

**Hinweise für die Aufsichtsarbeiten**  
**- zivilrechtliche Aufgabenstellung -**  
**Zweite juristische Staatsprüfung**

Die nachfolgenden Hinweise stellen weder eine amtliche Regelung noch eine Weisung des Landesjustizprüfungsamtes dar, sondern sind als Hilfestellung für den juristischen Vorbereitungsdienst und die Klausuren der zweiten juristischen Staatsprüfung gedacht. Die Hinweise sind für die Prüferinnen und Prüfer, die bei der Beurteilung von Prüfungsleistungen unabhängig und keinen Weisungen unterworfen sind, nicht bindend. Ihre Beachtung wird dem Prüfling aber regelmäßig nicht als fehlerhaft vorgeworfen werden können. Die Hinweise sollen wichtige Regeln zivilrechtlicher Fallbearbeitung verdeutlichen, können aber nicht das notwendige Studium von Ausbildungsliteratur ersetzen.

**A. Allgemeines**

In der zivilrechtlichen Klausur wird eine Leistung abverlangt, die der zivilrichterlichen oder anwaltlichen Tätigkeit in der Praxis entspricht. Anders als in der ersten juristischen Prüfung liegt der Klausur regelmäßig kein feststehender Sachverhalt zugrunde. Von wesentlicher Bedeutung ist daher zunächst die zutreffende Erarbeitung des maßgeblichen Sach- und Streitstandes. Hierfür empfiehlt sich eine Stoffsammlung. Grundlage dieser Stoffsammlung ist das gesamte Vorbringen der Parteien (Schriftsätze, Urkunden, Protokolle u.ä.). Von besonderer Bedeutung ist es regelmäßig, Streitiges von Unstreitigem zu trennen. Weiterhin sind Tatsachen von Rechtsansichten abzugrenzen. Zu den Vorarbeiten gehört schließlich auch das Auffinden der in Betracht kommenden Zivilrechtsnormen und ihre gedankliche Vorprüfung.

**B. Urteil**

Ein Urteil setzt sich zusammen aus Rubrum, Tenor, Tatbestand und Entscheidungsgründen. Ist ein Beschluss zu entwerfen, so sind die Gründe mit einem besonderen Sachverhaltsteil zu versehen.

## **I. Rubrum**

Eine sorgfältige Abfassung des Rubrums wird vorausgesetzt. Hierzu gehört insbesondere dessen Vollständigkeit. Parteien, Prozessbevollmächtigte oder gesetzliche Vertreter, insbesondere bei Gesellschaften, müssen exakt angegeben werden. Spätere Änderungen sind zu berücksichtigen. Bei Entscheidungen des Landgerichts ist die genaue Bezeichnung des Spruchkörpers erforderlich. Wenn bei einer landgerichtlichen Entscheidung der Rechtsstreit auf den Einzelrichter übertragen wurde, ist zu formulieren: „...durch den Richter R. als Einzelrichter“; ob es sich um den originären oder den kraft Übertragung entscheidenden Einzelrichter handelt, ist wiederum nicht aufzunehmen. Ein Verkündungsvermerk darf nicht aufgenommen werden, da er nicht durch den Richter, sondern durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle und zudem erst nach Verkündung angebracht wird. Sofern die Möglichkeit des Betreffs („wegen...“) gewählt wird – was im Hinblick auf den Einleitungssatz im Tatbestand in der Regel überflüssig ist – ist dieser nicht pauschal („wegen Zahlung“), sondern aussagefähig zu gestalten („wegen Schadensersatz aus einem Verkehrsunfall“). Nach den grammatikalischen Regelungen sollte der Kläger im Genitiv, der Beklagte im Akkusativ bezeichnet werden.

## **II. Tatbestand**

Nach § 313 Abs. 2 ZPO sollen die erhobenen Ansprüche und die dazu vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel unter Hervorhebung der unveränderten Anträge, aber nur ihrem wesentlichen Inhalt nach knapp dargestellt werden. Für den Aufbau und den Inhalt des Tatbestandes, der mit der Überschrift „Tatbestand“ zu versehen ist, gilt demnach folgendes:

1. Der Tatbestand muss nicht zwingend, kann aber mit einem plakativen und möglichst aussagekräftigen Einleitungssatz beginnen, zum Beispiel wie folgt:

- Die Parteien streiten im Wege von Klage und Widerklage um die wechselseitige Verpflichtung zum Schadensersatz aus einem Verkehrsunfall.
- Der Kläger nimmt den Beklagten auf Zahlung von .... EUR als Kaufpreis für einen gebrauchten Pkw in Anspruch.
- Die Klägerin wendet sich gegen die Zwangsvollstreckung der Beklagten aus einem gerichtlichen Vergleich.

