

## A. Einführung

### § 1 Die ZPO-Klausur

**Literatur:** *Schumann*, Die ZPO-Klausur, 3. Aufl. 2006; *Braun*, Der Zivilrechtsfall, 5. Aufl. 2012, § 5 (S. 26 ff.); <http://lorenz.userweb.mwn.de/lehre/zpo/zpoag/zpoageinf.PDF>.

Alles was Sie in diesem Buch lesen, dient Ihrer Klausurvorbereitung. Sie sollen in der Lage sein, im Examen eine oder mehrere Klausuren mit ZPO-Anteilen zu lösen. Die Fixierung auf die vor Ihnen liegende Prüfung muss Ihr Lernen leiten: Lesen Sie nicht! Es geht nicht darum, 20–50 Seiten an einem Tag zu schaffen, sondern darum, den Inhalt anwenden zu können. Diese Transferleistung ist schwer. Ich habe daher immer versucht, Ihnen klarzumachen, wie sich ein Problem typischerweise stellt. Bei allem was Sie lesen, müssen Sie danach hinterfragen, wie eine Klausur aussähe, die sich mit diesem Problem befasst. 1

Die Literaturangaben vor den einzelnen Abschnitten ebenso wie die Vertiefungshinweise ermöglichen nach einem zunächst schnellen Erarbeiten des Stoffes eine spätere Vertiefung. Die Belege in den Fußnoten, die ich im Wesentlichen auf das Lehrbuch Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018 und den verbreiteten und in einigen Ländern im 2. Staatsexamen zugelassenen Kommentar Thomas/Putzo, ZPO, 44. Aufl. 2023 beschränkt habe, dienen ebenfalls der Vertiefung und nicht dem wissenschaftlich üblichen Beleg. Die Urteile in den Fußnoten können Sie in den angegebenen Zeitschriften, aber auch im Internet nachlesen, daher die aufwendige Zitierweise. Neben Datenbanken finden Sie die meisten Urteile gut auf der Homepage des BGH [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de). 2

#### I. Klausurschema

Schemata scheinen bei Studenten beliebt und bei Professoren verpönt zu sein. Natürlich haben Schemata Grenzen und Gefahren, aber sie bieten auch Orientierung. Deshalb stelle ich Ihnen vor die gesamte Darstellung eine Übersicht, die erfahrungsgemäß den Studenten sehr hilft, das erlernte Wissen zu strukturieren. 3

Das folgende Schema betrifft eine Klage erster Instanz, an der sich die Darstellung dieses Buches im Wesentlichen orientiert. Daraus ergibt sich aber schon die Grenze der Verwendbarkeit dieses Schemas. Es hilft Ihnen also nicht, wenn sie eine Berufung prüfen oder eine einstweilige Verfügung oder ein Mahnverfahren. Verfahren zweiter und dritter Instanz und abweichende Verfahrensarten werden gesondert erörtert. 4

Zugleich muss Ihnen klar sein, dass ein Schema eine Orientierung vorgibt, aber keinen zwingenden Prüfungsumfang: Nie wird alles, was Sie hier sehen, in einer typischen Examensklausur vollumfänglich zu prüfen sein. 5

Dieses Schema ist nicht beim ersten Lesen aus sich heraus klar. Es soll Ihnen helfen, beim Erarbeiten des Stoffes zu wissen, wo Sie stehen und wo das Problem, das Sie lernen, in einer Klausur hingehört. Daher wird immer wieder auf dieses Schema verwiesen. Was Sie erkennen ist jedoch, dass bestimmte Fragen in einer gewissen Abfolge zu prüfen sind bzw. geprüft werden können (nicht alles ist zwingend). Die größte Unterteilung, die Sie hier kennen lernen, ist die nach Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage (§ 10 Rn. 14). 6

## Aufbau einer erstinstanzlichen Klage

### A. Rechtsweg

Bei Unzulässigkeit des Rechtswegs Verweisung (§ 17 a Abs. 2 GVG)

Kein Prozessurteil. Daher Rechtsweg nicht im Rahmen der Zulässigkeit erörtern.

### B. Zulässigkeit der Klage

#### I. Echte Prozessvoraussetzungen

Voraussetzungen, damit Prozessrechtsverhältnis zustande kommt. Liegen diese offensichtlich nicht vor, wird die Klage schon nicht zugestellt. Bei Zweifeln erfolgt Zustellung, Frage wird im Verfahren geklärt.

1. Prozessgebühr (§ 12 Abs. 1 GKG) nicht bezahlt.
2. Deutsche Gerichtsbarkeit
3. Erhebliche Mängel bei Klageeinreichung (nicht unterschrieben)
4. Fehlende Postulationsfähigkeit bei Klageeinreichung (§ 78)
5. Durchführung landesrechtlicher obligatorischer Schlichtungsverfahren

#### II. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Voraussetzungen, damit Urteil in der Sache ergeht. Liegen sie am Schluss der mündlichen Verhandlung nicht vor, so ergeht nicht Sachurteil, sondern Prozessurteil, das die Klage als unzulässig abweist.

1. Gerichtsbezogene Voraussetzungen
  - Sachliche und örtliche Zuständigkeit
2. Parteibezogene Voraussetzungen
  - a. Parteifähigkeit
  - b. Prozessfähigkeit
3. Streitgegenstandsbezogene Voraussetzungen
  - a. Ordnungsgemäße Klageerhebung
  - b. Keine anderweitige Rechtshängigkeit
  - c. Prozessführungsbefugnis
  - d. Zulässigkeit der Klageänderung
  - e. Keine entgegenstehende Rechtskraft
  - f. Rechtsschutzbedürfnis
4. Besondere Voraussetzungen der Klage
  - z.B. Feststellungsinteresse

#### III. Prozesshindernisse

Ebenfalls Sachentscheidungsvoraussetzungen, werden aber nur auf Einrede beachtet.

1. Einrede des Schiedsvertrags
2. Kostengefährdung bei Ausländern

### C. Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung

Bei Unzulässigkeit erfolgt Trennung der Prozesse (§ 145), kein Prozessurteil als unzulässig, daher nicht in Zulässigkeit prüfen.

### D. Begründetheit

Es ergeht Sachurteil, das Klage stattgibt oder als (teilweise) unbegründet abweist. An dieser Stelle liegt in derartigen Klausuren die Verbindung mit dem materiellen Recht.

► **Hinweis:** Die Terminologie variiert z.T. erheblich: Ursprünglich wurden die Sachentscheidungs Voraussetzungen als Prozessvoraussetzungen bezeichnet. Vorliegend wird folgende Terminologie verwendet: **Prozessvoraussetzungen** sind eine Untergruppe der Sachentscheidungs Voraussetzungen, deren offensichtliches Fehlen (zunächst bis zur Beseitigung des Mangels) die Zustellung der Klage verhindert. Sie werden hier als eigene Gruppe behandelt, um die Zustellungsnotwendigkeit als Voraussetzung für das Entstehen eines Prozesses zu verdeutlichen. Das Gericht hat beim Fehlen einer Prozessvoraussetzung den Kläger auf den Mangel gem. § 139 Abs. 3 hinzuweisen und die Möglichkeit der Nachbesserung zu geben. Wird der Mangel vom Gericht nicht erkannt und die Klage trotzdem zugestellt, ist die Klageerhebung wirksam, die Voraussetzungen sind dann als Sachentscheidungs Voraussetzungen in der Zulässigkeit zu prüfen. **Sachentscheidungs Voraussetzungen** (der Begriff ist geeigneter als der der **Sachurteils Voraussetzung**, da über Sachanträge nicht nur durch Urteil, sondern auch durch Beschluss entschieden wird) müssen vorliegen, damit überhaupt in der Sache verhandelt und dann entschieden wird. Die Sachentscheidungs Voraussetzungen sind meist positiv formuliert (müssen also vorliegen), gelegentlich aber auch negativ (dürfen nicht vorliegen). Ihr Vorliegen oder notwendiges Fehlen hat das Gericht von Amts wegen zu prüfen. **Prozesshindernisse** sind ebenfalls Sachentscheidungs Voraussetzungen, die aber nicht von Amts wegen beachtet werden, sondern nur auf Einrede des Beklagten. ◀

## II. Klausurtypen

Die Prüfungsabfolge von Zulässigkeit und Begründetheit variiert allerdings, wenn man die verschiedenen Klausurtypen betrachtet, die sich Ihnen stellen können. 7

Grundsätzlich kann man **Richterklausur** und **Anwaltsklausur** unterscheiden, je nachdem, in welche Rolle Sie sich nach dem Bearbeitervermerk hinein versetzen sollen. 8  
Abhängig vom Verfahrens stadium kann man noch die **Rechtsmittelklausur** als Klausurtyp hervorheben, die besonders die Entwicklung der Prozesslage berücksichtigen muss, auch hier wiederum aus der Perspektive Anwalt oder Richter.

In der zunehmend wichtigen **Anwaltsklausur** wird oft verlangt, dass Sie gutachterlich zu prozessualen und materiellrechtlichen Fragen Stellung nehmen sollen. Hier prüft ein Anwalt zunächst, ob materiellrechtlich ein Anspruch besteht und beschäftigt sich dann mit der Frage, wie dieser Anspruch verfahrensrechtlich durchzusetzen ist. Alles andere wäre Zeit- und damit Geldverschwendung, weil es zwar spannend sein mag, eine prozessuale Lage zu prüfen, dies aber nutzlos ist, wenn der Mandant gar keinen Anspruch hat. Also müssen Sie ebenfalls so verfahren, um zu beweisen, dass Sie sich in diese Situation hineinversetzen können. 9

**Merke:** Die Zulässigkeit wird in der Anwaltsklausur nach der Begründetheit geprüft.

Der **Richter** hingegen prüft erst die Zulässigkeits Voraussetzungen, weil diese Voraussetzung dafür sind, dass ein Urteil in der Sache ergehen darf (s. Schema B und D). Also müssen Sie ebenso aufbauen. 10

**Merke:** Die Zulässigkeit wird in der Richterklausur vor der Begründetheit geprüft.

Die Klausurtypen unterscheiden sich auch dadurch, dass die von Ihnen erwartete Leistung bei der Richterklausur sehr viel stärker vorgegeben ist. Sie müssen über diese Klage oder über diesen Antrag entscheiden. Ob der Kläger andere Anträge stellen könnte oder ein anderes Verfahren hätte wählen können, hat Sie nicht zu interessieren (§ 308 Abs. 1). 11

## § 1 A. Einführung

---

12 Wenn ein (potenzieller) Mandant dagegen zu einem RA kommt, so steht noch gar nicht fest, welche Anträge zu stellen sind bzw. welches Verfahren zu wählen ist.

