

Vorbemerkung

Die nachfolgenden Stichpunkte habe ich für meine Examensvorbereitung auf die Klausuren im Herbst 02 aus diversen Literaturstellen angefertigt. Wegen dieses Verwendungszweckes ist die Sprache teils sehr salopp und bildhaft.... In der Gliederung habe ich mich an dem sehr lesenswerten Aufsatz meines ehemaligen AG-Leiters Knemeyer orientiert: Die zivilrechtliche Anwaltsklausur, JA 1996, 685 ff.. Diesen Aufsatz kann man daher gut zusammen mit meinen teils detaillierteren Stichpunkten lesen.

Viel Spaß beim Lesen!

Die Anwaltsklausur

Warum wird in der Aufgabenstellung meist ein **Gutachten** verlangt, wo der Anwalt doch in der Regel gar keine Gutachten schreibt?

Grund: sonst könnte man nicht prüfen (§ 35 II JAO NW). Denn der Anwalt weiß zwar natürlich alles, aber er sagt`s in der Praxis nicht:

- nicht dem Gericht aus Taktik; Schriftsätze werden dem Gegner zugestellt, und dem will man ja keine Rechtsberatung erteilen.
- Nicht dem Mandanten, denn wird normalerweise die rechtlichen Feinheiten im einzelnen gar nicht verstehen können. Will er auch nicht. Deshalb geht er ja zum Anwalt. Dem Mandanten muß man (z.T. auch in der Klausur verlangt) die Rechtslage laienhaft-plakatativ darlegen, ohne ihn zu verwirren.
- Der Anwalt prüft auch die Zweckmäßigkeit seines Vorgehens. Die Erwägungen in

soweit legt er natürlich allenfalls seinem Mandanten dar.

Grundstruktur der Anwaltsrelation identisch mit der der Richterrelation:

Sachverhaltserarbeitung: wie gehe ich vor?

- Aktenauszug
- Streitiges ↔ Unstreitiges, Tatsachen ↔ Rechtsansichten
- Unstreitigen SV historisch ordnen
- Prozessgeschichte festhalten
- Kenntlich machen, was bei Gericht schon vorgetragen und was nicht.

Bezeichnung der Beteiligten:

vor Klageerhebung: Mandant ./ Herr X,

nach Klageerhebung: Kl. ./ Bekl..

Heute wird oft aus Zeitgründen keine **Sachverhaltsdarstellung** verlangt.

Falls doch:

Bei Beratung eines Beklagten muß deutlich gemacht werden, ob sein Vorbringen schon in den Prozeß eingeführt ist.

Bezugnahmen sind zulässig wie im SB/TB.

Überlegungen zur weiteren Sachverhaltsaufklärung gehören in die Zweckmäßigkeit.

- Unerledigte Beweisanträge kommen anders als im SB/TB in Klammern hinter die streitige Tatsache.
- Mandantenvorbringen ist **niemals** nach § 138 III ZPO als unstreitig anzusehen!
Man weiß ja nie, was der Gegner noch macht, man hat schon Pferde vor der Apo-

theke kotzen sehen! - **Pferdeprinzip!**

- Der Mandant behauptet gegenüber seinem Anwalt (= mir) nicht, sondern er „erklärt, er sei/habe...“.

Grund:

- ⇒ Dem Mandanten kann man vertrauen; ist das ausnahmsweise nicht der Fall, sollte man das Mandat niederlegen, kommt aber in der Klausur nicht vor.
- ⇒ was letztlich (im Prozeß) „behauptet“ wird, hängt davon ab,
 - 1) ob die betreffende Tatsache überhaupt in den Prozeß eingeführt wird (der Anwalt ist selbst Koch des Prozeßvortrages seines Mandanten (Kl./Bekl.). Er entscheidet, was er in den Pott wirft!)
 - 2) ob es unstreitig ist bzw. wird oder nicht.
- Rechtsansichten, die nicht als zutreffend erachtet werden, mit aufnehmen (da will der Mandant was zu wissen!)