2. An die Einleitung schließt sich die „knappe“ Darstellung des wesentlichen, für die Entscheidung maßgeblichen, unstreitigen Sachverhalts an. Darzustellen sind dem wesentlichen Inhalt nach die zur Substantiierung des Anspruchs unstreitig vorgetragene, anspruchsbegründenden Tatsachen, weiterhin auch unstreitige Tatsachen, die für die Verteidigung des/der Beklagten von Bedeutung sind. Dabei sind tunlichst Oberbegriffe, zu denen auch Rechtsbegriffe des täglichen Lebens gehören, zu verwenden. Das Knappheitsgebot

schließt es aus, dass alle Einzelheiten des Sachverhalts vollständig wiedergegeben werden. Die Entscheidungsgründe müssen aber aufgrund des Tatbestandes nachvollziehbar sein.

**3.** Der unstreitige Sachverhalt ist regelmäßig in chronologischer Reihenfolge darzustellen, soweit nicht in seltenen Ausnahmefällen zur besseren Verständlichkeit eine Abweichung von dieser Reihenfolge geboten ist.

**4.** Der unstreitige Sachverhalt ist im Imperfekt darzustellen. Das Plusquamperfekt ist zu verwenden, wenn ein vorheriges Ereignis nachgeschoben wird.

**5.** Für das streitige Vorbringen des Klägers und des Beklagten gelten die Ausführungen zu 2. entsprechend. Der streitige Sachverhalt beginnt regelmäßig mit dem Verb „behauptet“ und wird in indirekter Rede im Konjunktiv dargestellt.

**6.** Wegen der Einzelheiten des (streitigen und unstreitigen) Vorbringens soll, wenn die Verständlichkeit darunter nicht leidet, Bezug auf konkrete Anlagen wie z.B. Urkunden genommen werden (§ 313 Abs. 2 S. 2 ZPO). Hierunter darf aber nicht die Verständlichkeit des Tatbestandes leiden. Weiterhin ist die in der Praxis übliche pauschale Bezugnahme auf alle Schriftsätze jedoch nicht gestattet (z.B.: *„Wegen des übrigen Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen Bezug genommen.“*)

**7.** Rechtsansichten der Parteien sind in der Regel nicht darzustellen. Nur in Ausnahmefällen kann dies zur Erleichterung des Verständnisses geboten oder ratsam sein. Es ist gebräuchlich, die Darstellung von Rechtsansichten der Parteien durch die Wendungen „ist der Ansicht“ oder „ist der Meinung“ einzuleiten und auf diese Weise von beweisbedürftigem Tatsachenvortrag abzugrenzen.

**8.** Die gestellten Anträge sind nach dem Klägervortrag darzustellen. Sie sind in besonderer Weise hervorzuheben. Nebenansprüche zu prozessualen Nebenentscheidungen (Vollstreckbarkeit oder Kosten) sind grundsätzlich nicht darzustellen, da hierüber von Amts wegen zu entscheiden ist. Ausnahmen gelten bei Anträgen gemäß. §§ 710, 712 ZPO, da über die dort geregelten Anordnungen nur auf Antrag entschieden wird.

**9.** Sofern erforderlich, ist die Prozessgeschichte kurz im Perfekt darzustellen. Dies geschieht in der Regel am Ende des Tatbestandes unmittelbar vor den Entscheidungsgründen. Ausnahmsweise kann auch ein Vorziehen der Prozessgeschichte vor die Anträge zulässig oder gar nötig sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Anträge nur auf diese Weise verständlich werden (Aufrechterhalten eines Versäumnisurteils, übereinstimmende Teil-Erledigungserklärungen,

Zustellung der Klage bei „Zinsanspruch ab Rechtshängigkeit“ – hier ist § 187 Abs.1 BGB zu beachten!).

**10.** Auf die Durchführung einer Beweisaufnahme ist durch einen möglichst kurzen Hinweis einzugehen. Das Ergebnis einer Beweisaufnahme (z.B. der Inhalt einer Zeugenvernehmung) ist jedoch nicht darzustellen. Ausreichend ist eine Bezugnahme auf das Sitzungsprotokoll oder das Gutachten.

**11.** In Ausnahmefällen können aus Gründen der Verständlichkeit Abweichungen von dem üblichen Aufbau möglich oder geboten sein. Soweit aber z.B. aus Verständlichkeitsgründen unstreitiger Vortrag in den streitigen Kläger- oder Beklagtenvortrag aufgenommen wird, ist dieser eindeutig als unstreitig zu kennzeichnen, z.B. durch den Einschub „was zwischen den Parteien unstreitig ist“.

