E2 Kurs
zum 2. Staatsexamen

Westfalen

Digitale Infomappe
zum E2 Westfalen

Du entscheidest!

Examensvorbereitung – ganz nach Deinen Bedürfnissen

Westfalen

Du bist gerade …

… am Anfang des Referendariats?

Unser Jahreskurs als Livestrem

1 fester Termin pro Woche, alle klausurtypen abgedeckt!

- **ab 29.05.2025: Vollstreckungrecht in der Assessorklausur**
- ab 27.08.2025: Materielles Recht in der Assessorklausur
- ab 30.10.2025: Zivilrecht I in der Assessorklausur
- ab Januar 2026: Strafrecht in der Assessorklausur
- ab März 2026: Öffentliches Recht in der Assessorklausur

… in der letzten Station?

Unser gesamter Kurs on demand

Sofort Zugriff auf den gesamten Kurs

DU entscheidest, wann was läuft!

… oder irgendwo dazwischen?

Unsere Kombinationslösung

Das Beste aus beiden Welten – wir erstellen zusammen Deinen individuellen Lernplan!

Weitere Informationen:

Alpmann Schmidt Münster • Alter Fischmarkt 8 • 48143 Münster
Telefon 0251 - 981 0 981 • muenster@alpmann-schmidt.de

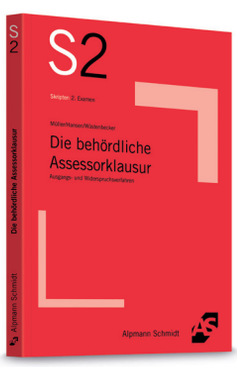
Das Rundum-sorglos-Paket

für Dein 2. Staatsexamen

Kurs zu allen Klausurtypen

- 52 Kurseinheiten à 3 Zeitstunden
- von überall zuschalten, keine Anreise: Kurs ausschließlich **online**
- Jederzeit teilnehmen: **Aufzeichnungen** jeweils 3 Wochen verfügbar

- Alle **7 Kommentare** für das Examen **inklusive**
- In aktueller Auflage
- Nach dem Examen behalten!



- Alle **10 Assessorskripte** von Alpmann Schmidt (Reihe: S2)
- In aktueller Auflage
- Passend zu den Modulen, decken alle Klausurtypen ab

- RÜ+RÜ2 – Dein Plus fürs 2. Examen
- Jeden Monat neu
- Examensrelevante Rechtsprechung in klausurtypischer Darstellung

www.e2-westfalen.de

Alpmann Schmidt
Dein Repetitorium

Bei Belegung aller fünf Module

20% Ersparnis
gegenüber der Einzelbuchung

Komplettpreis
12 x 135 €
steuerlich absetzbar
und mtl. kündbar

Teil 1: Methodik der Fallbearbeitung (Einführung)

A. Sachverhaltsarbeit

Die Arbeit am Sachverhalt gliedert sich bei zivilrechtlichen Aufgabenstellungen in

drei Arbeitsschritte:

- Erfassung des Akteninhalts
- Ordnung des Sachverhalts
- Darstellung des Sachverhalts

I. Erfassung des Akteninhalts

Die Erfassung des Sachverhalts aus der Akte hat neutral, vollständig, wertungsfrei zu erfolgen.

Erkenntnisquellen sind

- Schriftsätze
- Anlagen
- Beiakten
- Sitzungsprotokolle

Im Klageverfahren ist darüber zu verhandeln. An sich ist der Sachvortrag nach § 137 Abs. 2 ZPO in freier Rede von den Parteien darzustellen, in der Praxis geschieht dies durch Bezugnahme (§ 137 Abs. 3 ZPO). Es ist allerdings nicht Aufgabe des Gerichts, sich aus Anlagen und Beiakten die maßgeblichen Tatsachen herauszusuchen, diese Dokumente ersetzen den erforderlichen Parteivortrag nicht, sondern können ihn nur substanziieren.

II. Ordnung des Sachverhalts

Die Ordnung des Sachverhaltes erfolgt nach unstreitigen Tatsachen **(Sachstand)** und streitigem Vortrag **(Streitstand)**, § 313 Abs. 2 S. 2 ZPO. Maßgeblicher Zeitpunkt ist im Klageverfahren der Schluss der mündlichen Verhandlung (§ 296 a S. 1 ZPO), sodass sich im Laufe eines Rechtsstreits häufig Änderungen ergeben.

Unstreitig sind die Tatsachen, die von beiden Parteien übereinstimmend geschildert (zugestanden, § 288 ZPO) werden, außerdem nicht ausdrücklich oder konkludent (§ 138 Abs. 3 ZPO) bestrittene Behauptungen des Gegners sowie solche, zu denen entgegen § 138 Abs. 2 ZPO keine Erklärung abgegeben wird. Der Sachstand bildet regelmäßig den Kern des Sachverhaltes.

Streitig demgegenüber sind die Tatsachen, die der Gegner ausdrücklich, konkludent (§ 138 Abs. 3 ZPO) oder mit Nichtwissen (§ 138 Abs. 4 ZPO) bestritten hat. Zu unterscheiden sind einfaches und substanziiertes (auch qualifiziertes Bestreiten genannt). Es gilt wegen § 138 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO der Grundsatz, dass der Umfang der Substantiierung des Bestreitens von der Substantiierung des Gegners abhängt, sofern der bestreitenden Partei eine Substantiierung möglich ist. Um mit Nichtwissen bestreiten zu dürfen, muss es sich gem. § 138 Abs. 4 ZPO um Tatsachen handeln, die weder Gegenstand eigener Handlung noch eigener Wahrnehmung sind, zudem darf es der bestreitenden Partei nicht möglich sein, sich das erforderliche Wissen im Rahmen zumutbarer Erkundigungen in der eigenen Wahrnehmungssphäre zu verschaffen. Eine allgemeine Informationspflicht demgegenüber besteht nicht.

Für die Ordnung des Sachverhaltes spielt es **keine** Rolle, ob die Tatsachen **prozessual** ordnungsgemäß vorgetragen worden sind (z.B. unzulässige Behauptungen ins Blaue; Sachvortrag

nach Schluss der mündlichen Verhandlung, vgl. § 283 ZPO; Vortrag gegen Verstoß gegen die Interventionswirkung bei erfolgter Streitverkündung im Vorprozess). Diese Frage ist erst bei der rechtlichen Prüfung der Tatsache zu klären. Nur prozessual verwertbare Tatsachen können Gegenstand der Entscheidungsfindung sein. Ggf. ist diese Frage im rechtlichen Teil der Arbeit zu problematisieren.

III. Darstellung des Sachverhalts

Oberste Richtschnur für die Darstellung des Sachverhalts ist die Verständlichkeit für den Leser. Für den Regelfall hat sich folgender Aufbau bewährt, von dem nur abgewichen werden sollte, wenn es ansonsten zu Verständlichkeitsproblemen kommt:

1. Einleitungssatz (Indikativ Präsens):

Ein Einleitungssatz ist nicht zwingend. Wenn, dann sollte er kurz und prägnant das Klagebegehren bezeichnen.

> ***Formulierungsbeispiel:*** *„Der Kläger nimmt den Beklagten auf Räumung einer Mietwohnung in Anspruch."*

2. Unstreitiger Sachverhalt (Indikativ Imperfekt)

Die Darstellung ist grds. historisch aufzubauen und erfolgt im erzählenden Imperfekt.

> **Formulierungsbeispiel:** *„Die Parteien schlossen am ... einen Mietvertrag über die in Detmold in der Prinzenstr. 44 gelegene Eigentumswohnung des Klägers. Der Beklagte mietete diese Wohnung ab dem … zu einer monatlichen Kaltmiete von … Euro …"*

3. Streitiger Klägervortrag (Konjunktiv Präsens)

Tatsachenvortrag („behaupten") und Rechtsausführungen („ist der Ansicht") sind voneinander zu trennen.

> **Formulierungsbeispiel:** *„Der Kläger **behauptet**, der Beklagte habe ihn anlässlich eines zufälligen Zusammentreffens in der Gaststätte … am … vor mehreren Gästen einen Halsabschneider genannt, der seine Mieter ausnehme ... Er **ist der Ansicht**, diese Verhalten des Beklagten rechtfertige eine fristlose Kündigung des Mietvertrages."*

4. Überholte Anträge und antragsbezogene Prozessgeschichte (Indikativ Perfekt)

Die Prozessgeschichte ist insoweit vorzuziehen, als dies für das Verständnis der aktuellen Anträge erforderlich ist (z.B. bei Einspruch gegen vorangegangenes Versäumnisurteil, einseitiger Erledigungserklärung oder übereinstimmender Teilerledigungserklärung.

5. Anträge (eingerückt im Indikativ Präsens)

> **Formulierungsbeispiel:**
>
> *„Der Kläger beantragt,*
>
> *den Beklagten zu verurteilen, …*
>
> *Der Beklagte beantragt,*
>
> *die Klage abzuweisen."*

6. Streitiger Beklagtenvortrag (Konjunktiv Präsens)

Der Vortrag des Beklagten sollte wie folgt gegliedert werden: (1.) Vortrag zur Zulässigkeit der Klage (sog. Prozessrügen), (2.) Vortrag zur Begründetheit der Klage, und zwar (a) Klageleugnen, d.h. qualifiziertes Bestreiten der Voraussetzungen, für die der Kläger darlegungs- und beweispflichtig ist, sowie (b) Einreden i.S.d. ZPO, d.h. rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen sowie Einreden im materiellen Sinne.

Formulierungsbeispiel: *„Der Beklagte **bestreitet** die vom Kläger behauptete Äußerung **damit, dass** es der Kläger gewesen sei, der in der Gaststätte beleidigende Äußerungen wie Mietschmarotzer und asoziales Pack gegenüber dem Beklagten von sich gegeben habe.*

*Außerdem **behauptet** der Beklagte (=Tatsachen) …, … Dazu ist er der Ansicht (Rechtsansichten) …"*

7. Replik und Duplik (Konjunktiv Präsens)

Unter einer **Replik** versteht man im Zusammenhang mit dem Tatbestand das Verteidigungsvorbringen des Klägers auf Einreden des Beklagten i.S.d. ZPO. Der Kläger kann Tatsachen, die eine Gegennorm ausfüllen, einfach, qualifiziert oder mit Nichtwissen bestreiten oder sich seinerseits mit einer Gegennorm verteidigen. Unter einer **Duplik** versteht man das Verteidigungsvorbringen des Beklagten auf die Replik des Klägers. Der Kläger kann wiederum einfach, qualifiziert oder mit Nichtwissen bestreiten bzw. sich seinerseits mit einer Gegennorm verteidigen. Beides sollte aus Gründen der Übersichtlichkeit i.d.R. vermieden werden.

8. Übrige Prozessgeschichte (Indikativ Perfekt)

Formulierungsbeispiel: *„Das Gericht hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugen ... Wegen des Beweisthemas wird auf den Beweisbeschluss vom … und wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme auf das Sitzungsprotokoll vom ... Bezug genommen."*

B. Erarbeitung der Lösung

I. Gerichtliche Klausuren

1. Da kein Gutachten verlangt wird: **Erstellung einer eigenen Lösungsskizze**

Bei unstreitigem Sachverhalt einstufige eigene Lösungsskizze, die alle Rechtsprobleme durchdringt.

Bei streitigem Sachverhalt unter Beachtung der Darlegungs- und Beweislast: Erstellung einer eigenen mehrstufigen Lösungsskizze unter Beachtung der Relationstechnik. (s. Übersicht 1). Hierdurch werden die streiterheblichen Tatsachen herausgefiltert und ermöglichen einen Abgleich mit der Beweisaufnahme.

2. Praktischer Entwurf s. Übersicht 2 und 3.

II. Anwaltsklausuren

Hier wird regelmäßig zunächst ein **Gutachten** verlangt. Je nach anwaltlicher Aufgabenstellung:

1. Klagesituation: Vorbereitendes Gutachten

a) Ggf. Auslegung des Mandantenbegehrens

Herausarbeiten der **wirtschaftlichen Interessenlage** des Mandanten

b) Materiell-rechtliches Gutachten

aa) Grundsatz: Einschichtiger Aufbau

- **Anspruchsprüfung** auf Grundlage des **Mandantenvortrags**
- Soweit einzelne Tatsachen **streitig** sind, direkt am Tatbestandsmerkmal:
  - Begutachtung nach **Mandantenvorbringen**
  - Begutachtung nach **Gegnervorbringen**
  - Ggf. **Beweisprognose** unter Beachtung der Beweislast

bb) Ausnahme: Nur wenn von Bearbeitervermerk vorgegeben: **Relationstechnik** (s. Übersicht 1)

- **Klägerstation:** Schlüssigkeit der Klage nach Klägervorbringen
- **Beklagtenstation:** Erheblichkeit der Einlassung des Beklagten
- **Beweisstation:** Tatsachenfeststellung (Beweisprognose)

cc) Inhalt

- Alle ernsthaft in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen
- Aufbau (vertraglich, vertragsähnlich, dinglich, deliktisch, bereicherungsrechtlich)

c) Prozessuales Gutachten

aa) Ausführungen in jedem Fall zu (ggf. nur kurz):

- Klageart
- Sachliche und örtliche Zuständigkeit
- Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen der gewählten Klageart (z.B. Feststellungsinteresse, § 256 Abs. 1 ZPO)

bb) Ausführungen zu sonstigen Prozess- oder Sachurteilsvoraussetzungen nur, **wenn konkreter Anlass** besteht.

d) Zweckmäßigkeitserwägungen

aa) Gestaltung der Sachlage möglich/notwendig

- Ausübung eines Gestaltungsrechts
- Fristsetzung
- Anspruchsschreiben vor Klageerhebung (wegen § 93 ZPO!)
- Mahnung (§ 286 Abs. 1, § 288 BGB)

bb) Bestimmung der **Verfahrensart** (ggf. schneller und/oder kostengünstiger Titel):

- Mahnverfahren, §§ 688 ff. ZPO
- Urkunden- und Wechselprozess, §§ 592 ff. ZPO
- Einstweiliger Rechtsschutz, §§ 916 ff. ZPO
- Leistungsklage
  - Teilklage (Vorteil: geringeres Kostenrisiko; Nachteil: nicht eingeklagter Teil ist nicht rechtshängig)
  - Haupt- und Hilfsantrag
  - Stufenklage, § 254 ZPO (Sonderfall der objektiven Klagehäufung)
  - Klage auf wiederkehrende Leistung, §§ 257–259 ZPO
  - Unbezifferter Klageantrag (Angabe einer Größenordnung)
  - Freistellungsantrag, § 257 BGB
- Feststellungsklage, § 256 ZPO (Feststellungsinteresse)

cc) Prozesskostenhilfe (PKH), §§ 114 ff. ZPO

dd) Hemmung der **Verjährung**, § 204 BGB, § 167 ZPO

ee) Streitverkündung, §§ 72–74 ZPO (insbesondere zur Vorbereitung eines Regresses)

ff) Sonstiges

- Obligatorische Schlichtung Art. 15a EGZPO
- Auswahl des Gerichts, § 35 ZPO
- Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen (KFH), §§ 96 ff. GVG
- Einzelrichter, §§ 348 ff. ZPO
- Antrag auf vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung, §§ 707, 719 ZPO
- Kosteninteresse
- Rechtzeitigkeit des Vorbringens, § 296 ZPO

gg) Bei Beratung nach **Klageerwiderung:**

- Klagerücknahme, § 269 ZPO
- Klageänderung, § 263 ZPO
- Parteiänderung, §§ 263 ff. ZPO analog
- Erledigungserklärung, § 91 a ZPO

e) Praktischer Entwurf der Klageschrift (s. Übersicht 4)

2. Beklagtensituation: Vorbereitendes Gutachten

a) Ggf. Auslegung des Mandantenbegehrens

- **Verteidigung** gegen die Klage (ganz oder nur z.T.)
- Kostengünstige **Beendigung** des Rechtsstreits
- **Einvernehmliche** Lösung (Vergleichsverhandlungen)

b) Prozessuales Gutachten (wie bei Kläger)

c) Materiell-rechtliches Gutachten

aa) Grundsatz: **Einschichtiger Aufbau**

- **Anspruchsprüfung** auf Grundlage des **Klägervortrags**
- Soweit einzelne Tatsachen **streitig** sind:
  - Begutachtung nach **Klägervorbringen**
  - Begutachtung nach **Mandantenvorbringen**
  - Ggf. **Beweisprognose** unter Beachtung der Beweislast
- Verteidigung mit Gegenforderungen (Primär- oder Hilfsaufrechnung, Widerklage)

bb) Nur wenn von Bearbeitervermerk vorgegeben: **Relation**

- **Klägerstation:** Schlüssigkeit der Klage nach Klägervorbringen
- **Beklagtenstation:** Erheblichkeit der Einlassung des Beklagten (Mandanten)
- **Beweisstation:** Tatsachenfeststellung (Beweisprognose)

cc) Inhalt

- Alle ernsthaft in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen
- Aufbau (vertraglich, vertragsähnlich, dinglich, deliktisch, bereicherungsrechtlich)

d) Zweckmäßigkeitserwägungen

aa) Verteidigung bei guten Erfolgsaussichten

- Klageabweisungsantrag (ggf. Teilanerkenntnis, § 307 ZPO
- Zulässigkeitsrügen
- Bestreiten von Tatsachen
- Rechtliche Argumente
- Einreden
- Aufrechnung (als primäre Verteidigung) ggf. unter Ausnutzung des § 215 BGB

bb) Hilfsaufrechnung (beachte § 296 Abs. 2 ZPO)

cc) Widerklage, § 33 ZPO

- Geltendmachung von Gegenansprüchen
- Umgehung eines Aufrechnungsverbotes (§ 393 BGB) oder Einwendungsausschlusses
- Flucht in die Widerklage falls bzgl. Aufrechnung die Präklusion, § 296 ZPO droht
- Reaktion auf Teilklage des Gegners durch (negative) Feststellungswiderklage
- Drittwiderklage (z.B. Ausschalten von Zeugen)
- Hilfswiderklage

dd) Flucht des Klägers in die Säumnis, wenn Präklusion, § 296 ZPO droht.

ee) Anerkenntnis

- Sofortiges Anerkenntnis, § 93 ZPO
- Auch sonst aus Kostengründen, § 307 ZPO

ff) Bei **Versäumnisurteil/Mahnbescheid:** Einspruch/Vollstreckungsschutz

- Einspruchseinlegung, §§ 338 ff. ZPO
- Vollstreckungsschutzantrag, § 719 ZPO!

gg) Bei **einstweiliger Verfügung:**

- Schutzschrift
- Widerspruch, § 924 ZPO
- Antrag nach § 926 ZPO

hh) Bei **Vorbehaltsurteil im Urkundsprozess:** § 599 ZPO: Antrag auf Nachverfahren, § 600 ZPO

ii) Bei **Erledigungserklärung** des Klägers: Widerspruch dagegen, um beidseitige Erledigungserklärung i.S.v. § 91 a ZPO zu verhindern.

e) Praktischer Entwurf der Klageerwiderung (s. Übersicht 5)

3. Rechtsgestaltendes Mandat

a) Ermittlung der Sachziele des Mandanten: „Was will er"?

In der Klausur aus dem gestellten Sachverhalt, insbes. dem Bearbeitervermerk, zu ermitteln:

- Ausdrückliche Wünsche des Mandanten;
- im „Nebensatz" formulierte Wünsche des Mandanten;
- sich aus der im zu beurteilenden Fall vorliegenden Interessenlage ergebende, von diesem ggf. noch nicht klar realisierte Wünsche des Mandanten, auch in der Zukunft (z.B. Streitvermeidung).

b) Ermittlung des Rechtsziels des Mandanten: „Woraus will er"?

Der Mandant ist regelmäßig juristischer Laie. Es ist deshalb Aufgabe des Anwalts zu ermitteln, in welchen juristischen Gebieten Werkzeuge zu finden sind, um die definierten Sachziele des Mandanten verfolgen und ggf. erreichen zu können.

Dies ist naturgemäß bei gesetzlich normierten Vertragstypen einfacher als bei nicht geregelten atypischen Verträgen.

c) Ermittlung der bestehenden Sach- und Rechtslage

aa) Ermittlung der **relevanten Tatsachen** aus dem mitgeteilten Sachverhalt

z.B.: Persönliche Verhältnisse, vermögensrechtliche Verhältnisse, rechtliche Vorverhältnisse (z.B. bestehende Verträge oder andere rechtliche Vereinbarungen)

bb) Ermittlung der **Rechtslage**

d) Feststellung des Gestaltungsbedarfs

Ein Gestaltungsbedarf ist gegeben, wenn und soweit die bestehende Rechtslage nicht den Sachzielen des Mandanten in der Gegenwart bzw. der Zukunft entspricht (Regelfall). Eine Zweifelsregel im Gesetz (z.B. § 154 Abs. 1 BGB) ist Anlass, etwas zu regeln!

e) Ermittlung etwaiger Gestaltungsmöglichkeiten und -alternativen

aa) Ist die ermittelte Rechtslage im Sinne des Mandanten **dispositiv** oder liegt eine nicht abdingbare Regelung vor?

