



HEMMER / WÜST / GOLD / KRICK

DIE ZIVILRECHTLICHE ANWALTSKLAUSUR

Theorieband: Arbeitstechnik in
Schriftsatz und Gutachten

Assessor-Basics

- Klausurtechnik
- Formulierungshilfen
- Aufbauregeln

13. Auflage

**E-BOOK ASSESSOR-BASICS
DIE ZIVILRECHTLICHE ANWALTSKLAUSUR**

**Theorieband
Autoren Hemmer/Wüst/Gold/Krick**

13. Auflage 2023

ISBN: 978-3-96838-179-4

Theorieband: Arbeitstechnik in Schriftsatz und Gutachten

Anwaltsklausuren haben in den meisten Bundesländern inzwischen die Bedeutung von Zivilurteilklausuren erreicht, teilweise sogar - zumindest in einigen Examensterminen - überholt. Sie sind bei gleicher Problemlage schwieriger als Richterklausuren, weil Bearbeitende nicht nur zu reagieren haben, sondern selbst den Prozess gestalten können und müssen.

Dieses Skript liefert eine „Gebrauchsanweisung“ für die Anwaltsklausur, in die die Erfahrungen aus der Erstellung, Korrektur und Besprechung der zahlreichen hemmer-Anwaltsklausuren sowie der Analyse einer Vielzahl von Original-Examensklausuren mit Anwaltsaufgaben einfließen. Zunächst werden jeweils die Arbeitsschritte aufgezeigt, mit der die Bearbeitenden einer Anwaltsklausur an den Fall heranzugehen haben: Nach der Klärung der Mandantenziele sowie der Selektion und Ordnung des Mandantenvortrags geht es jeweils ganz besonders um die Klärung und den Einsatz zivilprozessualer Gestaltungsmöglichkeiten (etwa Auswahl der richtigen Parteien, Einsatz von Stufenklage, Teilklage, Widerklage oder Teilanerkennung). Anschließend werden die jeweiligen Schriftsatzformalia sowie die Aufbauregeln für die verschiedenen Typen von Gutachten dargestellt und erläutert.

Inhalt:

- Klageerwiderung
- Einspruch
- Replik
- Duplik
- Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz
- Widerspruch
- Berufungsbegründung
- Vertragsgestaltung
- Anwaltsgutachten (Aufbau und Stil)

Inhaltsverzeichnis

THEORIEBAND: ARBEITSTECHNIK IN SCHRIFTSATZ UND GUTACHTEN

VORWORT

EINLEITUNG: TYPEN DER ANWALTSKLAUSUR

§ 1 KLAGESCHRIFTKLAUSUR

A. Allgemeines / Einarbeitung in die Klausur bzw. Vorbereitung des Schriftsatzes

I. Mandantenzielermittlung / Bearbeitung des Sachverhalts

1. Herausarbeitung der Grundlinie der Aufgabenstellung: Klageschrift als Aufgabe / Rollenverteilung mit dem Mandanten
2. Detailermittlung der sachlichen Mandantenziele

II. Tatsachenermittlung

1. Herausarbeitung und Selektion der juristisch relevanten Fakten
2. Überprüfung der Anlagen

III. Materiellrechtliche Prüfung

1. Schlüssigkeitsanalyse
2. Prüfung etwaiger Verteidigungsmöglichkeiten des Gegners

IV. Beweisführung

1. Beweisbedürftigkeit

- a. Allgemeinkundige Tatsachen
- b. Gerichtskundige Tatsachen

2. Beweislastverteilung

- a. Hauptregel: Jeder die für ihn günstigen Tatsachen
- b. Ausdrückliche Beweisregelungen
- c. Rückschluss aus Gesetzesformulierung
- d. Regel-Ausnahmeprinzip
- e. Richterrechtliche Beweislastregeln / wichtige Fallgruppen

3. Beweismittel

- a. Augenschein
- b. Zeuge
- c. Sachverständiger
- d. Urkundenbeweis
- e. Parteivernehmung

V. Prozessuale Umsetzung der Mandantenziele / Prozesstaktik

1. Festlegung der Partei(en) auf Klägerseite

- a. Rechtsinhaberschaft mehrerer
- b. Nichtidentität von Gläubigerschaft und Klägerrolle

2. Festlegung des bzw. der richtigen Beklagten

- a. Klageerhebung gegen notwendige Streitgenossen
- b. Klageerhebung gegen Gesamtschuldner
- c. Notwendigkeit der Klageerhebung gegen mehrere Personen zur Herbeiführung der Durchsetzbarkeit der Klage
- d. Einbeziehung von Zeugen

3. Festlegung des objektiven Klageumfangs / Problem der Teilklage

- a. Mögliche Vorteile einer Teilklage

- b. Nachteile / Gefahren einer Teilklage
- c. Anforderungen an den Inhalt einer (offenen) Teilklage
- 4. Auswahl des richtigen Gerichts / Zuständigkeitsprüfung
 - a. Allgemeines
 - b. Mehrere zuständige Gerichtsstände
 - c. Die objektive Klagehäufung
 - d. Streitgenossen / Gemeinsamer Gerichtsstand
 - e. Die Gerichtsstandsvereinbarung
- 5. Erhebung einer Stufenklage
 - a. Prozessuale Ausgangssituation
 - b. Vor- und Nachteile der Stufenklage / Unterschiede zur reinen Auskunftsklage
 - c. Voraussetzungen der Stufenklage
- 6. Erhebung einer Feststellungsklage
 - a. Positive Feststellungsklage
 - b. Negative Feststellungsklage
 - c. Zwischenfeststellungsklage gemäß § 256 II ZPO
- 7. Einsatz von Haupt- und Hilfsanträgen
 - a. Anwendungsbereich des „echten“ Hilfsantrages
 - b. Anwendungsbereich des „uneigentlichen“ Hilfsantrages
 - c. „Unechter“ Hilfsantrag
 - d. Eintritt der Wirkung des Hilfsantrages / Frage der Verjährungsgefahr
- 8. Wahl einer besonderen Verfahrensart
 - a. Das Mahnverfahren
 - b. Der Urkunden- und Wechselprozess
- 9. Prüfung der Durchsetzbarkeit außerprozessualer Anwaltskosten (Geschäftsgebühr) gegen den Prozessgegner
 - a. Voraussetzungen des Anfalls der Geschäftsgebühr
 - b. Erstattungsansprüche gegen den Prozessgegner
- 10. „Begleitmaßnahmen“ des Anwalts bei der Mandatsübernahme bzw. Vorbereitung der Klage:
 - a. Anforderung der schriftlichen Prozessvollmacht
 - b. Unverzichtbare Belehrungen des Mandanten
 - c. Klärung etwaiger staatlicher Hilfe bezüglich der Prozesskosten
 - d. „Absicherung“ der Kostenfolgen der Klage:
 - e. „Absicherung“ für Fall des Unterliegens: Streitverkündung

B. Fertigung des Schriftsatzes selbst / formelle und inhaltliche Anforderungen

I. Das Rubrum der Klageschrift

- 1. Adressierung / Bezeichnung des Gerichts
- 2. Parteibezeichnung
- 3. Prozessgegenstand
- 4. Streitwertangabe
- 5. Angabe einer besonderen Verfahrensart