### **III. Entscheidungsgründe**

Die Entscheidungsgründen müssen unter der Überschrift „Entscheidungsgründe“ eine nachvollziehbare Begründung der Urteilsformel enthalten. Nach § 313 Abs. 3 ZPO sollen die Entscheidungsgründe eine kurze Zusammenfassung derjenigen tatsächlicher und rechtlicher Gründe enthalten, auf denen die Entscheidung beruht. Zu beachten ist, dass das Urteil kein wissenschaftliches Gutachten ist, dass auf alle im Zusammenhang mit dem Fall stehenden rechtlichen Probleme eingeht, sondern das Urteil vielmehr nur – unter strikter Anwendung des Urteilsstils und jeglicher Vermeidung des Gutachtenstils – die die Entscheidung tragenden Gründe aufzeigt.

**1.** Die Entscheidungsgründe sind so abzufassen, dass sie aus sich heraus verständlich und überzeugend sind. Die Reihenfolge der Prüfung muss methodisch richtig sein, d.h. sich an sich an den Anspruchsgrundlagen und deren Tatbestandsmerkmalen orientieren und eine folgerichtige und nachvollziehbare Gedankenführung aufweisen. Der wichtigste Bestandteil und „Kern“ der Entscheidungsgründe ist in einem methodisch folgerichtigen Aufbau eine inhaltlich überzeugende, argumentative Auseinandersetzung mit den Hauptproblemen des Falles, den entscheidungserheblichen Streitfragen. Zu vermeiden sind andererseits für die Entscheidung überflüssige Ausführungen zu unproblematischen oder unerheblichen Punkten.

**2.** Fragen prozessualen Vorranges dürfen in den Entscheidungsgründen nicht offen gelassen werden. Die Zulässigkeit ist (soweit erforderlich) vor der Begründetheit zu prüfen, ein Hauptantrag vor einem Hilfsantrag, eine Hauptverteidigung vor einer Hilfsaufrechnung. Verfehlt wäre es daher, in solchen Fällen wie folgt zu beginnen:

- Es kann dahinstehen, ob die Klage zulässig ist: in jedem Fall ist sie unbegründet.

- Es kann dahinstehen, ob dem Kläger der Anspruch zustand; jedenfalls ist ein solcher Anspruch durch die erklärte Hilfsaufrechnung erloschen.
- 3.** Bei der Erörterung der Zulässigkeit sind nur diejenigen Punkte anzusprechen, die problematisch sind oder zwischen den Parteien streitig sind. Dies gilt auch für die sachliche und örtliche Zuständigkeit. Als problematische und erörterungsbedürftige Punkte sind zum Beispiel die Zulässigkeit eines unbezifferten Zahlungsantrags, eines Feststellungsantrags, eines Antrags auf künftige Leistung, einer Widerklage, eines Hilfsantrags oder einer subjektiven oder objektiven Klageänderung (auch einer Erledigungserklärung) anzusehen. Andere Punkte (wie z.B. eine der Klage entgegenstehender Rechtshängigkeit oder Rechtskraft) sind nur zu problematisieren, wenn der Sachverhalt hierfür Anhaltspunkte bietet. Fragen der Zulässigkeit dürfen grundsätzlich nicht mit Fragen der Begründetheit oder der Beweiswürdigung vermischt werden.
  - 4.** Soweit ein prozessualer Vorrang nicht besteht, können Fragen, die für das Ergebnis letztlich nicht relevant sind, offengelassen werden. Dies gilt auch für Fragen, die an sich logisch vorrangig sind (wie beispielsweise im Verhältnis Entstehung und Untergang des Anspruchs). Grundsätzlich sind nach den zivilrechtlichen Aufbauregeln dabei zunächst vertragliche Ansprüche zu erörtern, sodann (in dieser Reihenfolge) vertragsähnliche, sachenrechtliche, deliktische und bereicherungsrechtliche Ansprüche. Führen zwei Gesichtspunkte zu demselben Ergebnis, soll grundsätzlich derjenige erörtert werden, der am leichtesten und am wenigsten angreifbar ist. Etwas anderes kann aber dann gelten, wenn der kompliziertere Punkt noch für die weitere Prüfung von Bedeutung ist. Soll eine Klage abgewiesen werden, sind alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen zu erörtern. Soll einer Klage stattgegeben werden, ist es für eine schlüssige Darlegung des Klaganspruchs ausreichend, von mehreren in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen lediglich diejenige zu erörtern, aus der sich der Anspruch unproblematisch ergibt.
  - 5.** Meinungsstreitigkeiten über Rechtsprobleme sind regelmäßig nur dann darzulegen und – soweit sie im vorliegenden Fall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen – argumentativ zu entscheiden, wenn die Parteien hierzu unterschiedliche Ansichten vertreten. Anderenfalls ist es ausreichend, eine bestimmte Meinung darzulegen. Fall diese der herrschenden Meinung widerspricht ist aber darzulegen, aus welchen Gründen dieser nicht gefolgt wird.
  - 6.** Die maßgeblichen Rechtsauffassungen können in geeigneten Fällen durch eine zutreffende Zitierung der maßgeblichen Fundstelle(n) der für die Bearbeitung zugelassenen Kommentare belegt werden. Dies gilt insbesondere für die entscheidungserheblichen Streitfragen. Zitate zu unproblematischen Punkten sind hingegen überflüssig. Zitate können zudem auch nicht die notwendige Begründung in der Sache ersetzen.