I. Aufbau der SV-Schilderung (wenn verlangt):

- zuerst vorstellen: Mandant / Gegner bzw. nach Klageerhebung: Parteistellung (Kl./Bekl.).
- dann Sachstand
- es folgt der Streitstand (Merke: der Gegner „behauptet“, denn was er sagt, ist in den Prozeß eingebracht und streitig, weil der Mandant ja was anderes sagt.)
- Klageantrag des Gegners ist vor Beginn der mündlichen Verhandlung nur ein **an-gekündigter** Antrag! - vgl. § 137 I ZPO!
- Vorsicht: Antrag des (beklagten) Mandanten natürlich nicht in den SV, sondern ganz ans Ende des Gutachtens, denn wir möchten ja erst noch einen schönen Antrag austüfteln! Nach dem Klageantrag kommt also - wenn wir den Beklagten vertreten - direkt das Beklagtenvorbringen („Der Beklagte hat mir gegenüber erklärt: Er habe...“) Das Begehren des Beklagten kann dann zwanglos an sein Vorbringen

(Tatsachen/Rechtsansichten) angeschlossen werden. Beispiel: „Der Beklagte möchte über die Erfolgsaussichten einer Rechtsverteidigung informiert werden.“

- Prozessgeschichte (**PG**), **wo ich sie versteh`!**

II. Prüfung der Rechtslage:

Der **Anwalt** entscheidet keinen Fall, sondern er **entwickelt** eine **Rechtsprognose** in bezug auf die künftige Entscheidung des Gerichts.

Der Wetterfrosch macht das Wetter nicht, er zeigt nur an, wie es wahrscheinlich werden wird! Ähnlich der Anwalt: Er ist ein „Urteilsfrosch“; er soll sagen, wie das Urteil lauten wird.

Also: keine Kabinettsstückchen, die bei Gericht ins Klo gehen! **Bei Meinungsstreits stellt sich nicht die Frage, ob der Bearbeiter eine Meinung vertreten will, sondern die, ob das Gericht diese Meinung vertreten wird!** Vertretbarkeit reicht beim Anwalt nicht aus!

Bei zwei Meinungen muß **doppelt geprüft** und dann bei den Zweckmäßigkeitsüberlegungen erörtert werden, mit welcher Meinung das Gericht geht.

In die Prüfung muß **Gegenvorbringen** einbezogen werden, **das aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu erwarten ist**. Der Anwalt muß die Slalomstange in seinen Fahrkurs einplanen, sobald er sie sieht, und nicht erst, wenn er dagegenfährt!

- Slalomstangen-Prinzip!

Bsp.: Verjährung / Festpreisvereinbarung, § 650 BGB.

Der Anwalt kann **gestalten**. Rechtlich hat er, wie gesehen, zwar nix zu melden, aber er kann mit den **Tatsachen** tricksen (Beibringungsgrundsatz sei Dank)

Das Urteil ist die Blume, die auf dem Mutterboden Sachverhalt wächst. Der Anwalt ist in soweit Gärtner: Er kann die Blume (Urteil) nicht machen, aber er kann den Boden so verändern, daß bestimmte Pflanzen darauf nicht wachsen können.

Gestaltungsmöglichkeiten:

- prozessuale Rügen erheben oder auch **nicht**, 39, 269, 295 ZPO;
Bsp.: unschlüssige Klage vor unzuständigem Gericht: nicht rügen (§ 39) ist günstiger, denn dann gibt es ein Sachurteil!
- selbst **auf den SV einwirken** (Mandant soll Vertrag anfechten, seine Arbeitskraft anbieten, eine Frist setzen, usw.)
- im Rahmen des 138 I den SV **nur in bestimmter Weise vortragen.**
- Der Sachverhalt kann **z.B.** auch durch **Erfüllung (362 I BGB)** gestaltet werden.
Sinnvoll, wenn erst dadurch das geltend gemachte Recht entsteht bzw. durchsetzbar wird! - Beispiel: Mandant ist Werkunternehmer, sein Anspruch scheitert an § 641 I BGB. Zweckmäßig: Mängel beseitigen, dann klappt`s auch mit dem Zahlungsanspruch.
- Sachverhaltsgestaltung durch **Ausübung von Gestaltungsrechten:**
Kündigung, Rücktritt, Anfechtung, Minderung, Genehmigung (z.B. 985 ↔ 816 I – switch: Kaufpreis statt Sache vom Erwerber bei Abhandenkommen), Aufrechnung, Ausschlagung der Erbschaft.