II. Die Anträge der Klageschrift

- 1. Allgemeines zu den Anträgen
 - a. Bestimmter Leistungsantrag
 - b. Zinsantrag
 - c. Der Kostenantrag
 - d. Der Antrag zur vorläufigen Vollstreckbarkeit
 - e. Antrag zu Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren

- f. Antrag auf Anerkenntnisurteil im schriftlichen Vorverfahren
 - 2. Besondere Sachanträge
 - a. Stellung eines unbezifferten Leistungsantrags
 - b. Der Herausgabeanspruch
 - c. Der Lieferungsanspruch
 - d. Die Klage auf Vornahme einer Handlung
 - e. Anträge auf Auskunft und Rechnungslegung / Stufenklage
 - f. Unterlassungs- und Duldungsklage
 - g. Klage auf Abgabe einer Willenserklärung
 - h. Antrag auf Verurteilung Zug um Zug
 - i. Feststellungsanträge
 - III. Die Begründung der Klage
 - 1. Tatsachenvortrag
 - a. Notwendiger Inhalt der Klageschrift
 - b. Darstellung der Klagebegründung / Aufbau
 - 2. Beweisangebote
 - a. Umfang / strenge Orientierung an der Beweislast
 - b. Verhalten in kritischen Grenzfällen
 - c. Umgang mit zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen
 - 3. Rechtsausführungen
 - a. Notwendigkeit der Rechtsausführungen
 - b. Ort und Umfang der Darstellung
 - c. Stil und Inhalt der Rechtsausführungen
 - IV. Erklärung zur gütlichen Einigung
 - V. Erklärung zur Entscheidung durch den Einzelrichter
- C. Sonderfälle: Anspruchs begründung nach vorherigem Mahnverfahren

§ 2 REAKTIONSSCHRIFTSÄTZE, V.A. KLAGEERWIDERUNG

- A. Allgemeines zur Klageerwiderung / Einarbeitung in die Klausur
 - I. Sachverhaltsvorgaben
 - II. Ansatzpunkte für die Verteidigung
 - 1. Prüfung der Zulässigkeit der Klage
 - 2. Schlüssigkeitsprüfung der Klage
 - 3. Klärung der Beweislage: Beweisangebot, Bestreiten oder Unstreitigstellen
 - a. Unstreitigstellen bzw. Geständnis
 - b. Gegenangriff bei für den Beklagten ungünstigen Behauptungen
 - III. Festlegung der richtigen Reaktion
 - 1. (Teil)-Anerkenntnis
 - a. Prüfung der Voraussetzungen des § 93 ZPO
 - b. Anerkenntnis bei Nichtvorliegen von § 93 ZPO
 - 2. Vergleichsverhandlungen
 - 3. Klageabweisung / Ansatzpunkte hierfür
 - a. Überblick
 - b. Aufrechnung

4. Die Widerklage
 - a. Zulässigkeitsvoraussetzungen
 - b. Typische Anwendungsfälle bzw. -probleme der Widerklage
 - c. Weitere Auswirkungen der Widerklageerhebung

IV. Klärung von Fristen und Terminen

B. Formalia des Klageerwiderungsschriftsatzes selbst

I. Rubrum / Adressierung der Klageerwiderung

II. Die Anträge

1. Der Sachantrag
 - a. Voller Abweisungsantrag
 - b. Hilfsweise Einrede:
 - c. Formulierung eines (Teil)-Anerkenntnisses
2. Vollstreckungsschutzanträge
 - a. Allgemeiner Vollstreckungsschutzantrag
 - b. Besonderer Vollstreckungsschutzantrag

III. Formelle Besonderheiten bei Erhebung einer Widerklage

IV. Die Begründung der Klageerwiderung

1. Einführung in die Verteidigungslinie
2. Vortrag zur Unzulässigkeit der Klage
 - a. Frage der Notwendigkeit bzw. Sinnhaftigkeit einer Rüge
 - b. Position im Schriftsatz
3. Der Sachvortrag des Beklagten
 - a. Einleitung durch Zusammenfassung
 - b. Aufbau des Sachvortrags
 - c. Bestreiten von Tatsachen
 - d. Vortrag zu den Einwendungen bzw. Einreden
4. Rechtsausführungen
 - a. Allgemeines
 - b. Mehrfachverteidigung mit Tatsachen- und Rechtsargumenten
5. Stellungnahme zum Einzelrichter

C. Sonderfälle der Klageerwiderung: Reaktion auf Versäumnisurteil oder Vollstreckungsbescheid zugunsten des G

I. Einspruch gegen ein Versäumnisurteil (v.a. § 331 III ZPO)

1. Zusatzaufgabe: Klärung der Zulässigkeit des Einspruchs
2. Andere Anträge (§ 343 ZPO)
3. Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung

II. Erwiderung auf Anspruchsbegründung des Gegners nach Einspruch gegen Vollstreckungsbescheid (§ 700 IV

1. Sachliche Erwiderung noch nicht im Einspruch selbst
2. Inhalt der zu stellenden Anträge
3. Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung nach §§ 707, 719 (hier i.V.m. § 700 I) ZPO

D. Andere „Reaktionsschriftsätze“ (Replik, Duplik):

I. Klausurtechnische Unterschiede zu anderen Schriftsatzklausurtypen:

1. Besonderheiten beim Sachvortrag:
 - a. Aufgabe hier: Überprüfung und Ergänzung des Vortrags und der Beweisangebote
 - b. Reaktion auf Widerklage des Gegners:
 - c. Reaktion auf Einwendungen des Gegners:

- d. Reaktion auf veränderte Umstände:
- e. Sonderfall: Kündigungsschutzklage im Arbeitsrecht:
- 2. Auswirkung auf die Rechtsprobleme:
- II. Typische prozessuale Probleme der Replik:
 - 1. Reaktion des Klägers auf Prozessaufrechnung des Beklagten:
 - 2. Reaktion des Klägers auf Widerklage
 - 3. Notwendige Änderungen bzw. Erweiterungen der Klageanträge:
 - a. Korrektur anfänglich ungeeigneter Anträge
 - b. Reaktion auf eine (Teil)-Leistung des Beklagten
 - c. Reaktion auf Veränderung der Umstände im Prozessverlauf
- III. Sonderfall der Replik: Einspruch gegen VU nach § 330 ZPO

§ 3 EINSTWEILIGER RECHTSSCHUTZ

A. Mandantenzielermittlung / Herangehen an den Sachverhalt

- I. Feststellung, dass gerade einstweiliger Rechtsschutz begehrt wird
- II. Festlegung, welche Art von einstweiligem Rechtsschutz konkret einschlägig ist
 - 1. Überblick
 - a. Arrest gemäß §§ 916 ff. ZPO
 - b. Einstweilige Verfügung gemäß §§ 935 ff. ZPO
 - 2. Prüfungssystematik
 - 3. Details zur Abgrenzung
 - a. Arrest
 - b. Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung

B. Die einzelnen Rechtsbehelfe

- I. Beantragung eines Arrestes
 - 1. Voraussetzungen der Zulässigkeit
 - a. Auswahl des richtigen Gerichts / Zuständigkeit:
 - b. Postulationsfähigkeit
 - c. Behauptung eines Arrestanspruchs *und* eines Arrestgrundes
 - 2. Voraussetzungen der Begründetheit / Glaubhaftmachung von Arrestanspruch und Arrestgrund
 - a. Objektive Voraussetzungen der Begriffe Arrestanspruch und Arrestgrund
 - b. Begriff Glaubhaftmachung / Auswirkungen auf die Beweisführung
 - c. Umfang der notwendigen Beweisführung / Beweisbedürftigkeit
 - 3. Kostenrechtliche Fragen
 - 4. Fertigung des Schriftsatzes selbst / formelle und inhaltliche Anforderungen
 - a. Das Rubrum des Arrestantrages
 - b. Antragstellung
 - c. Begründung des Antrages:
- II. Beantragung einer einstweiligen Verfügung
 - 1. Voraussetzungen der Zulässigkeit
 - a. Prüfung des zuständigen Gerichts
 - b. Postulationsfähigkeit
 - c. Behauptung von Verfügungsanspruch *und* Verfügungsgrund
 - 2. Voraussetzungen der Begründetheit

- a. Glaubhaftmachung von Verfügungsanspruch *und* Verfügungsgrund
- b. Sonderfälle: Verfügungsanspruch genügt
- c. Besondere Voraussetzungen der Entscheidung im Beschlussverfahren (ohne mündliche Verhandlung)
- 3. Fertigung des Schriftsatzes selbst / formelle und inhaltliche Anforderungen
 - a. Einleitungssatz des Antrages
 - b. Antrag bei Sicherungsverfügung wegen eines Herausgabeanspruchs
 - c. Antrag bei Unterlassungsverfügung
- C. Reaktion auf eine (gegen den Mandanten) ergangene Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz
 - I. Ermittlung des richtigen Rechtsbehelfs im Arrestverfahren bzw. bei einstweiliger Verfügung
 - II. Einzelheiten zum Widerspruch
 - 1. Ermittlung des richtigen Adressaten / Zuständigkeit des Gerichts:
 - 2. Die Anträge im Widerspruchsschreiben
 - 3. Begründung des Widerspruchs

§ 4 PROZESSGUTACHTEN DES ANWALTS

- A. Varianten des anwaltlichen Prozessgutachtens / Aufbau
 - I. („Einschichtiges“) Gutachten zur Vorbereitung eines Schriftsatzes
 - 1. Prüfung der Erfolgsaussichten in der Sache
 - 2. Prozessuale Umsetzung der realisierbar erscheinenden Ziele / Zweckmäßigkeitserwägungen:
 - II. „Relationsgutachten“ oder „zweischichtiges Gutachten“:
- B. Besonderheiten in der Arbeitsweise gegenüber dem Gutachten im Referendarexamen:
 - I. Verwendung eines gemäßigten Gutachtenstils oder gar Urteilsstils
 - II. Strenge Orientierung an der höchstrichterlichen Rechtsprechung
 - III. Chance-Risiko-Abwägung statt apodiktischer Ergebnisse

§ 5 BERUFUNGSBEGRÜNDUNG

- A. Prüfungsschritte zur Vorbereitung des Schriftsatzes
 - I. Klärung, ob Berufung einschlägig / Statthaftigkeit
 - 1. Grundfall: Vorgabe durch den Bearbeitungsvermerk
 - 2. Allgemeiner Bearbeitungsvermerk / Abgrenzungsfragen
 - a. Abgrenzung bei unklarem Urteil (Meistbegünstigungstheorie)
 - b. Abgrenzung zwischen erstem und zweitem Versäumnisurteil
 - c. Abgrenzung zum Nachverfahren (Urkundenprozess)
 - d. Sonderfall: Vorgehen mit Anhörungsrüge (§ 321a ZPO)
 - II. Klärung weiterer Fragen der Zulässigkeit der Berufung
 - 1. Beschwer / Beschwerdewert
 - 2. Form der Berufungseinlegung (§ 519 ZPO)
 - 3. Einlegungsfrist (§ 517 ZPO)
 - a. Behandlung von Zustellungsfehlern
 - b. Berufungsfrist bei notwendiger Streitgenossenschaft

c. Berufungsfrist bei Streithelfern

4. Begründungsfrist (§ 520 II ZPO)

III. Prüfung der Erfolgchancen in der Sache selbst / Begründetheit der Berufung

1. Besonderheiten bezüglich der Zulässigkeit der Klage

2. Besonderheiten bezüglich der Begründetheit der Klage

IV. Erweiterungen des Streitgegenstands und Aufrechnung in der Berufung (§ 533 ZPO)

V. Sonderfall: Berufung gegen zweites Versäumnisurteil (§ 514 II ZPO)

1. Statthaftigkeit der Berufung gegen zweites VU nach Vollstreckungsbescheid (§§ 700 I, 345 ZPO):

a. Fall 1: gesetzliche Voraussetzungen der Säumnis fehlten

b. Fall 2: unverschuldete Säumnis

c. Fall 3 / Erweiternde Auslegung: Unzulässigkeit oder Unschlüssigkeit der Klage

2. Statthaftigkeit der Berufung gegen zweites VU nach „echtem“ ersten VU

3. Weitere Zulässigkeitsprüfung

4. Begründetheit der Berufung

VI. Kostenfragen

B. Formalia des Berufungsbegründungsschriftsatzes

I. Rubrum

II. Berufungsanträge (§ 520 III S. 2 Nr. 1 ZPO)

1. Hauptsacheantrag: ausdrückliche und räumlich abgetrennte Antragstellung

2. Unterscheidung zwischen Abänderung und Aufhebung

a. Grundregel: eigene Sachentscheidung mit Abänderung (§ 538 I ZPO und § 528 S. 2 ZPO):

b. Anwendungsbereich des § 538 II ZPO / Aufhebung und Zurückverweisung oder Sachentscheidung

c. Wichtiger Sonderfall: Anträge bei Berufung nach § 514 II i.V.m. § 700 VI ZPO bei Unschlüssigkeit der Klage

3. Antrag zu den Kosten

a. Fall der Entscheidung durch das Berufungsgericht

b. Vorgehen bei nur teilweisem Angriff

c. Fall der Aufhebung und Zurückverweisung

4. Antrag zur Vollstreckbarkeit

5. Evtl. noch: Antrag zur Einstellung der Zwangsvollstreckung (§§ 719 I, 707 ZPO)

III. Darstellung der Berufungsgründe (§ 520 III 2 ZPO)

1. Allgemeines

2. Umfang der Begründungspflicht

a. Mehrere Streitgegenstände oder selbständig entscheidbare Teile eines Anspruchs

b. Berufung gegen einheitlichen Streitgegenstand

3. Inhaltliche und stilistische Anforderungen

a. Angriff auf die Tatsachengrundlage der erstinstanzlichen Entscheidung (§ 520 III 2 Nr. 3 ZPO)

b. Angriff auf die Rechtsanwendung der ersten Instanz (§ 520 III 2 Nr. 2 ZPO)

4. Wichtiger Sonderfall:

Darstellung der Berufungsgründe bei Berufung gegen zweites Versäumnisurteil (§ 514 II ZPO):

