

Der Zivilrechtsfall im Assessorexamen

Relation, Urteil, Prozesstaktik

von
Rolf Lackmann

2. Auflage

Der Zivilrechtsfall im Assessorexamen – Lackmann

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Zivilprozess: Gesamtdarstellungen – Fit für Studium und Referendariat

Verlag Franz Vahlen München 2014

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 4759 0

einer GbR auf der Gegenseite), sind hier zu klären. Es kann unter Umständen hier die Frage zu klären sein, ob (wie im Fall der Einziehungsklage¹ wegen § 841) eine Streitverkündung erforderlich ist.

Abgrenzungsbeispiele: In den Zweckmäßigkeitserwägungen ist zB zu klären, ob in einem Prozess des Generalunternehmers gegen den Bauherrn dem Subunternehmer der Streit verkündet werden soll, weil der Bauherr sich schon vorprozessual auf Mängel dessen Werks berufen hat. In der »Prozessstation« sind Ausführungen hierzu entbehrlich; es sei denn, es wäre zB noch die Frage zu klären, wem der Streit zu verkünden ist, weil der Subunternehmer eine GbR ist. Bei der Einziehungsklage dagegen ist die Streitverkündung keine Zweckmäßigungsfrage, sondern eine Verpflichtung, deren Verletzung zwar nicht zur Unzulässigkeit der Klage, aber zur Schadenersatzverpflichtung führen kann.² Hier ist in der »Prozessstation« (kurz) auf die Verpflichtung zur Streitverkündung einzugehen.

Ist Gegner eine GbR, ist schon in der Schlüssigkeitprüfung zu untersuchen, gegen wen sich der Anspruch des Mandanten richtet. Dies wird in der Regel zu dem Ergebnis führen, dass Gesellschaft und die Gesellschafter persönlich Anspruchsgegner sind.³ Die Frage, ob gegen die GbR geklagt werden kann, spielt dabei noch keine Rolle. Dies würde ich auch nicht im Rahmen der Zulässigkeit der Klage erörtern; wer macht sich als Anwalt solche möglicherweise schwierigen Gedanken, wenn er die Erfolgsaussichten einer Klage nicht kennt und jedenfalls eine Klage gegen die Gesellschafter möglich ist. Bei den Zweckmäßigkeitserwägungen wäre zu prüfen, ob die Klage sinnvoll gegen die GbR und/oder die Gesellschafter oder nur einen Gesellschafter zu richten ist. Zweckmäßig ist, dies kann aufgrund einer ganz schnellen Prüfung festgestellt werden, eine Klage gegen GbR und alle Gesellschafter, weil sich die Haftungsmasse vergrößert. Dabei würde ich die Frage, ob die Klage gegen alle möglich ist, zunächst offen lassen und auf die Prüfung in der »Prozessstation« verweisen, um die Zweckmäßigkeitprüfung nicht durch lange rechtliche Überlegungen zu unterbrechen. ME denkt ein Anwalt nicht anders: Er würde denken: »Gegen wen gehe ich denn vor? Klar, gegen alle. Ist das rechtlich möglich? ...« Außerdem kann das zweckmäßige Vorgehen gegen alle zu Zuständigkeitsproblemen führen, wenn kein gemeinsamer Gerichtsstand existiert. Hier ist ein Vorgehen nach § 36 Abs. 1 Nr. 3 zu prüfen. Dies alles passt mE nicht zu Zweckmäßigkeitserwägungen.

Generell gesagt sind in dieser »Prozessstation« alle erörterungswürdigen prozessualen Fragen zu klären, die ein Anwalt erst anstellt, wenn feststeht, dass Klage erhoben werden soll, und außerdem solche, die rechtliche prozessuale Fragen, nicht Zweckmäßigungsfragen (taktische Fragen) sind.

VII. Zusammenfassung, evtl. Antrag

Am Ende des Gutachtens ist ein zusammenfassender Vorschlag zu machen. Meist sieht 354 der Bearbeitervermerk auch vor, dass der Antrag an das Gericht zu formulieren ist.