► **Fall 1:** Ein mittelloses Kfz-Unfallopfer, das in Zukunft arbeitsunfähig sein wird, kommt zu Ihnen und möchte beraten werden, „wie es an sein Geld kommt“.

Was prüfen Sie in welcher Reihenfolge? ◀

13 Sie müssen zunächst materiellrechtlich verschiedene Anspruchsgrundlagen prüfen gegen bis zu drei Beteiligte, wenn Fahrer und Halter personenverschieden sind (§ 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG (Direktanspruch gegen die Versicherung) i.V.m. § 3 a PflVG), §§ 7 (Halter), 18 (Fahrer) StVG, § 823 Abs. 1, 2 BGB, § 253 Abs. 2 BGB (Fahrer)). Sie müssen entscheiden, ob Klage gegen Versicherung, Fahrer und Halter erhoben werden soll. Sie müssen berücksichtigen, dass der Mandant kein Geld hat, also die Stellung eines Prozesskostenhilfeantrags (§§ 114 ff.) erwägen genauso wie einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, um die Existenz des Mandanten zu sichern (Leistungsverfügung § 940). Dazu müssen Sie wissen, ob das Klageverfahren und das vorläufige Rechtsschutzverfahren parallel betrieben werden können (Frage des Streitgegenstandes). Ebenso müssen Sie beraten, ob erst das PKH-Verfahren oder gleich, eventuell durch den positiven Ausgang des PKH-Verfahrens bedingt, das Klageverfahren einzuleiten ist (Problem bedingter Parteihandlungen).

14 Sie sehen, die Anforderung der Anwaltsklausur ist auch die Auswahlentscheidung zwischen den Möglichkeiten, die das Verfahrensrecht bietet. In der Examensklausur verlangt das einigen Mumm, weil Sie nicht auf dem Flur diskutieren können, was wohl zu prüfen ist. Die Kenntnis des Verfahrensrechts wird Ihnen bei der Auswahlentscheidung helfen. Ohne diese Kenntnisse würden Sie in einer Klausur das Thema verfehlen.

15 Bei einer **Rechtsmittelklausur** wird gefordert, dass Sie sich in die Situation nach Erlass einer erst- oder zweitinstanzlichen Entscheidung versetzen. Dabei sollen Sie die Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs prüfen. Die Besonderheit der Rechtsmittelklausur besteht darin, dass Sie zunächst die Voraussetzungen des Rechtsbehelfs erörtern müssen (Statthaftigkeit, Form, Frist, usw.) und erst dann die erstinstanzliche Entscheidung nachprüfen oder wiederholen (zum Aufbau Abb. 44, § 29 Rn. 13).

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

---

- Wie ist der Prüfungsaufbau einer erstinstanzlichen Klage?
- Warum sind der Rechtsweg und die Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung nicht in der Zulässigkeit zu prüfen?
- Wie unterscheidet sich der Klausuraufbau einer Anwalts- und einer Richterklausur?

## § 2 Hinführung zum Zivilprozessrecht

Bevor Sie in die Details des Prozessrechts einsteigen, sollten Sie die Frage beantworten können, wo man sich überhaupt befindet, wenn man einen Prozess durchführt. Dieses Vorgehen folgt dem Grundsatz „Vom Groben zum Feinen“. Nur so kann man auch als Anfänger ein Verständnis für den Bereich entwickeln, den man erlernt. Wenn Sie sich später einmal im Lernen verloren haben und nicht wissen, wozu das, was Sie gerade lernen, eigentlich gut ist, hilft Ihnen vielleicht dieser Abschnitt, wieder eine Ordnung in Ihr Lernen zu kriegen.

1

### I. Funktion des Zivilprozesses

Der Staat hat in Form abstrakt formulierter Gesetze generell geltende Muster der Konfliktregelung aufgestellt, die im Prozess durch Richter konkretisiert werden, indem sie auf einen bestimmten Fall angewendet werden. Ziel des Verfahrensrechts ist es, eine Legitimation der Entscheidung durch das Verfahren zu schaffen. Auch wenn die Parteien keine Einigung erzielen, bietet das Verfahrensrecht die Möglichkeit, den Streit nach Eintritt materieller Rechtskraft (dazu § 28 Rn. 7 ff.) zu beenden und das Ergebnis als rechtlich für die Parteien bindend anzuordnen. Die Durchsetzung der Rechte im Wege der **Selbsthilfe** schließt der Rechtsstaat weitgehend aus (s. aber §§ 227 ff. BGB). Daraus wird im Umkehrschluss ein Anspruch des Einzelnen auf Ausübung der Rechtspflege, der **Justizgewährungsanspruch**, gefolgert. Dieser Anspruch umfasst nicht nur einen Anspruch auf Tätigwerden überhaupt, sondern auch einen Anspruch auf einen effektiven Rechtsschutz,<sup>1</sup> der z.B. angesichts der Zeitdauer mancher Verfahren zweifelhaft sein kann.

2

Langandauernde Gerichtsverfahren sind ein Problem der Rechtspflege. Sie treten in Deutschland zwar nicht massenhaft, sondern eher singulär auf.<sup>2</sup> Überlange Gerichtsverfahren sind jedoch mit dem Gebot eines effektiven Rechtsschutzes, wie es die deutsche Verfassung und auch die EMRK vorsehen, nicht vereinbar. Der EGMR rügte wiederholt, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten in Deutschland nicht den Anforderungen der Art. 6 Abs. 1, 13 EMRK entsprachen und verpflichtete Deutschland, einen Rechtsbehelf gegen überlange Gerichtsverfahren einzuführen.<sup>3</sup> Als Reaktion hierauf trat 2011 das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (ÜGRG) in Kraft.<sup>4</sup> Hiermit wurden die **Verzögerungsrüge** und die **Entschädigungsklage** geschaffen (§§ 198 ff. VVG), so dass nun in allen Gerichtsbarkeiten eine nach den Gesamtumständen unangemessene (Gesamt-)Verfahrensdauer beim Prozessgericht gerügt und Klage auf eine billige Entschädigung erhoben werden kann.<sup>5</sup>

1 BVerfG, Beschluss vom 3.7.1973, Az.: 1 BvR 153/69 = BVerfGE 35, 348 (361) = NJW 1974, 229; Beschluss vom 23.4.1974, Az.: BvR 6/74 = BVerfGE 37, 132 (141) = NJW 1974, 1939.

2 Rechtsvergleichend *Stürner*, Die Verfahrensdauer in Zivilprozessen wichtiger Staaten der Europäischen Union und die Rechtsprechung des EGMR, FS Schütze, 2015, S. 593. S. auch *Hofmarksrichter*, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren im Lichte der Vorgaben des EGMR, 2017.

3 EGMR, Urteil vom 2.9.2010 – 46344/06 Rumpf/ Deutschland = NJW 2010, 3355.

4 Gesetz vom 24.11.2011, BGBl. I S. 2302.

5 BGH, Urteil vom 09.03.2023, Az.: III ZR 80/22 = EWir 2023, 319; BGH, Urteil vom 26.11.2020, Az.: III ZR 61/20 = NJW 2021, 859; BGH, Urteil vom 13.4.2017, Az.: III ZR 277/16 = NJW 2017, 2478; aus der Literatur *Müller*, Entschädigung wegen überlanger Verfahrensdauer bei Verzögerung wegen erkranktem Richter, NZS 2021, 415; *Würdinger*, "Justice delayed is justice denied." – Zur Europäisierung und Optimierung des Rechtsschutzes bei überlangen Zivilverfahren, ZJP 132 (2019), 49; *ders.*, Der Rechtsschutz bei überlangen

Der Justizgewährungsanspruch, dessen Grundlage entweder in Art. 101 Abs. 1 S. 2 oder Art. 103 GG oder im Rechtsstaatsprinzip gesehen wird, ist abgesichert durch die Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Ziff. 4 a GG.<sup>6</sup>

► **Klausurhinweis:** Es ist unnötig, in einer Klausur auf die genaue Grundlage des Justizgewährungsanspruchs einzugehen. ◀

- 3 In dem geordneten gerichtlichen Verfahren wird ein konkreter Konflikt zwischen realen Personen entschieden. Deren Fall wird, das kennen Sie aus dem Bürgerlichen Recht, durch einen Entscheider unter das Gesetz subsumiert (s.u. Abb. 23, § 12 Rn. 13). Dieses geschieht im Bereich des Zivilrechts durch das Zivilprozessrecht, das die Regeln vorgibt, wie der Einzelne zu seinem Recht kommt. Der Zivilprozess dient der Feststellung, Gestaltung und **Durchsetzung der privaten Rechte des Einzelnen**.<sup>7</sup> Daraus ergeben sich unmittelbar Konsequenzen für die Ausgestaltung der prozessualen Regeln selbst: Die Parteien haben die Dispositionsbefugnis über das Verfahren und tragen die Verantwortung für die Beibringung des Prozessstoffes (§ 4 Rn. 7 ff.). Weitere Konsequenzen sind die Regeln über die Klageerhebung (§§ 253 ff.), über die Klagerücknahme (§ 269), über die Erledigung der Hauptsache (§ 91 a), den Vergleich (§ 794) und die Bindung an die Anträge (§ 308).
- 4 Die Fixierung des Prozesszwecks auf die Durchsetzung subjektiver privater Rechte entspricht historisch dem liberalen Modell der CPO.<sup>8</sup> Die Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens, das Finden materieller Wahrheit, die Bewahrung der objektiven Rechtsordnung und die Rechtsfortbildung und Wahrung der Rechtseinheit sind heute allerdings weitere (Neben-) Zwecke des Zivilprozessrechts. Der Gesetzgeber ist befugt, den Prozesszweck zu verändern bzw. weitere Zwecke mit der Institution Zivilprozess zu verfolgen, indem er Bereiche der zivilprozessualen Entscheidung überantwortet, die nicht nur oder gar nicht der Idee der Durchsetzung subjektiver Rechte entsprechen. Er kann überindividuelle Rechtspositionen berücksichtigen und die Bewahrung des objektiven Rechts durch den Zivilprozess anstreben. Um Verfahren im öffentlichen Interesse handelt es sich bei den Verbandsklagen in den Fällen § 8 Abs. 3 UWG und §§ 1 ff. UKlaG.<sup>9</sup> Auch bei den neuartigen Verbandsklagen (KapMuG, Musterfeststellungsklage, Abhilfeklage) steht nicht mehr die Durchsetzung der subjektiven Rechte des Einzelnen im Vordergrund. Bei den Verbandsklagen klagen die qualifizierten Einrichtungen ohne eigene subjektive Rechte. Es handelt sich um rein prozessual einzuordnende Klagebefugnisse.<sup>10</sup> Im öffentlichen Interesse liegt auch das sog. *private law enforcement* (z.B. die privatrechtliche Durchsetzung von Wettbewerbsverstößen), sowie das *private human rights enforcement*.