5. Stellungnahme zu den Rechtsfolgen der erfolgreichen Berufung

IV. Angabe des Beschwerdewerts (§ 520 IV Nr. 1 ZPO)

V. Äußerung zur Übertragung auf den Einzelrichter (§ 520 IV Nr. 2 ZPO)

§ 6 VERTRAGSGESTALTUNG

A. Wesen der Vertragsgestaltung

B. Arbeitsweise in der Klausur

I. Mandantenzielermittlung

II. Tatsachenermittlung:

- 1. Persönliche Verhältnisse:**
- 2. Vermögensrechtliche Verhältnisse**
- 3. Vorhandene frühere Vereinbarungen**

III. Rechtliche Umsetzung

- 1. Bedeutung des Bearbeitungsvermerks**
- 2. Einordnung in Rechtsgebiete**
- 3. Ermittlung des Regelungsbedarfs**
- 4. Ermittlung der Regelungsmöglichkeiten**
- 5. Auswahl der richtigen Gestaltung**
 - a. Übereinstimmung mit dem Regelungswunsch**
 - b. Klarheit und Eindeutigkeit**
 - c. Sicherheit**
- 6. Form der Umsetzung**
- 7. Stil der Umsetzung**

C. Drei verschiedene Klausurtypen

I. Vorbereitendes Gutachten

II. Überprüfendes Gutachten

- 1. Eigener Entwurf des Mandanten**
- 2. Entwurf durch den Vertragspartner des Mandanten**

III. Formulierung eines eigenen Entwurfs

Vorwort

Anwaltliche Aufgabenstellungen sind inzwischen in allen Bundesländern zum regelmäßigen Prüfungsstoff geworden. Nicht nur die Häufigkeit, sondern v.a. auch die Auswahl der Themen und der formalen Aufgabenstellungen weist zwischen den verschiedenen Bundesländern aber immer noch Unterschiede auf. Auf diese Unterschiede gehen wir in diesem Skript immer wieder ein.

Dieses Skript gibt Ihnen eine „Gebrauchsanweisung“ für die verschiedenen Varianten der Anwaltsklausur an die Hand. Eingeflossen sind die Erfahrungen aus der Analyse einer Vielzahl von Original-Examensklausuren mit Anwaltsaufgaben sowie aus der Erstellung, Korrektur und Besprechung der zahlreichen Hemmer-Anwaltsklausuren. Es werden die Fehlerquellen dargestellt, die sich in den in unseren Kursen gestellten Klausuren sowie den Original-Examensklausuren regelmäßig auswirken. Vor allem wird aber dann auch aufgezeigt, mit welchen klausurtaktischen Mitteln und Methoden man derartige, oft völlig überflüssige Fehler vermeiden kann. Verfasst wurde das Skript insoweit nach dem Motto: „Hier spricht der Aufgabensteller“.

Die Darstellung erfolgt aus der Klausurperspektive der anwaltlichen Tätigkeit. Die unterschiedliche Situation der selbst gestaltenden Vorgehensweise gegenüber der – rein reaktiven – Gerichtsklausur wird herausgearbeitet. Aber auch gegenüber der Arbeit von Anwältinnen und Anwälten in der täglichen Praxis sind zwangsläufig nicht unbeträchtliche Unterschiede aufzuzeigen: Diese ergeben sich zum einen aus der besonderen Prüfungssituation bzw. den beschränkten Möglichkeiten der Darstellung in Sachverhalten von „nur“ fünfständigen Klausuren. Auch wird bei der Bewältigung anwaltlicher Aufgaben in der Examensklausur oft eine Akribie verlangt, die Praktiker*innen, wollen sie ihre Aufgaben fristgerecht erledigen, auch bei großem Talent und Arbeitseifer nicht möglich sein wird.

Für die Gewichtung in Ihrer Examensvorbereitung sollten Sie folgende Erkenntnis bedenken, die sich in vielen Jahren Beobachtung der Ergebnisse in unseren Kursen, aber v.a. auch der Examenskorrektur immer wieder bestätigt hat: Soweit jeweils vergleichbar schwierige Rechtsprobleme zu lösen sind, ist die Fertigung eines wirklich guten Anwaltschriftsatzes in der ZPO oft deutlich schwieriger als die etwa einer entsprechenden gerichtlichen Entscheidung. Das hat mehrere Gründe:

- Zum einen wirkt sich die Dispositionsmaxime der ZPO, die der Anwältin bzw. dem Anwalt für das Vorgehen im Prozess einen entsprechenden Gestaltungsspielraum, aber auch eine Gestaltungsobliegenheit gibt: Bearbeiter*innen der Gerichtsklausur bekommen durch die Anträge und die Anwaltschriftsätze im Sachverhalt bereits konkrete Aufgaben definiert; sie müssen nun „nur“ klären, ob der gestellte Antrag zulässig und begründet ist. Ob es bessere Wege gegeben hätte oder zusätzliche Anträge nötig oder sinnvoll gewesen wären, interessiert nicht. Anwältinnen und Anwälte müssen dagegen vorher überhaupt erst einmal die prozesstaktische Notwendigkeit erkennen, bestimmte Anträge zu stellen und dabei unter ggf. mehreren Varianten den bestmöglichen und sichersten Weg beschreiten! Das ist nicht selten die schwierigere Aufgabe, die zusätzlich zur Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit zu bewältigen ist.
- Zum anderen muss die Parteilichkeit der Anwaltsrolle berücksichtigt werden, die selbst wiederum ihre Grenzen hat (z.B. Wahrheitspflicht): Sie zwingt in der Klausur u.U. zu einer schwierigen Gratwanderung zwischen dem Erfordernis der Demonstration des rechtlichen Wissens und der Argumentationskraft einerseits und dem Ziel der weitestmöglichen Wahrung der Mandanteninteressen andererseits. Ansätze zur Lösung dieses Zielkonfliktes in konkreten Situationen finden sich in diesem Skript viele.

Aufgabe dieses Skripts ist es nicht allein, dem Leser kurze Checklisten bezüglich der Formalia von Anwaltschriftsätzen abzuliefern. Vielmehr geht es zusätzlich auch darum, eine ganze Reihe besonders klausurrelevanter zivilprozessualer Rechtsprobleme (etwa Teilklage, Stufenklage, Drittwiderklage oder die Sonderprobleme des einstweiligen Rechtsschutzes) aus dem – gegenüber der Gerichtsperspektive u.U. ganz anderen – Blickwinkel der anwaltlichen Tätigkeit zu besprechen. Der Verständlichkeit wegen wurden hierzu regelmäßig Beispiele gebildet, wobei oft Konstellationen aus Original-Examensklausuren verwendet wurden. Selbstverständlich werden Meinungsstreitigkeiten nicht breit ausdiskutiert, sondern es wird – wie das im praxisbezogenen Assessorexamen notwendig ist – stringent auf die Lösung und Argumentation allein des BGH gesetzt.

Das Skript gliedert sich in sechs Teile, wobei die ersten vier Paragraphen sich mit anwaltlichen Schriftsätzen inklusive ihrer Vorbereitung befassen. Die Tatsache, dass dabei die Klageschrift den meisten Raum einnimmt, liegt hauptsächlich daran, dass hier auch die Regeln dargestellt wurden, die für alle Schriftsätze gelten, so dass v.a. bei der Klageerweiterung und beim einstweiligen Rechtsschutz mit Verweisungen gearbeitet werden konnte.