Beispiel: Kommt das Gutachten zum Ergebnis, dass eine Klage auf Zahlung von 2.000,00 EUR Zug um Zug gegen Rückübereignung eines PKW und Feststellung des Annahmeverzugs Erfolg verspricht, kann diese »Station« so aussehen:

»Dem Mandanten ist nach dem Ergebnis des Gutachtens zu raten, Klage auf Zahlung von 2.000,00 EUR Zug um Zug gegen Rückübereignung des gekauften PKW und Feststellung des Annahmeverzugs zu erheben. In der an das Amtsgericht ... zu richtenden Klageschrift sollte folgender Antrag angekündigt werden:

Es wird beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 2.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1.4. ... zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückübereignung des PKW VW Polo mit der Fahrgestellnummer VW12345678;

1 S. dazu *Lackmann* Rn. 339 ff.

2 S. *Msk/Becker* § 841 Rn. 3; *Thomas/Putzo/Hüßtege* § 841 Rn. 1.

3 S. *Palandt/Sprau* § 714 BGB Rn. 10 ff.

2. Teil. Das Gutachten

2. festzustellen, dass sich der Beklagte mit der Annahme des in Ziffer 1. genannten Rücküberigungsverlangens in Verzug befindet.«

Nicht erforderlich sind die in der Praxis häufig zu findenden Kostenanträge und Anträge, das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, weil diese Entscheidungen von Amts wegen zu treffen sind. Werden Anträge nach §§ 710, 711 S. 3, 712 oder Anträge auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung (→ Rn. 369) gestellt, sind auch diese auszuformulieren.

Anträge darauf, die Sicherheit durch Bankbürgschaft stellen zu können, sind überflüssig, weil sich diese Möglichkeit bereits aus § 108 Abs. 1 S. 2 ergibt. Sinnvoll ist dagegen ein Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils nach § 331 Abs. 3:

- »Für den Fall der Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens wird schon jetzt Erlass eines Versäumnisurteils beantragt für den Fall, dass der Beklagte seine Verteidigungsabsicht nicht fristgerecht erklärt.«

B. Nach Klageerhebung

- 355 Ist die Klage bereits erhoben worden, entspricht das Aufbauschema des Gutachtens im Wesentlichen dem des »richterlichen« Gutachtens (→ Rn. 79 ff.). Beispielsweise ist, da die Klage erhoben ist, auch bei der Zulässigkeit der Klage die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zu klären, falls dies zweifelhaft ist. Hat der Gegner bereits erwidert, ist sein Vorbringen natürlich zu verwerten.

Allerdings ist die Darstellung in der Beweisstation davon abhängig, ob bereits Beweis erhoben wurde (dann wie Gutachten aus Richtersicht) und/oder noch zu erheben ist (dann Beweisprognose).

Auch hier sind regelmäßig Zweckmäßigkeitserwägungen (→ Rn. 359 ff.) verlangt; eine »Prozessstation« dürfte nicht erforderlich sein, wenn nicht zB die Klage erweitert werden soll und dies rechtliche Probleme aufwirft.

- Beispiel:** Es ist Klage vor dem Amtsgericht erhoben. Das Gutachten ergibt, dass dem Kläger ein weiterer Anspruch zusteht, wobei insgesamt die Zuständigkeitsgrenze des Amtsgerichts überschritten wird. Die Prüfung hat nach meiner Auffassung aus den bereits genannten Gründen (→ Rn. 347, 353) in der »Prozessstation« zu erfolgen.

Auch hier endet das Gutachten mit einer Zusammenfassung (→ Rn. 354). An das Gericht zu stellende Anträge sind nach dem Bearbeitervermerk in der Regel auszuformulieren (→ Rn. 354).

C. Zur Wiederholung und Vertiefung (Lösung → Rn. 713)

- 356
1. Fassen Sie den Aufbau eines Gutachtens aus Anwaltssicht in der Situation vor Klageerhebung zusammen.
 2. Die Ausführungen oben beziehen sich auf eine »Relationsklausur« aus Anwaltssicht. In diesen Klausuren lautet der Bearbeitervermerk ausdrücklich: »Die Angelegenheit ist relationsmäßig zu begutachten.« Wie würden Sie vorgehen, wenn bei streitigem Sachverhalt der Auftrag nur lautet, die Angelegenheit zu begutachten?
 3. In → Rn. 354 wird der Ratschlag gegeben, schon in der Klage den Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils im schriftlichen Verfahren zu stellen. Warum fehlt der Rat zu beantragen, ggf. ein Anerkenntnisurteil im schriftlichen Verfahren zu erlassen?