- **Grundsatz:** Schuldrecht dispositiv, Sachenrecht zwingend
- **Ausnahmen** (zwingendes Recht im Schuldrecht, z.B.)
  - § 476 BGB (Verbrauchsgüterkauf), § 651 y BGB (Reiserecht) etc.
  - Schutzbestimmungen (z.B. §§ 312 f; 487; 506 BGB)

bb) Ist das vom Mandanten verfolgte Ziel im Rahmen **allgemeiner Gestaltungsgrenzen** zu erreichen?

- AGB-Recht §§ 309–307 BGB
- §§ 134, 138 BGB

cc) Gibt es für eine Gestaltung insbesondere unter Berücksichtigung einer in der Klausur angedeuteten, ansonsten realistischen, Zukunftsentwicklung **mehrere Möglichkeiten**, und was sind deren Vor- und Nachteile?

(1) Kommen **mehrere Gestaltungsalternativen** in Betracht, sind diese auf eine zu empfehlende „einzudampfen"; **Entscheidungskriterien:**

- Mandanteninteresse (vgl. oben)
- Gebot des sichersten Weges (ist z.B. eine Variante mit unsicherer Rechtsprechungslage verbunden, wohingegen eine andere höchstrichterlich geklärt ist)
- Wirtschaftliche Folgen (Kosten des Vertragsabschlusses und -durchführung; Kosten etwaiger Vertragsänderungen, sonstige Kosten)

(2) Besteht dann nur noch eine, vom Bearbeiter vorzuschlagende Variante, ist bei deren **Realisierung** an folgende Gesichtspunkte zu denken:

- Formbedürftigkeit?
- Klare, eindeutige Sprache; präzise Formulierungen, soweit erforderlich (insbes. bei den §§ 309, 308 BGB): Orientierung am Gesetzeswortlaut.; ansonsten: Verwenden der juristischen Termini

dd) Formulierung der Gestaltung

➢ Fertigung des praktischen Entwurfs

Beispiele zur Tenorierung: (Übungsfälle)

Wie lautet in den nachfolgenden Akten der vollständige Urteilstenor?

Akte 1:

K verklagt B auf Zahlung von 6.000 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit. Die vollumfänglich begründete Klage wird B am 31.08. zugestellt.

Akte 2:

Wie Fall 1, die Klage ist aber vollumfänglich unbegründet.

Akte 3:

Wie Fall 1, die Klage ist aber nur i.H.v. 4.000 € begründet.

Akte 4:

K verklagt B auf Zahlung von 3.000 €. Dabei beruft er sich in erster Linie auf eine Kaufpreis- und hilfsweise auf eine Werklohnforderung (sog. verdeckter Hilfsantrag). Der Anspruch ist bereits aus dem Kaufvertrag begründet. Zinsen werden nicht beantragt.

Akte 5 (Baumbach'sche Kostenformel):

K verklagt B1 und B2 gesamtschuldnerisch zur Zahlung von 6.000 €. Die Klage hat gegen B1 in voller Höhe Erfolg, gegen B2 ist sie hingegen vollumfänglich unbegründet.

AS-Skript Die zivilgerichtliche Assessorklausur (2023), S. 1–70

Daßnach JA 2019, 772 (Bearbeitung der Urteilsklausur im Zivilrecht)

Fall 1: Unfallbericht (Übungsfall)

Franz Barcher
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Versicherungsrecht

Willy-Brandt-Platz 25
33602 Bielefeld
Tel. 0521 41616-0
info@anwalt-barcher.de

Rechtsanwalt Barcher Willy-Brandt-Platz 25 33602 Bielefeld

per beA

An das

Amtsgericht Bielefeld

33602 Bielefeld

Bielefeld, den 08.03. ….
FB/un 85/….

AMTSGERICHT BIELEFELD
E I N G E G A N G E N
09 . 0 3 . …..

K l a g e

der Antje Mayer, Bahnhofstraße 1 a, 33602 Bielefeld,

Klägerin,

g e g e n

1. die Gesa Schulze, Hardenbergstraße 2, 33615 Bielefeld,

Beklagte zu 1),

2. den Landwirtschaftlichen Versicherungsverein a.G., vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Axel Brunner, Kolde-Ring 21, 48126 Münster,

Beklagter zu 2),

Namens und mit Vollmacht der Klägerin erhebe ich hiermit Klage gegen die Beklagten und werde folgenden Antrag stellen:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 2.510,14 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.03.2019 zu zahlen.

Vorsorglich stelle ich den Antrag nach § 331 Abs. 3 ZPO.

Begründung:

Die Klägerin macht Schadensersatzansprüche aus einem Verkehrsunfall vom 03. Januar …. um 13.30 Uhr innerorts auf der Eckendorfer Str. in Bielefeld geltend.

Die Klägerin ist Fahrerin des an dem Unfall beteiligten PKW VW Golf mit dem amtlichen Kennzeichen BI – AM 34, der ihr gehört. Unfallgegnerin war die Beklagte zu 1) als Fahrerin und Halterin des Opel Astra mit dem amtlichen Kennzeichen BI – GH 658. Der Beklagte zu 2) ist der Haftpflichtversicherer der Beklagten zu 1).

Die Klägerin befuhr die Eckendorfer Straße stadtauswärts auf der rechten der beiden dort befindlichen Fahrspuren mit einer Geschwindigkeit von etwa 50 km/h. Plötzlich fuhr ihr in Höhe von McDonalds die Beklagte zu 1 ins Heck.

Beweis: Zeugnis des Herrn Carsten Mayer, Bahnhofstr. 1 a, 33615 Bielefeld

Bei dem Zeugen Meyer handelt es sich um den Sohn der Klägerin, der auf dem Beifahrersitz saß.

Für den bei diesem Auffahrunfall entstandenen Schaden haben die Beklagten gesamtschuldnerisch zu 100 % einzustehen. Die Beklagte zu 1) war aus der Klägerin nicht bekannten Gründen unaufmerksam und hat den Unfall allein verschuldet. Bei der polizeilichen Unfallaufnahme räumte die Beklagte zu 1) ein, der Klägerin ins Heck gefahren zu sein. Die Beklagte zu 1) wurde von der den Unfall aufnehmenden Polizei als Unfallverursacherin kostenpflichtig verwarnt.

Beweis: Unfallmitteilung der Polizei, Anlage K 4

Gegen die Beklagte zu 1) als Auffahrende spricht zudem der Beweis des ersten Anscheins. Die Betriebsgefahr des klägerischen Fahrzeuges tritt bei dieser Unfallkonstellation völlig in den Hintergrund.

Die Klägerin hat den Unfallschaden begutachten und danach reparieren lassen. Durch den Unfall sind der nicht vorsteuerabzugsberechtigten Klägerin folgende Kosten entstanden, die sie sämtlich verauslagt hat:

a) Reparaturkosten:1.843,50 € brutto

Beweis: Reparaturrechnung der Fa. VW- Möller vom 10.01., Anlage K 1

b) Mietwagenkosten für drei Tage: 276,98 € brutto

Beweis: Rechnung der Fa. AVIS vom 12.01., Anlage K 2

c) Kosten des außergerichtlichen Schadensgutachtens: 359, 66 € brutto

Beweis: Rechnung der DEKRA Bielefeld vom 04.01., Anlage K 3

d) Kostenpauschale (Telefon, Porto etc.): 30,00 €

Die vier genannten Einzelpositionen ergeben die Klageforderung.

Die Beklagte zu 2) hat auf außergerichtliche Zahlungsaufforderung des Unterzeichners am 01.03. jegliche Ersatzleistung abgelehnt. Daher ist Klage geboten.

Der Gerichtskostenvorschuss ist per elektronischer Kostenmarke angewiesen.

(qualifiziert elektronisch signiert)

ANWALTSKANZLEI
MARTIN HIMMELS

NIEDERWALL 13
3362 BIELEFELD
TEL.: 0521 – 74352

Bielefeld, den 25.03….

per beA
An das
Amtsgericht Bielefeld

33602 Bielefeld

Amtsgericht Bielefeld
EINGEGANGEN
26. 03 . ….

In Sachen

Mayer ./. Schulze und LVM

– 4 C 131/…. –

melde ich mich für die Beklagten und werde namens und in Vollmacht der Beklagten beantragen,

die am 16.03. zugestellte Klage abzuweisen.

Begründung:

Zunächst bestreite ich den gesamten Klagevortrag, soweit er nicht nachfolgend zugestanden ist. Die Klageforderung besteht schon dem Grunde nach nicht. Für den Unfall ist nicht die Beklagte zu 1 verantwortlich, sondern ausschließlich die Klägerin.

Es handelte sich nicht um einen klassischen Auffahrunfall. Deshalb greift kein Anscheinsbeweis gegen die Beklagte zu 1). Vielmehr war alleinige Ursache der Kollision ein Spurwechselfehler der Klägerin. Diese hat in der Klageschrift verschwiegen, dass sie zunächst auf der linken Fahrspur auf der Eckendorfer Str. fuhr. Sie überholte den PKW der Beklagten zu 1) und zog dann plötzlich ihr Fahrzeug nach rechts herüber, um in eine viel zu kleine Fahrzeuglücke zu springen. Beim Spurwechsel verlangsamte sie ihre Geschwindigkeit. Der Abstand zwischen dem PKW der Beklagten zu 1) und dem vorausfahrenden Fahrzeug betrug beim Spurwechsel der Klägerin allenfalls sieben Meter. Die Beklagte zu 1) wurde von diesem Fahrverhalten der Klägerin völlig überrascht. Sie konnte eine Kollision nicht mehr abwenden. Nicht die Beklagten sind für den Unfall einstandspflichtig, sondern die Klägerin. Deshalb behält sich die Beklagte zu 1) die Erhebung einer Widerklage vor.

Für das Unfallgeschehen berufe ich mich auf das **Zeugnis** des Herrn Uwe Sander, Hardenbergstr. 2, 33615 Bielefeld, und der Frau Birgit Ottensmann, Heimstättenweg 6, 32052 Herford.

Der Zeuge Sander war Beifahrer der Beklagten zu 1), die Zeugin Ottensmann hat das Unfallgeschehen vom Parkplatz McDonalds beobachtet.

Aus anwaltlicher Vorsorge nehme ich zu den Schadenspositionen wie folgt Stellung:

Ich bestreite, dass für die Fahrzeugreparatur drei Tage erforderlich waren. Die Beseitigung des Schadens wäre in zwei Tagen möglich gewesen, wie dies das von der Klägerin selbst vorgelegte DEKRA-Gutachten vorgesehen hat.

Mit Nichtwissen wird bestritten, dass die Klägerin die Rechnungen bereits bezahlt hat.

Himmels *(qualifiziert elektronisch signiert)*

Rechtsanwalt

AMTSGERICHT BIELEFELD
EINGEGANGEN
08 . 04 . ....

Franz Barcher
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Versicherungsrecht

Willy-Brandt-Platz 25
33602 Bielefeld
Tel. 0521 41616-0
info@anwalt-barcher.de

Rechtsanwalt Barcher Willy-Brandt-Platz 25 33602 Bielefeld

per beA

An das

Amtsgericht Bielefeld

33602 Bielefeld

Bielefeld, den 07.04. ….
FB/un 85/….

In Sachen

Mayer gegen Schulze und LVM – 4 C 131/…. –

erwidere ich für die Klägerin wie folgt:

Es spielt für die rechtliche Beurteilung überhaupt keine Rolle, dass die Klägerin zunächst auf der linken Spur fuhr. Entscheidend ist alleine, dass die Beklagte zu 1) auf der rechten Spur auffuhr. Zu dieser Zeit war der Spurwechsel bereits vollständig abgeschlossen und die Klägerin befand sich wieder seit mindestens 20 Metern in Geradeausfahrt. Sie hat die Spur zuvor völlig gefahrlos gewechselt und ist nicht in eine zu kleine Lücke „gesprungen". Auch hat sie ihre Geschwindigkeit nicht verringert. Beim Beginn des Spurwechsels befand sie sich gut eine Fahrzeuglänge vor dem PKW der Beklagten zu 1). Der Abstand zwischen dem PKW der Beklagten zu 1) und dem vorausfahrenden PKW betrug mindestens 15 Meter. Der ordnungsgemäße Spurwechsel der Klägerin hatte somit mit dem Auffahren der Beklagten überhaupt nichts zu tun.

Beweis: 1. Zeugnis des bereits benannten Zeugen Mayer

2. Einholung eines Sachverständigengutachtens

Ein Unfallsachverständiger wird anhand der vorhandenen Fotos der beschädigten Fahrzeuge die klägerische Unfalldarstellung bestätigen.

Die dreitägige Reparaturdauer war wegen der Lackierarbeiten an dem reparierten Fahrzeug erforderlich. Am ersten Reparaturtag erfolgte der Ausbau der beschädigten Teile und die Bestellung der Ersatzteile, am zweiten Tag die Reparatur einschl. der Lackierung, die über Nacht trocknen musste. Daher konnte die Klägerin den reparierten PKW erst am dritten Tag wieder aus der Werkstatt abholen.

Beweis: Zeugnis des Werkstattleiters Heinz Meise, Detmolder Weg 4, 33609 Bielefeld

Die drei Rechnungen hat die Klägerin jeweils per Überweisung von ihrem Volksbankkonto bezahlt.

Beweis: Vorlage von Kontoauszügen

Barcher *(qualifiziert elektronisch signiert)*

Aufgabe: Entwerfen Sie einen Sachbericht (ohne Beweisantritte). Gehen Sie davon aus, dass kein weiterer Schriftsatzvortrag erfolgt.

Dein Repetitorium

Beispiele zur Tenorierung:

Der Tenor lautet:

Ü 6, 7

Akte 1:

> *Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 6.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.09. zu zahlen.*
>
> *Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.*
>
> *Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.*

Urteil §

Die Höhe der Zinsen ergibt sich aus §§ 291 S. 1 u. 2, 288 Abs. 1 S. 2 BGB. Da bei der Berechnung der Prozesszinsen § 187 Abs. 1 BGB analog angewandt wird, ist der Tag der Zustellung (vgl. §§ 261 Abs. 1, 253 Abs. 1 BGB) nicht mitzurechnen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 S. 1 u. 2 ZPO.

Akte 2:

> *Die Klage wird abgewiesen.*
>
> *Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.*
>
> *Das Urteil ist (wegen der Kosten) vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.*

Urteil §

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Der klarstellende Hinweis, dass nur „wegen der Kosten" vollstreckt werden kann, ist entbehrlich.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 11, 2. Var.; 711 S. 1 u. 2; 709 S. 2 ZPO. Der Beklagte kann bei einem Streitwert von 6.000 € bei einer 1,3 Verfahrensgebühr (Nr. 3100 VV), einer 1,2 Terminsgebühr (Nr. 3104 VV), einer Kostenpauschale i.H.v. 20 € (Nr. 7002 VV) und einer Umsatzsteuer von 19 % (Nr. 7008 VV) insgesamt 1.184,05 € vollstrecken.

Akte 3:

> *Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.09. zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.*
>
> *Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger zu1/3 und der Beklagte zu 2/3.*
>
> *Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für den Kläger jedoch nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages. Der Kläger darf die Vollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.*

Urteil §

Da der Tenor den Antrag vollständig erledigen muss, ist die Klage im Übrigen abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 S. 1, Var. 2 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht für den Kläger auf § 709 S. 1 u. 2 ZPO, für den Beklagten hingegen – da er nur 1/3 seiner außergerichtlichen Kosten vollstrecken kann – auf §§ 708 Nr. 11, 2. Var.; 711 S. 1 u. 2; 709 S. 2 ZPO.

Akte 4:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.000 € zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 S. 1 u. 2 ZPO.

Akte 5 (Baumbach'sche Kostenformel):

I. Hauptsache:

Bei der Formulierung des Tenors zur Hauptsache ist zu beachten, dass der Kläger – obwohl ihm der eingeklagte Betrag gegen B1 voll zugesprochen wurde – nicht als bloßer „Sieger" angesehen werden kann, da er die Klage gegen B2 verloren hat. Deshalb ist die Klage im Übrigen abzuweisen.

Der Beklagte zu 1) wird verurteilt, an den Kläger 6.000 € zu zahlen.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Kosten:

1. Bei der Kostenentscheidung ist zu beachten, dass der **Fall, dass nur einzelne Streitgenossen unterliegen, in § 100 ZPO nicht geregelt** ist. Insoweit werden die §§ 91, 92 ZPO mit folgender Maßnahme angewandt **(sog. „Baumbach'sche Kostenformel")**:

Die gesamtschuldnerisch verklagten B1 und B2 sehen sich jeweils einem Angriff des K in Höhe von 6.000 € ausgesetzt. Nur in diesen Verhältnissen (K–B1 und K–B2) werden die Kosten des Rechtsstreits verteilt. Eine Kostenerstattung zwischen den Streitgenossen findet nicht statt.

2. Um die Verlustquote des Klägers in das Verhältnis zu den einzelnen Angriffen zu setzen, muss ein **„fiktiver Streitwert" durch Addition der Einzelangriffe** gebildet werden. Er beträgt demnach vorliegend 2 x 6.000 € = 12.000 €, obwohl der tatsächliche Gebührenstreitwert selbstverständlich nur 6.000 € beträgt.

3. Bei der **Berechnung der Gewinn- und Verlustquoten der Parteien** sind die **gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten zu trennen**.

Im Verhältnis zu B2 hat die Klage keinen Erfolg; insoweit muss K die Kosten vollständig tragen und insbesondere die außergerichtlichen Kosten des B2 erstatten. Da in diesem Verhältnis aber auch die (gedachte) Hälfte der Gerichtskosten und die (ebenfalls gedachte) Hälfte der eigenen außergerichtlichen Kosten des K entstanden sind, muss K auch diese Kosten tragen.

Im Verhältnis zu B1 hat die Klage Erfolg. Da B1 vollständig unterliegt, muss er seine außergerichtlichen Kosten und außerdem die (gedachte andere) Hälfte der Gerichtskosten sowie der außergerichtlichen Kosten des K tragen.

Der Ausspruch, dass im Übrigen jede Partei ihre außergerichtlichen Kosten selbst trägt, ist an sich entbehrlich, da er keinen vollstreckungsfähigen Inhalt hat. Er ist gleichwohl in der Praxis aus Klarstellungsgründen gebräuchlich.

Die Gerichtskosten tragen der Kläger und der Beklagte zu 1) je zur Hälfte. Von den außergerichtlichen Kosten des Klägers trägt der Beklagte zu 1) die Hälfte, die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2) trägt der Kläger; im Übrigen trägt jeder seine außergerichtlichen Kosten selbst.

III. Vorläufige Vollstreckbarkeit:

1. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht **für K auf § 709 S. 1 u. 2 ZPO**, da er in der Hauptsache mehr als 1.250 € vollstrecken kann (vgl. § 708 Nr. 11, 1. Var. ZPO).

2. Für B2 beruht sie **auf §§ 708 Nr. 11, 2. Var.; 711 S. 1 u. 2 ZPO**, da er lediglich seine außergerichtlichen Kosten vollstrecken kann und diese bei einem Streitwert von 6.000 € unter 1.500 € liegen (vgl. § 708 Nr. 11, 2. Var. ZPO):

B2 kann bei einem Streitwert von 6.000 € bei einer 1,3 Verfahrensgebühr (Nr. 3100 VV), einer 1,2 Terminsgebühr (Nr. 3104 VV), einer Kostenpauschale i.H.v. 20 € (Nr. 7002 VV) und einer USt von 19 % (Nr. 7008 VV) insgesamt 1.184,05 € vollstrecken.