Exkurs Gestaltungsrecht:

Über die **Ausübung wird in den Darlegungsstationen** nicht diskutiert. Die Ausübung wird einfach **unterstellt**. Ggf. alternative Prüfung. Beispiel:
X verkloppt `ne Sache des Mandanten.

Alternative 1): Mandant genehmigt nicht => 985 gegen den Erwerber.

Alternative 2): Mandant genehmigt => 816 I gegen den Veräußerer X.

- Es gilt die **Relationsmethode; erst prüfen und dabei feststellen, dass noch eine Ausübung/Geltendmachung erforderlich ist, danach** dann in den Zweckmäßigkeitserwägungen die vorteilhafteste **Alternative auswählen** und die dafür ggf. notwendige Ausübung eines Gestaltungsrechts vorschlagen.

Bei Gestaltungsrechten muß immer die **Gesamtrechtsslage** geprüft werden!

Was den Anspruch des Gegners entfallen läßt (z.B. RT beim 433), kann neue Pflichten des Mandanten begründen (neuer Anspruch des Gegners auf Nutzungsentschädigung und Rückgabe der Sache) und deswegen ungünstiger als eine andere Maßnahme sein (Minderung).

Weiteres Bsp.: 985 ⇔ 816 I: Wenn Sache wertvoller als Erlös, sollte nicht genehmigt werden!

- **Geltendmachung von Einreden:**

222 BGB, 273 BGB, 821 BGB, usw.

Beachte bei 273 BGB => 274 BGB: es erfolgt dennoch eine Verurteilung, wenn auch nur Zug um Zug (Für den Beklagten kann es daher günstiger sein, das ZBR nur hilfsweise neben **Aufrechnung** mit der ZBR-Forderung geltend zu machen.).

- Eigentore (falsche Behauptungen des Gegners, die diesem ungünstig sind) nicht bestreiten,
- 138 IV ZPO - bestreiten - auch ohne, dass er` s besser weiß!
- unbekannte Tatsachen behaupten, wenn er ihr Vorliegen vermutet (nicht „ins Blaue“! - es muss wenigstens Anhaltspunkte für die behauptete Tatsache geben!),

Ist der Mandantensachverhalt lückenhaft: Indiziertes prüfen + nachfragen!

⇒ ABER: Niemals selbst einen SV stricken!

⇒ Bleibt der **SV offen:** Alternativen prüfen und dann Erfolgsaussichten auf beiden Wegen beurteilen – geht nicht anders, da hilft nix!

Zulässigkeit der Klage:

- ist die örtliche Z zweifelhaft: HilfsA auf Verweisung.
- Beachte Zulässigkeitsvoraussetzungen, die nur auf Einrede des Beklagten überprüft werden: **39 / 295 ZPO**, sowie 110 I, 269 IV, 1027a ZPO. **In der Zulässigkeit** ist das aber **nur festzustellen**, der Ratschlag kommt erst in den Zweckmäßigkeitserwägungen.
- Sachverhalt zu einzelnen Z-Voraussetzungen str.: Stationen machen!

III. Einschichtiges Gutachten – Besonderheiten bei Beratung des Anspruchstellers:

Wird der Anspruchsteller beraten, so hat er - klar - in aller Regel noch keine rechtlichen Schritte eingeleitet; das Gutachten ist deshalb normalerweise einschichtig (es gibt keine eigene Station für den Gegner)

Sachverhalt: Wenn Kläger vertreten wird und/oder noch keine Klage anhängig: nach dem str. Vortrag des künftigen Klägers direkt den des künftigen Beklagten anschließen! Denn dann soll der Antrag ja gerade als Ergebnis des Gutachtens vom Anwalt erarbeitet werden. Anstelle der Anträge können die Begehren der Parteien, soweit bekannt, dargestellt werden.

1) ein **Einleitender Vorschlag** ist **meist nicht** wirklich **gut**. Nur bei ziemlich eindeutiger Sach- und Rechtslage.

