Titelgegenklage analog § 767 ZPO und eine Klage aus § 826 BGB, die sich auch gegen einen Titel richtet.

### ***a. Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO***

Mit der Vollstreckungsabwehrklage macht die Klägerin oder der Kläger materiellrechtliche Einwendungen gegen den vollstreckten Anspruch geltend. Entsprechend ist der Antrag (siehe auch oben zu dem Musteranträgen) auf Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung gerichtet.

Essenziell ist (im Falle des Urteils), die Präklusionswirkung des § 767 Abs. 2 ZPO zu kennen. Danach können grundsätzlich nur Einwendungen geltend gemacht werden, die nach Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden sind. Standardfall ist die Zahlung nach Erlass des Urteils. Dann ist § 362 BGB maßgebend. Bei einer Aufrechnung ist Vorsicht geboten, da nicht auf den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung sondern nach § 389 BGB auf den Zeitpunkt abzustellen ist, als sich die Forderungen erstmals aufrechenbar gegenüberstanden. Dies kann vor dem nach § 767 Abs. 2 ZPO maßgeblichen Zeitpunkt sein. Bei mehreren Klagen hintereinander erweitert § 767 Abs. 3 ZPO die Präklusionswirkung. Was bereits zuvor hätte geltend gemacht werden können, kann nicht mehr später mit Erfolg in einer weiteren Vollstreckungsabwehrklage mit Erfolg eingewendet werden.

Vollstreckung findet jedoch nicht nur aus Urteilen sondern z.B. auch aus Vergleichen, notariellen Urkunden oder Kostenfestsetzungsbeschlüssen statt. Nach § 797 Abs. 4 ZPO findet die Vorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO auf Titel, die keine Urteile sind, keine Anwendung. Für gerichtliche Vergleiche ist dies auch anerkannt. Bei gerichtlichen Vergleichen muss darauf geachtet werden, dass Einwendungen, die den Vergleich suspendieren z.B. die Anfechtung mit der „ex tunc“-Wirkung nach § 142 Abs. 1 BGB eine Fortführung des beendeten Prozesses nach sich ziehen. Für eine Klage nach § 767 ZPO ist dann grundsätzlich kein Raum. Der Prozessvergleich hat eine Doppelnatur und ist zivilrechtlicher (vgl. § 779 BGB) und prozessualer Vertrag, der eine prozessbeendende Wirkung hat.

§§ 769, 770 ZPO lassen zudem Schutzanträge im Wege der einstweiligen Anordnung zu. So kann eine Vollstreckung auch bis zu einer Entscheidung gestoppt oder erschwert werden. Dies ist

wichtig, da eine Entscheidung in der Hauptsache zu lange dauern kann. Dem Mandanten nützt es nicht, wenn erst Jahre später etwas rechtskräftig entschieden wird, während die Vollstreckung bereits läuft.

**b. Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO**

Wird in das falsche Vermögen vollstreckt, so kann die/ der Dritte sich gegen die Vollstreckung wehren. Maßgebend ist „ein die Vollstreckung hinderndes“ Recht.

Ein Beispielfall ist die Vollstreckung in schuldnerfremdes Eigentum: Der Gerichtsvollzieher pfändet die vom Schuldner nur geliehene Uhr einer dritten Person.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Pfändung in das Eigentum z.B. der Ehefrau aus einem Titel, der nur den Ehemann verpflichtet, zunächst wirksam sein kann, da § 739 ZPO eine Gewahrsamsvermutung normiert. Der Gerichtsvollzieher ist nicht verpflichtet, die Eigentumsverhältnisse vor Ort zu überprüfen. Daher bietet eine Erinnerung nach § 766 ZPO keine Aussicht auf Erfolg. Der Weg führt nur über die Drittwiderspruchsklage.

Es gibt jedoch zahlreiche Varianten, die jeweils einer gesonderten Wertung zuzuführen sind. So kann der Erwerb von Anwartschaftsrechten wie dem Eigentumsvorbehalt oder eine Sicherungsübereignung Konstellationen schaffen, die sorgfältig zu betrachten sind. Das Anwendungsfeld ist überraschend weit. Der Antrag würde hier lauten, die Zwangsvollstreckung in (genaue Bezeichnung des Gegenstandes) für unzulässig zu erklären. Auch in diesem Falle ist ein Eilantrag nach §§ 771 Abs. 3, 769, 770 ZPO möglich.

**c. Klage auf vorzugsweise Befriedigung nach § 805 ZPO**

Steht einem Dritten ein vorrangiges Pfandrecht an einer in der Verwertung befindlichen Sache zu, kann er seinen Vorrang gerichtlich durchsetzen. Dabei geht es ihm darum, aus dem Erlös vor dem eigentlichen Vollstreckungsgläubiger befriedigt zu werden. Entsprechend ist zu beantragen:

*„Der Kläger ist vor dem Beklagten aus dem Reinerlös aus der Vollstreckung in folgenden Gegenstand (genau bezeichnen) wegen einer Forderung des Klägers in Höhe von € ... zu befriedigen.“*

**d. Titelherausgabeklage analog § 371 BGB (keine Klage gegen die Zwangsvollstreckung, sondern allgemeine Leistungsklage nach ZPO!)**