3. B1 unterliegt vollständig und darf daher nichts vollstrecken.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für den Kläger jedoch nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages. Der Kläger darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Fall 1: Unfallbericht

Sachbericht:

Die Parteien streiten um einen Schadensersatzanspruch aus einem Verkehrsunfall.[1]

Die Klägerin ist Eigentümerin und Halterin des PKW VW Golf mit dem amtlichen Kennzeichen BI – AM 34. Sie befuhr am 03.01. um 13.30 h innerorts in Bielefeld die zweispurige Eckendorfer Str. stadtauswärts auf der linken Fahrspur mit einer Geschwindigkeit von etwa 50 km/h. Nachdem sie die Spur gewechselt hatte, fuhr ihr in Höhe von McDonalds, die von der Klägerin zuvor überholte Beklagte zu 1) auf der rechten Spur mit ihrem bei der Beklagten zu 2) kfz-haftpflichtversicherten PKW mit dem Kennzeichen BI – GH 658 ins Heck. Bei der polizeilichen Unfallaufnahme räumte die Beklagte zu 1) ein, der Klägerin ins Heck gefahren zu sein.[2]

Die nicht zum Vorsteuerabzug berechtigte Klägerin[3] holte ein außergerichtliches Gutachten der DEKRA Bielefeld zu ihrem Unfallschaden ein, das 359,66 € brutto kostete. Sie ließ ihr verunfalltes Fahrzeug bei der Fa. VW- Möller für 1.843,50 € brutto reparieren. Für drei Tage mietete sie sich bei der Fa. AVIS für 276,98 € brutto ein Ersatzfahrzeug. Das DEKRA-Gutachten ging von einer zweitägigen Reparaturdauer aus.[4]

Die Klägerin behauptet,[5] sie habe die Spur von links nach rechts gefahrlos in eine Lücke von mindestens 15 Metern zwischen dem PKW der Beklagten zu 1) und dem vorausfahrenden Fahrzeug ohne Geschwindigkeitsverringerung gewechselt. Bei der Kollision habe sie sich bereits mindestens 20 Meter in Geradeausfahrt auf der rechten Spur befunden. Die Klägerin

---

1 Ein Einleitungssatz ist fakultativ.

2 Insoweit ist der Unfall**hergang** unstreitig. Es spielt keine Rolle, dass die Beklagten im Einleitungssatz der Klageerwiderung jeglichen nicht ausdrücklich zugestandenen Sachvortrag der Klägerin bestritten haben. Ein pauschales Bestreiten genügt nicht den Anforderungen des § 138 Abs. 1, 2 ZPO und ist prozessual unbeachtlich.

3 Wichtige Tatsacheninformation, da bei Vorsteuerabzugsberechtigung entgegen § 249 Abs. 2 S. 2 BGB die USt nicht ersetzt wird, weil diese Position durch das Steuerrecht neutralisiert wird und deswegen kein Schaden besteht.

4 Der Sachstand zur Schadens**höhe** kann aufbaumäßig auch erst nach den Behauptungen der Klägerin zum Umfall**hergang** geschildert werden.

5 Es ist sauber zwischen den zwingend darzustellenden Behauptungen (streitigen **Tatsachen**) und den nur aus Verständlichkeitsgründen aufgenommenen Rechtsansichten zu unterscheiden. Streitiger Tatsachenvortrag ist mit „behauptet" einzuleiten, Rechtsansichten mit, „ist der Ansicht". Zu vermeiden ist der unbestimmte Begriff „trägt vor".

ist der Ansicht, den Unfall habe alleine die Beklagte zu 1) zu verantworten. Der Beweis des ersten Anscheins spreche gegen die Beklagte zu 1).

Außerdem behauptet die Klägerin, die dreitätige Reparatur ihres Fahrzeuges sei erforderlich gewesen, da die am zweiten Reparaturtag erfolgte Lackierung noch über Nacht habe trocknen müssen.[6] Die drei Rechnungen über insgesamt 2.480,14 € für die Fahrzeugreparatur, den Mietwagen und das Schadensgutachten habe sie bereits von ihrem Volksbankkonto überwiesen.

Die Beklagte zu 2 lehnte am 01.03. jegliche außergerichtliche Schadensregulierung ab.[7]

Unter Einbeziehung einer Kostenpauschale i.H.v. 30,00 € für Telefon, Porto etc. beantragt die Klägerin,

> die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin 2.510,14 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.03. zu zahlen.

Die Beklagten beantragen,

> die Klage abzuweisen.

Sie behaupten,[8] die Klägerin habe plötzlich ihren PKW von der linken auf die rechte Fahrspur herübergezogen, obwohl der Abstand zwischen dem Fahrzeug der Beklagten zu 1) und dem vorausfahrenden PKW allenfalls sieben Meter betragen habe. Beim Spurwechsel habe die Klägerin ihre Geschwindigkeit verringert. Die Beklagte zu 1) habe eine Kollision nicht abwenden können. Die Beklagten sind der Ansicht, die Klägerin sei wegen ihres Spurwechselfehlers allein für den Unfall verantwortlich. Sie bestreiten die von der Klägerin behauptete Rechnungsbegleichung mit Nichtwissen.[9]

---

[6] Der 3-tägige Werkstattaufenthalt des Fahrzeuges der Klägerin als solcher ist unstreitig, umstritten ist nur die **rechtliche** Erforderlichkeit dieses Zeitraumes. Diese hat die Klägerin unter Nennung der Gründe der Überschreitung der vom Schadensgutachter veranschlagten Reparaturdauer darzutun, da sie die Darlegungs- und Beweislast für die Erstattungsfähigkeit der (tatsächlichen) Reparaturzeit trägt.

[7] Auch wenn diese Tatsache unstreitig ist, sollte sie erst nach den Behauptungen der Klägerin zur Schadenshöhe mitgeteilt werden, da sie nur die Nebenforderung (Verzugszinsen) betrifft.

[8] Bei den Behauptungen der Beklagten zum Unfallhergang handelt es sich nicht nur um ein substantiiertes Bestreiten der von der Klägerin zu beweisenden klägerischen Unfalldarstellung, sondern zugleich um eigene Behauptungen, für die die Beklagten die Beweislast tragen. Da in die Haftungsabwägung nach § 17 Abs. 1, 2 StVG nur feststehende, d.h. unstreitige und bewiesene Tatsachen einfließen, ist die konkrete Darlegungs- und Beweislastverteilung für die Haftungsquote bei Verkehrsunfällen oft von entscheidender Bedeutung.

[9] Da ein Bestreiten mit Nichtwissen nur unter den Voraussetzungen des **§ 138 Abs. 4 ZPO** zulässig ist, sollten im Sachbericht/Tatbestand die mit Nichtwissen bestrittenen Tastsachen kenntlich gemacht werden, um im Rechtsgutachten die prozessuale Beachtlichkeit dieser Bestreitensform gesondert zu prüfen.

Ü 6

Die Kostenentscheidung im Zivilurteil

I. Kostengrundentscheidung des Gerichts (§§ 91 ff. ZPO)

➢ Nur Grundentscheidung bzgl. der Kostentragungspflicht (bzw. Quote)

„Die Kosten des Rechtsstreits trägt ..."

1. Die Kostenentscheidung erfolgt erst, wenn eine **endgültige** Entscheidung über **sämtliche** Kosten des Rechtsstreits ergehen kann.

Deshalb **keine Kostenentscheidung** bei:

Teilurteilen (§ 301 ZPO); Grundurteilen (§ 304 ZPO); Zwischenurteilen (§§ 303, 280 ZPO); ggf. klarstellend: *„Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten."*

2. Es ist eine **einheitliche Kostenentscheidung** über alle Kosten des Rechtsstreits zu treffen.

a) Deshalb **unzulässig**, Tenorierung nach Verfahrensabschnitten oder Teilen des Rechtsstreits:

- *„Der Kläger trägt die Kosten der Klage, der Beklagte die der Widerklage."*
- *„Der Kläger trägt die Kosten des Hauptantrages, der Beklagte die des Hilfsantrages."*
- *„Die Kosten bis zur Klageermäßigung trägt ..., die übrigen Kosten einschließlich der der Beweisaufnahme trägt ..."*

➢ **Begründung:**

– Pauschgebühren in RVG und GKG (System des einmaligen Gebührenanfalls)

– Gebührendegression in RVG und GKG

b) **Ausnahme: Kostentrennung**, wenn und soweit im Gesetz ausdrücklich vorgesehen, z.B.:

- § 344 ZPO: *„Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger, mit Ausnahme der Kosten der Säumnis im Termin vom ... Diese trägt der Beklagte."*
- §§ 94–97 ZPO

II. Kostenfestsetzungsbeschluss des Rechtspflegers

➢ Konkrete Berechnung bzgl. der Höhe

- **Vollstreckungstitel** gem. § 794 Abs. 1 Nr. 2 ZPO
- **Tenor:** *„Aufgrund des Urteils des ... vom ... sind von dem (Kläger/Beklagten) an Kosten ... nebst ... % Zinsen seit dem ... (*Eingang des Kostenfestsetzungsantrags, vgl. § 104 Abs. 1 S. 2 ZPO) *an den (Beklagten/Kläger) zu erstatten."*

↓

1. Erfolgt erst im Kostenfestsetzungsverfahren, §§ 103 ff. ZPO

2. Voraussetzungen:

a) **Kostengrundentscheidung** in einem vollstreckbaren Titel (§ 103 Abs. 1 ZPO)
b) **Antrag** der erstattungsberechtigten Partei (ggf. beide, vgl. § 106 ZPO) beim Gericht des ersten Rechtszuges
c) Funktionelle Zuständigkeit des **Rechtspflegers** gem. § 21 Nr. 1 RPflG

Dein Repetitorium

Bemessung und Arten der Kosten des Zivilrechtsstreits

Kostenbemessung teilweise abhängig vom **Gebührenstreitwert**

Abgrenzung:

Zuständigkeitsstreitwert

Zweck:
Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit von AG und LG (§§ 23, 71 GVG)

Regelungen:
§§ 1–9 ZPO

Gebührenstreitwert

Zweck:
Ermittlung der Gebühren des Gerichts und Anwalts (über §§ 23 Abs. 1 RVG, dort: Gegenstandswert)

Regelungen:
primär: §§ 39 ff., 48 ff. GKG
subsidiär: §§ 1–9 ZPO (§ 48 Abs. 1 S. 1, 1. Teil GKG)

Rechtsmittelstreitwert

Zweck:
Interesse des Rechtsmittelführers an einer Abänderung der Entscheidung (z.B. § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO erreicht?)

Regelungen:
§§ 2–9 ZPO

Arten der Kosten

Gerichtskosten (§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1) GKG

Auslagen

für Zeugen, Sachverständige, Zustellkosten etc.

§ 3 Abs. 2 GKG i.V.m. Nr. 9000 ff. des Kostenverzeichnisses (KV), Anlage 1 zum GKG

Gebühren

abhängig vom Gebührenstreitwert (vgl. oben)

§§ 12, 34, 39 ff. GKG, ggf. §§ 1 ff. ZPO i.V.m. Anlage 1 GKG i.d.R. Nr. 1210 KV): 3-fache Gebühr

Außergerichtliche Kosten

Anwaltskosten

gesetzliche Gebühren (vgl. § 91 Abs. 2, 1. Halbs. ZPO)
abhängig vom Gebührenstreitwert (vgl. oben); i.d.R. 2,5 Gebühren (Nr. 3100 + 3104 VV [RVG]):

- Verfahrensgebühr: 1,3
- Termingebühr: 1,2

Parteikosten

(§ 91 Abs. 1 S. 2 ZPO)

Tipp:
Der Anhang Gebührentabelle im Habersack
wirft für den in Betracht kommenden Gebührenstreitwert jeweils aus:

- die einfache Gerichtsgebühr (Spalte 4) und
- die volle (einfache) Anwaltsgebühr (Spalte 2)

weitere Anwaltskosten

Auslagen
(Nr. 7000 ff. VV [RVG])
insbes.

- pauschal Nr. 7002 VV-RVG
- Umsatzsteuer auf Gebühren und Auslagen

Ü 7

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit

I. Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit

- **Nicht rechtskräftige Urteile** sind nur vollstreckbar, wenn für vorläufig vollstreckbar erklärt, **§ 704 Abs. 1 ZPO**
- **gilt nicht für Titel i.S.v. § 794 ZPO!**
- **Tenor:** *„Das Urteil ist ... vorläufig vollstreckbar"*

- In der **Hauptsache**, wenn und soweit vollstreckbar
- **Nicht:**
  - Klageabweisende Urteile
  - Feststellungsurteile
  - Gestaltungsurteile *(„Die ... Gesellschaft … wird zum… aufgelöst".)*

- In jedem Fall **Kostenentscheidung**
- **Deshalb:**
  - §§ 708 ff. ZPO regelmäßig für beide Parteien getrennt zu prüfen.
  - **Ausn.:** Vollständiges Obsiegen/Unterliegen des Klägers, dann i.d.R. nur ein Kostenschuldner

II. Sicherheitsleistung?

1. Falls ein Fall des § 708 ZPO vorliegt: ohne Sicherheitsleistung

- **Tenor:** *„Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar."*
- **Falls ein Fall des § 708 Nr. 4–11 ZPO vorliegt:**
  - **Grds. zusätzlich Abwendungsbefugnis** des Vollstreckungsschuldners mit dem Wortlaut des **§ 711 ZPO**

    Tenor: *„Der Beklagte* (also der Vollstreckungsschuldner) *darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung i.H.v. 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages... abwenden, wenn nicht der Kläger* (also der Vollstreckungsgläubiger) *vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.*
  - **Ausn.: § 713 ZPO**

2. Falls kein Fall des § 708 ZPO vorliegt: mit Sicherheitsleistung

- **§ 709 S. 1 ZPO:** Vorläufige Vollstreckbarkeit nur gegen Sicherheitsleistung
- **Tenor:** *„Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Für den Kläger gegen Sicherheitsleistung i.H.v.* (z.B. 110 % des jeweils von ihm zu vollstreckenden Betrages, vgl. § 709 S. 2 ZPO) *..., für den Beklagten gegen Sicherheitsleistung i.H.v. ...*(wenn beide vollstrecken können)"
- **Sinn und Zweck der Sicherheitsleistung:**
  Sicherung des Schadensersatzanspruches aus § 717 Abs. 2 ZPO

3. Ggf. Vollstreckungsschutzanträge von Gläubiger/Schuldner gem. § 714 ZPO

Skripten von Alpmann Schmidt – das komplette Examenswissen, systematisch und klausurtypisch aufbereitet

Die zivilrechtliche Anwaltsklausur
3. Auflage 2025

Zivilrechtliche Aufgabenstellungen im Assessorexamen sind entweder aus der Perspektive des Gerichts oder des Rechtsanwalts zu lösen. Erfahrungsgemäß bereitet den Referendaren dabei die Bearbeitung anwaltlicher Ausgabenstellungen die größeren Schwierigkeiten, was sich aus der **regelmäßig schwächeren Benotung zivilrechtlicher Anwaltsklausuren** ablesen lässt. Die Ursachen hierfür sind vielfältig:

- Mangelnde Qualität der bei den Gerichten angebotenen Arbeitsgemeinschaften für die Anwaltsstation
- Auf die Anforderungen des Assessorexamens werden die Referendare durch die praktische Tätigkeit in der Anwaltsstation nur bedingt vorbereitet.
- In den Klausurenkursen der Gerichte werden zu wenig Übungsklausuren aus Anwaltssicht angeboten und die Kandidaten nutzen die vorhandenen Angebote nicht hinreichend.
- Viele Referendare lassen bis zuletzt die „Anwaltsdenke“ vermissen.

Um den Referendaren nichtsdestotrotz zum Klausurerfolg zu verhelfen, vermittelt das vorliegende Skript systematisch die **Strukturen der zivilrechtlichen Anwaltsklausur im Assessorexamen** und die zur Beherrschung dieses Klausurtyps erforderlichen **grundlegenden Arbeitstechniken** und **prozessualen Kenntnisse**. Das Werk handelt dabei alle denkbaren Erscheinungsformen anwaltlicher Aufgabenstellungen ab, namentlich das **Angriffsmandat**, das **Verteidigungsmandat** sowie das **kautelarjuristische Mandat**. Das Hauptaugenmerk wird auf die **Darstellung der Beweislage**, der **Zweckmäßigkeitserwägungen** und des **praktischen Teils** gerichtet. Hierbei enthält das Skript umfassende **Tipps zur Darstellung und Lösung von typischen Prozesssituationen**, zahlreiche **Formulierungsbeispiele und Schriftsatzentwürfe** sowie **Schemata und Schaubilder** zum besseren Verständnis.

Der Autor ist Kooperationspartner von Alpmann Schmidt für die Städte Hamburg und Kiel. Als solcher ist er für Alpmann Schmidt langjährig als juristischer Repetitor tätig und bereitet Studenten und Referendare, letztere im Rahmen der **Wochenendseminare „Die zivilrechtliche Anwaltsklausur“** und **„Materielles Zivilrecht“**, auf die beiden juristischen Staatsexamina vor. Daneben ist der Autor in eigener Kanzlei als Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Lüneburg tätig. Seine anwaltlichen Tätigkeitsschwerpunkte liegen vor allem im Bereich des Arbeits-, Miet-, Wohnungseigentums- und des sonstigen Immobilienrechts. Er ist Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht.

ISBN: 978-3-86752-921-1
9 783867 529211
€ 21,90

S2 2025 Die zivilrechtliche Anwaltsklausur Alpmann Schmidt

S2

Skripten 2. Examen

Thum-Raithel

Die zivilrechtliche Anwaltsklausur

3. Auflage 2025

Alpmann Schmidt

DIE ZIVILRECHTLICHE ANWALTSKLAUSUR

2025

Der Autor

Rechtsanwalt und Notar,
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Jan-Christian Thum-Raithel

ist Kooperationspartner von Alpmann Schmidt für die Kurse in den Städten Hamburg und Kiel. Als solcher ist er für Alpmann Schmidt langjährig als juristischer Repetitor tätig und bereitet Studierende, Referendarinnen und Referendare auf die beiden juristischen Staatsexamina vor.

Daneben ist der Autor in eigener Kanzlei als Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Lüneburg tätig. Seine anwaltlichen Tätigkeitsschwerpunkte liegen vor allem im Bereich des Arbeits-, Miet-, Wohnungseigentums- und des sonstigen Immobilienrechts. Er ist Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht.

INHALTSVERZEICHNIS

1. Teil: Einleitung, Grundlagen der Arbeitsmethodik und Überblick 1
A. Einleitung 1
B. Grundlagen der Arbeitsmethodik 2
I. Herangehensweise an die materiell-rechtliche Lösung 2
1. Schlüssigkeit des Vorbringens des Anspruchstellers 2
2. Erheblichkeit des Vorbringens des Anspruchsgegners 3
3. Beweissituation 4
II. Aufbauvarianten für das Gutachten 4
1. Der zweistufige Aufbau 4
2. Der einstufige Aufbau 5
III. Verweise im Schriftsatz auf das Gutachten 5
C. Überblick über die verschiedenen Klausurtypen 7
I. Das Angriffsmandat 7
II. Das Verteidigungsmandat 9
III. Das kautelarjuristische Mandat 10