Denn: Die Beratung soll den Mandanten in die Lage versetzen, eigenverantwortlich über das Ob und Wie der Geltendmachung seiner Rechte und Interessen zu entscheiden! **Der Anwalt ist für den Mandanten das, was der Sachverständige für den Richter ist!** Entscheiden tut nicht der Sachverständige, sondern der Richter mit der Erkenntnishilfe des Sachverständigen bzgl. der Tatsachen. Der Anwalt ist (nur) der Sachverständige des Mandanten für Rechtsfragen.

2) **Keine vorangestellte Prozeßstation bei Vertretung des Anspruchstellers!**

Grund: idR. will der Mandant Ansprüche und Erfolgsaussichten ihrer Durchsetzung wissen!

Wie durchgesetzt werden soll, kann der Anwalt aber erst dann entscheiden, wenn er die Ansprüche des Anspruchstellers geprüft hat!

Anders ist es nur bei Vertretung des Beklagten, wenn nach den Erfolgsaussichten eines (konkreten) Rechtsmittels, eines Rechtsbehelfs oder einer Rechtsverteidigung gegen eine bereits erhobene Klage gefragt ist!

Also:

⇒ **erst Prüfung der mat. Rechtslage + Beweisprognose.**

⇒ **Danach in den Zweckmäßigkeitserwägungen Zulässigkeit** der in Frage kommenden Maßnahmen und Anträge erörtern. Dabei örtliche und sachliche Z. immer prüfen. Wahl zwischen Gerichten auch (z.B. Kammer für Handelssachen, § 96 GVG?).

3) Mandant Anspruchsteller und Angelegenheit nur „zu begutachten“=> **einschichtiges Gutachten!**

Wie Kurzvortrag, keine Trennung nach Parteistationen!

- a) **Station „materielle Rechtslage“:** Beachte: geringere Begründungstiefe, denn (s.o.) der **Anwalt** macht nicht die Entscheidung, sondern eine Prognose! Wenn die gesamte Rspr. zu einer Streitfrage einer Meinung ist, dann ist sich dieser Meinung anzuschließen, es sei denn, der Mandant möchte eine Kamikaze-Klage! Anders als das Gericht muß der **Anwalt** keinen Rechtsfrieden durch Überzeugung seines Mandanten von der Richtigkeit seiner Entscheidung schaffen, denn er **entscheidet nicht**, sondern er soll dem Mandanten möglichst sicher voraussagen, wie das Gericht entscheiden würde. Also braucht er weniger Argumente, um sich der (gefestigten) Rechtsprechungsmeinung anzuschließen, denn schon daß es die Rechtsprechungsmeinung ist, ist eigentlich Argument genug! Die Rechtsprechung ist die Umwelt des anwaltlichen Wirkens. Gegen eine gefestigte Rechtsprechung mit einer Mindermeinung von Professor XY anzutreten ist wie Schlittschuhlaufen in der Wüste - das muss der Mandant wissen. Die innere Berechtigung der Rechtsprechungsmeinung tritt dahinter zurück, solange der Mandant nicht ausdrücklich damit einverstanden ist, eine höchstwahrscheinlich erfolglose Klage zu erheben.

Damit der Mandant den groben Hintergrund von Meinungsstreitigkeiten aber nachvollziehen kann, sollte kurz begründet werden, warum die Rechtsprechung diese oder jene Meinung vertritt.

Folge also: In der Klausur der gefestigten **Rspr. folgen** und deren Ansicht begründen (Mandant soll` s ja verstehen)Rspr. zitieren (Kommentare!!!). Gegenargumente der Lit. können weggelassen werden.

Beachte auch beim einschichtigen Gutachten das **Slalomstangen-Prinzip**: , Aufpassen, ob die anspruchsbegründenden Tatsachen bereits nach dem bisherigen Schriftwechsel bestritten sind, oder ob die konkrete Gefahr besteht, daß sie im Prozeß bestritten werden! Diese Gefahr besteht immer dann, wenn Mandantenvortrag nicht urkundlich belegt oder nicht offensichtlich richtig (= unplausibel).