---

Gerichtsverfahren: Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Motor einer langen Reise in die prozessuale Moderne, FS Rülßmann, 2013, S. 651; Greger, 10 Jahre Schutz vor überlangen Gerichtsverfahren: Kein Grund zum Feiern, AnwBl 2022, 96.

6 Im Einzelnen R/S/G, ZPR, § 3 Rn. 1 ff.

7 Prütting, Der Zivilprozess im Jahre 2030: Ein Prozess ohne Zukunft?, AnwBl 2013, 401 (403); s. aber Hirsch, Revision im Interesse des Rechts, NJW-Editorial, Heft 18, 2012, S. 3, der zumindest in der Rechtsmittelinstanz ein vorrangiges Allgemeininteresse annimmt.

8 Kehrberger, Die Materialisierung des Zivilprozessrechts, S. 41 f.

9 Allgemein Greger, Verbandsklage und Prozeßrechtsdogmatik – Neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung, ZZP 113 (2000), 399; Koch, Prozessführung im öffentlichen Interesse, 1983; Guski, Konfliktlösungsmöglichkeit durch überindividuellen Rechtsschutz: Funktion und Dogmatik der Verbandsklage, ZZP 131 (2018), 353.

10 Das ist str. Einige nehmen einen eigenen materiellen Anspruch des Verbandes an (Münch, Grundfragen des Zivilprozesses, S. 5, 46), andere präferieren eine Erklärung mit dem Institut der Prozessstandschaft. Wie hier Adolphsen, ZZP 135 (2022), 299, 327; Halfmeier, Popularklagen im Privatrecht, S. 293.

## II. Materielles Recht, Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren

Materielles Recht und Prozessrecht sind heute voneinander getrennt. Hinter dieser banal anmutenden Aussage verbirgt sich eine ziemlich komplexe Beziehung, die sich in historischer Perspektive stark verändert hat. In der *actio* des römischen Rechts gab es kein materielles Recht, das mithilfe des (dienenden) Prozessrechts durchzusetzen war. Recht gab es nur insoweit, als die *actio* die Rechtsdurchsetzung ermöglichte. Erst *Windscheid* hat die in der *actio* angelegte Einheit von Privat- und Prozessrecht aufgelöst, indem er den Begriff des Anspruchs aus der *actio* sonderte.<sup>11</sup> Diese Trennung von materiellem Recht und Prozessrecht hat nicht nur die Entstehung des Prozessrechts als eigenständigem Gebiet, sondern auch die Herausbildung des subjektiven Rechts als Grundlage unserer Privatrechtsordnung ermöglicht. In einem aktionsrechtlichen System erschöpfte sich die Willensmacht des Einzelnen in seinen prozessualen Rechtsschutzmöglichkeiten, ein subjektives Recht konnte es so (unabhängig von seiner prozessualen Durchsetzung) nicht geben. Materielle Rechtslagen sind heute von ihrer prozessualen Durchsetzung getrennt zu denken. *Windscheid's* bekannte Formulierung, dass das materielle Recht das Prius oder das Erzeugende und die Klage das Spätere oder Erzeugte ist, stellte diese Entwicklung plastisch dar. Damit hat *Windscheid* die Befugnis zur Erlangung von gerichtlichem Rechtsschutz aus dem Anspruchsbegriff ausgeschieden und ihn als dessen regelmäßige Folge eingeordnet.<sup>12</sup> Der Anspruch ist das spezielle Recht einer Person, von einer anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194 BGB). Das BGB beruht auf dieser Konzeption materiellrechtlicher Ansprüche, die grundsätzlich im Prozess einklagbar sind.<sup>13</sup> Die Trennung von materiellem Recht und Prozessrecht spiegelt sich im Prüfungsaufbau wider, der die Zulässigkeit der Klage von seiner Begründetheit trennt (s. § 1 Rn. 6). Auch der formelle Parteibegriff (s. § 7 Rn. 13) ist Ergebnis dieser Entwicklung.

Mit einem Urteil im gerichtlichen Verfahren, dem sog. **Erkenntnisverfahren**, ist dem Kläger jedoch noch nicht in allen Fällen geholfen.

In jedem Verfahren wird zunächst völlig unabhängig vom Klageziel ein Recht oder **Rechtsverhältnis festgestellt**. Klagt jemand auf Zahlung des Kaufpreises, wird festgestellt, ob der Anspruch besteht. Klagt jemand auf Feststellung, dass er Eigentümer einer Sache sei, so wird dies im Verfahren festgestellt. Diese gerichtliche Feststellung entspricht in diesem Fall exakt dem Klageziel. Wird eine Scheidung beantragt, so wird zunächst festgestellt, ob die Voraussetzungen vorliegen.

Es ist aber, wie im Fall der Zahlungsklage, noch ein weiterer hoheitlicher Akt erforderlich, damit das Ziel des Zivilprozesses erreicht ist. Bei der Scheidungsklage muss nach der Feststellung die **Gestaltung** selbst erfolgen: Der Richter scheidet die Ehe (§ 1564 BGB). Bei der Zahlungsklage endet das Verfahren mit dem Urteil, das den Beklagten zur Zahlung verurteilt. Dieses Urteil enthält neben der Feststellung, dass dem Kläger der Anspruch zusteht, einen **staatlichen Leistungsbefehl**.

Damit hat der Kläger aber noch kein Geld. Er erhält dies auch nicht am Ende der mündlichen Verhandlung, etwa an der Gerichtskasse. In der Regel zahlt der Beklagte auf das Urteil hin die Summe. Tut er dies nicht, muss sich ein weiteres hoheitliches

<sup>11</sup> *Windscheid*, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, 1865, S. 5 ff.

<sup>12</sup> *Windscheid*, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, 1865, S. 6.

<sup>13</sup> *Winkelmann*, Der Anspruch, 2021, S. 74; *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, 2021, S. 39, 69; *Wagner*, Prozessverträge, 1998, S. 401; *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 22.

Verfahren anschließen, das **Zwangsvollstreckungsverfahren**. Der Kläger beantragt z.B. beim Gerichtsvollzieher, die Kaufpreissumme zwangsweise beizutreiben (§§ 753, 754, 803). Dazu kann der Gerichtsvollzieher Gegenstände des Beklagten pfänden und verwerten und dem Kläger aus dem Verwertungserlös die Summe geben, zu deren Zahlung der Beklagte verurteilt wurde.

- 10 Erst jetzt ist der Zweck des Zivilprozesses, die Durchsetzung des privaten Rechts des Klägers, realisiert.

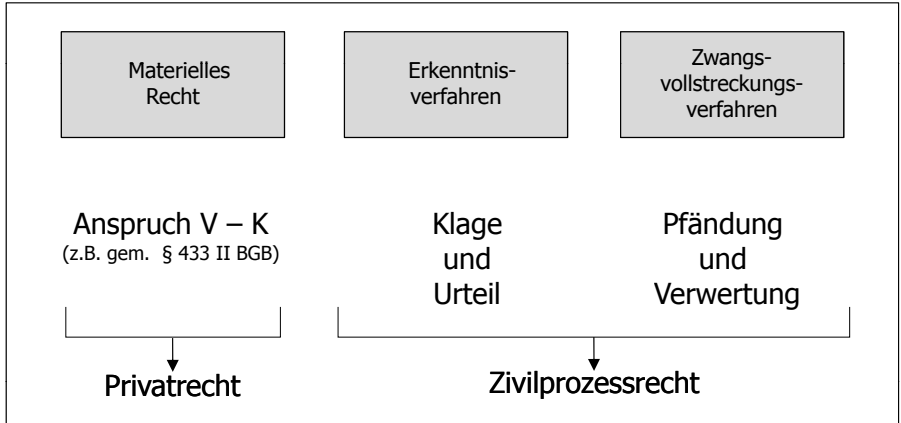


Abb.1 Das Recht und seine Durchsetzung

### III. Streit und Zivilprozessrecht

- 11 Fragt man sich, wo man sich im Alltagsleben befindet, wenn ein (Zivil-)Prozess geführt wird, so stößt man unweigerlich auf das Phänomen des Konflikts. Der Zivilprozess ist häufig Endstation, manchmal leider auch nur Zwischenstation, in einem zwischen mehreren Personen geführten Streit. Dieser Streit wird oft über eine zwischen den Beteiligten geltende Rechtslage geführt, ist dann also ein **normbezogener Konflikt**.<sup>14</sup> Zwingend ist das nicht. Zahlreiche (Schätzungen gehen bis zu mehr als 50 %) <sup>15</sup> Prozesse werden geführt, weil z.B. der Schuldner zahlungsunwillig oder zahlungsunfähig ist, obwohl seine Verpflichtung zur Leistung unstrittig ist. Außerdem gibt es Verfahren, in denen sich der Staat ein richterliches Entscheidungsmonopol vorbehalten hat und den Parteien dadurch eine parteiautonome Gestaltung ihres Rechtsverhältnisses versagt, z.B. bei der Scheidung der Ehe, die nur durch richterlichen Gestaltungsakt geschieden werden kann (§ 1564 Abs. 1 S. 1 BGB).
- 12 Real ist in vielen Konflikten der eigentliche Streitpunkt gar nicht die Rechtslage. Es kann sich um **personenbezogene** oder auch um **rollenbezogene Streitigkeiten** handeln. Oft ist eine persönliche Aversion oder Ähnliches zwischen den Beteiligten der eigentliche Auslöser des Streits auch über Normen.

14 Zu normbezogenen Konflikten *Raiser*, Das lebende Recht, 2. Aufl. 1995, S. 300.

15 *Blankenburg*, Thesen zur Umverteilung von Rechtschancen, in: *Blankenburg/Gottwald/Stempel* (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 32 f.