2. Teil: Das Angriffsmandat 12
A. Das Angriffsmandat im Klageverfahren 12
I. Einleitung 12
II. Mandantenbegehren 12
III. Materiell-rechtliches Gutachten 13
1. Prüfung der Schlüssigkeit 14
2. Prüfung der Erheblichkeit 15
3. Prüfung der Beweislage und Prognose des Beweisergebnisses 16
a) Prüfung der Beweiserheblichkeit 16
b) Prüfung der Beweislastverteilung 17
c) Prüfung der Beweisbedürftigkeit 17
d) Prüfung der vorhandenen Beweismittel und des Beweisantritts 18
aa) Beweis durch amtliche Auskunft, § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO 19
bb) Beweis durch Augenschein, 371 ff. ZPO 20
(1) Allgemeines zum Augenscheinsbeweis 20
(2) Sonderfall: Dashcam-Aufzeichnung 20
cc) Beweis durch Zeugen, §§ 373 ff. ZPO 21
(1) Allgemeines zum Zeugenbeweis 21
(a) Zeugnisfähigkeit einer Person 22
(b) Beweisantritt 23
(2) Sonderfall: Mehrheit von Zeugen 24
(3) Sonderfall: Sympathiepersonen als Zeugen 24
(4) Sonderfall: Mithörzeuge 25
dd) Beweis durch Sachverständige, §§ 402 ff. ZPO 25
ee) Beweis durch Urkunden, 415 ff. ZPO 26
(1) Allgemeines zum Urkundenbeweis 26
(a) Beweiskraft öffentlicher Urkunden 26
(b) Beweiskraft privater Urkunden 26
(c) Formelle und materielle Beweiskraft einer Urkunde 27
(d) Beweisantritt 27
(2) Sonderfall: Privatgutachten 28

ff) Beweis durch Parteivernehmung, §§ 445 ff. ZPO 29
(1) Allgemeines zum Beweismittel 29
(2) Sonderfall: Vier-Augen-Gespräche 30
(a) Vier-Augen-Gespräche mit einem Dritten 30
(b) Vier-Augen-Gespräche mit dem Prozessgegner 31
(c) Übertragbarkeit auf Sechs-Augen-Gespräche 31
(3) Sonderfall: Zeugenloser Verkehrsunfall 32
e) Prognose des zu erwartenden Beweisergebnisses 32
IV. Prozessuales Gutachten und Zweckmäßigkeitserwägungen 32
1. Fehlende Erfolgsaussichten des Mandantenbegehrens 33
a) Mandatierung vor Einleitung gerichtlicher Schritte 34
b) Mandatierung nach Einleitung gerichtlicher Schritte 34
2. Bestehende Erfolgsaussicht des Mandantenbegehrens 34
a) Rat an den Mandanten 35
aa) Kostenfalle des § 93 ZPO 35
bb) Obligatorisches Streitschlichtungsverfahren, § 15a EGZPO 36
b) Prüfung der Prozesshandlungsvoraussetzungen 37
aa) Partei- und Prozessfähigkeit 37
bb) Prozessführungsbefugnis 38
(1) Gesetzliche Prozessstandschaft 39
(2) Gewillkürte Prozessstandschaft 39
c) Beteiligung Dritter am Rechtsstreit 40
aa) Streitgenossenschaft, §§ 59 ff. ZPO 41
(1) Einfache Streitgenossenschaft 41
(a) Sonderfall: Streitgenossenschaft bei Verkehrsunfall 41
(b) Sonderfall: Gesamtschuldnerklage 44
(c) Sonderfall: Räumungsklage bei Mehrheit von Gewahrsamsinhabern 44
(2) Notwendige Streitgenossenschaft 46
bb) Streitverkündung, §§ 72 ff. ZPO 46
d) Wahl einer besonderen Verfahrensart 47
aa) Das selbstständige Beweisverfahren, §§ 485 ff. ZPO 48
bb) Das Verfahren nach billigem Ermessen, § 495a ZPO 49
cc) Das Urkundenverfahren, §§ 592 ff. ZPO 50
dd) Das gerichtliche Mahnverfahren, §§ 688 ff. ZPO 52
ee) Das Arrest- und einstweilige Verfügungsverfahren, §§ 916 ff. ZPO 54
e) Der unbestimmte Klageantrag, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO 54
aa) Bezifferter Schmerzensgeldantrag 55
bb) Unbezifferter Schmerzensgeldantrag unter Angabe eines Mindestbetrags oder einer Größenordnung 55
f) Die Stufenklage, § 254 ZPO 56
g) Die Feststellungsklage, § 256 ZPO 58
aa) Positive Feststellungsklage, § 256 Abs. 1 ZPO 59
(1) Feststellung des Annahmeverzugs bei Leistungen Zug-um-Zug 59
(2) Feststellungsanträge in schadensrechtlichen Aufgabenstellungen 60
(a) Feststellungsantrag: Ersatz der noch nicht bezifferbaren Schäden 60
(b) Feststellungsantrag: Herrühren aus vorsätzlicher deliktischer Handlung 61

bb) Negative Feststellungsklage, § 256 Abs. 1 ZPO ... 62
cc) Die Zwischenfeststellungsklage, § 256 Abs. 2 ZPO ... 63
h) Die Teilklage ... 64
aa) Allgemeines zur Teilklage ... 64
bb) Sonderfall: Teilschmerzensgeld ... 65
i) Klage auf künftige Leistungen, §§ 257 ff. ZPO ... 65
aa) Künftige Zahlung oder Räumung, § 257 ZPO ... 65
bb) Wiederkehrende Leistungen, § 258 ZPO ... 66
cc) Besorgnis nicht rechtzeitiger Leistung, § 259 ZPO ... 66
(1) Isolierte Klage auf künftige Leistung ... 66
(2) Klage auf künftige Leistung und Fristbestimmung durch Urteil ... 66
(a) Allgemeines zur Antragstellung gemäß §§ 255, 259 ZPO ... 66
(b) Sonderfall: Der Unvermögens-Fall ... 68
(aa) Unvermögen nach Eintritt der Rechtshängigkeit ... 68
(bb) Unvermögen vor Eintritt der Rechtshängigkeit ... 69
j) Die objektive Klagehäufung, § 260 ZPO ... 71
k) Der Gebührenschaden des Mandanten ... 73
aa) Art und Weise der Geltendmachung ... 73
bb) Materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage ... 74
cc) Modalitäten der Antragstellung ... 74
(1) Zahlungsantrag ... 75
(2) Freistellungsantrag ... 75
(3) Umwandlung des Freistellungsanspruchs in Zahlungsanspruch ... 75
l) Die Klage auf Unterlassung ... 76
m) Der Umgang mit Gestaltungsrechten ... 77
n) Der Umgang mit Gegenansprüchen des Beklagten ... 78
aa) Bestehen der Gegenansprüche ist sicher ... 78
(1) Gleichartigkeit der Ansprüche ... 78
(2) Ungleichartigkeit der Ansprüche ... 78
(3) Gefahr der Widerklage ... 79
bb) Bestehen der Gegenansprüche ist unsicher ... 79
(1) Gleichartigkeit der Ansprüche ... 80
(2) Ungleichartigkeit der Ansprüche ... 81
(3) Gefahr der Widerklage ... 81
cc) Sonderfall: Verkehrsunfallprozess ... 81
o) Drohende Präklusion des eigenen Vorbringens ... 82
p) Verfahrensrechtliche Anträge ... 83
aa) Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren, § 331 Abs. 3 ZPO ... 83
bb) Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe, §§ 114 ff. ZPO ... 84
cc) Kostenanträge ... 85
dd) Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung ... 86
q) Ermittlung des zuständigen Gerichts ... 87
aa) Allgemeines zur Zuständigkeit ... 87
bb) Gerichtsstandsvereinbarungen ... 87
r) Sonstige Zweckmäßigkeitserwägungen ... 88
aa) Eilbedürftigkeit der Angelegenheit ... 88
bb) Außergerichtliche Schreiben ... 89

V. Praktischer Teil ... 89
1. Schriftsätze an das Gericht ... 89
a) Formalien ... 89
b) Zinsanträge ... 90
c) Schriftsatzentwürfe ... 91
2. Außergerichtliche Schreiben ... 94
B. Das Angriffsmandat im einstweiligen Rechtsschutz ... 97
I. Einleitung ... 97
II. Mandantenbegehren ... 98
III. Prozessuales Gutachten ... 99
1. Statthaftigkeit der Antragsart ... 99
a) Arrest, §§ 916 ff. ZPO ... 99
b) Einstweilige Verfügung, §§ 935 ff. ZPO ... 100
2. Zuständigkeit des Gerichts ... 100
3. Rechtsschutzbedürfnis ... 101
a) Rechtshängigkeit der Klage in der Hauptsache ... 101
b) Frühere Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz ... 101
IV. Materiell-rechtliches Gutachten ... 102
1. Prüfung der Schlüssigkeit ... 102
a) Darlegung eines Arrest- oder Verfügungsanspruchs ... 102
b) Darlegung eines Arrest- oder Verfügungsgrundes ... 102
2. Prüfung der Erheblichkeit ... 103
3. Prüfung der Beweislage und Prognose des Beweisergebnisses ... 104
V. Zweckmäßigkeitserwägungen ... 104
1. Rat an den Mandanten ... 104
2. Kostenfalle des § 93 ZPO ... 105
3. Beschleunigung des begehrten Rechtsschutzes ... 105
a) Schnelle Einreichung des Antrags ... 106
b) Entscheidung im Beschlusswege ohne mündliche Verhandlung ... 106
c) Entscheidung durch den Vorsitzenden, § 944 ZPO ... 106
4. Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache ... 107
5. Verfahrensrechtliche Anträge ... 108
a) Ersuchen um Eintragungen im Grundbuch, § 941 ZPO ... 108
b) Anordnung nach Sicherheitsleistung, § 921 ZPO ... 109
c) Abwendungsbefugnis, § 923 ZPO ... 109
d) Vollziehung der Anordnung, §§ 928 ff. ZPO ... 109
6. Hinweise an den Mandanten ... 109
a) Rechtsbehelfe des Gegners ... 109
b) Keine Bindungswirkung für Hauptsache ... 110
c) Eidesstattliche Versicherung des Mandanten ... 110
d) Vollziehungsfrist und Zustellung im Parteibetrieb ... 110
e) Schadensersatzpflicht, § 945 ZPO ... 111
f) Abschlussverfahren ... 111
VI. Praktischer Teil ... 111
1. Formalien ... 112
2. Schriftsatzentwürfe ... 112
C. Das Angriffsmandat in der Rechtsmittelinstanz (mit Fokus auf die Berufung) ... 114
I. Einleitung ... 114
II. Mandantenbegehren ... 116

III. Prozessuales Gutachten ... 116
1. Statthaftigkeit, § 511 Abs. 1 ZPO ... 117
a) Abgrenzung zum Einspruch, §§ 338 ff. ZPO ... 117
b) Abgrenzung zum Nachverfahren, § 600 ZPO ... 117
c) Abgrenzung zur Vollstreckungsabwehrklage, § 767 Abs. 1 ZPO ... 118
2. Beschwer, § 511 Abs. 2 ZPO ... 118
3. Zuständigkeit, § 519 Abs. 1 ZPO ... 119
4. Form und Frist der Berufungseinlegung, §§ 517, 519 ZPO ... 119
5. Form und Frist der Berufungsbegründung, § 520 ZPO ... 120
IV. Materiell-rechtliches Gutachten ... 120
1. Entscheidungserhebliche Rechtsverletzung, § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO ... 121
a) Begriff der entscheidungserheblichen Rechtsverletzung ... 121
aa) Interpretationsfehler oder Subsumtionsfehler ... 121
bb) Verfahrensfehler oder Fehler bei der Rechtsfindung ... 121
b) Auswirkungen einer entscheidungserheblichen Rechtsverletzung ... 123
aa) Zulässigkeit/Unzulässigkeit der Klage ... 123
bb) Begründetheit/Unbegründetheit der Klage ... 123
2. Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Tatsachenfeststellungen, § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 ZPO ... 123
3. Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel, § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 ZPO ... 124
V. Zweckmäßigkeitserwägungen ... 125
1. Rat an den Mandanten ... 125
2. Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe, §§ 114 ff. ZPO ... 125
3. Berufungseinlegung aus Gründen der Fristwahrung ... 125
4. Gefahr einer Anschlussberufung des Berufungsbeklagten, § 524 ZPO ... 126
5. Schadensersatz, § 717 Abs. 2 S. 1 ZPO ... 126
6. Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung, §§ 719 Abs. 1 S. 1, 707 ZPO ... 127
VI. Praktischer Teil ... 128
1. Parteibezeichnung ... 128
2. Antragstellung ... 128
a) Entscheidung durch das Berufungsgericht ... 128
b) Zurückverweisung an das Gericht des ersten Rechtszuges ... 129
3. Inhalt der Begründung ... 130
4. Schriftsatzentwürfe ... 130
D. Das Angriffsmandat in der Zwangsvollstreckung ... 132
I. Einleitung ... 132
II. Die Vollstreckungsabwehrklage, § 767 ZPO ... 134
1. Mandantenbegehren ... 134
2. Prozessuales Gutachten ... 134
a) Statthaftigkeit des Rechtsbehelfs ... 134
aa) Abgrenzung zur Vollstreckungserinnerung, § 766 Abs. 1 ZPO ... 134
bb) Abgrenzung zur Gestaltungsklage sui generis, § 767 Abs. 1 ZPO analog ... 135
cc) Abgrenzung zur Abänderungsklage, § 323 ZPO ... 135
dd) Abgrenzung zur Berufung, §§ 511 ff. ZPO ... 135

b) Zuständigkeit des Gerichts ... 136
c) Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis ... 136
3. Materiell-rechtliches Gutachten ... 136
a) Sachbefugnis ... 137
b) Materiell-rechtliche Einwendung gegen den titulierten Anspruch ... 137
c) Keine Präklusion, § 767 Abs. 2 ZPO ... 137
aa) Allgemeines zur Präklusion der Einwendungen ... 137
bb) Sonderfall: Geltendmachung von Gestaltungsrechten ... 138
cc) Sonderfall: Geltendmachung des Abtretungseinwands ... 139
dd) Sonderfall: Gestaltungsklage sui generis, § 767 Abs. 1 ZPO analog ... 139
4. Zweckmäßigkeitserwägungen ... 140
a) Keine Sondervollmacht für die Zwangsvollstreckung ... 140
b) Objektive Klagehäufung, § 260 ZPO ... 140
aa) Klage auf Herausgabe des Titels, § 371 BGB analog ... 140
bb) Klage auf Herausgabe des zu Unrecht ausgekehrten Versteigerungserlöses ... 140
cc) Klage auf Unterlassen der Zwangsvollstreckung, § 826 BGB ... 141
dd) Gestaltungsklage sui generis, § 767 Abs. 1 ZPO analog ... 141
ee) Feststellungsklage, § 256 Abs. 1 ZPO ... 142
c) Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung, § 769 ZPO ... 142
5. Praktischer Teil ... 142
III. Die Drittwiderspruchsklage, § 771 ZPO ... 143
1. Mandantenbegehren ... 143
2. Prozessuales Gutachten ... 143
a) Statthaftigkeit des Rechtsbehelfs ... 143
aa) Abgrenzung zur Vollstreckungserinnerung, § 766 Abs. 1 ZPO ... 143
bb) Abgrenzung zur Klage auf vorzugsweise Befriedigung, § 805 ZPO ... 144
b) Zuständigkeit des Gerichts ... 144
c) Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis ... 144
3. Materiell-rechtliches Gutachten ... 144
a) Sachbefugnis ... 145
b) Bestehen eines Interventionsrechts ... 145
c) Keine Einrede des Vollstreckungsgläubigers gemäß § 242 BGB ... 145
aa) Rangbesseres Recht des Gläubigers an dem gepfändeten Gegenstand ... 146
bb) Mithaftung des klagenden Dritten für die titulierte Forderung ... 146
cc) Duldungspflicht des Dritten bezüglich der Zwangsvollstreckung ... 146
dd) Schuldrechtliche Übertragungspflicht des Dritten gegenüber Schuldner ... 146
4. Zweckmäßigkeitserwägungen ... 146
a) Objektive Klagehäufung, § 260 ZPO ... 147
aa) Weitere Klage gegen den Vollstreckungsgläubiger ... 147
bb) Weitere Klage gegen den Vollstreckungsschuldner ... 147
b) Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung, § 771 Abs. 3 ZPO ... 148
c) Umgang mit anderen vollstreckungsrechtlichen - Rechtsbehelfen ... 148

5. Praktischer Teil ... 149
IV. Die Klage auf vorzugsweise Befriedigung, § 805 ZPO ... 150
1. Mandantenbegehren ... 150
2. Prozessuales Gutachten ... 150
a) Statthaftigkeit des Rechtsbehelfs ... 150
b) Zuständigkeit des Gerichts ... 150
c) Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis ... 150
3. Materiell-rechtliches Gutachten ... 151
a) Sachbefugnis ... 151
b) Pfand- oder Vorzugsrecht des Dritten ... 151
c) Besserer Rang des Rechts des Dritten ... 152
4. Zweckmäßigkeitserwägungen ... 153
a) Objektive Klagehäufung, § 260 ZPO ... 153
aa) Weitere Klage gegen den Vollstreckungsgläubiger ... 153
bb) Weitere Klage gegen den Vollstreckungsschuldner ... 153
b) Anordnung der Hinterlegung des Erlöses, § 805 Abs. 4 ZPO ... 154
5. Praktischer Teil ... 154

3. Teil: Das Verteidigungsmandat ... 155
A. Das Verteidigungsmandat im Klageverfahren ... 155
I. Einleitung ... 155
II. Mandantenbegehren ... 156
III. Prozessuales Gutachten ... 156
1. Die richtige Erfassung der konkreten Prozesssituation ... 156
a) Das schriftliche Vorverfahren, § 276 ZPO ... 157
aa) Die Frist zur Anzeige der Verteidigungsabsicht, § 276 Abs. 1 S. 1 ZPO ... 157
(1) Die Frist des § 276 Abs. 1 S. 1 ZPO läuft noch ... 157
(2) Die Frist des § 276 Abs. 1 S. 1 ZPO ist abgelaufen ... 158
(a) Übermittlung des Versäumnisurteils ist noch nicht erfolgt ... 158
(b) Übermittlung des Versäumnisurteils ist bereits erfolgt ... 159
(c) Übermittlung des Versäumnisurteils ist ungewiss ... 159
bb) Die Frist zur Klageerwiderung, § 276 Abs. 1 S. 2 ZPO ... 160
b) Der frühe erste Termin, § 275 ZPO ... 161
c) Das Versäumnisverfahren, §§ 330 ff. ZPO ... 161
aa) Statthaftigkeit, § 338 ZPO ... 162
bb) Einspruchsfrist, § 339 ZPO ... 162
(1) Zustellungsmangel ... 162
(2) Zustellung an Sonnabend, Sonntag oder Feiertag ... 163
(3) Letzte Zustellung bei Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren ... 163
(4) Wiedereinsetzung in die Einspruchsfrist ... 163
cc) Form des Einspruchs, § 340 ZPO ... 163
dd) Zusammenfassung: Zulässigkeitsprüfung des Einspruchs, §§ 338 ff. ZPO ... 164
d) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, §§ 233 ff. ZPO ... 164
aa) Zulässigkeitsprüfung ... 165
(1) Statthaftigkeit ... 165
(2) Zuständigkeit, Frist und Form ... 165
(3) Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis ... 165

bb) Begründetheitsprüfung ... 165
cc) Zusammenfassung: Prüfung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, §§ 233 ff. ZPO ... 166
e) Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ... 167
aa) Die einseitige bleibende Erledigungserklärung ... 168
bb) Die übereinstimmende Erledigungserklärung ... 168
f) Die Anhörungsrüge, § 321a ZPO ... 169
2. Die Zulässigkeit der Klage ... 170
a) Allgemeines zur Zulässigkeitsprüfung ... 170
b) Obligatorisches Streitschlichtungsverfahren, § 15a EGZPO ... 170
c) Veräußerung oder Abtretung der Streitsache, § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO ... 171
IV. Materiell-rechtliches Gutachten ... 171
1. Prüfung der Schlüssigkeit ... 171
2. Prüfung der Erheblichkeit ... 172
3. Prüfung der Beweislage und Prognose des Beweisergebnisses ... 173
V. Zweckmäßigkeitserwägungen ... 174
1. Fehlende Erfolgsaussichten einer Verteidigung gegen die Klage ... 174
a) Sofortiges Anerkenntnis der Klageforderung (unter Verwahrung gegen die Kostenlast) ... 174
b) Anerkenntnis der Klageforderung in anderen Fällen ... 175
c) Provokation eines Versäumnisurteils oder Vollstreckungsbescheids ... 176
d) Klaglosstellung des Klägers ... 177
e) Fazit: Reaktion auf eine voll begründete Klage ... 178
2. Bestehende Erfolgsaussichten einer Verteidigung gegen die Klage ... 178
a) Rat an den Mandanten ... 179
b) Rüge der Unzulässigkeit der Klage ... 179
aa) Rüge der Unzuständigkeit des Gerichts ... 179
bb) Rüge der Unzulässigkeit im Übrigen ... 180
c) Vorgehen bei teilweise begründeter Klage ... 180
d) Die Widerklage ... 181
aa) Die Voraussetzungen der Widerklage ... 182
bb) Die Feststellungswiderklage ... 183
cc) Die Drittwiderklage ... 183
(1) Streitgenössische Drittwiderklage ... 184
(2) Isolierte Drittwiderklage ... 185
(3) Examensrelevante Fallkonstellationen zur Drittwiderklage ... 186
(a) Die Drittwiderklage in Verkehrsunfallprozessen ... 186
(b) Die Drittwiderklage in Zessionsfällen ... 186
(c) Die Drittwiderklage in Fällen der Prozessstandschaft ... 187
(d) Die Drittwiderklage im Finanzierungsleasingrecht ... 189
e) Umgang mit Gegenansprüchen des Mandanten ... 190
aa) Vorgehen bei ungleichartigen gegenseitigen Ansprüchen ... 190
(1) Berufen auf ein Zurückbehaltungsrecht ... 190
(2) Erhebung einer Widerklage ... 191
(3) Kombination von Zurückbehaltungsrecht und Widerklage ... 192
bb) Vorgehen bei gleichartigen gegenseitigen Ansprüchen ... 193
(1) Erklärung der Prozessaufrechnung ... 194
(2) Erhebung einer Widerklage ... 194