7. Eine Beweiswürdigung muss möglichst auf alle hierfür relevanten Gesichtspunkte eingehen. Durch eine Beweisaufnahme kann niemals eine vollständige Gewissheit erlangt werden, so dass für eine überzeugende Entscheidung des Gerichtes alle nach den Umständen des Falles maßgeblichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen und auszuschöpfen sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn angenommen wird, dass der Beweis erbracht werden konnte.

8. Die materiell-rechtlichen Nebenentscheidungen (insbesondere zu Zinsen und vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten) sowie die prozessualen Nebenentscheidungen (zu den Kosten und zur Vollstreckbarkeit) sind in der gebotenen Kürze zu begründen, wobei in der Regel die Benennung der maßgeblichen Vorschriften reicht.

9. Maßgeblich für jede Bearbeitung ist aber zunächst der **Bearbeitungsvermerk**. Aus diesem kann sich insbesondere ergeben, dass für den Fall der Unzulässigkeit der Klage hilfsweise Entscheidungsgründe zur Begründetheit zu entwerfen, in den Entscheidungsgründen alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen zu erörtern oder aufgeworfene Rechtsfragen in einem Hilfsgutachten zu prüfen sind.

#### **IV. Rechtsmittelbelehrung**

Falls eine Rechtsmittelbelehrung gem. der ab 01.01.2014 geltenden Neufassung des § 232 ZPO erforderlich ist, genügt eine Bezeichnung des Rechtsmittels und der gesetzlichen Grundlagen.

Eine Ausformulierung der Rechtsmittelbelehrung ist nicht erforderlich.

#### **C. Relation aus gerichtlicher Sicht**

Eine Relation ist nur anzufertigen, wenn sie ausdrücklich verlangt wird. Der Vermerk für die Bearbeitung lautet dann in der Regel wie folgt: „Der Sachverhalt ist relationsmäßig zu begutachten.“ Gefordert wird dabei eine rechtliche Prüfung im Rahmen eines Gutachtens, die im Gutachten- und nicht im Urteilstil vorzunehmen ist. Erwartet wird in methodischer Hinsicht ein folgerichtiger Aufbau nach den Grundsätzen der Anspruchsprüfung und in inhaltlicher Hinsicht eine argumentativ überzeugende Lösung der rechtlichen Probleme.

1. Dem Gutachten ist auch ohne einen ausdrücklichen Bearbeitervermerk eine Sachverhalts-schilderung voranzustellen, die den Erfordernissen des § 313 Abs. 2 ZPO entspricht.

2. Das Gutachten enthält sodann die Auslegungsstation (nur soweit erforderlich, insbesondere bei auslegungsbedürftigen Anträgen), die Zulässigkeits- bzw. Prozessstation (mit der Prüfung der Zulässigkeit der Klage), die Klägerstation (mit der Prüfung der Schlüssigkeit des Kläger-vorbringens), die Beklagtenstation (mit der Prüfung der Erheblichkeit des Beklagtenvorbringens) und die Beweisstation (mit der Prüfung der Beweislast und des Ergebnisses einer Beweisaufnahme).

3. Wird die Sache für entscheidungsreif gehalten, endet das Gutachten mit einem Tenorierungsvorschlag einschließlich der prozessualen Nebenentscheidungen. Wird eine Beweiserhebung oder ein richterlicher Hinweis für erforderlich gehalten, so ist am Ende des Gutachtens ein entsprechender Beschluss vorzuschlagen. Bei der Unzulässigkeit der Klage ist zur Begründetheit der Klage in einem Hilfgutachten Stellung zu nehmen.

4. Enthält der Sachverhalt eine Beweisaufnahme und wird die Notwendigkeit der durchgeführten Beweisaufnahme im Hauptgutachten verneint, so ist ein Hilfgutachten anzufertigen. Dabei ist ein Rechtsstandpunkt einzunehmen, der die Beweisaufnahme erforderlich gemacht hätte, und die Sache auf dieser Grundlage zu beurteilen.

#### **D. Anwaltliche Klausuren**

Bei der anwaltlichen Klausur ist für ein bestimmtes rechtliches Problem die aus anwaltlicher Sicht gebotene praktische Lösung vorzuschlagen. Bei einer rechtsberatenden Anwaltsklausur kann dies eine Klage-, Klageerwiderungs- oder Antragsschrift oder ein Schreiben an den Mandanten sein. Gegenstand einer rechtsgestaltenden Anwaltsklausur (sog. Kautelarklausur) kann nur die Abgabe einer einseitigen, rechtsgestaltenden Willenserklärung oder einer auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichteten sonstigen Handlung (z.B. Kündigung, Rücktritt, Anfechtung, Widerruf oder verzugsbegründende Mahnung), der Entwurf oder die Überprüfung von AGB-Klauseln oder der Entwurf oder die Überprüfung eines in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht überschaubaren Vertrages sein. Die anwaltliche Klausur gliedert sich in einen gutachterlichen Teil und einen praktischen Teil.