Konflikte werden durch einen Richter entschieden. Die Lehre vom (Zivilprozess-)Verfahrensrecht ist damit **Streitentscheidungslehre**,<sup>16</sup> auch wenn immer stärker Elemente der Vermittlung und Schlichtung, also der **Streitbehandlung** Eingang in das zivilprozessuale Verfahren finden. 13

In das Stadium des Zivilprozesses gelangt jedoch nur ein geringer Teil aller privaten Streitigkeiten, der Großteil endet zeitlich davor bzw. führt trotz Weiterbestehens des Streits nicht zu einem Zivilprozess. Trotzdem war man in der Vergangenheit der Ansicht, dass die ordentlichen Gerichte mit der Zahl der Streitigkeiten, die vor ihnen ausgetragen wurden, überlastet waren. Die aktuellen Zahlen zeigen ein anderes Bild: nach einer Prozessflut in den 70er und 80er Jahren gibt es eher eine Ebbe, etwa seit 1995. Seit 2000 sinkt das Geschäftsaufkommen deutlich – allerdings bei längerer Verfahrensdauer.<sup>17</sup> Bei den AG sind die Fallzahlen vor allem durch Klagen gegen Fluglinien und Reiseanbieter in der **Coronapandemie** gestiegen.<sup>18</sup> 2023 wurde eine vom BMJ in Auftrag gegebene Studie vorgestellt mit dem Titel „Erforschung der Ursachen des Rückgangs der Eingangszahlen bei den Zivilgerichten“.<sup>19</sup> 14

Außerhalb des staatlichen Prozesses werden Streitfälle zunächst durch rein **soziale Lösungsmechanismen** beendet, indem ein Dritter, z.B. ein Verwandter oder Freund, schlichtet, ohne dass dieses „Verfahren“ in irgendeiner Weise formalisiert oder institutionalisiert wäre. Zum Teil lassen auch soziale Begebenheiten eine Streitaustragung vor Gerichten nicht zu, weil es in der jeweiligen sozialen Struktur (z.B. einem kleinen Dorf oder in einer stark persönlich oder emotional geprägten Dauerbeziehung) nicht opportun ist, gegen einen anderen zu klagen. Rechtssoziologische Studien haben ergeben, dass Parteien in nur punktuellen oder anonymen Beziehungen deutlich stärker geneigt sind, ihr Recht im Prozess durchzusetzen als Parteien in dauerhaften oder wiederkehrenden Sozialbeziehungen.<sup>20</sup> 15

Auch die Hemmschwelle vor einem staatlichen Instanzenzug, dessen Mechanismen den meisten Bürgern unbekannt sind, oder die Angst vor erheblichen Kosten bzw. Rechtsunsicherheit führen dazu, dass ein Streit nicht vor Gericht ausgetragen, sondern klein beigegeben wird. Die Rechtssoziologie erfasst diese Mechanismen unter dem Stichwort der **Mobilisierung von Recht**.<sup>21</sup> 16

Konfliktregelung erfolgt zumeist durch den Einsatz Dritter, seien dies Verwandte, Sachverständige oder Verbraucherberater. Im Zivilprozess besonders bedeutend ist der Einsatz des Rechtsanwalts: Rechtsanwälte sollen für eine Objektivierung des Streits sorgen, indem sie den Rat suchenden Bürger verantwortungsbewusst beraten. Rechtsanwälte zeigen den meist rechtsunkundigen Parteien die ihnen möglicherweise bis dahin unbekannt, nur „erahnte“ oder „gefühlte“ Rechtslage auf und können die Streitenden so u.U. zu einer außergerichtlichen Verständigung bewegen. Die Frage, ob die Sicht des Rechtsanwalts eingeschränkt ist, weil sie nur rechtsorientiert ist und dabei dazu neigt, die Interessen der Parteien außer Acht zu lassen, wird heute dadurch 17

16 Breidenbach, Mediation, 1995, S. 2.

17 Meller-Hannich, Ein zeitgemäßer Rahmen für Zivilrechtsstreitigkeiten, NJW 2019, 2522; Rottleuthner, in (Hrsg.), Höland/Meller-Hannich, Nichts zu klagen, Der Rückgang der Eingangszahlen in der Justiz 2016, 100 (103); Adolphsen, Der Zivilprozess im Wettbewerb der Methoden, BRAK-Mitt 2017, 147.

18 Rebehn, Trendwende in der Ziviljustiz, DRiZ 2020, 334.

19 [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht\\_\(abgerufen\\_25.2.2023\).](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht_(abgerufen_25.2.2023).)

20 Raiser, Das lebende Recht, S. 426.

21 Raiser, a.a.O., S. 404.

relativiert, dass sich auch Rechtsanwälte zunehmend als Schlichter sehen und die Konfliktbewältigungskompetenz Gegenstand der juristischen Ausbildung geworden ist.<sup>22</sup>

#### IV. Alternative Streitbeilegung

- 18 Weder Streitentscheidung noch Streitbehandlung werden nur durch staatliche Gerichte betrieben. Konfliktbewältigung ist heute ein Markt, auf dem sich zahlreiche Anbieter tummeln.<sup>23</sup> Die Gründe sind vielfältig, Unzufriedenheit mit staatlicher Gerichtsbarkeit auch aufgrund deren Überlastung ist sicher einer.
- 19 Folgt man der Theorie einer Konfliktverarbeitung, nach der jeder Streitfall die ihm nach seinem Ursprung und Charakter gemäße Behandlung finden sollte, so entsteht eine unvoreingenommene Sicht sowohl auf alternative Formen der Streitbeilegung als auch auf die zivilprozessuale Streitentscheidung selbst. Zwar sehen sich Juristen gern als die Marktführer, zumindest auf dem Markt der Streitentscheidung, an; sie können aber auf der Grundlage dieser Theorie aus ihrer Sicht alternative Formen eher als dem konkreten Konflikt angemessen betrachten, denn als unerwünschte Konkurrenz.
- 20 Ein wesentlicher Grund dafür, dass die Politik alternative Streitbeilegung diskutiert, war ursprünglich in der Entlastung der Gerichte zu sehen. Heute wird auch eine qualitative Verbesserung der Streitbeilegung erhofft, weil manche Formen alternativer Streitbeilegung zu einer umfassenden Erörterung mit allen Beteiligten geeignet sind. Dabei treten z.T. wesentlich tiefer liegende Konfliktursachen auf, die im Rahmen des durch striktes Recht organisierten Zivilprozesses nicht gelöst werden können.

##### 1. Gerichtliche Streitbeilegungsmechanismen

- 21 Streitbehandlungsmechanismen werden zunehmend in den Zivilprozess integriert: Durch das Zivilprozessreformgesetz<sup>24</sup> wurde durch § 278 Abs. 2 eine **zwingende Güterverhandlung** eingeführt, die jeder streitigen Verhandlung vorauszugehen hat (§ 10 Rn. 1 ff.).

##### 2. Außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen

- 22 Schon in Deutschland gibt es eine nicht zu überblickende Vielfalt außergerichtlicher Streitbeilegungsmechanismen. Geben Sie nur einmal „Streitbeilegung“ oder „Schlichtung“ als Suchbegriff im Internet ein. Im Folgenden werden aus dieser Vielfalt drei Erscheinungen staatlicher und nicht staatlicher Streitbeilegung herausgegriffen, die besonders interessant erscheinen. Dies sind die obligatorische außergerichtliche Streit-schlichtung, die Alternative Dispute Resolution (ADR) und die Schiedsgerichtsbarkeit.

---

22 § 5a Abs. 3 DRiG: Die Inhalte des Studiums berücksichtigen die ethischen Grundlagen des Rechts und fördern die Fähigkeit zur kritischen Reflexion des Rechts; sie berücksichtigen ferner die rechtsprechende, verwaltende und rechtsberatende Praxis einschließlich der hierfür erforderlichen Schlüsselqualifikationen wie Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre und Kommunikationsfähigkeit.

23 So z.B. die DIS, vgl. *Mazza*, Das ADR-Portfolio der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS), KSzW 2013, 126; *Adolphsen*, Der Zivilprozess im Wettbewerb der Methoden, BRAK-Mitt 2017, 147; *Klose*, Entwicklungen bei der außergerichtlichen Streitbeilegung, NJ 2018, 12.

24 Gesetz vom 27.7.2001 (BGBl. I, 1887).

► **Vertiefung:** Da die EU durch Art. 81 AEUV nur eine Rechtssetzungskompetenz für Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen hat,<sup>25</sup> sind ihr Eingriffe in die nationalen Zivilprozessrechte der Mitgliedstaaten verwehrt. Inzwischen bemüht sie sich auf der Grundlage des Art. 169 AEUV (Verbraucherschutz) um die außergerichtliche Streitbeilegung in Verbraucherstreitigkeiten. Die Entwicklung der EU im Bereich der Verbraucherstreitbeilegung mündete 2013 in den Erlass einer Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten (ADR-RiL)<sup>26</sup> und einer Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten (ODR-VO)<sup>27</sup>. Diese RiL verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung der Verfügbarkeit von außergerichtlichen Streitbeilegungsstellen für Verbraucherstreitigkeiten. 2016 ist das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG) in Kraft getreten, durch das die ADR-RiL umgesetzt und die ODR-VO durchgeführt werden.<sup>28</sup> ◀

### a) Obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung

**Literatur:** *Bedo/Nicht*, Einigungsversuch und Klagezulässigkeit, ZZZ 120 (2007), 159; *Bitter*, Die Crux mit der obligatorischen Streitschlichtung nach § 15 a EGZPO, NJW 2005, 1235; *Friedrich*, Begründung der Revision vor ihrer Zulassung durch das Revisionsgericht, NJW 2004, 3524; *Prütting*, Außergerichtliche Streitschlichtung, Handbuch für die Praxis, 2003; *Greger*, Die von der Landesjustizverwaltung anerkannten Gütestellen: Alter Zopf mit Zukunftschancen, NJW 2011, 1478; *Jansen*, Die außergerichtliche obligatorische Streitschlichtung nach § 15 a EGZPO, 2001; *Maunz*, Das außergerichtliche obligatorische Schlichtungsverfahren gemäß § 15 a EGZPO, Diss. Würzburg 1999; *Schreiber*, Obligatorische Beratung und Mediation, 2007; *Stichelbrock*, JZ 2002, 633.

Die Bundesländer haben die Möglichkeit, für bestimmte zivilrechtliche Fälle eine obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung vorzuschreiben.<sup>29</sup> Die Landesgesetzgeber werden durch eine Öffnungsklausel in § 15 a EGZPO ermächtigt, bei Streitigkeiten, deren Streitwert unter 750 € liegt, obligatorisch den Gang vor eine Gütestelle anzuordnen. Die Regelung in NRW hat das BVerfG als verfassungsgemäß angesehen. Es sah keine Verletzung des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs.<sup>30</sup> Erst nach einem erfolglosen Einigungsversuch kann dann Klage vor einem Gericht erhoben werden. Die Schlichtung kann nicht bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nachgeholt werden, sondern muss vor Klagerhebung erfolgen. Der BGH hat den Gerichten nahegelegt, unzulässige Klagen, bei denen noch kein Schlichtungsverfahren durchgeführt wurde, schon nicht zuzustellen.<sup>31</sup> Das Fehlen des Streitschlichtungsverfahrens kann

23

25 *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl., 1 Kap. Rn. 36, 95.

26 Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten), ABl. L 165/63 vom 18.6.2013.

27 Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten), ABl. L 165/1 vom 18.6.2013.