Die Darstellung der Technik der Vertragsgestaltung übernahm größtenteils ein Kollege, der in ganz besonderer Weise dafür prädestiniert ist: Rainer Krick verfügt nach mehreren Jahren als Hemmer-Repetitor, Skriptenautor und nebenamtlicher Arbeitsgemeinschaftsleiter über umfassende Erfahrungen im didaktischen Bereich, gehört zu den wenigen Auserwählten mit der Note „sehr gut“ im Assessorexamen und leitet ein Notariat in München; die Praxis der Vertragsge-

staltung ist also sein „tägliches Brot“.

Das Skript ist wie immer auf dem aktuellen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung.

Würzburg im März 2023

Ingo Gold

Einleitung: Typen der Anwaltsklausur

Anwaltsklausuren gibt es in den verschiedensten Arten. Deren Examensbedeutung unterscheidet sich je nach Bundesland sowohl in der Häufigkeit der jeweiligen Typen als auch in den Details des Bearbeitungsvermerks und damit der anzuwendenden formalen Regeln.

1

Es können zunächst einmal zwei Gruppen gebildet werden, die eine völlig unterschiedliche Denk- und Arbeitsweise erfordern.

Typ 1: Die Prozessanwaltsklausuren. In diesen hat der Anwalt bzw. die Anwältin¹ zwar in prozessualer Hinsicht oft noch viel Gestaltungsspielraum, den er ausschöpfen muss (der Unterschied zur Gerichtsklausur, in der nur *reagiert* wird!). Allerdings doch findet er in materiell-rechtlicher Hinsicht einen ganz oder weitgehend *abgeschlossenen* Sachverhalt vor. Dieser ist bereits bei Gericht anhängig oder auf dem Weg dahin.

Von den Prozessanwaltsklausuren gibt es mehrere Untertypen. Einerseits hängen die Details der Vorgehensweise von dem Stadium des Rechtsstreits ab, in der die Aufgabe gestellt wird, sowie von der Parteilrolle des Anwalts (Kläger- oder Beklagtenseite). Andererseits gibt es regionale Unterschiede im Bearbeitungsvermerk und damit u.a. in der Reihenfolge und im Detailinhalt bzw. Aufbau der zu fertigenden „Reinschrift“ (dazu noch genauer).

Typ 2: Die Kautelarklausuren. Bei diesen geht es nicht um die Klärung eines infolge vergangener Sachverhalte bereits entstandenen Streits, sondern um die Planung für die Zukunft, um die Vermeidung von künftigen Streitrisiken, um die Vertragsgestaltung. Die Denkweise ist also zukunftsorientiert und muss sich mit hypothetischen Entwicklungen befassen.

2

Keine Angst vor Kautelararbeit

Lassen Sie sich nicht verunsichern! Allein das Wort „Kautelarklausur“ löst bei manchen Referendaren fast schon Panikattacken aus. Das ist völlig unnötig! Natürlich geht es um eine andere Art des Denkens und Arbeitens, auf die man sich zweifellos ausreichend vorbereitet haben muss. Mit einem gewissen *Training* ist das aber genauso gut machbar wie die Fertigung von Urteilen oder Schriftsätzen. Und: Die Themen sind weitgehend berechenbarer als bei anderen Klausurtypen, weil die Aufgabensteller – wollen Sie nicht in völlig klausurungeeignete Exotenbereiche abgleiten – im Kern immer wieder auf ähnliche Themen zurückgreifen (müssen). Vieles läuft nach dem Motto: „Da wäre ich alleine nicht drauf gekommen, aber hatte ich einmal mit dieser Frage zu tun, bekomme ich sie künftig auch hin!“ Dann kann man – anders als bei einfachen Klausuren, in denen es oft schwerfällt, sich von der Masse der Bearbeiter mit „gewissen Kenntnissen“ abzuheben – **richtig fett punkten!**

Die bei diesem Klausurtyp nötige Arbeitsweise stellen wir im letzten Paragraphen dieses Skripts ausführlich dar.²

Der Großteil dieses Skripts befasst sich mit den verschiedenen Typen der Prozessanwaltsklausur.

Bevor hier die nötigen Arbeitsschritte bei der Erarbeitung der Lösung der unterschiedlichen Prozessphasen (Klageschrift, Klageerwiderung, Berufung u.a.) dargestellt werden, sei zunächst ein Überblick über verschiedene Varianten des Bearbeitungsvermerks gegeben. Das, was man dem Korrektor als „Reinschrift“ zu präsentieren hat, kann danach nämlich Unterschiede aufweisen, teilweise sogar starke Unterschiede.

4

Hüte dich vor „Einheitskost“

Lassen Sie sich keine „Einheitskost“ auftischen! Manche Autoren und Repetitoren erwecken den Eindruck, als würden für die Anwaltsklausur bundesweit völlig oder weitgehend gleiche Regeln gelten. Dabei gibt es – wie u.a. in diesem Skript deutlich werden wird – **gravierende** Unterschiede bereits in der formalen Handhabung. Es gibt aber auch beträchtliche

1 Wir bitten um Verständnis, dass dieses Skript ab hier in Anlehnung an das zum aktuellen Zeitpunkt überwiegend in Gesetzestexten herrschende generische Maskulinum verwendet. Gleichheit und Gleichberechtigung sind wichtige Grundwerte unseres Verlagsunternehmens und wir bemühen uns um gendergerechte Sprache in unseren Produkten. Gleichzeitig sollen die notwendigen Lerninhalte effizient vermittelt werden.

2 Beispielsklausuren finden Sie im Parallelskript Assessor-Basics, Anwaltsklausuren (Klausurentraining = Fallsammlung) und natürlich in großer Zahl in den Hemmer Assessorkursen.

Unterschiede im zulässigen bzw. typischen Prüfungsstoff, die manche ignorieren. Merke: Die Prüfungsämter orientieren Ihre Klausuren nicht daran, ob deren Themen sich in kurzen Wochenend-Intensivkursen unterbringen lassen!

Da Sie sich im Examen an die in Ihrem Bundesland geltenden Regeln und Korrekturgepflogenheiten halten müssen, ist es für Hemmer selbstverständlich, dies umzusetzen:

Zum einen gehen wir unter Mitarbeit unserer Dozenten aus den unterschiedlichen Standorten in unseren Skripten auf diese Unterschiede ein. Zum anderen entspricht sowohl der Unterrichtsstoff der Kurse als auch die formale Handhabung der unterschiedlichen Klausurtypen in den Hemmer Assessorkursen jeweils den lokalen Regeln. Die Kursunterlagen weisen daher teilweise deutliche Unterschiede auf, v.a. zwischen Süddeutschland und den anderen Bundesländern.

In vielen Bundesländern ist es üblich, dass zuerst ein anwaltliches Gutachten zur materiell-rechtlichen und prozessualen Lage zu erstellen ist und sich dann erst der Schriftsatz an das Gericht anschließt. In diesem ist dann – zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen – die Darlegung der Rechtslage meist entweder erlassen oder kann mit Hilfe von Verweisungen eingefügt werden.