§ 31. Gutachten aus Sicht des Beklagtenanwalts und sonstige Fälle

I. Sicht des Beklagtenanwalts

Dem Beklagtenanwalt sind Klageschrift und Vorbringen seines Mandanten bekannt. 357 Damit kann er ein Gutachten wie aus Richtersicht erstellen. Allerdings muss, wenn der Beklagte Gegenrechte geltend machen will (Einreden, Aufrechnung, Widerklage), klar gestellt werden, dass und wie die Gegenrechte erhoben werden. Bei einer möglichen Aufrechnung ist zB in der Zweckmäßigkeitssituation zu untersuchen, ob sie haupt- oder hilfsweise geltend gemacht werden soll; insoweit ist auch auf die kostenrechtlichen Auswirkungen einzugehen. Ist dies rechtlich wirklich problematisch, wäre in der Prozesssituation zu untersuchen, ob eine Hilfsaufrechnung prozessual überhaupt zulässig ist. Bei einer Widerklage ist evtl. bei den Zweckmäßigkeitserwägungen zu untersuchen, gegen wen (nur Kläger oder auch Dritte) sie erhoben werden soll, in der Prozesssituation, ob zB eine Drittwiderklage zulässig ist. Auch hier endet das Gutachten mit einer Zusammenfassung (→ Rn. 354). An das Gericht zu stellende Anträge sind nach dem Bearbeitervermerk in der Regel auszuformulieren (→ Rn. 354).

II. Sonstige Fälle

Im Übrigen gilt es, den Aufbau unter Beachtung der genannten Grundsätze selbst zu 358 erarbeiten. Wichtig ist dabei vor allem, den Bearbeitervermerk zu beachten, also genau die Situation zu erkennen, in die Sie als Anwalt gestellt werden. Es gilt, den für den Mandanten günstigsten Weg zu finden, der manchmal sogar darin liegen kann, bewusst einen erkannt rechtlich unzutreffenden Weg zu beschreiten (s. zur Berufung → Rn. 494). Beispiele dafür, was in Einzelsituationen zu bedenken ist, finden Sie bei der Darstellung der Sonderfälle (→ Rn. 371 ff.). Dort wird auch immer versucht, klar zu machen, wie ein Anwalt denken muss.

§ 32. Zweckmäßigkeitserwägungen

I. Überblick

Wenn die Frage, wie zweckmäßig vorgegangen werden soll, nicht gerade auf der Hand 359 liegt, ist in den Zweckmäßigkeitserwägungen häufig ein Schwerpunkt der Klausur zu sehen. Dies wird in Referendar- und Examensklausuren häufig verkannt. Aber hier liegt der praktische Teil, die häufig vorrangige Aufgabe des Anwalts als Berater.

Die oft erforderlichen Überlegungen setzen gute Kenntnisse des Zivilprozessrechts und des Gebührenrechts voraus. Zivilprozessual muss man nicht nur Grundkenntnisse über die Urteilsarten und sonstigen Arten der Prozess erledigung haben, sondern auch prozessuale Gestaltungsmöglichkeiten (Widerklage, Stufenklage, Rügeverzicht uvm) kennen. Es können auch Anträge auf eine Verfahrensaussetzung in Frage kommen.¹

¹ S. dazu das 2. Klausurbeispiel bei *Lackmann*, Rn. 909 ff.

2. Teil. Das Gutachten

Gebührenrechtlich müssen die Möglichkeiten einer »billigen« Prozessbeendigung bekannt sein (auf Klägerseite zB Klagerücknahme oder Verzicht, auf Beklagtenseite Anerkenntnis oder Säumnis; auf beiden Seiten Erklärung der Erledigung der Hauptsache). Es muss zB auch beachtet werden, dass eine Nichtvertretung eines Mandanten wegen der dann geringeren Anwaltsgebühren für diesen besser sein kann.

Ergibt das Gutachten ein eindeutiges Ergebnis, sind die Zweckmäßigkeitserwägungen manchmal kurz:

- Verspricht eine beabsichtigte Klageerhebung Aussicht auf Erfolg, kann der Rat in der Klageerhebung liegen. Auch dies ist aber nicht immer eindeutig, denn manchmal kann es aus taktischen Gründen besser sein, keine Klage zu erheben, zB wenn der Gegner erkennbar vermögenslos ist und keine Verjährung droht.
- Bei erkennbarer Aussichtslosigkeit der Verteidigung des Beklagten wird der Rat je nach gebührenrechtlicher Lage meist darin liegen, ein Versäumnisurteil ergehen zu lassen oder anzuerkennen. Manchmal kann aber der Rat zweckmäßig sein, sich doch zu verteidigen, zB wenn der Mandant sich in vorübergehenden finanziellen Engpässen befindet und ein schnell vollstreckbarer Titel zur vorzeitigen Insolvenz führen würde.