#### **I. Sachverhalt**

Dem Gutachten ist auch ohne einen ausdrücklichen Bearbeitervermerk eine Darstellung des für die rechtliche Beurteilung maßgeblichen Sachverhalts voranzustellen, die in Form und Sprache dem Tatbestand eines Urteils (§ 313 Abs. 2 ZPO) entspricht. Der Sachverhalt ergibt sich in der Regel aus den in einem Vermerk festgehaltenen Angaben des eigenen Mandanten und den von ihm übergebenen Unterlagen. Bei der Darstellung des Sachverhalts ist streitiges von unstreutigem Vorbringen zu unterscheiden. Als unstreutig gilt dabei, was von einer Partei vorgetragen und von der anderen nicht bestritten wird. Soweit ein gerichtliches Verfahren schon anhängig ist, ist auch die maßgebliche Prozessgeschichte wiederzugeben. Wird der Beklagte vertreten, sind die vom Kläger angekündigten Anträge und sodann das streitige Beklagtenvorbringen wiederzugeben. Ist die Darstellung des Sachverhalts laut Bearbeitervermerk erlassen, muss die gedankliche Gliederung des Gutachtens erkennen lassen, dass der Sachverhalt vollständig erfasst worden ist.

## **II. Gutachten**

In dem Gutachten ist der Sachverhalt aus anwaltlicher Sicht erschöpfend zu beurteilen. Das Gutachten soll die zu treffende anwaltliche Maßnahme vorbereiten. Das Gutachten kann relationsmäßig oder einschichtig abzufassen sein. Gefordert wird in beiden Fällen in methodischer Hinsicht eine folgerichtig aufgebaute Anspruchsprüfung im Gutachtenstil und in inhaltlicher Hinsicht eine argumentativ überzeugende Lösung aus anwaltlicher Sicht.

### **1. Relationsgutachten**

Ein relationsmäßiger Aufbau ist nur erforderlich, wenn ein solcher in dem Bearbeitervermerk ausdrücklich verlangt wird. Er ist nur dann sinnvoll, wenn entweder ein gerichtliches Verfahren schon anhängig oder aber zur Durchsetzung von Rechten des Mandanten in Betracht zu ziehen ist. Für die Begutachtung von außergerichtlichen Maßnahmen (z.B. Kündigung oder Abschluss eines Vertrages) ist das Relationsschema hingegen nicht geeignet. Das relationsmäßige Gutachten ist in Stationen zu gliedern:

#### **a) Auslegungsstation**

Eine Auslegungsstation ist nur erforderlich, wenn das Rechtsschutzbegehren des Mandanten klärungsbedürftig ist. In dieser – nach Möglichkeit kurz abzufassenden – Station ist zunächst das für die Begutachtung maßgebliche Rechtsschutzziel oder sonstige rechtliche Ziel des Mandanten zu ermitteln. Bei mehreren, in Betracht kommenden Maßnahmen ist zu prüfen, welche Maßnahmen den Zielen des Mandanten entsprechen (z.B. Klage gegen X oder Y; Verteidigung gegen eine Klage oder Erhebung einer Widerklage; Anfechtung oder Kündigung). Maßgeblich hierfür sind die vom Mandanten geäußerten Wünsche und Vorstellungen (z.B.: „Ich möchte nur Ansprüche gegen Y, auf keinen Fall aber gegenüber Z geltend machen.“). Weiterhin ist genauestens auf den Bearbeitervermerk zu achten (z.B.: „Ansprüche gegen Z sind nicht zu prüfen.“)

#### **b) Zulässigkeits- bzw. Prozessstation**

Nach der Ermittlung des rechtlichen Zieles des Mandanten ist die Zulässigkeit der Klage oder eines gerichtlichen Antrags zu prüfen, ggf. auch die Zulässigkeit eines Rechtsmittels oder eines Rechtsbehelfs gegen eine ergangene Entscheidung (z.B. eines Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil). Zum notwendigen Prüfungsumfang wird auf die Ausführungen zu B III 3. Verwiesen. Ausführungen zur Zulässigkeit sind nur erforderlich, wenn Prozessvoraussetzungen problematisch sind. Zumindest die sachliche und örtliche Zuständigkeit eines Gerichtes sollte stets geprüft werden, in unproblematischen Fällen in der gebotenen Kürze.