Ein Bearbeitungsvermerk des GPA (gemeinsames Prüfungsamt für Hamburg, Schleswig-Holstein und Bremen) aus jüngster Vergangenheit hatte beispielsweise den im Folgenden wiedergegebenen Wortlaut. Bei immer denkbaren Modifikationen im Detail wird er dort überwiegend so verwendet, entspricht aber auch dem vorherrschenden Bearbeitungsvermerk in Nordrhein-Westfalen und in Hessen.

5

1. Die Angelegenheit ist aus anwaltlicher Sicht nach Maßgabe des Mandantenauftrages zu begutachten. Hierbei sind alle in der Aufgabenstellung aufgeworfenen Rechtsfragen, ggf. hilfsgutachterlich, zu erörtern. Zeitpunkt der Bearbeitung ist der [...]. Das Gutachten soll auch Überlegungen zur Zweckmäßigkeit des weiteren Vorgehens enthalten. Es soll keine Sachverhaltsdarstellung enthalten.

2. Soweit Sie ein weiteres gerichtliches Vorgehen des Mandanten gegen die Beklagte – auch teilweise – für erfolgversprechend halten, ist ein verfahrensbestimmender Schriftsatz an das Gericht zu entwerfen, welcher der prozessualen Situation und den im Gutachten gefundenen Ergebnissen entspricht und alle danach erforderlichen Anträge und Erklärungen enthält. In diesem Fall ist ein gesondertes Schreiben an den Mandanten entbehrlich. Der Schriftsatz muss keine Rechtsausführungen enthalten. Bei den rechtlichen Ausführungen sind Bezugnahmen auf konkrete Passagen des Gutachtens zulässig.

Sofern Sie ein weiteres gerichtliches Vorgehen des Mandanten insgesamt für nicht erfolgversprechend halten, ist in einem Schreiben an den Mandanten darzulegen, weshalb dies der Fall ist und wie weiter vorzugehen ist.

3. Sollten Sie eine Frage für beweisheblich halten, so ist eine Prognose zur Beweislage (z.B. Beweislast, Qualität der Beweismittel etc.) zu erstellen.

4. Sollten sie eine weitere Sachverhaltsaufklärung für erforderlich halten, so ist zu unterstellen, dass keine weiteren Informationen enthalten sind.

5. Kommen Sie ganz oder teilweise zur Unzulässigkeit der Klage, so ist insoweit zur materiellen Rechtslage in einem Hilfsgutachten Stellung zu nehmen.

6. Die Formalien (z.B. Ladung, Zustellungen, Unterschriften, Vollmachten) sind in Ordnung, soweit nicht ein Beteiligter ausdrücklich auf einen möglichen Fehler hinweist. Alle etwa erforderlichen gerichtlichen Belehrungen und Hinweise sind ordnungsgemäß erteilt worden.

Ähnlich, aber nicht ganz identisch ist der einheitliche Bearbeitungsvermerk im Bezirk des Kammergerichts Berlin. Dieser lautet:

6

1. Beurteilen Sie in einem Vermerk die Rechtslage und erläutern Sie das zur Wahrnehmung der Interessen des Mandanten erforderliche Vorgehen.

Entwerfen Sie den nach dem Ergebnis Ihres Vermerkes erforderlichen Schriftsatz an das Gericht, oder, falls ein solcher nicht angezeigt ist, ein entsprechendes Mandantenschreiben. Dabei sind unter konkreter Angabe der Bezugsstellen Verweisungen auf geeignete Teile des Vermerkes möglich (z.B. Einrücken durch Spitzklammern).

2. Ordnungsgemäße Vollmachten sind erteilt.

3. Es ist davon auszugehen, dass a.) der Mandant keine weiteren Angaben zum Sachverhalt machen und b.) von der Möglichkeit des § 44 BRAO kein Gebrauch gemacht werden kann.

Neben der sprachlichen Abweichung („Vermerk“ statt „Gutachten“) besteht der Unterschied v.a. darin, dass die Rechtsausführungen im Schriftsatz in Berlin/Brandenburg im absoluten Regelfall *nicht erlassen* werden, allerdings mit Verweisungen in Form der sog. Spitzklammertechnik zu arbeiten ist. Letzteres bewirkt mittelbar einen weiteren Unterschied: Statt dem in der Mehrzahl der Länder gewünschten „gemäßigten Gutachtenstil“ ist auch im Vermerk im Urteilsstil zu schreiben.

Einen völlig anderen Bearbeitungsvermerk verwendet das bayerische Prüfungsamt in der absoluten Mehrzahl der Prozessanwaltsklausuren.

7

Beispiel für diesen bayertypischen „Schriftsatz-Bearbeitungsvermerk“, der oft aus drei Teilen besteht:

1. Der geeignete Schriftsatz an das Gericht ist zu entwerfen; dieser hat auch diejenigen Rechtsausführungen zu enthalten, die die zu stellenden Anträge stützen

2. Es ist ein Mandantenschreiben zu fertigen, in dem das Vorgehen zu erläutern und die vom Mandanten aufgeworfenen Fragen zu beantworten sind, soweit das Vorgehen und die aufgeworfenen Fragen nicht bereits im Schriftsatz an das Gericht erläutert werden. Hinsichtlich des Mandantenschreibens ist die Sachverhaltsdarstellung erlassen.

3. Soweit nach Ansicht des Bearbeiters in dem Schriftsatz und dem Mandantenschreiben ein Eingehen auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen nicht erforderlich erscheint, sind diese in einem Hilfsgutachten zu behandeln.

Häufig erfolgt in Bayern die Aufgabenstellung aber auch ohne Forderung eines Mandantenschreibens und damit mit einer Zweiteilung (Schriftsatz und Hilfsgutachten).

Der entscheidende Unterschied zu den oben dargestellten anderen Varianten des Bearbeitungsvermerks ist Folgendes:

8

Durch das *Voranstellen* des Schriftsatzes mit gleichzeitiger Beschränkung auf die „stützenden“ Rechtsausführungen werden die rechtlichen Überlegungen auseinandergerissen: Prüfungspunkte, die nicht völlig abwegig waren, die aber für das Mandantenziel im Ergebnis nicht weiterhelfen, sind in absolut praxiskonformer Art und Weise aus dem Schriftsatz zu verbannen und stattdessen im Mandantenschreiben oder Hilfsgutachten darzustellen.

Das Endergebnis der Klausur, die „Reinschrift“ sieht in Aufbau und Schreibstil von Bundesland zu Bundesland also teilweise völlig anders aus.

Aber: Dies bedeutet nicht, dass dieses Skript nun für das eine Bundesland geeigneter oder weniger geeignet wäre als für ein anderes. Für ein vernünftiges Arbeiten mit diesem Skript sollte Ihnen Folgendes klar sein:

Auf die notwendigen Schritte zur *Vorbereitung* der „Reinschrift“ der Klausur wirken sich die regionalen Unterschiede im Bearbeitungsvermerk praktisch nicht aus. Ein Großteil dieses Skripts betrifft genau diese notwendigen Arbeitsschritte, weil die entscheidenden Weichen der Klausur eben vor Fertigung der Reinschrift zu stellen sind.

Hemmer-Klausur-Tipp

Gehen Sie also auch beim (bayerischen) „Schriftsatz-Bearbeitungsvermerk“ **zunächst** genauso vor, wie es im obigen Gutachten-Bearbeitungsvermerk von NRW, GPA oder Berlin auch für das Endergebnis verlangt wird.