28 Gesetz vom 19.2.2016 (BGBl. I, 254). Zur Kritik *Steffek/Greger*, Verbraucherstreitbeilegung – Zehn Optionen zur Reform, ZRP 2022, 202; *Engel*, Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten – Mehr Zugang zu weniger Recht, NJW 2015, 1633; *Hofmann*, Schlichtung aus Brüssel, Umsetzung der ADR-Richtlinie, BRAK-Magazin 2015, 10. Zur Vertiefung siehe *Conen/Gramlich*, Das geplante Gesetz zur außergerichtlichen Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten – Die Umsetzung der ADR-Richtlinie 2013/11/EU: Meilenstein oder Bevormundung für deutsche Verbraucher?, NJ 2014, 494.

29 Übersicht bei *Greger*, NJW 2011, 1478.

30 BVerfG, Beschluss vom 14.2.2007, Az.: 1 BvR 1351/01 = NJW-RR 2007, 1073.

31 Vgl. BGH, Urteil vom 23.11.2004, Az.: VI ZR 336/03 = NJW 2005, 437.

auch noch in der Berufungsinstanz gerügt werden, wenn die erste Instanz zu Unrecht die Klage für zulässig hielt und ein Sachurteil erließ. Das erstinstanzliche Urteil ist aufzuheben und die Klage als unzulässig abzuweisen.<sup>32</sup> Anwendungsfälle dieser obligatorischen Streitschlichtung sind nachbarrechtliche Streitigkeiten und Auseinandersetzungen wegen Verletzung der persönlichen Ehre, die nicht in Presse oder Rundfunk begangen worden sind. Die entsprechenden Gesetze der Länder, die hiervon Gebrauch gemacht haben, sind im Beck-Text unter § 15 a EGZPO abgedruckt. Schlichter sind z.B. in Bayern alle Notare und Rechtsanwälte, die von der Rechtsanwaltskammer als Schlichter zugelassen worden sind.

► **Hinweis:** Die Durchführung des Schlichtungsverfahrens ist Prozessvoraussetzung der Klage, soweit das Gericht das Fehlen bemerkt und nicht zustellt (Schema B I). Stellt das Gericht trotzdem die Klage zu, ist es Sachentscheidungs voraussetzung der Klage (Schema B II). Das Fehlen führt dann (auch in der Berufungsinstanz) zu einer Klageabweisung als unzulässig. ◀

24 Durch obligatorische Streitschlichtung ist es nicht zu einer Erhöhung der Vergleichsquote und damit zu einer spürbaren Entlastung der Ziviljustiz gekommen. Die Auswertung amerikanischer Erfahrungen, die wesentlich umfassender sind als die deutschen, zeigte hier bereits ein eher ernüchterndes Bild. Die ersten Erfahrungen mit der obligatorischen Güteverhandlung sind denn auch negativ.<sup>33</sup> Auch kann bei Parteien, die nicht willens sind, sich zu einigen, der obligatorische Gang vor eine Schlichtungsstelle eher zu einer Verlängerung des Streitverfahrens führen als zu einer Verkürzung.<sup>34</sup>

► **Vertiefung:** Zur Vermeidung des oft als lästig empfundenen Schlichtungsverfahrens wird die „**Flucht in das Mahnverfahren**“ angetreten, da in diesem Fall gem. § 15 a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 EGZPO kein obligatorischer Einigungsversuch erforderlich ist. Kommt es im Verfahren zu einer Klageerweiterung (§ 264 Nr. 2) oder -änderung (§ 263), muss nicht erneut das Schlichtungsverfahren durchgeführt werden.<sup>35</sup> Wird die Klage aufgrund einer unzutreffenden Ermittlung des Streitwerts zunächst vor dem LG erhoben und verweist dieses den Rechtsstreit wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit gemäß § 281 Abs. 1 an das AG, so ist die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens nicht erforderlich.<sup>36</sup> ◀

### b) Mediation

**Literatur:** *Diop/Steinbrecher*, Ein Mediationsgesetz für Deutschland: Impuls für die Wirtschaftsmediation?, BB 2011, 131; *Henssler/Deckenbrock*, Das neue Mediationsgesetz: Mediation ist und bleibt Anwaltssache, DB 2012, 159; *Klose*, Entwicklungen bei der außergerichtlichen Streitbeilegung, NJ 2018, 12; *Prütting*, Das neue Mediationsgesetz ist in Kraft getreten, AnwBl 2012, 796; *Stubbe*, Konfliktmanagement – bedarfsgerechte Streitbeilegungsinstrumente, SchiedsVZ 2009, 321; *Ulrici*, Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Auflage 2020, Anhang zu § 278 a Mediationsgesetz.

32 OLG Saarbrücken, Urteil vom 14.12.2006, Az.: 8 U 724/05 = NJW 2007, 1292; *Rimmelspacher/Arnold*, Fehlerhaft unterbliebenes Streitschlichtungsverfahren – unbeachtlich in der Berufungsinstanz?, NJW 2006, 17; a.A. LG Marburg, Urteil vom 13.4.2005, Az.: 5 S 81/04, = NJW 2005, 2866.

33 *Schneider*, MDR 2003, 901; *Huber*, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle, Berichte A zum 65. Deutschen Juristentag 2004, S. A5, A6 ff.; *Lauer*, NJW 2004, 1280.

34 *Friedrich*, NJW 2002, 798 (799).

35 BGH, Urteil vom 22.10.2004, Az.: V ZR 47/04 = NJW-RR 2005, 501.

36 BGH, Urteil vom 30.4.2013, Az.: VI ZR 151/12 = BeckRS 2013, 09813.

Die Mediation ist die in Deutschland bedeutendste Erscheinung der Alternative Dispute Resolution (ADR),<sup>37</sup> die ein Oberbegriff für eine Vielzahl von Ansätzen der Konfliktbehandlung ist. Diese werden seit geraumer Zeit als quasi umfangreicher Feldversuch in den USA getestet, aber auch in Europa<sup>38</sup> und anderen Ländern verbreiten sich diese Verfahren zusehends. In den USA hat sich eine wahre Technologie des Konfliktmanagements entwickelt. Allerdings darf man den Hintergrund nicht außer Acht lassen: Dies ist vor allem die Schwäche des US-amerikanischen Zivilprozesses. Vor allem der sog. *pretrial discovery*, ein außergerichtliches, ausschließlich in der Hand der Parteien liegendes Beweisverfahren,<sup>39</sup> führt zu enormen Kosten, Zeitverzug und auch Offenlegung von Betriebsinterna, das die Parteien vermeiden wollen, indem sie auf ADR-Verfahren ausweichen. In Europa war die Mediations-Richtlinie für grenzüberschreitende Mediationsfälle in Zivil- und Handelssachen bis zum 20.5.2011 in nationales Recht umzusetzen.<sup>40</sup> Durch das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21.7.2012<sup>41</sup> – also mit mehr als einjähriger Verspätung – wurde ein deutsches Mediationsgesetz geschaffen. Damit wird die europäische Mediationsrichtlinie in nationales Recht umgesetzt. Die Umsetzung betrifft aber nicht nur – wie von der Richtlinie gefordert – den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr, sondern erfasst jede, auch die rein nationale Mediation. Art. 1 definiert Mediation als ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben. Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt. Um die Qualifikation des Mediators zu sichern, wird der Begriff des zertifizierten Mediators eingeführt. Es soll zwischen dem „Mediator“ und dem „zertifizierten Mediator“ unterschieden werden. Ein zertifizierter Mediator hat eine Ausbildung abgeschlossen, die bestimmte Ausbildungsstandards nach der Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren erfüllt. Wesentlicher Streitpunkt im Gesetzgebungsverfahren war die Frage der gerichtlichen Mediation, die als Modellversuch an einigen Gerichten in den Bundesländern durchgeführt worden war. Das Gesetz schafft die gerichtliche Mediation ab, als Kompromiss wurde der sog. Güterichter aufgewertet (§ 278 Abs. 5), indem festgehalten wird, dass dem Güterichter alle Methoden der Konfliktbeilegung „einschließlich der Mediation“ zur Verfügung stehen.<sup>42</sup> Das Gericht kann gem. § 278 a Abs. 1 den Parteien die Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen. Weitere Diskussionspunkte im Gesetzgebungsverfahren waren neben der Vollstreckbarkeit einer Mediationsvereinbarung die Vertraulichkeit der Mediation (s. § 159 Abs. 2). Die Vollstreckbarerklärung der Mediationsvereinbarung kann gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. § 797 durch Protokollierung bei einem deutschen Gericht oder Beurkundung durch einen deutschen Notar erfolgen. Die Vollstreckungs-

37 Zum Begriff ADR s. *Stubbe*, *SchiedsVZ* 2009, 321 (322).

38 S. Grünbuch der Kommission über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht KOM (2002) 196 endg.

39 *Junker*, *Discovery* im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr, 1987; *Stadler*, *Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und U.S. amerikanischen Zivilprozess und im Rechtshilfeverfahren*, 1989.

40 RiL 2008/52 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU L 136 vom 24.5.2008.

41 BGBl. I, 1577, in Kraft seit 26.7.2012. Bericht über die Auswirkungen des Mediationsgesetzes auf die Entwicklung der Mediation in Deutschland und über die Situation der Aus- und Fortbildung der Mediatoren, Bt.Drs. 18/13178 vom 20.7.2017.

42 *Ortloff*, *Vom Gerichtsmediator zum Güterichter im Verwaltungsprozess*, NVwZ 2012, 1057.

fähigkeit der Mediationsvereinbarung kann gem. § 796 a auch durch Vereinbarung in Form eines anwaltlichen Vergleiches erfolgen. 2019 wurde die United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (Singapur Konvention)<sup>43</sup> abgeschlossen. Sie soll die grenzüberschreitende Durchsetzung von Vereinbarungen erleichtern, die aus Mediationsverfahren resultieren.

Bei der Mediation steht nicht der Streit über Recht im Vordergrund, sondern der Streit über einen Konsens der Interessen der Beteiligten. Der Blick auf die Interessen, die hinter den Positionen stehen, soll eine Lösung aufzeigen, die ein Blick allein auf Rechtspositionen versperrt. Der Mediator ist nur Vermittler, er hat nicht die Befugnis, den Streit zu entscheiden. Darin liegt ohne Zweifel ein Vorteil gegenüber der Vermittlungstätigkeit des Gerichts, da in der Person des Richters die Rolle des Vermittlers und des Entscheiders verbunden ist. Dies kann bei den Parteien zur Zurückhaltung bei der Preisgabe von Informationen führen, die für die Vermittlung wichtig sind und vertrauliche Einzelgespräche ausschließen.