#### **c) Mandanten- bzw. Klägerstation (Schlüssigkeitsprüfung)**

In dieser Station ist die Schlüssigkeit des Vorbringens des Mandanten zu prüfen oder (falls der Beklagte oder Antragsgegner eines bereits anhängigen Verfahrens vertreten wird), die

Schlüssigkeit des Vorbringens der gegnerischen Partei, d. h. des Klägers oder Antragstellers. Wenn es zu einem Rechtsproblem eine gefestigte Rechtspraxis (insbesondere des BGH) und abweichende Stimmen in der Literatur gibt, kann es sinnvoll sein, im Rahmen der rechtlichen Prüfung der herrschenden Meinung zu folgen und lediglich auf die abweichenden Meinungen hinzuweisen. Zu zitieren sind die maßgeblichen Fundstellen der zugelassenen Kommentare, die aber nicht die eigene Subsumtion und Argumentation ersetzen dürfen. Falls der herrschenden Meinung nicht gefolgt wird, ist aber im Rahmen der Zweckmäßigkeitsüberlegungen (siehe unten f) zu prüfen, ob dem Mandanten ein bestimmtes rechtliches Vorgehen empfohlen werden kann. Aus anwaltlicher Sicht ist es nämlich grundsätzlich nicht vertretbar, einem Mandanten eine Klageerhebung gegen eine gefestigte Rechtsprechung zu empfehlen. Aus anwaltlicher Vorsicht ist zudem stets in Betracht zu ziehen, dass das entscheidende Gericht einzelne, nicht eindeutig zu beantwortende, entscheidungserhebliche Fragen anders beurteilt, so dass vorsorglich im Rahmen eines Hilfsgutachtens die weiteren Voraussetzungen des Anspruch zu prüfen sind. Wenn hingegen die Voraussetzungen einer in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage eindeutig vorliegen und andere Anspruchsgrundlagen zweifelhaft sind, kann es aus Zeitgründen geboten sein, auf die Prüfung der weiteren Anspruchsgrundlagen zu verzichten oder bei der Prüfung dieser Anspruchsgrundlagen problematische Punkte offen zu lassen.

#### **d) Anspruchsgegner- bzw. Beklagtenstation (Erheblichkeitsprüfung)**

In dieser Station ist zu prüfen, ob das zu erwartende Verteidigungsvorbringen des Anspruchsgegners bzw. – soweit der Beklagte oder Antragsgegner eines bereits anhängigen Verfahrens vertreten wird – das mögliche Verteidigungsvorbringen des eigenen Mandanten in materiell-rechtlicher Hinsicht erheblich ist. Bei der Ermittlung des zu erwartenden Vorbringens der gegnerischen Partei ist kein Vorbringen dieser Partei zu erfinden, sondern vorausschauend zu erkennen. Wenn z. B. die Forderung des Mandanten verjährt ist, sollte man davon ausgehen, dass die Verjährungseinrede voraussichtlich auch erhoben wird. Regelmäßig ist zu unterstellen, dass der Gegner den Sachvortrag des Mandanten bestreiten wird (z. B. seine endgültige Leistungsverweigerung, die Erforderlichkeit einer Reparatur, den Hergang eines Unfalls, die Höhe eines Schadens). Hat die Gegenpartei sogar schon vorprozessual Einreden oder Einwendungen erhoben, ist in der Erheblichkeitsprüfung auf jeden Fall davon auszugehen, dass diese auch geltend gemacht werden.

#### **e) Beweisprognose- bzw. Beweisstation**

Ist noch keine Beweisaufnahme durchgeführt worden, ist zu prüfen, ob die beweiserheblichen Tatsachen voraussichtlich im streitigen Verfahren bewiesen werden können. Zu erörtern ist, wer die Beweislast trägt und ob aussichtsreiche Beweismittel (§ 371 ZPO – Augenschein, § 373 ZPO – Zeugenbeweis, § 403 ZPO – Sachverständigengutachten, § 420 ZPO – Urkunden und §§ 445, 447, 448 ZPO – Parteivernehmung) zur Verfügung stehen. Zu prüfen sind dabei insbesondere auch die Erfolgsaussichten der Beweisführung. Als nicht erfolgsversprechend ist zum Beispiel

die Parteivernehmung des Gegners anzusehen. Wenn bereits eine Beweisaufnahme stattgefunden hat, muss eine Beweiswürdigung vorgenommen werden.