(3) Aufrechnung, Widerklage oder Kombination 195
(a) Nichtbestehen der Klageforderung ist sicher 195
(b) Bestehen der Klageforderung ist sicher 195
(c) Bestehen oder Nichtbestehen der Klageforderung ist unsicher 196
f) Die Streitverkündung, §§ 72 ff. ZPO 199
g) Drohende Präklusion des eigenen Vorbringens 200
aa) Keine Gefahr einer Zurückweisung wegen Verspätung 201
(1) Rechtliche Ausführungen 201
(2) Keine Gefahr einer absoluten Verzögerung des Rechtsstreits 201
(3) Entschuldigungsgrund oder fehlerhafte Fristsetzung 201
bb) Flucht in die Säumnis 202
cc) Flucht in die Widerklage 203
dd) Flucht in den Befangenheitsantrag 204
h) Verfahrensrechtliche Anträge 205
aa) Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung, §§ 719 Abs. 1, Abs. 3, 707 ZPO 205
bb) Schutzantrag des Schuldners, §§ 712, 714 ZPO 205
cc) Räumungsfrist bei Wohnraum, § 721 ZPO 206
VI. Praktischer Teil 206
1. Formalien 207
2. Schriftsatzentwürfe 207
3. Außergerichtliche Schreiben 210
B. Das Verteidigungsmandat im einstweiligen Rechtsschutz 210
I. Einleitung 210
II. Mandantenbegehren und Gutachten 211
1. Erwiderung auf den Antrag auf Erlass einer Eilanordnung 211
2. Verteidigungsmöglichkeiten des Antragsgegners 211
a) Widerspruch, § 924 ZPO 211
b) Berufung, §§ 511 ff. ZPO 212
c) Aufhebung wegen veränderter Umstände, § 927 ZPO 212
d) Erstellung einer Schutzschrift, § 945a ZPO 212
3. Zweckmäßigkeitserwägungen 212
a) Rat an den Mandanten 213
b) Sofortiges Anerkenntnis, § 93 ZPO 213
c) Unzulässigkeit von Widerklage und Gegenanträgen 213
d) Vorläufige Einstellung der Vollziehung, § 924 Abs. 3 S. 2 ZPO 213
e) Anordnung der Klageerhebung, §§ 926, 936 ZPO 214
f) Aufhebung gegen Sicherheitsleistung, § 939 ZPO 214
g) Schadensersatzpflicht, § 945 ZPO 214
III. Praktischer Teil 215
C. Das Verteidigungsmandat in der Rechtsmittelinstanz (mit Fokus auf die Berufung) 216
I. Einleitung 216
II. Mandantenbegehren und Gutachten 216
1. Verteidigung gegen die Berufung 216
2. Übergang zum Gegenangriff 216
a) Selbstständige Berufung, §§ 511 ff. ZPO 216
b) Unselbstständige Anschlussberufung, § 524 ZPO 217
c) Widerklage in der Berufungsinstanz, § 533 ZPO 217

III. Praktischer Teil ... 218
D. Das Verteidigungsmandat in der Zwangsvollstreckung ... 218

4. Teil: Das kautelarjuristische Mandat ... 219
A. Einleitung und Arbeitsmethodik ... 219
I. Blickrichtung und Planungsvorgang des Kautelarjuristen ... 219
II. Ablauf der Gestaltung im Einzelnen ... 219
1. Erarbeitung der Zielvorstellung des Mandanten ... 219
2. Ermittlung der bestehenden Sach- und Rechtslage ... 220
3. Ermittlung des Gestaltungsbedarfs ... 220
4. Ermittlung und Abwägung der Gestaltungsmöglichkeiten ... 220
a) Disposivität der Rechtslage ... 221
b) Allgemeine Gestaltungsgrenzen ... 221
c) Auswahl aus mehreren Gestaltungsmöglichkeiten ... 221
B. Klausurtypen, Klausuraufbau und häufige Klausurinhalte ... 221
I. Klausurtypen ... 221
II. Klausuraufbau ... 222
1. Mandantenbegehren ... 222
2. Materiell-rechtliches Gutachten und Zweckmäßigkeitserwägungen ... 222
3. Praktischer Teil ... 223
a) Keine praktische Umsetzung ... 224
b) Überarbeitung eines bereits existierenden Regelwerks ... 224
c) Originäre Erstellung eines Regelwerks ... 224
III. Häufige Klausurinhalte ... 224
1. Gegenseitige Verträge ... 225
a) Überschrift und Vertragsparteien ... 225
b) Präambel ... 226
c) Rechte und Pflichten der Vertragsparteien ... 226
aa) Regelung der Haupt- und Nebenleistungspflichten ... 226
bb) Regelung der Nebenpflichten ... 229
cc) Umgang mit Pflichtverletzungen ... 229
d) Regelungen zur Vertragsbindung ... 229
aa) Vertragliche Bindung mit fester Laufzeit ... 230
bb) Vertragliche Bindung auf unbestimmte Zeit ... 230
cc) Vertragliche Bindung unter Bedingungen oder Zeitbestimmungen ... 230
e) Sicherungsmittel für die Vertragsparteien ... 231
f) Vollzug der Hauptleistungen ... 231
g) Schlussbestimmungen ... 232
aa) Schriftformklauseln ... 232
(1) Einfache Schriftformklauseln ... 232
(2) Doppelte Schriftformklauseln ... 232
bb) Gerichtsstandsvereinbarung ... 233
cc) Salvatorische Klausel ... 234
h) Unterschriften, Ort, Datum ... 234
2. Grundstückskaufverträge und ihr Vollzug ... 234
a) Formbedürftigkeit ... 234
b) Verhinderung ungesicherter Vorleistungen ... 235
3. Vergleiche und Ratenzahlungsvereinbarungen ... 237
a) Räumungsvergleich ... 238

b) Erlassvergleich („Chicago-Klausel“) ... 239
c) Ratenzahlungsvereinbarungen ... 240
4. Allgemeine Geschäftsbedingungen ... 241
5. Gestaltungen im Erbrecht ... 242
a) Gestaltungen durch letztwillige Verfügungen ... 242
aa) Abgrenzung: (Gemeinschaftliches) Testament oder Erbvertrag? ... 242
bb) Rechtswahl ... 244
cc) Erbeinsetzung ... 246
(1) Vor- und Nacherbschaft, §§ 2100 ff. BGB ... 246
(2) Ersatzerbschaft, § 2096 BGB ... 248
dd) Zuwendung eines Vermächtnisses ... 248
(1) Arten des Vermächtnisses ... 248
(2) Vorausvermächtnis versus Teilungsanordnung ... 249
ee) Sonderfälle des Testaments ... 250
(1) Berliner Testament ... 250
(a) Modalitäten der Gestaltung beim Berliner Testament ... 250
(aa) Voll- und Schlusserbschaft („Einheitslösung“) ... 250
(bb) Vor- und Nacherbschaft („Trennungslösung“) ... 251
(cc) Vermächtnislösung ... 251
(b) Pflichtteilsstrafklausel ... 251
(c) Wiederverheiratungsklausel ... 252
(d) Ausschluss von Anfechtungsrechten ... 253
(e) Katastrophenklausel ... 254
(2) Geschiedenentestament ... 254
(a) Interessenlage bei Kinderlosigkeit ... 254
(b) Interessenlage bei gemeinsamen Kindern ... 255
(aa) Anderer Ehegatte kann Erbe der Kinder sein, § 1925 BGB ... 255
(bb) Vermögensverwaltung bei minderjährigen Kindern, § 1638 BGB ... 255
(cc) Testamentsvollstreckung, §§ 2197 ff. BGB ... 256
(3) Behindertentestament ... 256
b) Weitere Gestaltungen im Zusammenhang mit dem Erbfall ... 257
aa) Vorweggenommene Erbfolge ... 257
bb) Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzichtsverträge ... 257
cc) Gestaltungen nach dem Erbfall ... 259
6. Gestaltungen im Familienrecht ... 259
a) Begriff des Ehevertrags ... 259
b) Grundsätze der gerichtlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen ... 260
aa) Wirksamkeitskontrolle, § 138 Abs. 1 BGB ... 260
bb) Ausübungskontrolle, § 242 BGB ... 261
c) Vereinbarungen über Güterstände ... 262
aa) Zugewinngemeinschaft, §§ 1363 ff. BGB ... 262
bb) Gütertrennung, § 1414 BGB ... 263
cc) Modifizierte Zugewinngemeinschaft ... 263
d) Rechtswahl ... 265

Stichwortverzeichnis ... 267

Fachkenntnissen Schlussfolgerungen aus einem Sachverhalt zu ziehen oder dem Gericht allgemeine Erfahrungssätze oder besondere Fachkenntnisse zu vermitteln.[51] Dies bleibt der Beweisführung durch Sachverständige vorbehalten. Die Unterscheidung des Zeugen- und des Sachverständigenbeweises ist insbesondere bei **sachverständigen Zeugen** (§ 414 ZPO) relevant. Die Vernehmungsperson ist in diesem Fall Zeuge (und nicht Sachverständiger). Es finden damit die für den Zeugenbeweis geltenden Vorschriften der §§ 373 ff. ZPO Anwendung, selbst wenn die Wahrnehmung der Vernehmungsperson besondere Sachkunde voraussetzt.[52]

(a) Zeugnisfähigkeit einer Person

46 Zeuge kann nicht sein, wer im konkreten Prozess gemäß §§ 445 ff. ZPO als Partei zu vernehmen ist.[53] Auf einige Besonderheiten ist insoweit hinzuweisen:

- **Prozessfähige Parteien** können grundsätzlich keine Zeugen sein. Da für die Bewertung der Zeugnisfähigkeit allerdings der **Zeitpunkt der Vernehmung** maßgeblich ist, können frühere (zwischenzeitlich aus dem Rechtsstreit ausgeschiedene) Parteien als Zeuge vernommen werden.[54]
- Aufgrund ihrer Stellung als Partei können auch **notwendige Streitgenossen** keine Zeugen sein.
- **Einfache Streitgenossen** können üblicherweise ebenfalls keine Zeugen sein, jedoch trotz ihrer Parteistellung als Zeugen über solche Tatsachen vernommen werden, die ausschließlich andere Streitgenossen betreffen.[55]
- Ein **Minderjähriger** kann bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres auch trotz einer eigenen Parteistellung als Zeuge vernommen werden (Umkehrschluss aus § 455 Abs. 2 S. 1 ZPO); erst danach kommt nach dem Ermessen des Gerichts eine Vernehmung des Minderjährigen als Partei in Betracht.
- **Gesetzliche Vertreter prozessunfähiger Parteien** können im Prozess demgegenüber grundsätzlich nicht als Zeugen, sondern lediglich nach den Grundsätzen der Parteivernehmung vernommen werden (§ 455 Abs. 1 ZPO). Kann eine **prozessunfähige natürliche Partei hingegen nach Maßgabe des § 455 Abs. 2 ZPO als Partei vernommen** werden, erlangen ihre gesetzlichen Vertreter insoweit ausnahmsweise Zeugnisfähigkeit.[56]

Bei fehlender Zeugnisfähigkeit kommt hiernach einzig die – als Beweismittel strukturell schwache – Parteivernehmung gemäß §§ 445 ff. ZPO in Betracht. Die Parteivernehmung ist gegenüber anderen Beweismitteln subsidiär (vgl. § 445 Abs. 1 ZPO) und kann darüber hinaus an der fehlenden Zustimmung des Prozessgegners (§ 447 ZPO) oder an dem fehlenden „Anbeweis" der jeweiligen Beweistatsache sowie der Ausübung richterlichen Ermessens (§ 448 ZPO) scheitern.[57] Diese beweisrechtliche Hürde gilt es nicht nur bei Mandatsverhältnissen mit **prozessunfähigen natürliche Personen**,[58] sondern auch und vor allem bei Mandatsverhältnissen mit **juristischen Personen des Privatrechts**[59] oder **rechtsfähigen Personengesellschaften**[60] zu bedenken.

51 BGH RÜ 2013, 757; Thomas/Putzo/Seiler Vorbem. § 373 Rn. 1.
52 Thomas/Putzo/Seiler § 414 Rn. 1.
53 Thomas/Putzo/Seiler Vorbem. § 373 Rn. 6.
54 Thomas/Putzo/Seiler Vorbem. § 373 Rn. 8.
55 BGH NJW 1983, 2508.
56 Thomas/Putzo/Seiler Vorbem. § 373 Rn. 6.
57 Vgl. zur Parteivernehmung unten Rn. 62–69.
58 Thomas/Putzo/Hüßtege § 51 Rn. 5.
59 Thomas/Putzo/Hüßtege § 51 Rn. 6.
60 Thomas/Putzo/Hüßtege § 51 Rn. 6a.

Beachte: Ist die Mandantin etwa eine GmbH und würde sich die Vernehmung des aktuellen Geschäftsführers erwartungsgemäß günstig auf den Prozessverlauf auswirken, kommt grundsätzlich nur die Vernehmung des Geschäftsführers als Partei in Betracht (§ 455 Abs. 1 ZPO). Die Mandantin ist allerdings darauf hinzuweisen, dass eine **kurzfristige Abberufung des amtierenden Geschäftsführers als Vertretungsorgan prozesstaktisch ratsam** sein kann, um ihm hierdurch eine **Zeugenstellung** im Prozess zu verschaffen.

(b) Beweisantritt

Der Beweisantritt erfolgt beim Zeugenbeweis durch **Benennung der Zeugen** und **Bezeichnung der Tatsache**, über welche die Vernehmung der Zeugen stattfinden soll (§ 373 ZPO). Ein ordnungsgemäßer Beweisantritt setzt weiter die Mitteilung der **ladungsfähigen Anschrift des Zeugen** voraus.

Formulierungsbeispiel: Beweisantritt bei Zeugenbeweis

Als der Kläger mit seinem Kfz auf die Unfallkreuzung einfuhr, zeigte die für ihn geltende Lichtzeichenanlage „grün".

Beweis: *Zeugnis der Frau Anna Meier, Deichstraße 34, 20459 Hamburg*

Wenn die **ladungsfähige Anschrift eines Zeugen nicht bekannt** ist, sollte der Zeuge vorerst ohne Angabe einer ladungsfähigen Anschrift namentlich als Beweismittel benannt werden. **47**

Formulierungsbeispiel: Beweisantritt bei Zeugenbeweis und unbekannter Anschrift

Beweis: Zeugnis der Frau Anna Meier, deren ladungsfähige Anschrift nachgereicht wird

Wenn die **Identität eines Zeugen nicht bekannt** ist, der Zeuge jedoch aus den möglichen Angaben zur Person hinreichend individualisierbar wird oder Aussicht darauf besteht, dass eine Identifizierung des Zeugen infolge weiterer Ermittlungen zu einem späteren Zeitpunkt möglich sein wird, kann (vorerst) Beweis durch Zeugnis N.N.[61] angeboten werden. **48**

Formulierungsbeispiel: Beweisantritt bei Zeugenbeweis und unbekannter Identität

Beweis: *Zeugnis N.N.*

Zwar reicht die Berufung auf das „Zeugnis N.N." als Beweisantritt gemäß § 373 ZPO mangels Bestimmtheit grundsätzlich nicht aus.[62] Ausnahmsweise ist ein derartiges Beweisangebot jedoch zu berücksichtigen, wenn die Person des Zeugen – etwa durch Hinweis auf seine konkrete betriebliche Funktion – hinreichend individualisierbar ist,[63] wobei die pauschale Benennung eines „instruierten Mitarbeiters" oder eines „zuständigen Mitarbeiters" die gebotene Individualisierung vermissen lässt.[64]

61 Nomen nominandum (= noch zu benennender Name).

62 BGH NJW 1983, 1905.

63 BGH NJW 1998, 2368.

64 BGH NZI 2015, 191; BFH, Beschl. v. 29.06.2010 – III B 168/09, BeckRS 2010, 25016400.

(1) Gesetzliche Prozessstandschaft

87 Die **gesetzliche Prozessstandschaft** beruht unmittelbar auf dem Gesetz. Examensrelevante Beispiele sind die **Veräußerung oder Abtretung der Streitsache nach Rechtshängigkeit** (§ 265 Abs. 2 S. 1 ZPO), der **Aktiv- oder Passivprozess des Insolvenzverwalters** als „Partei kraft Amtes" nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 80 Abs. 1 InsO), die **Revokationsbefugnis des Ehegatten** (§ 1368 BGB), die **Einzelklage eines Miterben** (§ 2039 S. 1 BGB) sowie die **Gesellschafterklage „actio pro socio" im Gesellschaftsrecht** (§ 715b BGB)[127]

Beachte: Als „actio pro socio" wird die Geltendmachung eines Anspruchs aus dem Gesellschaftsverhältnis **durch einen Gesellschafter im eigenen Namen gegen einen Mitgesellschafter** auf Leistung an die Gesellschaft bezeichnet. Eine Befugnis der Gesellschafter, den Schuldner einer Gesellschaftsforderung im eigenen Namen auf Leistung an die Gesellschaft in Anspruch zu nehmen, besteht im Allgemeinen hingegen nicht.[128]

(2) Gewillkürte Prozessstandschaft

88 In den Fällen der **gewillkürten Prozessstandschaft** wird die Prozessführungsbefugnis durch den Rechteinhaber rechtsgeschäftlich auf den Prozessstandschafter übertragen. Zulässig ist die gewillkürte Prozessstandschaft unter den folgenden Bedingungen:[129]

Voraussetzungen der gewillkürten Prozessstandschaft

1. Ermächtigung durch den Rechteinhaber zur Prozessführung des Prozessstandschafters im eigenen Namen, § 185 Abs. 1 BGB analog[130]
2. Offenlegung oder Offenkundigkeit der Ermächtigung in der Tatsacheninstanz[131]
3. „Überlassbarkeit" der Rechtsposition an Dritte zur prozessualen Geltendmachung[132]
4. Eigenes Interesse des Prozessstandschafters an der Prozessführung[133]
5. Keine unzumutbare Benachteiligung des Prozessgegners[134]

89 Eine klassische Erscheinungsform der zulässigen gewillkürten Prozessstandschaft bilden die **Zessionsfälle**, in denen trotz Abtretung der Forderung an den Zessionar der Zedent aufgrund einer Ermächtigung zur Prozessführung analog § 185 Abs. 1 BGB Klage gegen den Schuldner erhebt.[135]

Beispiel: Der Zedent K klagt in **offengelegter** gewillkürter Prozessstandschaft eine Darlehensrückzahlungsforderung gemäß § 488 Abs. 1 S. 2 BGB in Höhe von 10.000 € gegen den B ein. Die Forderung war von K nach ihrer Entstehung an den Zessionar D verkauft und abgetreten worden. D **ermächtigte** den K daraufhin, die Forderung im eigenen Namen gegen B einzuklagen. Der Anspruch

127 Vgl. zur gesetzlichen Prozessstandschaft AS-Skript Die zivilgerichtliche Assessorklausur (2023), Rn. 452–462, sowie AS-Skript Materielles Zivilrecht in der Assessorklausur (2023) zum revokatorischen Antragsrecht eines Ehegatten, Rn. 459, und zur actio pro socio (allerdings noch vor Inkrafttreten des MoPeG am 01.01.2024), Rn. 541.

128 BGH RÜ2 2022, 105.

129 Vgl. hierzu AS-Skript Die zivilgerichtliche Assessorklausur (2023), Rn. 463–468.

130 BGH RÜ2 2017, 51; Thomas/Putzo/Hüßtege § 51 Rn. 31, 33.

131 BGH NJW-RR 2021, 667; Thomas/Putzo/Hüßtege § 51 Rn. 31.

132 BGH RÜ2 2017, 51; Thomas/Putzo/Hüßtege § 51 Rn. 36.

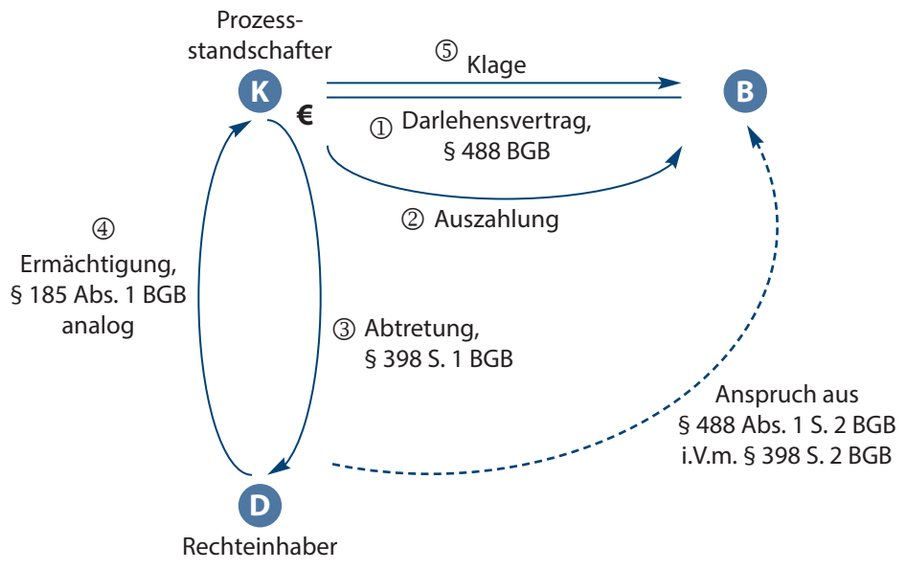
133 Thomas/Putzo/Hüßtege § 51 Rn. 34 ff.