Dann **Beweisprognose**, entweder **sofort** oder im Rahmen der Zweckmäßigkeitserwägungen. Dabei Butter (Beweismittel) bei die Fische (Tatsachen) tun! Anschließend Ergebnis einer etwaigen BA prognostizieren. Zu erwartende Gegenbeweise (Slalomstangen-Prinzip!) bei der Beweiswürdigungsprognose mit einbeziehen! Nur auf Anhaltspunkte stützen, keine Spekulationen!!!

b) Station „Zweckmäßigkeitserwägungen“

Frage: Welche gerichtlichen und/oder außergerichtlichen Maßnahmen erscheinen sachgerecht?

Umfang: Eindeutiges Ergebnis der Stationen zugunsten des Mandanten (oder vor Klageerhebung zuungunsten des Ast-Mandanten) und Sachverhalt unveränderlich => knappe Zweckmäßigkeitserwägungen!

Viele Meinungsstreits in den Stationen und unsicherer Sachverhalt => ausführliche Zweckmäßigkeitserwägungen.

Ergo: **Je mehr Sachverhalts- und darauf aufbauend rechtliche Alternativen, desto mehr Auswahlaufwand ist erforderlich.** Entsprechend umfangreich muß die Auswahl begründet werden.

Unzweckmäßig sind natürlich **unzulässige Prozeßhandlungen**

(Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs / einer Klage also (erst) hier prüfen!)

Bei Klage: ein/mehrere **Anträge ? kumulativ, alternativ, eventualiter, gestuft ?**

Immer im Auge behalten: ändert sich der **Gebührenstreitwert?**

Im übrigen: Prinzip des sichersten Weges, z.B.:

- Vergleich?
- Mehrere Möglichkeiten gerichtlichen Vorgehens nebeneinander: kumulativ prüfen!
- mehrere Streitgegenstände: kumulativ, alternativ, eventualiter, Stufenverhältnis?
- Beachte § 93 ZPO!!!
- **Mahnverfahren**, wenn mit Widerspruch nicht zu rechnen ist, oder wg. 15a

EGZPO!

- besondere Prozeßart, z.B. Urkundenprozeß?
- **Teilklage** gut, wenn ein Teil unstreitig ist. Dafür auch 264 Nr.1 (nächträgliche Erweiterungsmöglichkeit ohne Klageänderung). Dagegen aber 301 II (Risiko bzgl. Teilurteil).
- Streitverkündung?
- Vollstreckungsgesichtspunkte! Niemand klagt für ein Urteil allein!
- Droht die 214 BGB: 204 BGB (Beachte 167 ZPO; hier schadet die kleinste Verzögerung, etwa dadurch, daß der 65 I GKG nicht sofort gezahlt wird!)
- Wiederkehrende Leistungen: 258, 259 ZPO.
- einstweiliger Rechtsschutz?

Bei rechtlich gleichwertigen Möglichkeiten ist die **kostengünstigste** zu wählen!

=> Kostengesichtspunkte!

- Beachte, daß bei **Klagerücknahme / Anerkenntnis / Verzicht** der **1211 KV (lesen!)** die Kostenfolge einer Rohrkrepiierer-Klage mildern kann (Verfahrensgebühr in erster Instanz von 3 auf 1, und zudem entfallen in der 2. und 3. Instanz die Urteilsgebühren (ergibt sich aus Systematik; gemeinsame Überschrift „Prozeßverfahren“). Möglicherweise wäre sonst auch eine BA erforderlich gewesen, so daß auch eine 31 I Nr. 3 BRAGO gespart werden kann.

Ggü. einer **Erledigungserklärung** spart sich der Mandant bei den o.g. beiden Alternativen dumm und dämlich, **wenn** sein Klageantrag von vornherein unzulässig oder unbegründet war (= tatsächlich keine Erledigung vorliegt mit der Folge, dass - ob der Gegner zustimmt oder nicht - die Kosten so oder so beim Kläger landen, sei es über § 91 (keine Zustimmung) oder über § 91a (Zustimmung). **Ist dagegen tatsächlich Erledigung eingetreten: In jedem Fall für erledigt erklären!**

Auch günstig ggü. Erledigungserklärung im erstgenannten Fall: **VU nehmen** (nur halbe Verhandlungsgebühr, 33 I BRAGO; keine Urteilsgebühr für VU gegen säumige Partei, 1100 KV (die kleine Überschrift darüber!)).