### c) Schiedsgerichtsbarkeit

- 26 Die Schiedsgerichtsbarkeit ist im **10. Buch der ZPO** geregelt (§§ 1025 ff.). Im Frühjahr 2023 wurden die **Eckpunkte zur Modernisierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts** veröffentlicht.<sup>44</sup> International gilt das weltweit verbreitete New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.6.1958 (UNÜ).<sup>45</sup> Schiedsgerichtsbarkeit ist wohl die bekannteste und verbreitetste außergerichtliche Möglichkeit, einen Streit auf der Grundlage der Vereinbarung der Parteien durch einen Dritten entscheiden zu lassen. Die Tätigkeit der Schiedsgerichte steht der richterlichen Streitentscheidung in vielen Punkten sehr nah, sie verwirklicht insbesondere eine qualitativ gleichwertige **gerichtliche Tätigkeit**.<sup>46</sup> In Handelsverträgen ist sehr häufig eine Schiedsklausel enthalten, die eine Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zulasten der staatlichen Gerichte bewirkt. Die genannten Zahlen schwanken zwischen 50 und 90 %. Je stärker der internationale Charakter des Vertrages ist bzw. je größer das Unternehmen bzw. das Vertragsvolumen, desto häufiger werden Schiedsklauseln in die Verträge aufgenommen.<sup>47</sup> Der Streit um die EU rechtswidrige Einführung der Pkw-Maut in Deutschland wurde bis Sommer 2023 wie selbstverständlich vor einem Schiedsgericht ausgetragen!<sup>48</sup> Rein quantitativ ist die Schiedsgerichtsbarkeit

43 <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2020/12/Singapore-Convention-on-Mediation.pdf> (abgerufen am 28.5.2023); *Oldenburger*, Neue (Lösungs-)Wege durch das Singapur-Übereinkommen: Zur Vollstreckbarkeit internationaler Mediationsergebnisse – in *Prozessrecht, Mediationsgesetz, außergerichtlicher Streitbeilegung, Verhandlungsführung, internationalem Handel*, IR 2020, 297.

44 [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Eckpunkte\\_Schiedsverfahrensrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Eckpunkte_Schiedsverfahrensrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (abgerufen am 28.5.2023).

45 Kommentierung bei *MüKo-ZPO/Adolphsen*, Bd. 3, 6. Aufl. 2021, § 1061 Anh. 1. Kurzdarstellung der Schiedsgerichtsbarkeit *Adolphsen*, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 15. Kap.

46 Zu verfassungsrechtlichen Fragestellungen *Kahlert*, *Der verfassungsrechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit*, *SchiedsVZ* 2023, 2.

47 *Hoffmann/Maurer*, Entstaatlichung der Justiz. Empirische Belege zum Bedeutungsverlust staatlicher Gerichte für internationale Wirtschaftsstreitigkeiten, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 31 (2010), 279. S. auch *Hoffmann*, Schiedsgerichte als Gewinner der Globalisierung? – Eine empirische Analyse zur Bedeutung staatlicher und privater Gerichtsbarkeit für den internationalen Handel, *SchiedsVZ* 2010, 96; *Schmidt-Diemitz*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit – eine empirische Untersuchung, *DB* 1999, 369.

48 <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/pkw-maut-bund-schadensersatz-100.html> (abgerufen am 18.7.2023).

keine Konkurrenz zu staatlichen Gerichtsverfahren, dazu ist die Gesamtzahl der Verfahren viel zu gering.<sup>49</sup>

Wird ein staatliches Gericht trotz einer **Schiedsvereinbarung** (Vertrag zwischen den Parteien, der die schiedsrichterliche Zuständigkeit begründet) angerufen, so hat das Gericht die Klage als unzulässig abzuweisen, wenn sich eine Partei auf die Schiedsvereinbarung beruft (sog. **Schiedseinrede**, § 1032, s. Schema B III 1). Der Schiedsspruch hat zwischen den Parteien die **Wirkung eines rechtskräftigen Urteils** (§ 1055). Dies hat zur Folge, dass ein staatliches Gericht an die (materielle) Rechtskraft eines Schiedsspruchs gebunden ist und dass ein Schiedsspruch mithilfe des Staates wie ein Urteil vollstreckt werden kann (§ 1060). Der Schiedsspruch ist nur unter den engen Voraussetzungen des § 1059 aufhebbar. Eine Überprüfung in der Sache findet nicht statt. Da in der Schiedsgerichtsbarkeit regelmäßig nur eine Instanz durchgeführt wird, stellt sie eine zeitlich günstigere Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit dar. Kostengünstiger ist sie regelmäßig dann, wenn man die Kosten des einen Schiedsverfahrens in Relation zu den Kosten eines typischen staatlichen Instanzenzuges setzt. Vergleicht man die Kosten des Schiedsverfahrens dagegen mit erstinstanzlichen Kosten, so ist das staatliche Verfahren häufig kostengünstiger. Ein Vorteil für die Parteien liegt darin, dass sie Experten als Schiedsrichter für den jeweiligen Rechtsstreit wählen können, was im staatlichen Verfahren aufgrund der notwendig festgelegten Geschäftsverteilung (Recht auf den gesetzlichen Richter) ausscheidet.

27

Insgesamt sieht man, dazu diente dieser kursorische Überblick über Systeme der Streitbeilegung, dass der Staat kein Monopol bei der Streitbehandlung bzw. -entscheidung besitzt. Er wäre hierzu logistisch schon nicht in der Lage und in anderen Bereichen scheint auch die Qualifikation zur Streitentscheidung nicht immer gewährleistet zu sein.

28

## V. Zivilprozessrecht in der Gesamtrechtsordnung

Die ZPO datiert vom 30.1.1877<sup>50</sup> und gehört zusammen mit dem Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) und der Strafprozessordnung (StPO) zu den Reichsjustizgesetzen von 1877.

29

Zivilprozessrecht ist, wie die anderen Verfahrensordnungen auch, **Teil des öffentlichen Rechts**, da es zwar der Durchsetzung privater Rechte dient, aber das Verhältnis zwischen den Parteien und dem Gericht regelt. Besonders die Wirkung der Entscheidung sowie die Kraft der Vollstreckungsmaßnahmen beruhen auf der öffentlichen Gewalt des Staates, dem die Parteien unterworfen sind. Mit dem Privatrecht zusammen bildet das Zivilprozessrecht das Zivilrecht. Es regelt die Einrichtung und Voraussetzung der Zivilrechtspflege, die Art und die Wirkungen des Rechtsschutzes und das Verfahren zu seiner Realisierung.

30

49 [www.repo.uni-hannover.de/bitstream/handle/123456789/95/Zivilprozessinzahlen.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://www.repo.uni-hannover.de/bitstream/handle/123456789/95/Zivilprozessinzahlen.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (abgerufen 28.5.2023).

50 Zur Historie der ZPO *Roth*, Entwicklung und Reformen der ZPO, JR 2018, 159; *Nörr*, Ein geschichtlicher Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses, 2015.

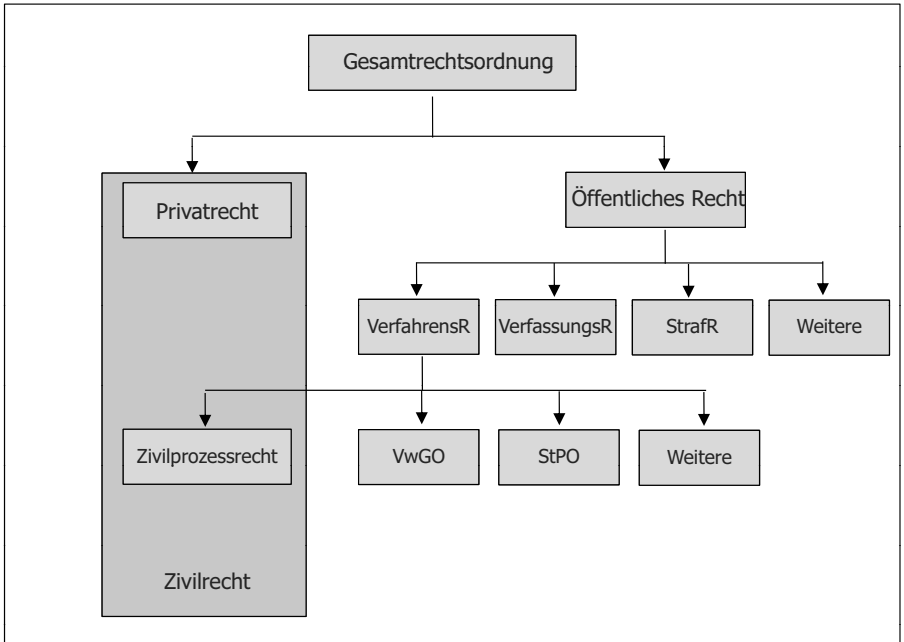


Abb. 2 Zivilprozessrecht in der Gesamtrechtsordnung

- 31 Das Zivilprozessrecht ist aber nicht nur in der ZPO geregelt, sondern auch noch im Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), im Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) und im Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG, s.u. § 35).
- 32 Die wesentlichen Regeln für Studenten der Anfangssemester sind jedoch in der ZPO und im GVG zu finden. Das GVG enthält gerichtsverfassungsrechtliche Grundfragen, die für alle Verfahrensarten Geltung beanspruchen, während die ZPO für die Ausgestaltung der Zivilgerichtsbarkeit sorgt. So regelt das GVG Aufbau und Organisation der ordentlichen Gerichtsbarkeit (AG, LG, OLG und BGH, § 6 Rn. 22). Im Einzelnen die Besetzung der einzelnen Gerichte, d.h. die Bildung von Rechtsprechungskörpern (Einzelrichter oder Kammer). Im GVG ist vor allem die sachliche und die funktionelle Zuständigkeit geregelt (§§ 23, 71 GVG, s. Schema B II 1).



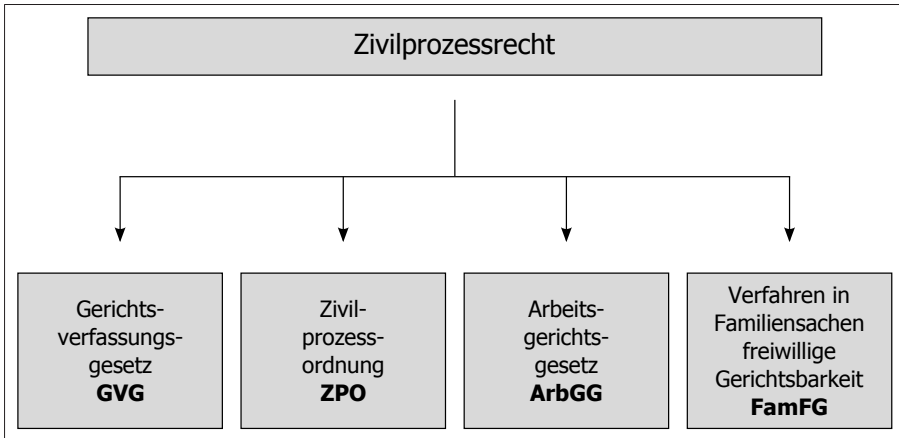


Abb. 3 Regelungen des Zivilprozessrechts

## VI. Europäisches Zivilprozessrecht

**Literatur:** *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. 2022; *Althammer*, Mindeststandards im Zivilprozess, ZZP 126 (2013), 3; *Heinze*, Zivilprozessrecht unter europäischem Einfluss, JZ 2011, 709; *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2010; *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021; *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021; *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2020.