Genauso werden wir die Arbeitsweise in diesem Skript nun auf den folgenden Seiten darstellen: Klärung der materiellen Rechtslage samt Beweislage und – auf diesen Ergebnissen *aufbauend* – der nun als sinnvoll oder notwendig erachteten prozessualen Schritte. Sie formulieren diese Überlegungen aber noch nicht aus, sondern beschränken sich dabei auf kurze (aber übersichtliche) Notizen.

Diese Überlegungen teilen Sie dann erst kurz vor Beginn der Reinschrift auf in die „stützenden“ Rechtsausführungen (Einbau in den Schriftsatz) und die Rechtsüberlegungen, die nicht weiterhelfen und daher in das Mandantenschreiben oder Hilfsgutachten gehören.

Die unterschiedlichen Aufbauregeln, die sich für die „Reinschrift“ der Klausur selbst aus dieser unterschiedlichen Aufgabenreihenfolge des Bearbeitungsvermerks ergeben, werden unten dann in einem zweiten Schritt noch ausführlich

behandelt.³

Anders als in der Klausur selbst, wo gerade dort sich das Herzstück (die materiell-rechtliche Prüfung) befindet, beeinflusst dies in diesem nicht auf die Vermittlung von materiell-rechtlichem Wissen zugeschnittenen Skript zwangsläufig nur kleine Teile.

³ Siehe etwa § 4 für die Aufbauregeln des vorangestellten Gutachtens (norddeutscher Bearbeitungsvermerk) sowie § 1, Rn. 128 ff, v.a. Rn. 134 f. und § 2, Rn. 65 für die Verteilung der Rechtsfragen zwischen Schriftsatz und Hilfgutachten (bayerischer Bearbeitungsvermerk).

§ 1 Klageschriftklausur

A. Allgemeines / Einarbeitung in die Klausur bzw. Vorbereitung des Schriftsatzes

I. Mandantenzielermittlung / Bearbeitung des Sachverhalts

Wie bei jeder Examensklausur hat die/der Bearbeiter(in) einer Anwaltsklausur zuerst die ihm/ihr gestellte Prüfungsaufgabe durch Lektüre des Bearbeitungsvermerks und ein „Querlesen“ des Sachverhaltes herauszufinden.⁴ Dabei sind hier als erster Grobfilter folgende Fragen zu klären:

1

- Handelt es sich bei dem nach Bearbeitungsvermerk zu fertigenden Schriftsatz tatsächlich um eine Klageschrift oder doch bereits einen Reaktionsschriftsatz (etwa Klageerwiderung, Replik) oder einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz?
- Welche klausurtechnische Variante ist gefordert: Gutachten mit anschließendem Schriftsatz oder Schriftsatz mit Hilfsgutachten?
- Welche konkreten sachlichen Ziele hat der Mandant?

1. Herausarbeitung der Grundlinie der Aufgabenstellung: Klageschrift als Aufgabe / Rollenverteilung mit dem zusätzlichen Gutachten

Manchmal gibt der Bearbeitungsvermerk ausdrücklich die Aufgabe der „Fertigung einer Klageschrift“ vor. Häufiger ist es, dass die „Fertigung eines geeigneten Schriftsatzes bzw. geeigneter Schriftsätze an das zuständige Gericht“ gefordert wird. Dass mit diesem Schriftsatz dann eine Klageschrift gemeint ist, erkennt der Bearbeiter regelmäßig schnell daran, dass bislang noch keine Partei gerichtliche Schritte eingeleitet hat. Allerdings kann es bei diesem „neutralen“ Bearbeitungsvermerk in einem solchen Fall stattdessen *auch oder nur* um einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gehen.⁵

In familienrechtlichen Streitigkeiten (v.a. Unterhalt, Güterrecht), ist der „geeignete Schriftsatz“ seit Inkrafttreten des FamFG keine Klageschrift mehr, sondern eine „Antragsschrift“.⁶ Sachliche Unterschiede ergeben sich daraus grds. nicht.

Hinweis: Für „Familienstreitsachen“ (vgl. § 112 FamFG, also v.a. Unterhalt, Güterrecht) ergibt sich die Anwendbarkeit der §§ 1 bis 494a ZPO über die Verweisung des § 113 I 2 FamFG. Die Ausführungen in § 1 und § 2 dieses Skripts gelten also grds. auch für diese Familienstreitsachen. Allerdings gibt § 113 V FamFG andere Bezeichnungen vor („Antrag“ statt „Klage“, „Antragsteller“ statt „Kläger“ usw.).

2. Detailermittlung der sachlichen Mandantenziele

Steht fest, dass eine Klageschrift angestrebt wird, stellt sich die Frage nach dem konkreten Klageziel bzw. Klagezielen.

3

Dies ergibt sich weitgehend aus den ersten zwei bis drei Seiten des Sachverhalts. Dort schildert der Mandant üblicherweise entweder in einem wiedergegebenen Gespräch oder mit einem Brief an den Anwalt, was geschehen ist und was er will.

Dabei muss der Klausurbearbeiter ein meist unjuristisch formuliertes Ziel herausfiltern und dabei die gestellte Aufgabe

4 Zu den Arbeitsschritten in der zivilrechtlichen Assessorexamensklausur, insbesondere zu den einzelnen Schritten der Sachverhaltsanalyse, siehe bereits ausführlich in Assessor-Basics Zivilurteil § 1.

5 Zu den dann nötigen Abgrenzungskriterien siehe unten § 3, Rn. 1 ff.

6 Das Gericht wiederum fertigt dann kein Urteil, sondern einen Beschluss (§ 116 FamFG).

einerseits eingrenzen und andererseits voll ausschöpfen.

Das *Hauptziel* des Mandanten herauszubekommen, gelingt nahezu jedem Klausurbearbeiter. Oft verbergen sich aber gerade „zwischen den Zeilen“ Hinweise auf weitere Begehren, die manchmal erst erkennbar werden, wenn man intensiver in den Fall eingearbeitet ist.

Bedenken Sie, dass der Mandant als Nichtjurist gar nicht alle Probleme kennen *kann*, die sich in seinem Fall ergeben. Es wäre lebensfern, ihn in einem Klausursachverhalt gezielt danach fragen zu lassen. Wenn sich dennoch teilweise zumindest *Andeutungen* in eine solche Richtung eines zusätzlichen Prüfungszieles finden, so zeigt dies nur, wie wichtig der konkrete Aspekt für den Aufgabensteller war und welche wohl große Rolle er für die Bewertung der Klausur spielen wird!

Bsp.: Der Mandant erteilt den Auftrag zur Erhebung einer Herausgabeklage, die auf sein Eigentum zu stützen ist (§ 985 BGB).