Hier sind neben den Rechtskenntnissen auch wirtschaftliches Verständnis und Einfallsreichtum gefragt.

II. Sachverhalt und Sachvortrag

- 360 Es können Überlegungen dazu angebracht sein, die **Sachlage zu verändern**, wenn dies für den Mandanten günstig ist. Hierzu muss bei den Zweckmäßigkeitserwägungen Stellung genommen werden. Es geht um die Ausübung von Gestaltungsrechten (zB Aufrechnung, Zurückbehaltungsrecht, Anfechtungserklärung). Es kann aber auch zu einem tatsächlichen Verhalten zu raten sein, wenn dies für den Mandant günstig ist, zum Beispiel zur Erfüllung eines Anspruchs.

Weiter können Überlegungen zum **Umfang des Sachvortrags** erforderlich sein. Im Rahmen der Wahrheitspflicht darf der Anwalt zwar nicht Unwahres vortragen oder unzutreffend bestreiten. Er kann aber seinem Mandanten ungünstige Tatsachen weglassen, soweit der Vortrag damit nicht gegen das Vollständigkeits- und Wahrheitsgebot des § 138 Abs. 1 verstößt.

Beispiel: Der Kläger klagt auf Zahlung des Kaufpreises für einen verkauften Gebrauchtwagen. Er muss schon wegen der Darlegungslast keine Ausführungen dazu machen, dass der Wagen beim Verkauf einen Mangel hatte. Trägt der Beklagte dann aber hierzu vor, muss der Kläger wahrheitsgemäß erwidern (und sei es durch Schweigen, sodass der Mangel unstreitig wird).

Es sind weiter Ausführungen dazu erforderlich, zu welchen Tatsachen **Beweis anzutreten** ist. Ist der Mandant nicht beweispflichtig, sollte der Beweisantritt »unter Protest gegen die Beweislast« erfolgen.

Es können Ausführungen dazu erforderlich sein, ob Gegenvortrag ausdrücklich oder mit Nichtwissen zu **bestreiten** ist. Auch kann sich eine Partei ihr günstiges Vorbringen des Gegners oder eine Zeugenaussage **hilfsweise** zu Eigen machen (»hauptsächlich« geht dies nicht, weil damit ein Verstoß gegen die Wahrheitspflicht vorliegen würde, wenn der Mandant den Sachverhalt anders darstellt).

III. Häufige prozessuale Erwägungen

1. Vor Klageerhebung

Vor Erhebung einer Klage

361

- ist, wenn noch kein Verzug vorliegt, dem Mandanten zu raten, den Gegner selbst in Verzug zu setzen. Setzt der Anwalt den Gegner in Verzug, kann die daraus resultierende Geschäftsgebühr nach Nr. 2301 RVG-VV, soweit sie nicht in den Prozessgebühren aufgeht (s. Vorbemerkung 2.3 Abs. 4 RVG-VV, § 15a RVG), nicht vom Gegner erstattet verlangt werden, weil es Kosten zur Herbeiführung des Verzugs sind, nicht durch den Verzug entstandene Kosten. Ist der Gegner in Verzug, ist zu fragen, ob eine zusätzliche Zahlungsaufforderung durch den Anwalt Erfolg versprechend erscheint, denn sonst könnte der Geltendmachung der durch die Zahlungsaufforderung entstehenden Kosten § 254 BGB entgegenstehen. Jedenfalls ist ohne Verzug eine Mahnung (des Mandanten) erforderlich, um zu verhindern, dass der Gegner mit der Kostenfolge des § 93 anerkennen kann.
- ist abzuwägen, ob der Weg der Klage oder die Durchführung eines Mahnverfahrens besser ist. Im Mahnverfahren kann schneller ein Titel erlangt werden, wenn der Gegner sich nicht wehrt. Ist mit einer Verteidigung zu rechnen, würde das Mahnverfahren mit anschließendem streitigen Verfahren im Vergleich zur sofortigen Klage länger dauern.
- ist der Klageweg zu erörtern. Es kann, falls die Voraussetzungen vorliegen, zB ein Urkundenprozess sinnvoll sein, weil so schneller ein Titel erlangt wird. Ob der Urkundenprozess statthaft ist, ist mE in der folgenden »Prozessstation« zu erörtern.
- kann erörtert werden, ob eine Teilklage sinnvoll ist, die geringere Gebühren verursacht. Dies kommt in Betracht, wenn der Klageerfolg zweifelhaft ist, oder aber wenn bei hohen Forderungen die Vollstreckungsmöglichkeit zweifelhaft ist (häufig klagen Banken bei hohen Darlehensforderungen nur einen Teilbetrag ein). Welche Zulässigkeitsvoraussetzungen eine Teilklage hat und was insoweit vorzutragen ist, wäre mE wiederum in der »Prozessstation« zu erörtern.