134 BGH NJW 1986, 850; Thomas/Putzo/Hüßtege § 51 Rn. 34 ff.

135 Weitere Beispiele finden sich bei Thomas/Putzo/Hüßtege § 51 ZPO Rn. 31 ff.

aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB kann mangels Höchstpersönlichkeit **Dritten zur Einziehung überlassen** werden. Das **Eigeninteresse** des K an der Prozessführung ergibt sich daraus, dass er gegenüber dem Käufer der Forderung D für das Bestehen – nicht notwendig die Einziehbarkeit – der Forderung einzustehen hat. Die Klage des K führt auch zu **keiner unangemessenen Benachteiligung** des B, da dieser sich K zuvor als Vertragspartner ausgesucht hatte.

Gewillkürte Prozessstandschaft in Zessionsfällen



90 Sollte der Rechteinhaber den Mandanten zwar zur Prozessführung im Wege gewillkürter Prozessstandschaft ermächtigt, ihm jedoch **keine materiell-rechtliche Einziehungsermächtigung** analog § 185 Abs. 1 BGB erteilt haben, ist bei Vertretung des Prozessstandschafters als Kläger darauf zu achten, dass **auf Leistung an den Rechteinhaber geklagt** wird. Anderenfalls ist die Klage zwar zulässig, wegen fehlender Aktivlegitimation des Mandanten jedoch unbegründet.

Formulierungsbeispiel: Klageantrag des Prozessstandschafters auf Leistung an den Rechteinhaber

Namens und in Vollmacht des Klägers werde ich beantragen,

den Beklagten zu verurteilen, an die Elise Alba Meier, Deichstraße 34, 20459 Hamburg, einen Betrag in Höhe von 10.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem auf die Rechtshängigkeit folgenden Tag zu zahlen.

c) Beteiligung Dritter am Rechtsstreit

91 Im Rahmen der Zweckmäßigkeitserwägungen ist weiter zu erörtern, **wer auf Kläger- und wer auf Beklagtenseite Partei des Rechtsstreits** werden soll. Auch ist zu überlegen, ob und auf welche Weise **Dritte von dem anstehenden Rechtsstreit in Kenntnis zu setzen** sind. Kommt nach der Aufgabenstellung allein der Mandant als Kläger und eine andere Person als Beklagter in Betracht, erübrigen sich weitere Ausführungen. Kommen hingegen mehrere Personen als Kläger und/oder als Beklagte in Betracht, können Ausführungen zur **Streitgenossenschaft** (§§ 59 ff. ZPO) sowie ggf. zur **Streitverkündung** (§§ 72 ff. ZPO) geboten sein.

Eine sehr klausurrelevante Erscheinungsform des unbestimmten Klageantrags ist das **Schmerzensgeld (§ 253 Abs. 2 BGB)**. Sollte dem Mandanten nach dem materiellrechtlichen Gutachten ein Schmerzensgeld zustehen, so sind im Rahmen der Zweckmäßigkeitserwägungen die unterschiedlichen Möglichkeiten zur Formulierung des Klageantrags darzustellen:

aa) Bezifferter Schmerzensgeldantrag

Zunächst lässt sich erwägen, einen **bezifferten Schmerzensgeldantrag** zu stellen. **116**

Vorteile des bezifferten Zahlungsantrags

- Das Gericht erhält eine **klare Vorgabe für die Prüfung** der eigenen sachlichen Zuständigkeit (§ 1 ZPO i. V. m. §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG) und der Rechtmäßigkeit der beanspruchten Forderung.
- Im Falle einer (teilweisen) Abweisung der Klage bestehen keine Unsicherheiten bei der Ermittlung einer die **Berufung eröffnenden hinreichenden Beschwer** (§ 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).

Nachteil des bezifferten Zahlungsantrags

Sollte das Gericht geneigt sein, dem Kläger zu seinen Gunsten ein höheres Schmerzensgeld als gefordert zusprechen zu wollen, ist es von Gesetzes wegen (§ 308 Abs. 1 ZPO) daran **gehindert, über den Antrag des Klägers hinauszugehen** („ne ultra petita").

bb) Unbezifferter Schmerzensgeldantrag unter Angabe eines Mindestbetrags oder einer Größenordnung

Weiter kommt auch in Betracht, einen **unbezifferten Zahlungsantrag unter Angabe eines Mindestbetrags** im Klageantrag oder in der Klagebegründung zu stellen. **117**

Vorteile eines unbezifferten Zahlungsantrags unter Angabe eines Mindesbetrags

- Die Angabe des Mindestbetrags bringt zunächst sämtliche **Vorteile eines bezifferten Zahlungsantrags** mit sich.
- Darüber hinaus ist das Gericht, was die Höhe der Schmerzensgeldforderung anbelangt, jedoch **nicht an den angegebenen Mindestbetrag gebunden**, sondern kann dem Kläger ein (auch erheblich) höheres Schmerzensgeld zusprechen.

Diese Variante ist bei einer Schmerzensgeldklage somit gegenüber der Möglichkeit einer bezifferten Antragstellung stets **vorzugswürdig**. Die Umsetzung im Schriftsatz kann dabei etwa wie folgt aussehen:

Formulierungsbeispiel: Unbezifferter Schmerzensgeldantrag unter Angabe eines Mindestbetrags im Klageantrag

Namens und in Vollmacht des Klägers werde ich beantragen,

1. ***den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger ein angemessenes Schmerzensgeld, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, den Betrag von 10.000,00 € jedoch nicht unterschreiten sollte, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf den zuerkannten Betrag seit dem auf die Rechtshängigkeit folgenden Tag zu zahlen.***
2. ***[…]***

Abwägung zwischen Vollstreckungserinnerung und Drittwiderspruchsklage

- Einerseits ergeht die Entscheidung über die **Vollstreckungserinnerung in der Regel schneller und ist erheblich kostengünstiger** als die Entscheidung über die Drittwiderspruchsklage.[470]
- Andererseits ist die **Drittwiderspruchsklage rechtsschutzintensiver** als die Vollstreckungserinnerung. Während die Klage aus § 771 ZPO nämlich geeignet ist, die Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungstitel in einen konkreten Gegenstand insgesamt zu unterbinden, wird über die Vollstreckungserinnerung allenfalls eine konkrete Vollstreckungsmaßnahme für unzulässig erklärt. Ein erneuter Vollstreckungszugriff auf denselben Vollstreckungsgegenstand bleibt bei der Vollstreckungserinnerung demnach möglich.

Eine Verbindung der Drittwiderspruchsklage und der Vollstreckungserinnerung im Wege **objektiver Klagehäufung** kommt dabei aus zweierlei Gründen **nicht in Betracht:** **339**

- Erstens entscheidet **über die Erinnerung das Vollstreckungsgericht**, während sich **bei der Drittwiderspruchsklage die sachliche Zuständigkeit des Gerichts nach den allgemeinen Vorschriften** richtet
- Zweitens wird über die **Erinnerung im Beschlusswege** und über die **Drittwiderspruchklage im Urteilswege** entschieden.

Beachte: In der Regel wird sich das Mandantenbegehren dahingehend auslegen lassen, dass **lediglich die rechtsschutzintensivere Drittwiderspruchsklage erhoben** werden soll. Im Falle einer kumulativen Geltendmachung mit der Vollstreckungserinnerung wären – da eine objektive Klagehäufung nicht möglich ist – **im praktischen Teil hingegen zwei Schriftsätze auszuformulieren**, was sich in der Klausursituation bereits unter zeitlichen Aspekten taktisch verbieten dürfte.

5. Praktischer Teil

Im Falle einer Drittwiderspruchsklage gemäß § 771 ZPO ist im Punkte der Antragstellung in der Regel an die folgenden drei Anträge zu denken: **340**

Formulierungsbeispiel: Klageanträge bei Drittwiderspruchsklage

Namens und in Vollmacht des Klägers werde ich beantragen,

1. ***die Zwangsvollstreckung des Beklagten aus dem Urteil des … vom … zu dem Aktenzeichen … in ... für unzulässig zu erklären.***

Bereits jetzt beantrage ich,

2. ***die Zwangsvollstreckung des Beklagten aus dem Urteil … des … zu dem Aktenzeichen … in … einstweilen ohne Sicherheitsleistung, hilfsweise gegen Sicherheitsleistung einzustellen.***

In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantrage ich für den Fall des Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen,

3. ***den Erlass eines Versäumnisurteils im schriftlichen Vorverfahren gegen den Beklagten gemäß §§ 331 Abs. 3, 276 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 ZPO.***

470 Bei der Vollstreckungserinnerung fallen in der Regel pro Rechtsanwalt lediglich eine 0,3 Verfahrensgebühr (Nr. 3309 VV RVG) und keinerlei Gerichtsgebühren an. Bei der Drittwiderspruchsklage fallen pro Rechtsanwalt üblicherweise hingegen eine 1,3 Verfahrensgebühr (Nr. 3100 VV RVG) und eine 1,2 Terminsgebühr (Nr. 3104 VV RVG) und zudem 3,0 Gerichtsgebühren (Nr. 1210 KV GKG) an.

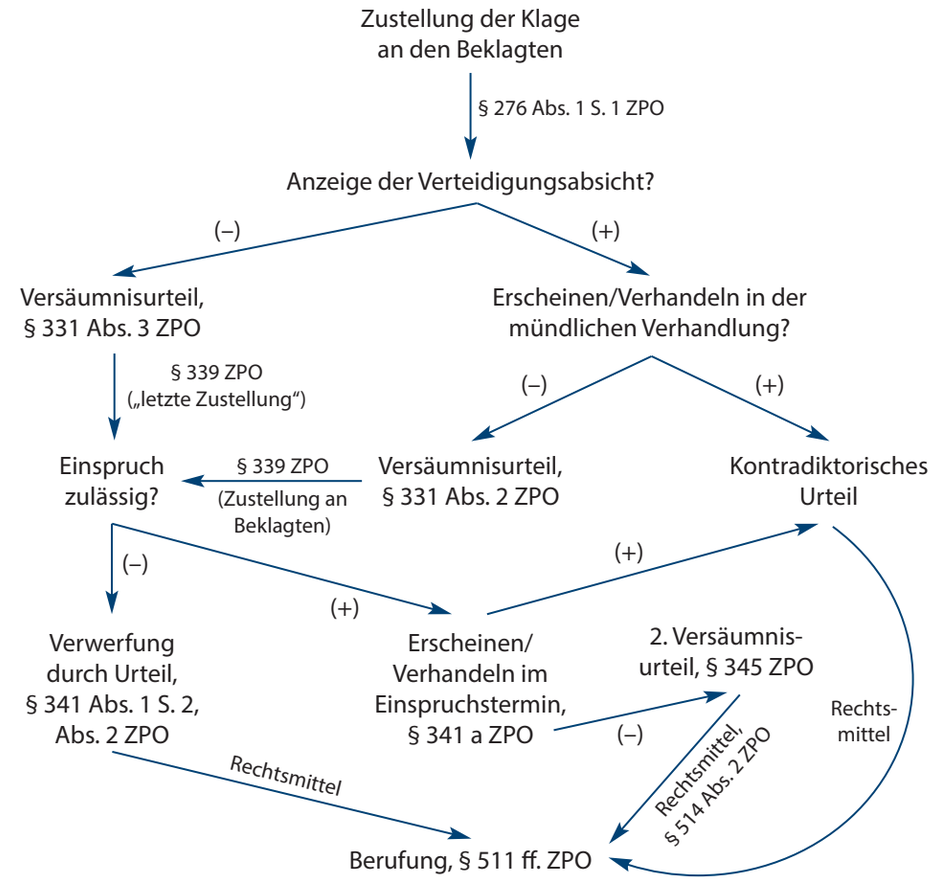
b) Der frühe erste Termin, § 275 ZPO

372 Hat das Gericht zur Vorbereitung des Haupttermins einen frühen ersten Termin (§ 275 ZPO) bestimmt, droht bei Versäumung der Frist zur Klageerwiderung (§ 275 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 ZPO) **allenfalls eine Zurückweisung wegen Verspätung gemäß § 296 Abs. 1 ZPO**.[496] Ein Versäumnisurteil im schriftlichen Verfahren kann hingegen nicht ergehen (vgl. Wortlaut § 331 Abs. 3 ZPO). Auch eine Präklusion kommt bei einem frühen ersten Termin aber nicht in Betracht, wenn es sich um einen bloßen **„Durchlauftermin"**[497] handelt oder **nach der Sach- und Rechtslage eine Streiterledigung in diesem Termin von vornherein ausscheidet.**[498] In diesen Fällen tritt durch den vor dem frühen ersten Termin unterlassenen Tatsachenvortrag aufgrund des Erfordernisses eines weiteren Haupttermins nämlich **keine absolute Verzögerung des Rechtsstreits** ein.

c) Das Versäumnisverfahren, §§ 330 ff. ZPO

373 Legt der Mandant Ihnen in der Klausur neben der Klageschrift auch bereits ein an ihn zugestelltes Versäumnisurteil (§ 331 ZPO) vor, ist zu prüfen, ob dieses noch mit Erfolg angegriffen werden kann. Den Gang des Versäumnisverfahrens verdeutlicht das nachfolgende Schaubild.

Gang des Versäumnisverfahrens gegen den Beklagten



496 Thomas/Putzo/Seiler § 275 Rn. 7.

497 Ein sog. Durchlauftermin dient der Erörterung und Ordnung des Streitstoffes mit den Parteien, der Beseitigung von Unklarheiten und der Vorbereitung von Maßnahmen zur Ermöglichung einer Erledigung des Rechtsstreits in einem gesonderten Haupttermin.

498 BGH NJW-RR 2005, 1296; Thomas/Putzo/Seiler § 296 Rn. 8.

- Es besteht hinsichtlich der **Eventualwiderklage lediglich ein geringes Kostenrisiko**.[582] Das Gericht hat bei der Entscheidung über die Prozessaufrechnung nämlich bereits zu prüfen, ob die Gegenforderung des Mandanten dem Grunde nach besteht (Dann wird über die Widerklage entschieden!) oder nicht besteht (Dann wird über die Widerklage nicht entschieden!). Ein Kostenrisiko ergibt sich im Hinblick auf die Hilfswiderklage demnach nur insoweit, als die Gegenforderung womöglich in übersetzter Höhe beansprucht wird.

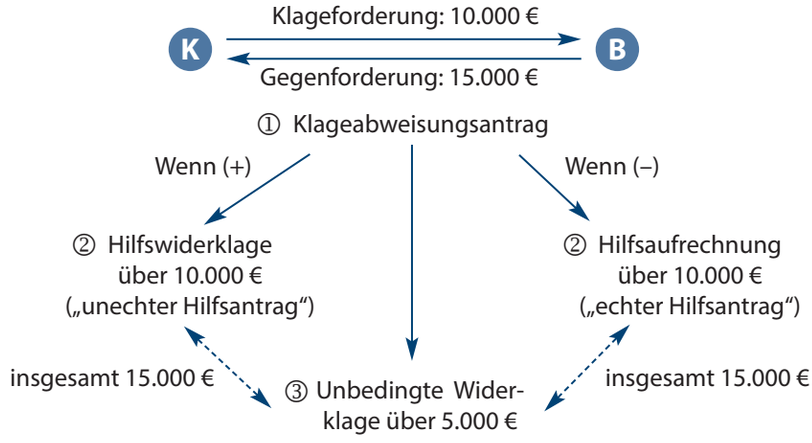
456 Gleiches gilt **bei fehlender Konnexität** von Klage- und Widerklageforderung i.S.d. § 33 ZPO. Denn die Primäraufrechnung stellt ein Verteidigungsmittel gegen die Klageforderung dar und die Widerklageforderung steht mit diesem Verteidigungsmittel – es geht bei der Primäraufrechnung und der Hilfswiderklage um unterschiedliche Teile derselben Gegenforderung – in Zusammenhang.

Beachte: Hat sich das Gericht aufgrund einer Aufrechnung ohnehin mit der Gegenforderung des Mandanten zu befassen, kann in Fällen einer die Klageforderung überschießenden Gegenforderung des Mandanten **der für eine Widerklage erforderliche Zusammenhang i.S.d. § 33 ZPO mit Hilfe der Primäraufrechnung „künstlich" geschaffen** werden.

(c) Bestehen oder Nichtbestehen der Klageforderung ist unsicher

457

Kombination aus Hilfsaufrechnung, Hilfswiderklage und unbedingter Widerklage über überschießenden Teil der Gegenforderung



- Ist nicht sicher einschätzbar, ob das Gericht die Klageforderung als bestehend oder nicht bestehend ansehen wird, ist primär die **Klageabweisung** (aus anderen Gründen als einer Aufrechnung) **zu beantragen**.
- **Hilfsweise** ist die in Höhe von insgesamt 15.000,00 € bestehende Gegenforderung des Mandanten anteilig in Höhe von 10.000,00 € in den Prozess einzuführen.
  - Für den Erfolgsfall der Klage ist **hilfsweise die Aufrechnung mit der Gegenforderung des Mandanten in Höhe von 10.000 €** zu erklären.
  - Für den Erfolgsfall des Klageabweisungsantrags hingegen ist **hilfsweise die Widerklage mit der Gegenforderung in Höhe von 10.000 €** zu erheben.

582 Sowohl durch eine unbedingte als auch durch eine hilfsweise erhobene Widerklage wird der Gebührenstreitwert potenziell erhöht, § 45 Abs. 1 GKG.

- Gleichzeitig ist eine **unbedingte Widerklage hinsichtlich des überschießenden Teils der Gegenforderung in Höhe von 5.000 € zu erheben**.

Vorteile der Kombination aus Klageabweisungsantrag, Hilfsaufrechnung (über 10.000 €), Hilfswiderklage (über 10.000 €) sowie unbedingter Widerklage (über 5.000 €)

- Unabhängig davon, wie das Gericht über die Klageforderung entscheidet, wird in jedem Fall auch **über die vollständige Gegenforderung des Mandanten entschieden.**
  - Wird die Klage nämlich bereits ohne Rücksicht auf die Gegenforderung abgewiesen, greifen kumulativ die Hilfswiderklage (über 10.000 €) und die unbedingte Widerklage (über 5.000 €) ein.
  - Geht das Gericht hingegen von einem Bestehen der Klageforderung aus, greifen die Hilfsaufrechnung (über 10.000 €) und kumulativ die unbedingte Widerklage (über 5.000 €) ein.
- Weiter wird durch die dargestellte Antragstellung – vorausgesetzt die geltend gemachte Gegenforderung besteht – sicher **verhindert, dass gegen den Mandanten ein Vollstreckungstitel geschaffen** wird.

Unter **Kostengesichtspunkten** wäre es zwar noch vorteilhafter, auch die unbedingte Widerklage als Hilfswiderklage zu erheben, und zwar für den Fall, dass entweder im Rahmen der Hilfsaufrechnung oder der Hilfswiderklage positiv über die Gegenforderung des Mandanten entschieden wird.

Dieses Vorgehen dürfte aber prozessual unzulässig sein, da die Gegenforderung hierdurch künstlich aufgespalten und in gestaffelten Hilfswiderklagen geltend gemacht würde. Die Geltendmachung der weiteren 5.000 € im Wege der Hilfswiderklage stünde dann nämlich unter der Bedingung, dass die ersten 10.000 € im Wege einer Hilfswiderklage zugesprochen werden. Ohnehin wäre es dem Kläger aber möglich, den hiermit für den Beklagten beabsichtigten Kostenvorteil durch Erhebung einer negativen Feststellungsklage in Bezug auf den die Klageforderung überschießenden Teil der angeblichen Gegenforderung zunichte zu machen (sog. Wider-Widerklage).

Ebenfalls prozessual unzulässig dürfte es sein, einerseits eine Hilfswiderklage über 15.000 € für den Fall der Klageabweisung ohne Rücksicht auf die Gegenforderung zu erheben sowie andererseits eine Kombination aus Hilfsaufrechnung über 10.000 € und Hilfswiderklage über 5.000 € für den Fall des Bestehens der Klageforderung anzuführen. Dies hätte zwar auf den ersten Anschein den Kostenvorteil, dass über die Hilfswiderklage über 5.000 € nur entschieden wird, sofern bereits positiv über die Hilfsaufrechnung über 10.000 € und mithin über das Bestehen der Gegenforderung dem Grunde nach entschieden wurde. Allerdings werden Hilfswiderklagen auflösend bedingt rechtshängig, d. h. die Rechtshängigkeit tritt zunächst ein und entfällt dann rückwirkend, wenn der Eventualfall nicht eintritt (vgl. BGH NJW 1973, 98). Einer Kombination der Hilfswiderklagen über einerseits 15.000 € und andererseits 5.000 € bei einer Gegenforderung in Höhe von insgesamt 15.000 € steht somit der Gesichtspunkt einer anderweitige Rechtshängigkeit gemäß § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO entgegen.