#### **f) Zweckmäßigkeitserwägungen**

Eine Besonderheit einer Anwaltsklausur stellt es dar, dass im Interesse des Mandanten auch Zweckmäßigkeitserwägungen anzustellen sind. Wenn unter Berücksichtigung der Beweislast die Erfolgsaussichten einer Klage oder einer Rechtsverteidigung geprüft worden sind, ist zu erörtern, auf welche Weise das Rechtsschutzziel am sichersten erreicht werden kann. Bei mehreren in Betracht kommenden, gleich geeigneten Möglichkeiten ist zudem auch zu prüfen, welcher Weg der sicherste, schnellste und kostengünstigste Weg ist. Daher müssen prozessuale und prozesstaktische Überlegungen angestellt werden, zum Beispiel:

- die Ausübung von Gestaltungsrechten oder die Geltendmachung einer Einrede in Zusammenhang mit einem gerichtlichen Verfahren,
- die konkrete Formulierung der Anträge,
- die Beschränkung des Streitstoffes,
- die Möglichkeit eines Antrags auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung mit oder ohne Sicherheitsleistung,
- die Frage, ob sofort Klage erhoben oder Fristen gesetzt oder ggf. gemahnt werden soll,
- die Frage, ob einem Dritten der Streit verkündet werden soll,
- ob teilweise anerkannt, aufgerechnet oder Widerklage erhoben werden soll, Kostengesichtspunkte,
- die Frage, ob Fristen einzuhalten sind,
- die Frage ob gegebenenfalls die Flucht in die Säumnis angetreten werden soll,
- Kosten- und Vollstreckungsgesichtspunkte.

Auch wenn außergerichtliche Maßnahmen vorzuschlagen sind, ist der sicherste, schnellste und kostengünstigste Weg zu wählen. Auch in diesem Fall sind Zweckmäßigkeitserwägungen erforderlich, zum Beispiel:

- die vorsorgliche Ausübung mehrerer Gestaltungsrechte (z.B. Anfechtung und Kündigung),
- die vorsorgliche Begründung eines Gestaltungsrechtes mit alternativen Sachverhalten (z.B. einer Kündigung mit mehreren Kündigungsgründen),
- die Vermeidung gerichtlicher Risiken bei der Abfassung von allgemeinen Geschäftsbedingungen,
- die Gestaltung eines grundsätzlich auch für den Vertragspartner akzeptablen Vertragsentwurfs, ggf. noch mit verbleibendem Verhandlungsspielraum zu Gunsten des Vertragspartners,

- die Vermeidung von künftigem Streitpotenzial durch die Vereinbarung vollständiger Regelungen,
- die Vermeidung von Streitpotenzial und gerichtlichen Risiken durch die Vereinbarung eindeutiger und vollständiger Regelungen,
- der Vorschlag einer sog. salvatorischen Klausel, dass die Unwirksamkeit einzelner Vereinbarungen die Wirksamkeit des Vertrages nicht berührt,
- die Prüfung der Notwendigkeit von Schriftformerfordernissen, besonderen Kündigungsrechten oder Kündigungsausschlüssen oder sonstiger besonderer Regelungen,
- die Vereinbarung einer erleichterten Vollstreckbarkeit eines Vertrages.

## 2. Einschichtige Gutachten

Wenn in dem Bearbeitervermerk nicht ausdrücklich eine relationsmäßige Prüfung verlangt wird, ist es ausreichend, die Sach- und Rechtslage einschichtig, d.h. ohne die zuvor dargelegte Aufteilung in Stationen zu prüfen. Auch bei einem einschichtigen Gutachten ist aber von besonderer Bedeutung, das rechtliche Ziel (z.B. Kündigung oder Abschluss eines Vertrages) genau zu ermitteln, um den Umfang der rechtlichen Prüfung eindeutig festzulegen. Die maßgeblichen Rechtsfragen sind sodann im Gutachtenstil zu prüfen, zum Beispiel bei Klausuren mit rechtsgestaltender Aufgabenstellung wie bei folgenden Formulierungsbeispielen:

„In Betracht kommt, dass eine Beendigung des Mietvertrages über den Geschäftsraum durch eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 Abs. 1 BGB mit sofortiger Wirkung oder eine Kündigung des Mietvertrages gem. §§ 568, 573 BGB unter Beachtung der gesetzlichen Kündigungsfrist möglich ist. Eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung setzt voraus, dass ... (ist auszuführen). Diese Voraussetzungen liegen vor, weil ... (ist auszuführen). M kann den Mietvertrag daher erfolgreich anfechten. Darüber hinaus kommt in Betracht, dass er den Vertrag auch ordentlich kündigen könnte. Dies wäre aber nur dann der Fall, wenn der vertraglich vereinbarte Kündigungsausschluss unwirksam wäre ... (usw.)“

oder:

„Möglicherweise kann M die auf seinem Auftragsformular aufgedruckten allgemeinen Geschäftsbedingungen durch eine wirksame, einzelne Klausel ergänzen, dass an den zur Reparatur übergebenen Kundenfahrzeugen ein rechtsgeschäftliches Pfandrecht bestellt wird. Ein solches Pfandrecht setzt voraus, dass ... (ist auszuführen). Es könnte aber nur dann wirksam durch allgemeine Geschäftsbedingungen begründet werden, wenn eine solche Klausel keine unangemessene Benachteiligung des jeweiligen Vertragspartners gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen würde. Eine solche Benachteiligung setzt voraus, dass ... (ist auszuführen). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, weil ... (ist auszuführen).“