2. Nach Klageerhebung

Ist bereits eine Klage erhoben, kann je nach Fallgestaltung zu erörtern sein, wie der Mandant den Prozess kostengünstig beenden kann, wenn das Gutachten fehlende Erfolgsaussichten von Klage oder Verteidigung ergibt.

362

IV. Häufige gebührenrechtliche Erwägungen

Der Anwalt muss dem Mandanten auch zu dem für ihn kostengünstigsten Weg raten. Dies kann Überlegungen dazu verlangen, auf welchem Weg die Verfahrensbeendigung kostengünstig herbeigeführt werden kann. Zu den Gebühren im Einzelnen → Rn. 278 f.

363

1. Klägeranwalt

Wird die ursprünglich für zulässig und begründet erachtete Klage durch ein nachträgliches Ereignis unzulässig oder unbegründet, muss der Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt werden. Tritt das Ereignis vor Rechtshängigkeit ein, muss die Klage zurückgenommen werden, um die Folge des § 269 Abs. 3 S. 3 auslösen zu können.

364

2. Teil. Das Gutachten

Wird festgestellt, dass die Klage von Anfang an unzulässig oder unbegründet war, darf nicht die Hauptsache für erledigt erklärt werden; der gut beratene Beklagte wird nicht für erledigt erklären, sodass streitig über den in der einseitigen Erklärung liegenden Feststellungsantrag (→ Rn. 407) zu entscheiden wäre. Vielmehr ist zwischen den Möglichkeiten Klagerücknahme, Verzicht oder Versäumnisurteil gegen den Kläger abzuwägen.

Beispiel: Der Kläger hat, wie im Gutachten festgestellt ohne Erfolgsaussicht, vor dem Landgericht auf Zahlung von 10.000,00 EUR geklagt. Es hat noch kein Termin stattgefunden.

Da noch nicht verhandelt wurde, kann der Kläger auch ohne Zustimmung des Beklagten die **Klage zurücknehmen**. Er muss dann die Anwaltskosten beider Parteien (die Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 RVG-VV nach einem Satz von 1,3 zzgl. Auslagenpauschale nach Nr. 7002 RVG-VV und Mehrwertsteuer gem. Nr. 7008 RVG-VV) tragen. Die Gerichtsgebühren werden im Fall der Klagerücknahme auf eine reduziert (Nr. 1211 Nr. 1 KV GKG). Also wären im Fall der Klagerücknahme eine Gerichtsgebühr und zwei Anwaltsgebühren nach einem Satz von 1,3 nebst Auslagenpauschale und MwSt. zu tragen.

Entsprechendes gilt für die **Rücknahme des Antrags auf Durchführung des streitigen Verfahrens** (§ 696 Abs. 4 S. 1), die ebenfalls nach Nr. 1211 KV GKG privilegiert ist. Hier kann Folgendes zusätzlich zu beachten sein: Wird der Klägeranwalt erst nach Einlegung des Widerspruchs gegen den Mahnbescheid mit der Prüfung beauftragt und stellt er fehlende Erfolgsaussichten der Klage fest, muss er, auch wenn das für ihn weniger Gebühren bedeutet, dazu raten, dass seine Partei selbst den Antrag zurücknimmt. Dies ist ohne Anwalt möglich (§ 696 Abs. 4 S. 2 iVm § 78 Abs. 3). Dann entsteht auf Klägerseite nur eine Beratungsgebühr nach § 34 RVG für den Anwalt, die bei Erstberatung eines Verbrauchers höchstens 190 EUR beträgt. Dies ist meist weniger als die Verfahrensgebühr nach einem Satz von 1,3.