Beachte:

- ⇒ **Verzicht (306 ZPO)** ist die einzige Möglichkeit, bei der **Bekl. nicht zustimmen** muß.
- ⇒ **Klagerücknahme (269)** einzige Möglichkeit, **ohne Sachurteil** aus der Num-

mer rauszukommen.

- Beachte immer **93**; Rat ggf.:
Kläger → mahnen!
Beklagter → sofort zahlen!

⇒ gehören auch zur Zweckmäßigkeit: Vollstreckungsgesichtspunkte:

- Art der Sicherheitsleistung (insb. Bankbürgschaft) beantragen, trotz 108 I 1 ZPO!
- Antrag nach §§ 710 ff.?
- Wenn schon Titel: 707, 719 (vorl. Einst. Der ZV)?

In den Zweckmäßigkeitüberlegungen i.d.R. nicht erörtern, **was vorgetragen werden soll**, weil selbstverständlich! Anders aber z.B. Anders/Gehle: immer.

Vielleicht am besten klarstellender Satz: „In der Klageschrift müssten die entsprechenden Tatsachen und vorsichtshalber auch die Rechtsansichten vorgetragen werden.“ Falls doch erörtert wird, was im einzelnen vorgetragen werden soll, beachte insbesondere:

- Zunächst zurückgehaltener Sachvortrag: Vorsicht Verspätung!
- Immer ausdrücklich bestreiten (138 III droht!).

c) Station „Zusammenfassender Vorschlag“:

„Nach alledem ist dem Mandanten zu raten,...“

Kurze Zusammenfassung der Hinweise an den Mandanten, insbesondere:

- rechtliche **Möglichkeiten** der Rechtsverfolgung
- **Erfolgsaussichten** so far (kein kerniges Ja oder Nein; Mandant muß das tatsächliche Risiko einschätzen können – Sachverständigenfunktion des Anwalts; der Mandant soll und will selbst entscheiden! Den Mandanten nicht täuschen, es ist sein Prozeß! Ein Rat ist erst gut, wenn der Mandant das Risiko bei einer Befolgung einschätzen kann.)

Falls zu einem Antrag geraten wird (etwa Klage/Widerklage, einstweiliger Rechtsschutz, usw.) „**In dem Schriftsatz an das Gericht ist folgender Antrag anzukündigen:...(Antrag)**“

Falls (Ausnahme!) Schriftsatz an das Gericht verlangt:

- einschlägige Formvorschriften wahren (z.B. 253 II)!
- Bezeichnung der Beweismittel!

IV. Das relationsmäßige Gutachten - Besonderheiten bei Beratung des Beklagten:

Aufbau wie gerichtliche Relation.

1) Prozeßstation

Nur die zulässige Klage kratzt den Beklagten! Also bei Beratung des Beklagten **Zulässigkeit der Klage** vor den Darlegungsstationen!

Verzichtbare Rügen rechtzeitig (d.h. idR. vor Stellung der Anträge) vorbringen, da sonst Zurückweisung (§ 282 III, 296 III ZPO!)

Der Anwalt muß immer damit rechnen, daß Pferde vor der Apotheke kotzen - **Pferdeprinzip!!** Also auch bei Unzulässigkeit der Klage weiter prüfen, es könnte ja sein, daß das Gericht die Zulässigkeit der Klage anders beurteilt oder einfach nur pennt! (511a ZPO!)

2) Klägerstation

Hier anders als in gerichtlicher Relation **alle der Schlüssigkeit entgegenstehenden Umstände bringen!** Grund wieder die Pferde; es ist möglich, daß:

- das Gericht die Frage, ob eine einzelne Voraussetzung a) gegeben ist, anders beurteilt

- der Kläger flugs seinen Vortrag bzgl. a) ergänzt
Brächte man hier nur Gegenvortrag zu a) und nicht zu a), b) und c), so wäre die Kacke sofort am dampfen!