Durch das Zusammenwachsen Europas sind grenzübergreifende Streitigkeiten an der Tagesordnung, so dass auch im Zivilprozessrecht eine Darstellung nicht ohne Bezug zum europäischen Recht auskommen kann. Sie müssen sich von Anfang an daran gewöhnen, auch die internationale Rechtslage mit zu berücksichtigen, auch wenn Sie eigentlich nur deutsches Zivilprozessrecht lernen wollten. Nach dieser kurzen Einführung finden Sie jeweils bei den Einzelfragen Hinweise auf die europäische bzw. internationale Rechtslage.<sup>51</sup>

Der Vertrag von Amsterdam hatte einen neuen Titel IV geschaffen, der einen schrittweisen Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ermöglichen sollte (Art. 61 EGV). Art. 65 EGV gab dem Rat die Kompetenz, Rechtsakte im Bereich des Zivilprozesses mit grenzüberschreitendem Bezug zu erlassen. Der **Vertrag von Lissabon**<sup>52</sup> führt den einheitlichen Rechtsraum in der Präambel des Vertrages über die Europäische Union (EUV)<sup>53</sup> auf; die Ausgestaltung erfolgt durch den Titel V des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Art. 67 ff. AEUV). Die Kompetenznorm für den Erlass von Maßnahmen zur Rechtsangleichung findet sich nunmehr in Art. 81 AEUV. Die Kompetenz gilt nicht für die Angleichung nationalen Zivilprozessrechts.

51 Alle Rechtsakte der Gemeinschaft finden Sie unter <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html> (abgerufen 28.5.2023).

52 *Callies*, Die Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2008; *Weber*, Vom Verfassungsvertrag zum Vertrag von Lissabon, EuZW 2008, 7; *Brosinger/Fischer/Früh/Jaeger/Postl*, GRUR Int 2008, 178.

53 Vom 7.2.1992 (BGBl. II, 1251) zuletzt geändert durch die Akte zum Beitrittsvertrag vom 25.4.2005, ABl. Nr. L 157/203 vom 21.6.2005 unter Beachtung der Änderungen durch Art. 1 u. 5 des Vertrags von Lissabon vom 13.12.2007, ABl. Nr. C 306/1 vom 17.12.2007.

- 35 Besonders bedeutsam ist die Europäische Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVO, bzw. EuGVVO, heute meist **Brüssel Ia-VO** genannt). Die Brüssel I-VO galt seit dem 1.3.2002 in allen EU-Mitgliedstaaten. Künftige Beitritte zur EU haben vorbehaltlich einer Sonderregelung die automatische Geltung der Brüssel Ia-VO zur Folge. Die Brüssel Ia-VO enthält zum einen Regeln über die internationale Zuständigkeit (die Frage, ob die Gerichte eines Landes insgesamt zur Entscheidung über einen Fall berufen sind, § 6 Rn. 4 ff.) und Regeln über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen europäischer Staaten. Das Verfahrensrecht selbst, also Regeln, wie ein Gericht zu einer Entscheidung kommt (Fristen, Parteihandlungen, Beweismittel), ist europäisch weitgehend nicht vereinheitlicht. Hier wendet jedes Gericht das Verfahrensrecht seines Landes an (*lex fori* Prinzip). Soweit die Brüssel Ia-VO anwendbar ist, verdrängt sie die ZPO (Art. 288 AEUV). Es wäre also verfehlt, die Zuständigkeit nach den §§ 12 ff. oder die Vollstreckung nach den §§ 704 ff. zu prüfen.
- 36 Weiterhin wurde die Verordnung zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (**EuVTO**) eingeführt, die die Brüssel Ia-VO ergänzt,<sup>54</sup> sowie die Brüssel Iib-Verordnung, die Europäische Insolvenzverordnung (**EuInsVO**), die Europäische Zustellungsverordnung (**EuZustVO**)<sup>55</sup> und die Europäische Beweisaufnahmeverordnung (**EuBewVO**)<sup>56</sup> erlassen. 2003 trat die Richtlinie über Mindeststandards der Prozesskostenhilfe in Kraft.<sup>57</sup> Eine Verordnung über ein Europäisches Mahnverfahren<sup>58</sup> gilt seit Ende 2008 ebenso wie seit 2007 die Verordnung über ein europäisches Bagatellverfahren.<sup>59</sup>

54 ABl. EU L 143 vom 30.4.2004, S. 15 ff. Kommentierung s. MüKo-ZPO/*Adolphsen*, Bd. 3, 6. Aufl. 2021, Anh. §§ 1079 ff.

55 Verordnung (EU) 2020/1784 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten (Zustellung von Schriftstücken) (Abl. L 405/40 vom 2.12.2020).

56 Verordnung (EU) 2020/1783 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen (Beweisaufnahme) (Abl. L 405/1 vom 2.12.2020).

57 Richtlinie 2003/8/EG vom 27.1.2003 des Rates zur Verbesserung des Zugangs zum Recht bei Streitsachen mit grenzüberschreitendem Bezug durch Festlegung gemeinsamer Mindestvorschriften für die Prozesskostenhilfe in derartigen Streitsachen (ABl. L 26 vom 31.1.2003). In Deutschland umgesetzt durch Gesetz zur Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften über die grenzüberschreitende Prozesskostenhilfe in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedstaaten (EG-ProzesskostenhilfeG) vom 5.11.2004 (BGBl. I, 3392), durch das eine Neufassung des Gerichtskostengesetzes (GKG), des Beratungshilfegesetzes und die Einführung der §§ 1076 ff. erfolgte.

58 Dazu *Freitag*, Rechtsschutz des Schuldners gegen den Europäischen Zahlungsbefehl nach der EuMahnVO, IPRax 2007, 509; v. *Bernstorff*, Mahnverfahren, Forderungsdurchsetzung und Kontenpfändung in der EU, RIW 2007, 88.

59 Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, ABl. EU Nr. L 199 S. 1. Geändert mit Wirkung zum 14.7.2017 durch Verordnung (EU) 2015/2421 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 861/2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen und der Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABl. EU Nr. L 341 S. 1. Dazu *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2017, 1 (3). Ausführungsbestimmungen findet man im 11. Buch der ZPO.

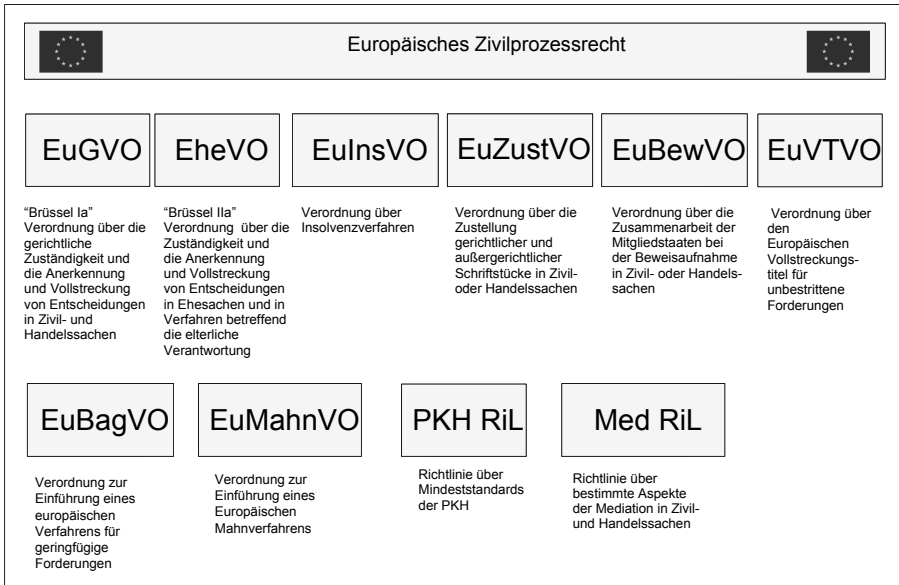


Abb. 4 Europäisches Zivilprozessrecht

Der deutsche Gesetzgeber hat auf die Entwicklung reagiert und ein 11. Buch in die ZPO mit dem Titel „Justizielle Zusammenarbeit in der Europäischen Union“ aufgenommen.

37

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- > Was besagt der Begriff Justizgewährungsanspruch, wo hat dieser seine Grundlage?
- > Was ist das Ziel des Zivilprozesses?
- > Was ist der Unterschied zwischen dem Erkenntnis- und dem Vollstreckungsverfahren?
- > Was für eine Verhandlung geht jeder streitigen Verhandlung voraus?
- > Was verstehen Sie unter ADR?
- > Handelt es sich bei der Schiedsgerichtsbarkeit um Rechtsprechung?
- > Grenzen Sie die Begriffe Privatrecht und Zivilrecht ab.

## § 3 Überblick über den Ablauf eines Zivilprozesses

- 1 Im Folgenden soll in ganz groben Zügen eine Darstellung des Ablaufs eines Prozesses skizziert werden, der sich am typischen Fall der Klageerhebung orientiert. Die Darstellung ist stark vereinfachend und wird im Verlauf der weiteren Darstellung ausgebaut.

### I. Bis Klageerhebung

- 2 Die Klage ist gemäß §§ 253 Abs. 1, 261 Abs. 1 erhoben, wenn sie dem Beklagten zugestellt ist. Aus diesem Grunde lassen sich alle Handlungen und Überlegungen, die bis zu diesem Zeitpunkt vorzunehmen sind, als vorprozessual bezeichnen. Im Folgenden unterscheiden wir die vorprozessualen Überlegungen, die der Kläger bzw. sein ihn beratender Rechtsanwalt anstellen, und die Handlungen des Gerichts, die zur Begründung der Rechtshängigkeit führen.

#### 1. Vorprozessuale Überlegungen des Klägers

- 3 Zunächst wird der Kläger die Erfolgsaussichten seiner Klage zu prüfen haben. Dazu wird er sich eines Rechtsanwalts als unabhängigen Berater (§ 3 Abs. 1 BRAO) oder anderer Personen, die nach §§ 3, 5 RDG zur außergerichtlichen Rechtsdienstleistung berechtigt sind, bedienen. Hierbei sind Zulässigkeit und Begründetheit der Klage zu prüfen.