Erklärt der Kläger den **Verzicht** auf die Klageforderung, ergeht auf Antrag des Beklagten ein Verzichtsurteil (§ 306). Auch dies führt zur Reduzierung der Gerichtsgebühren auf eine (Nr. 1211 Nr. 2 KV GKG). Allerdings kann schon nach dem Wortlaut des § 306 der Verzicht nur in der mündlichen Verhandlung erklärt werden. Damit ist dieser Weg teurer, denn zusätzlich zu den bei der Klagerücknahme entstehenden Kosten entsteht für jeden Anwalt eine Terminsgebühr nach Nr. 3104 RVG-VV nach einem Satz von 1,2 zzgl. MwSt.

Erscheint der Klägeranwalt im Termin nicht, wird auf Antrag ein **Versäumnisurteil** gegen den Kläger ergehen. Es findet keine Reduzierung der Gerichtsgebühren statt. Zudem erhält der Beklagtenanwalt eine Terminsgebühr nach Nr. 3105 RVG-VV nach einem Satz von 0,5 zzgl. MwSt. Damit ist auch dieser Weg teurer als die Klagerücknahme.

Abwandlung: Es hat bereits eine streitige mündliche Verhandlung stattgefunden.

Eine **Klagerücknahme** ist jetzt nur noch mit Einwilligung des Beklagten möglich (§ 269 Abs. 1, 2). Erfolgt sie wirksam (also mit Einwilligung oder deren Fiktion), erfolgt eine Reduzierung der Gerichtsgebühren auf eine (Nr. 1211 Nr. 1 KV GKG; vor Schluss der mündlichen Verhandlung heißt vor Schluss der letzten mündlichen Verhandlung). Außerdem sind für beide Anwälte die Verfahrens- und Terminsgebühren entstanden; hinzukommen Auslagenpauschale und MwSt.

Verzichtet der Kläger auf die Klageforderung (zB, weil der Beklagte der Klagerücknahme nicht zustimmt), entstehen Gebühren in gleicher Höhe wie bei der Klagerücknahme: Die Gerichtsgebühren werden auf eine reduziert; die Anwaltsgebühren sind gleich. Damit ist der Verzicht gebührenmäßig der Klagerücknahme gleichzustellen. Allerdings können für die Anwälte wegen der im Vergleich zur Klagerücknahme notwendigen Terminswahrnehmung Fahrtkosten und Tage- (Abwesenheits-)gelder entstehen (s. Nrn. 7003 ff. RVG-VV).

Lässt der Kläger ein **Versäumnisurteil** gegen sich ergehen, ist dies der teuerste Weg: Die Anwaltsgebühren bleiben gleich; die Gerichtsgebühr wird nicht reduziert.

Nicht notwendig ist es im Rahmen der Ermittlung des kostengünstigen Wegs in der Regel, die entstehenden Gebühren der Höhe nach auszurechnen; steht fest, dass eine zusätzliche Gebühr entsteht, steht in der Regel auch fest, dass der Weg teurer ist. Eine

Berechnung kann im Einzelfall erforderlich sein, wenn in einem Fall einer Gerichtsgebührenreduktion eine zusätzliche Anwaltsgebühr gegenüber steht oder umgekehrt (→ Rn. 367).

2. Beklagtenanwalt

Der Beklagte hat, wenn festgestellt wird, dass seine Verteidigung nicht Erfolg versprechend ist, mehr Möglichkeiten als der Kläger, das Verfahren zu beenden. Er kann streitig entscheiden lassen (das ist aber sicher der teuerste Weg), ein Versäumnisurteil ergehen lassen oder anerkennen. Vor allem aber kann er, jedenfalls bei Liquidität, den Klageanspruch erfüllen und so den Kläger zur Erledigungserklärung zwingen. Auch hier ist der kostengünstigste Weg zu ermitteln: **365**

Liegen die Voraussetzungen des § 93 vor, ist ohne weitere Prüfung zu einem Anerkenntnis zu raten, denn dann würden dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen sein. Gleichzeitig ist allerdings dem Mandanten zu raten, vor Schluss der Verhandlung zu erfüllen, damit nicht wegen der fehlenden Erfüllung die Anwendung des § 93 ausgeschlossen wird (→ Rn. 302). **366**

Wenn der Beklagtenanwalt noch kein Mandat für die Prozessvertretung des Beklagten angenommen hat, ist immer auch eine weitere Kosten sparende Variante zu berücksichtigen: Ist die Rechtsverteidigung aussichtslos, muss der Anwalt dem Beklagten raten, sich in dem Prozess nicht anwaltlich vertreten zu lassen (so schmerzlich dies auch für den Geldbeutel des Anwalts sein mag). Dann erhält der Anwalt nur die Beratungsgebühr nach § 34 RVG (→ Rn. 364).