Beachte: Ist der **Sachverhalt unstreitig** und wird bezüglich des Bestehens der Klageforderung lediglich über Rechtsansichten gestritten, handelt es sich bei einer **„vorsorglich" für den beklagten Mandanten erklärten Aufrechnung nicht um eine Hilfsaufrechnung im eigentlichen Sinne.** Eine Hilfsaufrechnung setzt nämlich einen Streit über Tatsachen voraus. Es liegt vielmehr eine **„versteckte Primäraufrechnung**" vor. Auch diese kann dann wie dargestellt um eine Kombination aus Hilfswiderklage für den Fall einer Klageabweisung aus anderen Gründen ohne Entscheidung über die Aufrechnung und einer unbedingten Widerklage hinsichtlich des die Klageforderung überschießenden Teils der Gegenforderung des Mandanten ergänzt werden.

458 Im Schriftsatz kann diese Kombination eines Klageabweisungsantrags, einer Hilfsaufrechnung, einer Hilfswiderklage und einer unbedingten Widerklage bezüglich des überschießenden Teils der Gegenforderung dann wie folgt aussehen:

Formulierungsbeispiel: Kombination Klageabweisungsantrag, Hilfsaufrechnung, Hilfswiderklage und unbedingte Widerklage

Namens und in Vollmacht des Beklagten werde ich beantragen,

die Klage abzuweisen.

Darüber hinaus erhebe ich namens und in Vollmacht des Beklagten als Widerkläger gegen den Kläger als Widerbeklagten

Widerklage

und werde widerklagend beantragen,

den Kläger zu verurteilen, an den Beklagten einen Betrag in Höhe von 5.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem auf die Rechtshängigkeit folgenden Tag zu zahlen.

Hilfsweise werde ich widerklagend beantragen,

den Kläger zu verurteilen, an den Beklagten weitere 10.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem auf die Rechtshängigkeit folgenden Tag zu zahlen.

Begründung:

1. ***Vorbringen zur Klageabweisung***

   …

2. ***Darstellung der Gegenansprüche***

   …

a) ***Vorbringen zur Hilfsaufrechnung***

   *Mit den dargestellten Ansprüchen erkläre ich namens und in Vollmacht des Beklagten **hilfsweise die Aufrechnung** gegen die Klageforderung. Die Aufrechnung wird unter die Bedingung gestellt, dass das Gericht die Klageforderung wider Erwarten als bestehend ansieht.*

b) ***Vorbringen zur Widerklage/Hilfswiderklage***

   *Zudem erhebe ich wegen der dargestellten Ansprüche des Beklagten **hilfsweise die Widerklage** gegen den Kläger. Die Widerklage wird, soweit sich Klage- und Widerklageforderung decken, **unter die Bedingung** gestellt, dass das Gericht die Klageforderung ohne Entscheidung über die hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche als nicht bestehend ansieht. Wegen des die Klageforderung übersteigenden Teils der Gegenforderung wird die **Widerklage unbedingt** erhoben.*

Beachte: Weder die **Aufrechnung** noch die **Bedingungen der Hilfsanträge** werden bei den Anträgen erläutert. Beides gehört in die **Begründung der Klageschrift**!

459 Wenn die Gegenforderung des Mandanten mit der Klageforderung **nicht in einem Zusammenhang i.S.d. § 33 ZPO steht**, ist es hingegen zweckmäßig, sich auf einen **Klageabweisungsantrag, kombiniert mit einer Hilfsaufrechnung über 10.000 € und einer Hilfswiderklage über weitere 5.000 €** zu beschränken. Über die Hilfsauf-

RÜ2

7/24
Seiten 145–168
10. Jahrgang
ISSN 2363-8036

RechtsprechungsÜbersicht 2

Dein Plus fürs 2. Examen

Zivilrecht

KG	Anlass zur Klageerhebung, wenn eine Einrede erstmals im gerichtlichen Verfahren erhoben wird
AG Hannover	How to: Beweiswürdigung? – hier: Strukturierung der Entscheidungsgründe zur Beweiswürdigung
OLG Schleswig	Vorläufige Vollstreckbarkeit einer Sicherheitsleistung i.S.d. § 650f BGB ohne Sicherheitsleistung i.S.d. § 709 ZPO

Strafrecht

BGH	Die Prüfungsfolge bei der Strafrahmenbestimmung
BGH	Lautes Schreien als Revisionsgrund?
BGH	Zuständiges Gericht bei Entscheidung über Wirksamkeit der Rechtsmittelrücknahme

Öffentliches Recht

BVerwG	Normenkontrolle nach Außerkrafttreten der RechtsVO
NdsOVG	Strenge Anforderungen an das behördliche Fristenwesen
OVG NRW	Bestrittener Zugangszeitpunkt eines Bescheids

Alpmann Schmidt

§§ 244, 246, 261, 268, 337, 344 StPO; §§ 25, 244, 244a StGB

Lautes Schreien als Revisionsgrund?

BGH, Urt. v. 26.10.2023 – 5 StR 257/23, BeckRS 2023, 32472

Leitsätze

1. Das Urteil ist auch dann wirksam verkündet, wenn der Verteidiger die Urteilsverkündung durch lautes Schreien übertönt; rechtswidrige Störungen des Verfahrensablaufs durch Verfahrensbeteiligte begründen keine Rechtsfehler des Gerichts, sondern legen bei darauf gestützten Verfahrensbeanstandungen den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs nahe.

2. Das Gericht muss ab dem Beginn der Urteilsverkündung keine Beweisanträge mehr entgegennehmen; die Urteilsverkündung beginnt nicht erst mit der Verlesung des Urteilstenors, sondern bereits mit den ersten Worten der Eingangsformel „Im Namen des Volkes", mit der alle Urteile verkündet werden.

KLAUSURHINWEIS

In dem Schuldspruch (§ 260 Abs. 4 S. 1 StPO) ist die Teilnahmeform (Anstiftung oder Beihilfe) mitzuteilen, nicht jedoch, ob der Angeklagte als Allein- oder Mittäter gehandelt hat (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., 2024, § 260 Rn. 24).

Fall

Gegen A wird vor dem zuständigen LG ein Strafverfahren wegen schweren Wohnungseinbruchdiebstahls geführt. Nach Durchführung der Beweisaufnahme steht für die Kammer fest, dass eine Tätergruppe von drei Personen nach Deutschland einreiste, um Eigentumsdelikte zu begehen. A holte sie vom Flughafen ab, beschaffte ihnen eine Wohnung sowie einen mit Dublettenkennzeichen versehenen Pkw. Am Tattag fuhren die genannten Gruppenmitglieder zu zwei Wohnhäusern, hebelten dort die Fenster auf und entwendeten aus den Häusern Wertgegenstände. Nach den Taten kontaktierte die Gruppe A, der sie abholte und zu der Wohnung brachte. Dort sichteten alle vier das Diebesgut, bevor sie von der Polizei überrascht wurden.

Nach Schluss der Beweisaufnahme beginnt der Vorsitzende die Urteilsverkündung mit den Worten „Im Namen des Volkes". Der Verteidiger des A, V, ist damit nicht einverstanden und stellt noch einen Beweisantrag. Der Vorsitzende reagiert darauf nicht und verkündet weiterhin das Urteil. V übertönt die mündliche Urteilsverkündung daraufhin durch lautes Schreien. A wird als Mittäter wegen schweren Wohnungseinbruchdiebstahls zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt.

Mit der zulässig eingelegten Revision rügt A, das Urteil sei nicht wirksam i.S.d. § 268 StPO verkündet worden. Zudem sei § 246 StPO verletzt, da das Gericht nicht über den durch V gestellten Beweisantrag entschieden habe. Mit der Sachrüge beanstandet A, die Kammer habe rechtsfehlerhaft eine Mittäterschaft angenommen, obwohl er nicht am Tatort gewesen sei. Hat die Revision des A mit den zulässig erhobenen Rügen Aussicht auf Erfolg?

Gutachten

Begründetheit der Revision

Die Revision ist begründet, wenn das angefochtene Urteil auf einer **Gesetzesverletzung beruht (§ 337 Abs. 1 StPO)**. Dies ist dann der Fall, wenn das Verfahren prozessordnungswidrig war oder die Verurteilung in sachlich-rechtlicher Hinsicht Fehler aufweist. Prozesshindernisse liegen ersichtlich nicht vor.

I. Verfahrensrügen

1. Verstoß gegen § 268 StPO durch lautes Schreien

„[26] Soweit der Revisionsführer meint, das Urteil sei deshalb **nicht wirksam** i.S.v. **§ 268 StPO verkündet** worden, weil der Verteidiger die Urteilsverkündung durch **lautes Schreien** übertönt habe, geht eine solche Rüge schon im Ansatz fehl. Verfahrensbeteiligte haben nur dann das Wort, wenn ihnen dies durch den Vorsitzenden erteilt wird, denn diesem obliegt die Verhandlungsführung **(§ 238 Abs. 1 StPO)**. Die gesetzlich vorgeschriebene Verkündung des Urteils durch den Vorsitzenden nach Maßgabe von **§ 268 Abs. 2 StPO** darf weder durch lautes Schreien gestört noch durch andere Maßnahmen Verfahrensbeteiligter behindert werden. **Rechtswidrige Störungen des Verfahrensablaufs durch Verfahrensbeteiligte begründen keine Rechtsfehler des Gerichts**, sondern legen bei darauf ge-

stützten Verfahrensbeanstandungen den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs nahe. Einwände gegen die Verfahrensweise des Gerichts vor oder während der Urteilsverkündung müssen ggf. mit einem Rechtsmittel geltend gemacht werden, rechtfertigen aber nicht die Störung der Hauptverhandlung. Dass das Urteil ordnungsgemäß verkündet wurde, ergibt sich schließlich auch aus dem Protokoll (vgl. **§ 274 StPO**)."

2. Verstoß gegen § 246 StPO

Dadurch, dass das Gericht den von V gestellten **Beweisantrag** nicht zur Kenntnis genommen und ihn auch nicht beschieden hat, könnte es gegen **§ 246 Abs. 1, 4 StPO** verstoßen haben. Die Rüge ist jedoch unbegründet, …

„[27] … , weil das Gericht zum Zeitpunkt der Antragstellung nach dem Revisionsvortrag **bereits mit der Urteilsverkündung begonnen** hatte und ab diesem Zeitpunkt Beweisanträge **nicht mehr entgegengenommen werden müssen**. Die **Urteilsverkündung beginnt** entgegen der Auffassung der Revision **nicht erst mit der Verlesung des Urteilstenors**, sondern **bereits mit den ersten Worten der Eingangsformel ‚Im Namen des Volkes'**, mit der alle Urteile verkündet werden (vgl. § 268 Abs. 1 StPO). Die Verkündung i.S.v. § 268 Abs. 2 S. 1 StPO bildet mit dem Eingangssatz des § 268 Abs. 1 StPO einen **einheitlichen zusammenhängenden Verfahrensvorgang**, in dessen Durchführung Verfahrensbeteiligte nach seinem Beginn nicht mehr einzugreifen befugt sind."

II. Sachrüge

Die auf die Sachrüge veranlasste Urteilsprüfung hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben, da die Feststellungen die Annahme von **Mittäterschaft** tragen.

„[34] Bei der **Beteiligung mehrerer Personen**, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, handelt mittäterschaftlich, wer seinen eigenen **Tatbeitrag** so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils **erscheint**. Mittäterschaft erfordert dabei zwar **nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen** selbst; ausreichen kann auch ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt. **Stets muss sich diese Mitwirkung** aber **nach der Willensrichtung** des sich Beteiligenden als **Teil der Tätigkeit aller** darstellen. Erschöpft sich demgegenüber die Mitwirkung nach dem Willen des sich Beteiligenden in einer **bloßen Förderung fremden Handelns**, so fällt ihm lediglich Beihilfe zur Last. Ob danach Mittäterschaft anzunehmen ist, hat das Tatgericht aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung aller festgestellten Umstände zu prüfen; **maßgebliche Kriterien** sind der **Grad des eigenen Interesses** an der Tat, der **Umfang der Tatbeteiligung** und die **Tatherrschaft** oder wenigstens der Wille dazu, sodass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Betreffenden abhängen."

Nach Maßgabe dieser Grundsätze hat das LG die Mittäterschaft des A rechtsfehlerfrei festgestellt. Es hat insbesondere auf Umfang und Wesentlichkeit der Tatbeiträge des A und seine Einbindung in die Tatbegehung **trotz örtlicher Abwesenheit** abgestellt.

Ergebnis: Die Revision des A gegen das Urteil des LG wird kostenpflichtig verworfen.

OStA Dr. Jost Schützeberg

KLAUSURHINWEIS

zu § 268 StPO: Die Revision kann **nicht darauf gestützt** werden, dass die Eingangsformel nach Abs. 1, also **„Im Namen des Volkes", unterlassen** worden ist (vgl. Meyer-Goßner § 268 Rn. 20). Bestehen **Widersprüche zwischen der Urteilsformel in der Sitzungsniederschrift und der in der Urteilsurkunde**, ist die **Formel im Protokoll** maßgebend, da sie **nach § 274 StPO als verkündet gilt** (Meyer-Goßner/Schmitt § 268 Rn. 18). Gegen den die wesentlichen Förmlichkeiten betreffenden Inhalt des Protokolls ist nach **§ 274 S. 2 StPO** nur der **Nachweis der Fälschung** zulässig. Eine **Protokollberichtigung**, die auch beantragt werden kann, ist hingegen jederzeit möglich.

In dem **Originalfall** hatte auch die StA Revision eingelegt und mit der Sachrüge beanstandet, das Gericht habe seiner **Kognitionspflicht nach § 264 StPO** nicht genügt. Diese Pflicht besagt, dass das Gericht den **Unrechtsgehalt der Tat** ohne Rücksicht auf die dem Eröffnungsbeschluss zugrunde gelegte Bewertung **ausschöpfen muss** (Meyer-Goßner/Schmitt § 264 Rn 27). Hier hatte das LG rechtsfehlerhaft eine **tateinheitliche Verurteilung** nach § 244 a Abs. 1 StGB unterlassen. Der schwere Bandendiebstahl wird **nicht** durch den schweren Wohnungseinbruchdiebstahl **verdrängt**.

§ 41 VwVfG; § 74 VwGO

Bestrittener Zugangszeitpunkt eines Bescheids

OVG NRW, Urt. v. 27.03.2024 – 10 A 1356/21, BeckRS 2024, 6065

Fall

Der Kl. hat am 15.05.2024 Klage auf Erteilung einer Baugenehmigung gegen die bekl. Stadt erhoben. Der im Original mitgereichte Versagungsbescheid vom 08.04.2024 trägt den handschriftlichen Vermerk: Eingang 17.04.2024.

Die Versagungsverfügung in der Verwaltungsakte datiert vom 08.04.2024 und wurde am gleichen Tag vom Sachbearbeiter paraphiert. Die Bereichsleiterin zeichnete die Vfg. am 10.04.2024 ab und datierte den Abvermerk auf den 11.04.2024. Nach dem Postausgangsbuch der städt. Poststelle ist an diesem Tag ein Brief mit einfacher Post an den Kl. aufgegeben worden.

Auf die gerichtliche Bitte, zur Wahrung der Klagefrist vorzutragen, hat der Kl. auf seinen handschriftlichen Eingangsvermerk verwiesen.

Entwerfen Sie den Gerichtsbescheid, zu dem das Gericht die Beteiligten angehört hat (nur Hauptsache- und Kosten, ohne Tatbestand).

Hinweise:
1. Es ist kein Widerspruch statthaft, § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO.
2. Kalender: 07.04.2024 (Sonntag), keine gesetzl. Feiertage bis zum 30.04.2024
12.05.2024 (Sonntag), keine gesetzl. Feiertage bis zum 19.05.2024

Leitsätze

1. Steht fest, dass ein schriftlicher VA mit einfacher Post im Inland dem Adressaten überhaupt zugegangen ist, gilt die Drei-Tages-Fiktion des § 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG.

2. Trägt der Adressat einen späteren Zugangszeitpunkt vor, treffen ihn gesteigerte Darlegungslasten, um Zweifel zu wecken, die die Darlegungs- und Beweislast auf die Behörde abwälzen, § 41 Abs. 2 S. 3 VwVfG.

3. Einfaches Bestreiten, etwa ein Eingangsvermerk auf dem VA, genügt regelmäßig nicht, um Zweifel zu wecken.

Gerichtsbescheid

IM NAMEN DES VOLKES

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens.

Entscheidungsgründe

I. Das Gericht konnte nach Anhörung durch Gerichtsbescheid entscheiden, für den die Vorschriften über Urteile entspr. gelten, § 84 Abs. 1 S. 3 VwGO.

II. Die Klage ist unzulässig. Der Kl. hat die Klagefrist versäumt. Diese lief am 14.05.2024 ab, der Kl. hat erst am 15.05.2024 Klage erhoben (§ 90 S. 1 VwGO).

Die **Klagefrist** für die statthafte Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1, 2. Var. VwGO) beträgt nach § 74 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 VwGO einen Monat nach Bekanntgabe des Versagungsbescheids. Der Bescheid galt dem Kl. als am 14.04.2024 bekanntgegeben.

1. Nach § 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG gilt ein per einfacher Post im Inland versandter VA als nach drei Tagen bekanntgegeben.

> „[22] … Der Regelung liegt die Annahme zugrunde, dass ein Brief im Bundesgebiet nach **allgemeiner Lebenserfahrung** innerhalb von drei Tagen übermittelt wird."

Die Norm dient der **Verwaltungsvereinfachung** und der **Rechtsklarheit**.

> „[22] … Das Eingreifen der Bekanntgabefiktion **setzt voraus**, dass es sich um einen **schriftlichen Verwaltungsakt** handelt, der – an die **zutreffende Anschrift** des Empfängers adressiert – im **Inland** durch die **Post** übermittelt wird. Darüber hinaus ist erforderlich, dass der **Zeitpunkt der Auf-**

Zum Gerichtsbescheid: AS-Skript Die verwaltungsgerichtliche Assessorklausur (2023), Rn. 347 ff.

§ 41 VwVfG
Bekanntgabe des VA

(2) [1]Ein schriftlicher Verwaltungsakt, der im Inland durch die Post übermittelt wird, gilt am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben. [3]Dies gilt nicht, wenn der Verwaltungsakt nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist; im Zweifel hat die Behörde den Zugang des Verwaltungsaktes und den Zeitpunkt des Zugangs nachzuweisen.

gabe zur Post als Ereignis, das den Lauf der Drei-Tage-Frist auslöst, feststeht."

2. Danach gilt der schriftliche Versagungsbescheid, ein VA i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG, der am 11.04.2024 zur Post gegeben wurde, als am 14.04.2024 bekannt gegeben.

a) Die **Aufgabe zur Post** erfolgte am 11.04.2024 wie sich aus dem Abvermerk der Bereichsleiterin auf der Verfügung in der Verwaltungsakte der Bekl. ergibt.

„[25] Die **Dreitagesfrist begann** am [12.04.2024] zu laufen, weil der Aufgabetag selbst als **Ereigniszeitpunkt** nicht mitgezählt wird, und endete mit Ablauf des [14.04.2024]".

b) Dass das **Fristende** am 14.04.2024 auf einen **Sonntag** fiel, ändert an der Bekanntgabefiktion auch mit Blick auf § 31 Abs. 3 VwVfG an diesem Tage nichts.

„[26] … Die Vermutung der Bekanntgabe gemäß § 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG greift auch dann ein, wenn der für die Bekanntgabe maßgebende dritte Tag nach der Aufgabe zur Post auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt."

c) Der Annahme der Bekanntgabe am 14.04.2024 steht auch die **Ausnahmeregel** des § 41 Abs. 2 S. 3 VwVfG nicht entgegen.

„[28] Dabei erfordert das Bestreiten des nach § 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG vermuteten Zeitpunkts der Bekanntgabe – jedenfalls dann, wenn nicht der Zugang an sich, sondern **nur dessen Zeitpunkt** in Rede steht – die substantiierte Darlegung von Tatsachen, aus denen schlüssig die nicht entfernt liegende Möglichkeit hervorgeht, dass ein Zugang des Bescheides erst nach dem von § 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG vermuteten Zeitpunkt erfolgte."

Das **schlichte Bestreiten**, den Bescheid zu dem vermuteten Zeitpunkt erhalten zu haben, genügt nicht.

„[29] Der ‚Zweifel' i.S.d. § 41 Abs. 2 S. 3 Hs. 2 VwVfG muss ein **berechtigter Zweifel** sein. Andernfalls wäre die widerlegbare Vermutung, die auf der Erfahrung des täglichen Lebens beruht, dass eine gewöhnliche Postsendung den Empfänger binnen weniger Tage erreicht, von vornherein sinnlos."

Die Vorlage des Versagungsbescheids, der mit dem Eingangsvermerk 17.04.2024 einen Zugang nach der Bekanntgabefiktion am 14.04.2024 behauptet, ohne diese Abweichung näher zu erläutern, genügt noch nicht, um Zweifel i.S.d. § 41 Abs. 2 S. 3 VwVfG zu wecken.