## III. Praktischer Teil

Das Gutachten muss zum Vorschlag einer oder mehrerer Maßnahmen führen, die zu entwerfen sind. Der Vorschlag darf sich nicht auf eine vorbereitende Maßnahme – wie etwa die Einholung

ergänzender Informationen – beschränken, sondern muss die nach der Situation gebotene Maßnahme umfassen. Hierbei kann es sich um eine prozessuale Maßnahme (z.B. Klage- oder Antragschrift) oder um eine außerprozessuale Maßnahme (z.B. Kündigung, Entwurf einer AGB-Klausel oder eines Vertrages) handeln. Grundsätzlich ist darauf zu achten, dass für den praktischen Teil noch genügend Zeit zur Verfügung stehen muss. Falls die praktische Ausarbeitung fehlt oder unvollständig ist, wird ein großer Teil der erwarteten Prüfungsleistung nicht erbracht.

Bei der Abfassung von gerichtlichen Schriftsätzen ist insbesondere darauf zu achten, dass

- der Inhalt des Schriftsatzes mit dem Gutachten übereinstimmt,
- die Anträge konkret, vollständig und vollstreckungsfähig sind,
- der Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht vergessen wird, soweit Erfolgsaussichten bestehen, und zwar ohne, hilfsweise gegen Sicherheitsleistung,
- sämtliche für die Prozessführung erforderlichen Beweismittel aufgeführt werden,
- das Beweisangebot ggf. mit dem Zusatz „unter Protest gegen die Beweislast“ erfolgt,
- präzise Beweisanträge gestellt werden (eine Rechnung beweist weder die Erforderlichkeit einer Reparatur, noch den Umstand, dass der Mandant sie bezahlt hat),
- unvollständige Anschriften mit dem Zusatz „ladungsfähige Anschrift wird nachgereicht“ zu versehen sind.

Abschließend ist der Mandant von der Entscheidung zu unterrichten. Dabei muss darauf geachtet werden, dass der Klage(erwiderungs)- bzw. den Antrags- oder Rechtsmittelschriftsatz mit übersandt wird und – sofern erforderlich – ein Vordruck für die Prozesskostenhilfe beifügen und um alsbaldige Rücksendung bitten, unvollständige Zeugenanschriften erfragen, unvollständige Angaben des Mandanten ergänzen lassen (eigener Schaden beim Verkehrsunfall, Unfähigkeit eine Sicherheitsleistung zu erbringen usw.). Soweit die Erfolgsaussichten ganz oder teilweise zu verneinen sind, kann dem Anschreiben für den Mandanten ggf. das Gutachten beigelegt werden, so dass die Erfolgsaussichten nicht nochmals begründet werden müssen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich bei den Mandanten meist um juristische Laien handelt. Die den Vorschlag tragenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte müssen dem Mandanten daher in verständlicher Sprache erklärt werden. Dies könnte bei dem beigelegten Gutachten nicht immer gegeben sein. Dem Mandanten sollten auch in Betracht kommende alternative Vorgehensweisen dargelegt werden. Nicht zu vergessen ist die Aufforderung an den Mandanten zur Zahlung der (verauslagten oder erforderlichen) Gerichtskosten.

#### **IV. Bearbeitervermerk**

Jede Aufsichtsarbeit enthält einen Vermerk für die Bearbeitung, der unbedingt zu beachten ist. Aus dem Vermerk kann sich z. B. ergeben, dass das Anschreiben an den Mandanten oder die Darstellung eines Sachverhaltes nicht erforderlich ist. Sofern nur die Formulierung von Anträgen an ein Gericht gefordert wird, ist dies wörtlich zu nehmen: Die Abfassung eines vollständigen Schriftsatzes mit ausführlicher Begründung der Anträge ist bei einem solchen Arbeitsauftrag nicht geboten. Ein solches Vorgehen stellt selbst einen Fehler und eine erhebliche weitere Fehlerquelle dar, bedeutet vor allem aber die Verschwendung kostbarer Bearbeitungszeit! **Der Bearbeitervermerk geht diesen Hinweisen vor.**

#### **Herausgeber:**

Ministerium für Justiz  
und Gleichstellung  
des Landes Sachsen-Anhalt

#### **Landesjustizprüfungsamt**

Klewitzstraße. 4

39112 Magdeburg

Tel.: 0391/567 - 5000

Fax: 0391/567 - 5024

E-Mail: [poststelle.ljpa@mj.sachsen-anhalt.de](mailto:poststelle.ljpa@mj.sachsen-anhalt.de)

Internet: [www.mj.sachsen-anhalt.de/ljpa](http://www.mj.sachsen-anhalt.de/ljpa)

im Mai 2017