Da der Mandant die Begrenzung der Rechtskraft auf den Tenor üblicherweise nicht kennt, wird er in diesem Zusammenhang auch nicht auf die Idee kommen, dass u.U. eine zusätzliche Zwischenfeststellungsklage (§ 256 II ZPO) mit dem Inhalt der Eigentumsfeststellung angebracht ist. Der Anwalt muss bedenken: Es könnte sein, dass die eingeklagte Sache später in beschädigtem Zustand herausgegeben wird, sodass ein Folgeprozess über §§ 989 ff oder § 823 I BGB im Raume steht. Bei einem bloßen Herausgabebestand steht nur der Bestand *des Herausgabebestands* rechtskräftig fest, nicht aber das *Eigentum* des Klägers.⁷

Ein *selbstverständliches* Mandantziel besteht darin, möglichst auf keinerlei Kosten des Rechtsstreits „sitzen zu bleiben“. Oft fällt in der Praxis aber eine Geschäftsgebühr für *vorprozessuale* Tätigkeiten nach Nr. 2300 VV-RVG an, die der Kläger selbst seinem Anwalt schuldet, die aber später nicht als Teil der Kosten des Rechtsstreits i.S.d. § 91 ZPO eingetrieben werden kann. Also muss der Anwalt – auch „ungefragt“ – prüfen, ob die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Geschäftsgebühr gegen den Gegner gegeben sind.⁸

3a

Hemmer-Klausur-Tipp

Überprüfen Sie Ihren Sachverhalt mehrfach darauf, welche Mandantenziele bestehen! Da sich die etwas versteckteren Nebenziele manchmal erst zeigen, wenn man intensiv in den Fall eingearbeitet ist, ist folgendes Vorgehen meist hilfreich: Streichen Sie sich die Sachverhaltspassage, in dem die Ziele hervortreten, beim ersten Lesen deutlich an. Lesen Sie sie dann später *nach* Einarbeitung in die materielle und prozessuale Situation nochmals zur Kontrolle durch.

Oft wird dann erst der eine oder andere Satz, der am Anfang völlig nebulös klang, in seinem Gesamtkontext deutlich werden. Dabei sollten Sie zusätzlich dann nochmals den Bearbeitungsvermerk bezüglich etwaiger Eingrenzungen der Aufgabenstellung kontrollieren. Nicht selten werden dort bestimmte Aufgaben aus Zeitgründen erlassen.

II. Tatsachenermittlung

1. Herausarbeitung und Selektion der juristisch relevanten Fakten

In einem zweiten Schritt sind diejenigen Fakten aus dem Sachverhalt zu ermitteln, die für die Ansprüche des Mandanten wirklich relevant sind.

4

In der Praxis schildert der Mandant, der die Rechtslage nicht kennt oder nur *glaubt*, sie zu kennen, oft viele juristisch irrelevante Dinge und lässt u.U. bedeutsame Details weg, weil er sie nicht für wichtig hält.

Aufgrund der Anforderungen an eine nur fünfständige Klausur und wegen fehlender Nachfragemöglichkeiten hat der Klausurbearbeiter insoweit zwangsläufig weniger zu filtern. Er findet letztlich einen schon teilweise aufbereiteten Sach-

⁷ Siehe hierzu etwa Thomas/Putzo, § 322, Rn. 10 und 29.

⁸ Daz^u ausführlich unten § 1, Rn. 79c ff.

verhalt vor, in dem oft auch bereits Nachfragen an den Mandanten gestellt wurden.

Hemmer-Klausur-Tipp

Gehen Sie bei der ersten Sachverhaltsanalyse so vor, als bestünde die *widerlegliche Vermutung*, dass *alles* aus dem Sachvortrag des Mandanten im Einleitungsteil des Klausursachverhalts von Bedeutung sein wird. Legen Sie sich bei der Klärung der Frage, was für den Fall irrelevant ist, nicht zu schnell fest.

Wenn der Mandant auf eine Nachfrage des Anwalts bzw. der Anwältin geantwortet hat, so gehen Sie davon aus, dass diese Information fast zwingend eine Rolle spielen wird! Wenn Sie zunächst nichts mit der Information anfangen können, so wenden Sie sich später, wenn Sie sich intensiver in die Rechtsprobleme des Falles eingearbeitet haben, erneut diesem Aspekt zu. Die Chance zu verstehen, worauf diese immerhin von einem Juristen gestellte Frage hinauslaufen soll, ist dann gewiss angestiegen. Wenn Sie die gesamte Frage und Antwort ignorieren, besteht die Gefahr, dass Sie etwas nicht behandeln, was für den Korrektor *besonders* wichtig ist.

2. Überprüfung der Anlagen

Neben dem Mandantenvortrag oder –schreiben besteht ein beträchtlicher Teil des Sachverhaltes üblicherweise aus Anlagen, die Ihnen der Mandant übergeben bzw. mitgeschickt hat.

5

Kontrollieren Sie diese zunächst auf ihre inhaltliche Übereinstimmung mit dem Mandantenvortrag hin. Im Regelfall wird sich dieser in den Anlagen bestätigen, wobei er aber manchmal juristisch zu „bereinigen“ ist.

Bsp.: Wenn die Mandantin vorträgt, sie habe ein neues Haus in der Bauphase gekauft, kann die nähere Prüfung der in der Vertragsurkunde niedergelegten Rechte und Pflichten ergeben, dass es sich beim konkreten Vertragsinhalt um einen Werkvertrag handelt.

Im Übrigen werden Sie diese Anlagen aber üblicherweise nur zur Klärung der Frage nach der Beweisbarkeit bestimmter Behauptungen des Mandanten brauchen (dazu unten).

III. Materiellrechtliche Prüfung

Der Referendar ist es i.d.R. gewohnt, ZPO-Fragen, insbesondere die Zulässigkeitsprüfung einer Klausur vor deren Begründetheit zu prüfen. Dies ist in der Urteilklausur wegen des Vorrangs der Prozessvoraussetzungen zwingend. Es macht dort auch insoweit Sinn, als schon eine Festlegung des Streitgegenstands durch *andere* Prozessbeteiligte, Kläger und evtl. Widerkläger, erfolgte.

6

In der Anwaltsklausur, jedenfalls bei der Klageschrift, hat der Verfasser selbst den Streitgegenstand erst noch festzulegen. Deswegen ist es im absoluten Regelfall sinnvoll, zunächst die materiellrechtliche Prüfung vorzunehmen. Es ist die Frage zu stellen, welches Ziel des Mandanten *überhaupt realistisch* ist.

Erst danach ist die Frage nach der prozessualen Umsetzung dieser realistischen Ziele zu stellen. Ein anderes Vorgehen widerspricht anwaltlichem Denken und bereitet oft unnötige Probleme.

Bsp.: Der Mandant will 8.000 € einklagen, von denen er meint, sie könnten ihm zustehen.

Prüft man erst die prozessualen Fragen, kann Folgendes passieren: Der Bearbeiter stellt zunächst fest, dass für diesen Streitwert von 8.000 € die Zuständigkeit des Landgerichts gegeben ist. Anschließend prüft er das materielle Recht und die Beweislage und kommt dabei zu der Erkenntnis, dass die Klage maximal in Höhe von 4.000 € Erfolg versprechend ist. Dann ist – will man nicht sehenden Auges in eine Teilabweisung rennen – das Landgericht letztlich also doch nicht zuständig.

Weiteres Bsp.: Die Mandantin meint, ihr Mieter habe ihr eine Sache übereignet, und nun sei diese von einem Dritten gepfändet worden. Sie will Maßnahmen gegen diese Pfändung einleiten.

Hier muss zunächst einmal geprüft werden, ob die Mandantin überhaupt wirksam Eigentümerin geworden ist bzw. ob