Im Übrigen gilt es hier wie beim Kläger, den günstigsten Weg zu ermitteln. **367**

Beispiel: Der Kläger verlangt vom Beklagten, wie im Gutachten festgestellt zu Recht, vor dem Landgericht Zahlung von 10.000,00 EUR. Der Beklagte hat seinem Anwalt bisher nur einen Beratungsauftrag erteilt. Der Beklagte ist liquide, kann also den Klägeranspruch erfüllen.

Der Beklagte kann den Klageanspruch **anerkennen**. Das Anerkenntnis kann als Prozesshandlung im Anwaltsprozess allerdings nur durch einen Anwalt erklärt werden.¹ Das Anerkenntnisurteil hat auch ohne Antrag des Klägers zu ergehen; es führt zur Reduzierung der Gerichtsgebühren auf eine (Nr. 1211 Nr. 2 GKG-VV). Beide Anwälte erhalten die Verfahrensgebühr. Die volle Terminsgebühr fällt nicht nur dann an, wenn ein Termin stattfindet, was bei einem Anerkenntnis im schriftlichen Vorverfahren nicht der Fall ist (§ 307 Abs. 2). Hier ergibt sich der Anfall der Terminsgebühr aber aus Nr. 3104 Abs. 1 Nr. 1 RVG-VV. Also entstehen beim Anerkenntnis im schriftlichen Vorverfahren wie beim Anerkenntnis im Termin die Verfahrensgebühren und die Terminsgebühren in voller Höhe bei Reduzierung der Gerichtsgebühren.

Der Beklagte kann ein **Versäumnisurteil** ergehen lassen. Dazu muss sein Anwalt nicht tätig werden, sodass an die Stelle der Verfahrensgebühr die geringere Beratungsgebühr tritt. Der Klägeranwalt erhält neben der Verfahrensgebühr die verminderte Terminsgebühr nach einem Satz von 0,5, gleich ob das Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren oder in der Verhandlung ergeht (s. Nr. 3105 Abs. 1 Nr. 2 RVG-VV). Da eine Reduzierung der Gerichtsgebühren nicht stattfindet, muss jetzt genau gerechnet werden, um den im Vergleich zum Anerkenntnis günstigeren Weg zu finden.

Anerkenntnis: 1 Gerichtsgebühr (241,00 EUR), je eine Verfahrens- (558,00 EUR * 1,3 = 725,40 EUR) und Terminsgebühr (558,00 EUR * 1,2 = 669,600 EUR). Dies ergibt pro Anwalt (725,40 + 669,60) 1.395,00 EUR + 20,00 EUR Auslagenpauschale und 19 % MwSt. (1.415 * 119%) = 1.683,85 EUR. Insgesamt liegen die Gebühren bei (241 + (1683,85 * 2)) = 3.608,70 EUR.

¹ Msk/Musielak § 307 Rn. 11; Thomas/Putzo/Reichold § 307 Rn. 4.

2. Teil. Das Gutachten

Versäumnisurteil ohne anwaltliche Vertretung des Beklagten: 3 Gerichtsgebühren (723,00 EUR). Der Klägeranwalt erhält die Gebühr nach einem Satz von 1,8 (1,3 Verfahren, 0,5 Termin), also $558,00 \text{ EUR} * 1,8 = 1.004,400 \text{ EUR} + 20,00 \text{ EUR} + \text{MwSt.}$, insgesamt 1.219,04 EUR. Die gesamten Gebühren im Gerichtsverfahren liegen mit ca. 1.942,00 EUR unter denen des Anerkenntnisses. Allerdings erhält der Beklagtenanwalt eine Beratungsgebühr nach § 34 RVG, bei Erstberatung eines Verbrauchers höchstens 190,00 EUR zzgl. Kostenpauschale und MwSt. etwa 250,00 EUR. Mit insgesamt ca. 2.200,00 EUR liegen die vom Beklagten zu tragenden Kosten deutlich unter denen eines Anerkenntnisses.