„[30] Von dem Adressaten kann dabei die **substantiierte Darlegung** erwartet werden, welche konkreten Vorkehrungen er getroffen hat, um einen zuverlässigen Eingang der an ihn gerichteten Post und eine hinreichende Kontrolle der eingehenden Post zu gewährleisten. Hierbei handelt es sich um Maßnahmen, die in seinem Kenntnis- und Einflussbereich liegen."

Der **Eingangs-Vermerk** ist zudem mehrdeutig.

„[31] … [Es] lässt sich dem Vermerk ‚Eingang' nicht eindeutig entnehmen, ob mit ihm der **Zugang** im Rechtssinne oder lediglich eine spätere tatsächliche Kenntnisnahme dokumentiert werden sollte. Eine spätere **tatsächliche Kenntnisnahme** begründet als solche keine Zweifel an dem von § 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG vermuteten Tag der Bekanntgabe."

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

VRVG Dr. Martin Stuttmann

§ 31 VwVfG
Fristen und Termine

(3) Fällt das Ende einer Frist auf einen Sonntag, einen gesetzlichen Feiertag oder einen Sonnabend, so endet die Frist mit dem Ablauf des nächstfolgenden Werktags.

Str., ebenso: Kopp/Schenke, VwGO (2023), § 70 Rn. 6d; Kopp/Ramsauer, VwVfG (2023), § 41 Rn. 39b; a.A. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG (2022), § 41 Rn. 133.

§ 41 VwVfG
Bekanntgabe des VA

(2) [3]Dies gilt nicht, wenn der Verwaltungsakt nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist; im Zweifel hat die Behörde den Zugang des Verwaltungsaktes und den Zeitpunkt des Zugangs nachzuweisen.

Näher AS-Skript Die verwaltungsgerichtliche Assessorklausur (2023), Rn. 394

KLAUSURHINWEIS

Zweifel am Zugang an sich lassen sich durch einfaches Bestreiten wecken (s. BVerwG RÜ2 2024, 115). Steht wie hier der Zugang fest, sind die Anforderungen höher.

RÜ 05354

7/24

Seiten 361–420
54. Jahrgang
ISSN 0178-0689

RechtsprechungsÜbersicht

Deine Examensfälle von morgen

Zivilrecht

BGH	Haftung für Sachmängel auch bei Oldtimern möglich
BGH	Verjährungsbeginn bei Fälligkeit nach Vertragsschluss
BGH	Wirksamkeit eines Grundstückskaufvertrages bei Schwarzgeldabrede
OLG Frankfurt	Keine Nichtigkeit eines Testaments zugunsten eines behandelnden Arztes
AS-Kompakt	BGB AT kompakt: Die wichtigsten Klausurprobleme bei der Anfechtung, §§ 119 ff. BGB

Strafrecht

BGH	Keine rechtfertigende Einwilligung bei Fehlvorstellungen, insbes. über die medizinische Qualifikation des Täters
BGH	Schuldfähigkeit und Rauschtat; Rückrechnung der Blutalkoholkonzentration zur Tatzeit
AG Dortmund	„Abziehen“ eines Fanschals ist Raub – mehr als fraglich!
BGH	Neustart der Verjährung nach Wiederaufnahme?

Öffentliches Recht

EGMR	Klimaschutz ist Menschenrecht
EuGH	Grenzgänger haben Anspruch auf Gleichbehandlung beim Kindergeld
BVerfG	Die falsche Auslegung einer Äußerung durch ein Gericht verletzt die Meinungsfreiheit
VGH BW	Boarding-Haus im reinen Wohngebiet

Alpmann Schmidt

§§ 20, 21, 212, 323a StGB

Schuldfähigkeit und Rauschtat; Rückrechnung der Blutalkoholkonzentration zur Tatzeit

BGH, Urt. v. 11.01.2024 – 3 StR 280/23, BeckRS 2024, 1916

Leitsätze

1. Bei der Beurteilung einer alkoholbedingten krankhaften seelischen Störung i.S.v. § 20 StGB ist zu Gunsten des Angeklagten ein stündlicher Alkoholabbau von 0,2 ‰ und zusätzlich ein einmaliger Sicherheitszuschlag von 0,2 ‰ anzusetzen. Ein individueller Abbauwert aufgrund der Ermittlung der Differenz von zwei in einem bestimmten Abstand zueinander entnommenen Blutproben darf dagegen nicht berücksichtigt werden.

2. Eine ermittelte Blutalkoholkonzentration ist ein – bei hohen Werten auch gewichtiges – Beweisanzeichen für eingeschränkte oder aufgehobene Schuldfähigkeit, aber keinesfalls ein für sich genommen entscheidendes Indiz. Daher sind stets auch psychodiagnostische Beurteilungskriterien im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere, wenn eine Blutalkoholkonzentration zur Tatzeit durch Rückrechnung aus dem Wert einer später entnommenen Blutprobe bestimmt worden ist.

Wichtige Fallinformationen:

zwischen 16:47–18:43 Uhr
Tathandlung zum Nachteil des O

20:00 Uhr
Entnahme der Blutprobe: 3,32 ‰!

Stündlicher individueller Abbauwert bei A:
0,1 ‰/Stunde

Fall

Der langjährig alkoholabhängige A verkehrte vorwiegend im Kreise anderer alkoholkranker Menschen. Aufgrund seiner Alkoholabhängigkeit litt er unter einem Suchtdruck und konsumierte daher täglich erhebliche Mengen Alkohol, und zwar sechs bis sieben Flaschen Bier sowie Wein und Wodka. Zum Tatzeitpunkt war A wohnungs- und arbeitslos und fand Unterkunft in der Wohnung des M. Durch M lernte A auch O, das spätere Tatopfer, kennen. Alle Personen waren dem Alkohol verfallen und betranken sich regelmäßig in der Wohnung des O, der genügend Geld hatte und die Alkoholika spendierte. O war aufgrund eines Schlaganfalls erheblich mobilitätseingeschränkt, auf fremde Hilfe angewiesen und hielt sich meist auf der Couch in seinem Wohnzimmer auf. A hatte ein angespanntes Verhältnis zu O, da dieser A den Diebstahl eines Mobiltelefons vorwarf.

Am 22.12.2021 trank A eine große Menge Alkohol. Da ihm die Wirkung des Alkoholkonsums bekannt war, hielt er es jedenfalls für möglich und nahm billigend in Kauf, dass er auch an diesem Tag betrunken wurde und in einen Rausch geriet. Auch war ihm beim Trinken klar, dass er unter Alkoholeinfluss häufig verbal aggressiv wurde sowie Beleidigungen und Bedrohungen aussprach. Zu körperlicher Gewalt gegenüber Dritten neigte A allerdings nicht, sodass er auch nicht damit rechnete, im Alkoholrausch gewalttätig zu werden. Trotz seiner Alkoholabhängigkeit war es A grundsätzlich möglich, den Konsum so zu begrenzen, dass er in keinen akuten Vollrausch geriet. Zeitweise war er auch in der Lage, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.

Am Tattag ging A gegen um 16:21 Uhr allein zu O, der ebenfalls stark alkoholisiert war und sodann mit A in Streit geriet. A war dadurch derart genervt, dass er zu einem nicht näher eingrenzbaren Zeitpunkt zwischen 16:47 Uhr und 18:43 Uhr mit bedingtem Tötungsvorsatz mit einem Messer zweimal auf den auf der Couch in seinem Wohnzimmer liegenden O einstach. O konnte sich aufgrund seiner körperlichen Beeinträchtigungen und Alkoholisierung nicht gegen den Angriff wehren und starb innerhalb von wenigen Minuten aufgrund hohen Blutverlustes. Durch seine hohe Alkoholintoxikation war A in seiner Steuerungsfähigkeit sicher erheblich eingeschränkt; möglicherweise war seine Steuerungsfähigkeit zum Tatzeitpunkt auch vollständig aufgehoben.

Gegen 19:15 Uhr fuhr A mit einem Fahrrad zu einem Supermarkt, um neuen Alkohol zu kaufen, nachdem er zwischenzeitlich die Wohnung des O verlassen hatte. Da er mit dem Fahrrad stürzte, wurde die Polizei auf A aufmerksam und um 20:00 Uhr wurde ihm eine Blutprobe entnommen, die einen Wert von 3,32 ‰ aufwies. Obwohl A nach der Tat – zumindest nicht ausschließbar – keinen weiteren Alkohol mehr konsumiert hatte, war er immer noch so stark alkoholisiert, dass die Polizisten ihn noch um 21:41 Uhr für weiterhin „wegeunfähig“ hielten. Bei seiner späteren Festnahme wurden A zwei Blutproben mit zeitlichem Abstand genommen, die einen individuellen Abbauwert von 0,1 ‰ Blutalkohol pro Stunde zeigten.

Strafbarkeit des A zum Nachteil des O nach dem StGB?

Lösung

I. § 212 Abs. 1 StGB

A könnte sich wegen **Totschlags** gemäß **§ 212 Abs. 1 StGB** strafbar gemacht haben, indem er zweimal mit dem Messer auf O einstach.

1. Tatbestand

A hat den Tod des O kausal und objektiv zurechenbar verursacht. Dabei handelte er auch vorsätzlich. Der Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB ist damit verwirklicht.

2. Rechtswidrigkeit

Für das Tun des A stand diesem kein Rechtfertigungsgrund zu, weshalb A auch rechtswidrig handelte.

3. Schuld

Allerdings könnte die Schuld des A gemäß **§ 20 StGB ausgeschlossen** gewesen sein. In Betracht kommt eine krankhafte seelische Störung aufgrund einer akuten Alkoholintoxikation.

a) BAK-Wert

Zunächst ist fraglich, von welchem **BAK-Wert zum Zeitpunkt der Messerstiche** auszugehen ist, denn es ist nur der BAK-Wert von 3,32 ‰ bei der Blutprobe um 20:00 Uhr bekannt, wobei zugunsten des A nicht von einem Nachtrunk auszugehen ist. Bei der Berechnung der Tatzeit-BAK ist dann …

> „[16] … zugunsten des Angeklagten ein **stündlicher Alkoholabbau von 0,2 ‰** und zusätzlich ein **einmaliger Sicherheitszuschlag von 0,2 ‰** anzusetzen. Ein individueller Abbauwert aufgrund der Ermittlung der Differenz von zwei in einem bestimmten Abstand zueinander entnommenen Blutproben ist nach medizinischer Erkenntnis nicht feststellbar."

Daher spielt es keine Rolle, dass A aufgrund seiner individuellen Konstitution tatsächlich stündlich nur 0,1 ‰ abbaute. Aufgrund der Rückrechnung ergibt sich zum frühestmöglichen Tatzeitpunkt um 16:47 Uhr ein BAK-Wert von 4,16 ‰.

b) Gesamtwürdigung

Der sehr hohe BAK-Wert von über 4 ‰ ist ein signifikantes Indiz für die alkoholbedingt aufgehobene Steuerungsfähigkeit.

> „[20] Allerdings gibt es … **keinen gesicherten medizinisch-statistischen Erfahrungssatz** dahin, dass ohne Rücksicht auf psychodiagnostische Beurteilungskriterien allein wegen einer bestimmten Blutalkoholkonzentration zur Tatzeit (in aller Regel) eine alkoholbedingt erheblich verminderte oder sogar aufgehobene Steuerungsfähigkeit angenommen werden muss. Dies gilt insbesondere, wenn eine Blutalkoholkonzentration zur Tatzeit durch Rückrechnung aus dem Wert einer später entnommenen Blutprobe bestimmt worden ist. Eine ermittelte Blutalkoholkonzentration kann daher zwar ein – bei hohen Werten auch gewichtiges – Beweisanzeichen für eingeschränkte oder aufgehobene Schuldfähigkeit, aber keinesfalls ein für sich genommen entscheidendes Indiz sein.
>
> [21] Für die Beurteilung der Schuldfähigkeit maßgeblich ist vielmehr eine **Gesamtschau aller wesentlichen objektiven und subjektiven Umstände**, die sich auf das **Erscheinungsbild des Täters vor, während und nach der Tat** beziehen. In die Gesamtwürdigung sind sowohl die **Höhe der Blutalkoholkonzentration** als auch **psychodiagnostische Kriterien** einzustellen."

Zu beachten ist, dass der BGH als Revisionsgericht hinsichtlich der Schuldunfähigkeit nur einen begrenzten Prüfungsmaßstab hat:

„[13] … Dabei gilt für die revisionsrechtliche Nachprüfung, dass die auf Tatsachen gestützte Überzeugung des Tatgerichts zur Schuldfähigkeit des Angeklagten vom Revisionsgericht grundsätzlich hinzunehmen ist. Es kann nur eingreifen, wenn diese auf fehlerhaften Vorstellungen und Erwägungen beruht, etwa das Tatgericht einen unzutreffenden rechtlichen Ausgangspunkt zugrunde gelegt, die Beweise nicht erschöpfend gewürdigt, ohne ausreichende Tatsachengrundlage Schlüsse gezogen – etwa anerkanntermaßen nicht aussagekräftige Indizien herangezogen – oder gegen gesicherte naturwissenschaftliche Erfahrungssätze verstoßen hat."

Weiterführend zum Alkoholrausch als Schuldunfähigkeitsgrund AS-Skript Strafrecht AT 1 (2021), Rn. 335 ff.

Die vom BGH referierte Rückrechnung gilt, wenn sich ein hoher BAK-Wert zugunsten des Täters auswirkt. Dagegen wird ein stündlicher Abbauwert von 0,1 ‰ ab zwei Stunden nach Trinkende angenommen, wenn sich ein niedriger BAK-Wert zugunsten des Täters auswirkt.

Im Rahmen dieser Gesamtwürdigung schwächt zunächst die erhebliche Alkoholgewöhnung des A das indizielle Gewicht des hohen BAK-Wertes ab. Allerdings zeigt vor allem das Nachtatverhalten Ausfallerscheinungen bei A, der mehr als zwei Stunden nach der Tat nicht sicher Fahrrad fahren konnte und auch um 20:00 Uhr noch deutlich durch den Alkoholkonsum beeinträchtigt war. Auch der Umstand, dass A zweimal auf O einstach und somit gezielt handelte, schließt eine Schuldunfähigkeit nicht aus, denn …

> „[25] … bei erheblich alkoholgewöhnten Menschen wie [A können] äußeres Leistungsverhalten und innere Steuerungsfähigkeit weit auseinanderfallen. In einem solchen Fall schließt daher ein motorisch kontrolliertes, äußerlich geordnetes und zielstrebiges Tathandeln einen intoxikationsbedingten Wegfall des Hemmungsvermögens nicht aus."

Weiterhin verhielt sich A gegenüber O anders als sonst unter Alkoholeinfluss. Zwar wurde er dabei regelmäßig verbal aggressiv und beleidigend, hatte aber bisher keine körperliche Gewalt angewendet, sodass es sich um eine persönlichkeitsfremde Tat handelte, die auf die Enthemmung durch die außergewöhnlich hohe Alkoholisierung zurückging.

Insgesamt ergibt die Gesamtwürdigung, dass A nicht mehr in der Lage war, das Unrecht der Tat einzusehen. Er war somit gemäß § 20 StGB schuldunfähig.

Ergebnis: A hat sich nicht wegen Totschlags gemäß § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 323a Abs. 1 StGB durch das Betrinken

A könnte sich aber wegen **vorsätzlichen Vollrausches** gemäß **§ 323a Abs. 1 StGB** strafbar gemacht haben, indem er sich betrank.

1. Tatbestand

a) Sichversetzen in einen Rausch

Zunächst müsste sich A durch den Alkoholkonsum in einen **Rausch versetzt** haben.

> „[33] … Hierunter ist ein Zustand zu verstehen, in dem sich die Wirkungen des konsumierten Rauschmittels derart entfalten, dass die Fähigkeit beeinträchtigt ist, das eigene Verhalten an rechtlichen Verhaltensnormen zu orientieren. Ein tatbestandsrelevanter Rausch ist zu bejahen, wenn der Täter durch den Konsum berauschender Mittel in eine Verfassung gerät, aufgrund derer er in **Bezug auf die Rauschtat schuldunfähig ist oder insofern zumindest eine erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit vorliegt und Schuldunfähigkeit nicht ausgeschlossen werden kann**."

Auch wenn man im Rahmen des § 323a Abs. 1 StGB zugunsten des A von einem nur niedrigen Abbauwert von 0,1 ‰ ab zwei Stunden nach Trinkende, und damit nicht wie bei der Prüfung der Schuld im Rahmen des § 212 Abs. 1 StGB von einem möglichst hohen BAK-Wert bei der Tatbegehung ausgeht, war seine Schuldfähigkeit zumindest erheblich vermindert und auch die Schuldunfähigkeit liegt nahe. Somit hat er sich in einen Rausch versetzt.

b) Vorsatz

Weiterhin müssten die Voraussetzungen für den **vorsätzlichen Vollrausch** vorliegen. Diese sind – bei hinreichenden bedingten Vorsatz – gegeben, …

> „[34] … wenn der Täter beim Rauschmittelkonsum für **möglich hält und billigend in Kauf nimmt**, dass er sich dadurch in einen Rauschzustand versetzt, der seine Einsichtsfähigkeit oder sein Hemmungsvermögen jedenfalls erheblich vermindert, wenn nicht ganz ausschließt."

Da nicht ersichtlich ist, dass A beim Trinken überhaupt den Vorsatz hatte, eine Gewalttat zu begehen oder gar O zu töten, erübrigt sich ein Eingehen auf die Rechtsfigur der actio libera in causa; dazu weiterführend AS-Skript Strafrecht AT 1 (2021), Rn. 340 ff.

Prüfungsschema: Vollrausch § 323a StGB

A. Tatbestand
  I. Tatbestand: Sichversetzen in einen Rausch
  II. Vorwerfbarkeit des Sichberauschens
    1. Vorsatz
    2. Fahrlässigkeit
B. Objektive Strafbarkeitsbedingung: Rauschtat
C. Rechtswidrigkeit (des Sichberauschens)
D. Schuld (des Sichberauschens)
E. Geltung der Rauschtat-Verfolgungsvoraussetzungen auch für Vollrausch, Abs. 3

Vgl. dazu AS-Skript Strafrecht BT 2 (2022), S. 210 (Vor Rn. 512).

A wusste, dass er schon in der Vergangenheit durch hohen Alkoholkonsum Ausfallerscheinungen hatte und dann auch zumindest verbal aggressiv gegenüber Dritten geworden war. Daraus folgt, dass er zumindest billigend in Kauf nahm, sich in einen das Hemmungsvermögen zumindest erheblich einschränkenden Trunkenheitszustand zu versetzen.

2. Objektive Strafbarkeitsbedingung: Rauschtat

Es müsste weiterhin die objektive Strafbarkeitsbedingung gegeben sein, nämlich eine rechtswidrige Tat, für die der Täter nicht bestraft werden kann. Dies ist – wie oben geprüft – hier zu bejahen.

> „[36] Im Vollrausch beging [A] **vorsätzlich ein Tötungsdelikt**, wobei er **aufgrund seiner Alkoholintoxikation nicht ausschließbar in schuldunfähigem Zustand handelte, jedenfalls aber seine Steuerungsfähigkeit erheblich eingeschränkt** war. Damit ist die in § 323a Abs. 1 StGB normierte objektive Bedingung der Strafbarkeit einer rechtswidrigen – also auch in subjektiver Hinsicht tatbestandsmäßigen – Rauschtat erfüllt, bei deren Begehung der Täter schuldunfähig oder bei nicht ausschließbarer Schuldunfähigkeit zumindest sicher nur erheblich eingeschränkt schuldfähig war."

3. Rechtswidrigkeit des Sichberauschens

Da zugunsten A keine Rechtfertigungsgründe eingreifen, handelte er hinsichtlich des Sichbetrinkens rechtswidrig.

4. Schuld des Sichberauschens

Fraglich ist, ob A auch bei dem Betrinken schuldhaft, also vorwerfbar handelte. Angesichts seiner Alkoholabhängigkeit und dem daraus folgenden Suchtdruck war er möglicherweise schon während des Trinkens nicht mehr in der Lage, seinen Alkoholkonsum zu begrenzen, um nicht einen so erheblichen Rauschzustand zu erreichen. Angesichts der Alkoholsucht spricht viel für eine Verminderung der Schuldfähigkeit nach § 21 StGB, jedoch war A weiterhin grundsätzlich dazu fähig, seinen Alkoholkonsum so zu kontrollieren, dass er dabei nicht einen Rauschzustand i.S.v. § 323 a Abs. 1 StGB erreichen würde. Somit versetzte er sich schuldhaft in den Rauschzustand.

Ergebnis: A hat sich wegen vorsätzlichen Vollrausches nach § 323a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Notarassessor Dr. Manuel Ladiges, LL.M. (Edinburgh)