Selbst wenn der Schuldner über eine Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO die laufende Zwangsvollstreckung für unzulässig erklären kann, weil der Anspruch untergegangen ist, hat der Gläubiger noch den Titel in den Händen. Mit der vollstreckbaren Ausfertigung des Titels kann eine weitere Vollstreckung veranlasst werden, auch wenn schon erfüllt ist, da das Vollstreckungsorgan dies zunächst nicht wissen kann. Ist der titulierte Anspruch vollständig erfüllt, muss der Gläubiger den Titel entwerfen und an sich an den Schuldner herausgeben. Unterbleibt dies, stellt sich für den Schuldner die Frage nach einer gerichtlichen Durchsetzung. Um eine Herausgabe des Titels zu erreichen, wird auf § 371 BGB, der die Rückgabe eines Schuldscheins regelt, zurückgegriffen. Die Herausgabe kann in der Regel nur parallel zur Vollstreckungsabwehrklage geltend gemacht werden. Die Titelherausgabeklage ist daher auch den Beschränkungen des § 767 Abs. 2 ZPO unterworfen. Anderenfalls könnte der Schuldner die Vollstreckung durch den Entzug des Titels allein stoppen. Achten Sie darauf, dass die Zulässigkeit hier regelmäßig nicht „leer“ ist.

#### ***e. Titelgegenklage analog § 767 ZPO***

Ist eine vollstreckbare notarielle Urkunde fehlerhaft oder zu unbestimmt, kann die Vollstreckung ebenfalls für unzulässig erklärt werden. Es ist auf die Verletzung des Konkretisierungsgebots abzustellen. Da der Fall in § 767 ZPO nicht erfasst ist, wird eine analoge Anwendung angenommen. Die Titelgegenklage argumentiert mit einem Einwand gegen die Bestimmtheit des titulierten Anspruchs. Bei Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung ist die Vollstreckung aus der Urkunde schlechthin für unzulässig zu erklären. Dieses Ergebnis wäre mit den Rechtsbehelfen gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht zu erreichen. Mit diesen kann nur eine Entscheidung über die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der erteilten Klausel herbeigeführt werden.

Ähnliches gilt für ein Urteil, das aufgrund der Unbestimmtheit des Streitgegenstandes zwar möglicherweise formell rechtskräftig, aber der materiellen Rechtskraft nicht fähig ist.

#### ***f. Klage aus § 826 BGB – Durchbrechung der Rechtskraft***

In sehr engen Grenzen lässt die Rechtsprechung auch ein Vorgehen gegen bestimmte Titel zu, die entweder erschlichen wurden oder sittenwidrig ausgenutzt werden. Zentral ist die Unrichtigkeit des Titels. Es kann dann auch auf Herausgabe des Titels als Schadensersatz geklagt werden. Die Anforderungen sind jedoch sehr hoch und beschränken sich auf schwerwiegende Ausnahmefälle, damit nicht die Rechtskraft ausgehöhlt und die Rechtssicherheit somit beeinträchtigt wird. Diese

Klage kann zum Erfolg führen, wenn es mit dem Gerechtigkeitsgedanken schlechthin unvereinbar wäre, dass der Titelgläubiger seine formelle Rechtsstellung unter Missachtung der materiellen Rechtslage zu Lasten des Schuldners ausnutzt.

## **2. Sofortige Beschwerde und Erinnerung**

Neben die Klagen treten als Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung die Beschwerde und die Erinnerung.

### ***a. Sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO***

Die sofortige Beschwerde richtet sich gegen Entscheidungen. Dies können nur solche eines Gerichts sein. Davon erfasst sind z.B. Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts im Rahmen der Pfändung von Rechten oder Forderungen. Die sofortige Beschwerde kommt also für den Vollstreckungsschuldner aber auch für den Gläubiger in Frage.

### ***b. Erinnerung nach § 766 ZPO***

Die Erinnerung richtet sich hingegen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung. Davon sind grundsätzlich Maßnahmen des Gerichtsvollziehers umfasst, da es sich dabei nicht um Entscheidungen i.S.d. des § 793 ZPO handelt. Auch hier kann eine Erinnerung sowohl für den Vollstreckungsschuldner als auch für den Gläubiger in Frage kommen. Die Anträge können lauten:

*„Die Zwangsvollstreckung ist insoweit für unzulässig zu erklären, als ...“*

oder

*„Der Gerichtsvollzieher wird angewiesen, ...“*

## **3. Vorgehen im Anschluss an die Zwangsvollstreckung**

Nach Abschluss der Zwangsvollstreckung, der mit der Erlösauskehr einhergeht, sind noch Leistungsklagen denkbar. Diese stützen sich auf Bereicherungsrecht. Anknüpfungspunkt kann § 817 Abs. 4 ZPO und die dort geregelte Befreiung von der Barzahlungspflicht sein, wenn der Vollstreckungsgläubiger selbst den gepfändeten Gegenstand ersteigert. Zu beachten ist auch, dass andere Regelungen für das Pfändungspfandrecht und das Pfandrecht nach BGB gelten. Für das

Die zivilrechtliche Klausur aus Anwaltssicht in der II. Juristischen Staatsprüfung

Pfandrecht nach BGB finden im Rahmen der Verwertung zum Teil die Vorschriften des gutgläubigen Erwerbs Anwendung, was beim Pfändungspfandrecht hinsichtlich des Zuschlages nicht der Fall ist.