Ist der Beklagte anwaltlich vertreten, sind bei einer Säumnis im Termin die Kosten des Beklagten trotz der dann statt der Beratungsgebühr verdienten Verfahrensgebühr ($(558 * 1,3) + 20 = 745,40 + \text{MwSt.} = 863,23 \text{ EUR}$) immer noch geringer als die bei einem Anerkenntnis. Anders ist dies, wenn der Beklagtenanwalt erscheint, aber nicht verhandelt. Dann entsteht auf beiden Seiten die volle Terminsgebühr; ein Anerkenntnis wäre wegen des Wegfalls zweier Gerichtsgebühren kostengünstiger.

Bei teilweise aussichtsloser Verteidigung ist bei Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens die Beschränkung der Verteidigungsanzeige auf den streitigen Teil am günstigsten, weil dann die Terminsgebühr auf den streitigen Teil reduziert wird.¹

Der liquide Beklagte kann auch **erfüllen** und den Kläger damit zur **Erledigungserklärung** zwingen. Der Beklagte kann die Verpflichtung zur Kostentragung übernehmen; damit entfallen zwei Gerichtsgebühren (Nr. 1211 Nr. 4 KV GKG). Die erforderliche Erledigungserklärung des Beklagten kann auch im Anwaltsprozess vom Beklagten selbst abgegeben werden (§ 91a Abs. 1 iVm § 78 Abs. 3), eine anwaltliche Vertretung ist hierzu nicht erforderlich. Dies muss mE auch für die Verpflichtung zur Kostenübernahme gelten. Das Gericht kann, muss aber nicht, ohne mündliche Verhandlung entscheiden (§ 91a Abs. 1 iVm § 128 Abs. 4). Findet keine mündliche Verhandlung statt, entstehen eine Gerichtsgebühr (241,00 EUR), die Verfahrensgebühr des Klägeranwalts (ca. 863,20 EUR (s.o.) und die Beratungsgebühr des Beklagtenanwalts (250,00 EUR, s.o.). Dies macht insgesamt ca. 1.354,20 EUR. Findet eine mündliche Verhandlung statt, in der nur der Klägeranwalt vertreten ist, erhält dieser als Terminsgebühr eine halbe Gebühr, weil die Voraussetzungen der Nr. 3105 S. 1 RVG-VV vorliegen (Säumnis und nur Antrag zur Prozessleitung = Kostenantrag). Der Streitwert für diese Gebühr liegt aber nur im Wert der bisherigen Verfahrenskosten (wozu nicht die Beratungsgebühr gehört), also bei 1.104,20 EUR (241 + 863,20). Eine Gebühr bei diesem Streitwert beträgt 115,00 EUR, die Terminsgebühr demnach $(115 * 0,5) * 119\% = 68,43 \text{ EUR}$ (die Auslagenpauschale ist bereits verbraucht). Bei Gesamtkosten in Höhe von allenfalls ca. 1.423,00 EUR (1.354,20 + 68,43) ist der Weg der Erfüllung und Erledigungserklärung ohne Anwalt eindeutig der billigste.

Ist ein **Mahnverfahren** vorausgegangen, kann auch der Widerspruch gegen den Mahnbescheid zurückgenommen werden. Dann fallen zwei Gerichtsgebühren weg (Nr. 1211 KV GKG). Terminsgebühren entstehen, wenn noch kein Termin stattgefunden hat, nicht. Die Rücknahme kann auch im Anwaltsprozess durch die Partei selbst erklärt werden (§§ 697 Abs. 4 S. 2 iVm § 78 Abs. 3). Die Kosten würden in jedem Fall wie bei der Erledigung ohne mündliche Verhandlung nur 1.354,20 EUR betragen. Da bei der Erledigung eine mündliche Verhandlung stattfinden kann, ist dies der sicherste und billigste Weg.

V. Streitverkündung

- 368 Kommen im Fall eines ungünstigen Prozessausgangs Ersatzansprüche gegen Dritte in Betracht, ist an die Möglichkeit einer Streitverkündung zu denken.

Beispiel: Die Klägerin, eine Bauunternehmerfirma, klagt auf Zahlung von Werklohn. Die Beklagten rügen Mängel des Bauwerks; die mangelhaften Arbeiten hat eine Subunternehmerin der Klägerin durchgeführt. Wenn das Bauwerk Mängel aufweist, wird die Klägerin ihren Werklohnanspruch je-

¹ *Schroeder/Riechert* NJW 2005, 2187, 2189. Die Autoren nehmen allerdings zu Unrecht an, dass bei einem Teilanerkenntnis in der mündlichen Verhandlung die Gerichtskosten reduziert werden; Nr. 1211 KV GKG setzt die Beendigung des **gesamten** Verfahrens voraus.