Auch, wenn der Anwalt in der Klägerstation die Schlüssigkeit verneint, prüft er dennoch die Beklagtenstation (Pferdeprinzip!):

3) **Beklagtenstation**

Aus allen Rohren feuern! Sämtliches Gegenvorbringen (Bestreiten und Einreden) auf Erheblichkeit prüfen!

Zweckmäßigkeit = Gestaltungsmöglichkeiten (im Rahmen der Wahrheitspflicht) **erst nach nach der rechtlichen Erheblichkeit** der Verteidigungsmöglichkeiten beurteilbar!

Auch vorprozessual unstreitiges Beklagtenvorbringen prüfen - vielleicht behauptet der gegnerische Kläger ja im Prozess etwas anderes (Pferdeprinzip!)

4) **Beweisprognosestation**

⇒ bereits durchgeführte BA: „Wird das Gericht davon überzeugt sein, daß...?“

Beweiswürdigung wie immer dreiteilig:

- Auslegung
- Ergiebigkeit
- Überzeugungskraft

Ist das **Beweismittel unergiebig**: => wer muß die miese Beweissuppe auslöfeln?

- **Beweislast** beim Gegner: Ende der Prognosestation, kein Beweis, alles in Butter.
- Beweislast beim Mandanten: ZweckMK-Erwägungen: wie kommt der Mandant kostengünstig weg? (Klagerücknahme/Anerkenntnis/Verzicht

(1202 KV))

Ist das **Beweismittel positiv ergiebig: Überzeugungskraft?**

- BA für Mandanten günstig: nix tun / schriftsätzlich noch mal in dieselbe Kerbe schlagen (in den ZweckMK-Erwägungen).
- BA ungünstig: wiederum 1202 KV.

⇒ **Keine BA:**

Dann Grundschema:

- 1) Wer hat die **BL**?
- 2) Wenn der **Mandant**: Kann der einen Beweis Antrag stellen (**Beweismittel da?**)?
- 3) Wenn nein: Anwalt muß von Beweisfähigkeit ausgehen.

Hat der Mandant nicht die BL, aber ein Beweismittel zur Hand, das die Unwahrheit des gegnerischen Vortrags ergibt, so kann der Anwalt Beweis antreten, und zwar „unter Protest gegen die Beweislast“: Dieser Beweis ist dann ein **Gegenbeweis**.

bei Beweisangebote des Gegners / eigenen Beweisantrittsmöglichkeiten:

- **kurz ordnungsgemäßen Beweisantritt / Zulässigkeit des B-antrags prüfen!**
- („Anhaltspunkte dafür, daß die BA unzulässig ist, bestehen nicht.“)

Grobe Prüfungsreihenfolge:

- Beweislast
- Zulässigkeit von Beweisanträgen
- Überzeugungskraft der BM
- mögliche Gegenbeweise
- bei durchgeführter BA: Beweiswürdigung (Vorhersage!)

5) **Gegenansprüche des Beklagten**

Erst nach der Beweisstation prüfen! Erst dann kann die Zweckmäßigkeit der Geltendmachung eines Gegenanspruchs (ob und wie) beurteilt werden! Denn z.B. eine Primäraufrechnung macht keinen Sinn, wenn bereits einfaches Bestreiten genügt, weil der Kläger beweisfällig bleibt.

Bsp.:

- ZBR
- Primär- oder Sekundäraufrechnung
- Widerklage / Hilfswiderklage

Geht für den Beklagten die Rutsche nach unten ab (Verteidigung nur noch durch Opferung des Gegenanspruchs), so sollte er mit einem Gegenanspruch aus Kostengründen primär aufrechnen (19 III GKG!)

In einem solchen Fall **Gegenanspruch erst nach der Beweisstation in einer Replik, dann Duplik und ggf. neue Beweisstation!**

6) **Zweckmäßigkeitserwägungen und zusammenfassender Vorschlag**

- s.o. III 3) a) und b)
- beachte die **Kosten**, wenn beklagter Mandant chancenlos:
z.B. macht 91a Erfüllung günstig, wenn nach Billigkeit (ggf. mit 93, wenn kein Anlass zur Klage gegeben) keine (volle) Kostenlast. Bekl. kann dann auch **VU** nehmen (333) - Spareffekt s.o. -.