► **Hinweis:** In dieses Stadium der Überlegungen lassen sich demnach äußerst einfach Klausuren mit einem prozessualen und einem materiellen Teil unterbringen. ◀

- 4 Weiterhin hat sich der potenzielle Kläger sein **Kostenrisiko**, das er in Form von Gerichts- und Anwaltskosten zu tragen hat, zu vergegenwärtigen und dieses Risiko abzuwägen mit den Erfolgsaussichten seiner Klage. Nach § 91 Abs. 1 hat die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Diese Prozesskosten sind die Gerichtskosten, die nach dem Gerichtskostengesetz (GKG) anfallen und die außergerichtlichen Kosten des Gegners, dies sind vor allem dessen Anwaltskosten.<sup>1</sup>

- 5 Wer selbst nicht das Geld für eine prozessuale Beratung aufbringen kann, dem wird unter gewissen Voraussetzungen auf Antrag **Beratungshilfe** für die Wahrnehmung von Rechten außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens und im obligatorischen Güteverfahren nach § 15 a EGZPO gewährt (§ 1 BerHG).

► **Hinweis:** Wird einem Antrag auf anwaltliche Beratung nach dem Beratungshilfegesetz nicht in vollem Umfang entsprochen, müsse hierüber grds. förmlich entschieden werden.<sup>2</sup> Ein Beratungshilfeantrag dürfe nach Erteilung mündlicher Hinweise durch den Rechtspfleger nicht als erledigt erachtet werden, wenn ausdrücklich eine anwaltliche Beratung gewünscht wurde. Zudem sei eine Verweisung auf die Beratungsstelle der Behörde, gegen die Widerspruch eingelegt werden soll, unzumutbar. ◀

Daneben ist zu prüfen, ob die Kosten des gerichtlichen Verfahrens im Wege der **Prozesskostenhilfe** (§§ 114 ff.) erstattet werden können.<sup>3</sup>

1 Zum Kostenrecht R/S/G, ZPR, §§ 83–85; *Fischinger*, Examensrelevante Probleme des zivilrechtlichen Kostenrechts, JA 2009, 49; *Nöhre*, Die Kostenentscheidung im Zivilprozess, JA 2005, 366.

2 BVerfG, Beschluss vom 29.4.2015, Az.: 1 BvR 1849/11 = BeckRS 2015, 46449.

3 Dazu R/S/G, ZPR, § 87.

► **Hinweis:** Auch hier lässt sich gut eine Klage aufhängen, da die Bewilligung der PKH von den Erfolgsaussichten der Klage abhängt.<sup>4</sup>

Gem. § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB wird die Verjährung durch die Veranlassung der Bekanntgabe des erstmaligen Antrags auf Gewährung von PKH oder VKH gehemmt; wird die Bekanntgabe demnächst nach der Einreichung des Antrags veranlasst, so tritt die Hemmung der Verjährung bereits mit der Einreichung ein. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Gläubiger in seinem Antrag die richtige ladungsfähige Anschrift des Schuldners mitgeteilt hat (ungeehrte Voraussetzung des § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB, damit die gerichtliche Verfügung im Grundsatz geeignet ist, die Bekanntgabe des Antrags zu bewirken).<sup>5</sup> ◀

Auch die **Erfolgsaussichten** einer notwendigen Zwangsvollstreckung müssen berücksichtigt werden. Ein Titel nur um seiner selbst Willen, aus dem wegen Vermögenslosigkeit des Schuldners keine erfolgreiche Zwangsvollstreckung möglich ist, ist nichts wert. 6

## 2. Einreichung der Klage bei Gericht

Der Kläger sendet seine Klage an das zuständige Gericht. Dies kann er, z.T. muss er es (sog. Anwaltszwang § 78), durch einen Rechtsanwalt tun. Er kann aber auch in Verfahren vor dem AG selbst das Gericht aufsuchen und seine Klage zu Protokoll der Geschäftsstelle des Gerichts erklären (§§ 496, 129 a). Für den Inhalt dieser Klageschrift enthält das Gesetz Muss- und Sollvorschriften (§ 253). Im Zeitpunkt der Einreichung der Klage bei Gericht ist die Klage **anhängig**. Im Geschäftsablauf des Gerichts gelangt die Klage zu einem vorher abstrakt bestimmten Richter, der diese dem Beklagten zustellen lässt, wenn sie nicht gravierende Mängel enthält (s. Schema B I 3). Im Zeitpunkt der Zustellung an den Beklagten wird die Klage **rechtshängig**, was prozessuale und materielle Folgen hat. 7

## II. Die mündliche Verhandlung

Vor der mündlichen Verhandlung tauschen die Parteien, soweit der Richter ein schriftliches Vorverfahren angeordnet hat (zur Unterscheidung von schriftlichem Vorverfahren und frühem erstem Termin später), **Schriftsätze** aus und benennen ihre Beweismittel. Dies kann bei komplexen Verfahren ein mehrmaliges Hin und Her sein, bis der Richter den Haupttermin festsetzt. Die Parteien sind verpflichtet, sich vollständig zu erklären (§ 138 Abs. 1), ansonsten droht die Präklusion, also der Ausschluss des Vorbringens wegen Verspätung. 8

Vor der eigentlichen mündlichen Verhandlung ist eine **Güteverhandlung** durchzuführen (§ 278 Abs. 2). Der Richter erörtert mit den Parteien die Sach- und Rechtslage und stellt Fragen (§ 278 Abs. 2 S. 2). Bei Erfolglosigkeit schließt sich die mündliche Verhandlung als das Kernstück des Zivilprozesses unmittelbar an. Die mündliche Verhandlung wird vom (Vorsitzenden) Richter geleitet (§ 136 Abs. 1). 9

4 Zu beachten ist dabei allerdings die Entscheidung des BGH, Beschluss vom 8.5.2013, Az.: XII ZB 624/12 = NJW 2013, 2198, in der der BGH klarstellt, dass in jedem Fall, also unabhängig von den Erfolgsaussichten der Klage PKH zu gewähren ist, falls die Rechtsverfolgung eine Frage betrifft, die in der Rechtsprechung der OLG umstritten und noch nicht höchstrichterlich geklärt ist.

5 BGH, Urteil vom 10.9.2015, Az.: IX ZR 255/14 = BeckRS 2015, 16967.

### III. Die Beweisaufnahme

- 10 Ist die Klage schlüssig und sind bestimmte Tatsachen für das Verfahren erheblich und zwischen den Parteien streitig, ordnet das Gericht eine Beweisaufnahme an. Dabei bedient es sich der in der ZPO geregelten **Beweismittel**. Es würdigt diese Beweise in freier Beweiswürdigung (§ 286). Bleibt eine Tatsache auch nach Beweiserhebung ungeklärt (*non liquet*), so ergeht eine Entscheidung zulasten der Partei, die beweisbelastet ist.

### IV. Das Urteil

- 11 Ist der Richter in der Lage, darüber zu entscheiden, ob der Klage stattzugeben oder diese als unzulässig oder unbegründet abzuweisen ist, die Sache also **entscheidungsreif** ist, schließt das Gericht die mündliche Verhandlung und verkündet ein Urteil. Dies kann ein sog. **Stuhlurteil** direkt im Anschluss an die mündliche Verhandlung sein. Häufig wird aber ein **Verkündungstermin** anberaumt (§ 310), bis zu dem der Richter das Urteil schreibt. Das Vorgehen, einen gesonderten Verkündungstermin anzusetzen, ist für viele Mandanten enttäuschend, weil sie sich für die Beendigung des Rechtsstreits wappnen, wenn sie in der mündlichen Verhandlung erscheinen. Häufig ist diese damit eine Art Anhörung, aufgrund der der Richter seine Entscheidung trifft. Das Urteil wird unspektakulär im Verkündungstermin verkündet.
- 12 Das Urteil enthält zunächst den Ausspruch der Entscheidung über den gestellten Antrag, die Angabe, wer die Kosten trägt, und Angaben zur vorläufigen Vollstreckung (unter bestimmten Voraussetzungen kann ein Urteil schon vor seiner Rechtskraft vollstreckt werden). An diesen sog. **Tenor** der Entscheidung schließt sich der **Tatbestand** an, der den Sachverhalt und den Verfahrensverlauf schildert. Danach folgen die **Entscheidungsgründe**, in denen das Gericht darlegt, worauf seine Entscheidung beruht.

### V. Rechtsmittel

- 13 Der Justizgewährungsanspruch verlangt an sich nur, dass der Staat überhaupt (effektiven) Rechtsschutz zur Verfügung stellt. Eine Überprüfung eines Urteils durch eine oder mehrere Instanzen erzwingt der Justizgewährungsanspruch dagegen grds. nicht. Trotzdem hat sich der ZPO-Gesetzgeber entschieden, Rechtsmittel gegen gerichtliche Entscheidungen zur Verfügung zu stellen. Diese Entscheidung steht in einem Spannungsverhältnis zwischen dem Willen, in kurzer Zeit zum Abschluss des Verfahrens und dem Willen, zu einer richtigen, d.h. gerechten, Entscheidung zu gelangen. Gegen Urteile gibt es die Möglichkeit der **Berufung** und der **Revision**, die regelmäßig in einem Stufenverhältnis stehen. Gegen sonstige Entscheidungen des Gerichts gibt es die **Beschwerde**. Die verschiedenen Rechtsmittel unterscheiden sich danach, ob eine weitere Tatsacheninstanz mit Rechtskontrolle zur Verfügung gestellt wird oder nur eine Rechtskontrolle auf der Basis der in der unteren Instanz festgestellten Tatsachen erfolgt.

Seit 2014 müssen anfechtbare Entscheidungen im Zivilprozess eine Rechtsbehelfsbelehrung enthalten. Grundlage des § 232 ist das Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess und zur Änderung anderer Vorschriften.<sup>6</sup> Die Rechtsbehelfsbelehrungspflicht gilt allerdings dem neuen § 232 S. 2 zufolge nur in solchen Zivilverfahren, in denen *kein* Anwaltszwang für die Parteien herrscht. Versäumt das

---

6 BGBl. I 2012, 2418.

Gericht eine korrekte und vollständige Rechtsbehelfsbelehrung zu erteilen, kann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erwirkt werden.<sup>7</sup>

## VI. Rechtskraft

Ist eine gerichtliche Entscheidung nicht mehr (oder von vornherein nicht) mit Rechtsmitteln anfechtbar, so ist diese **formell rechtskräftig**. Ziel der formellen Rechtskraft ist es, den konkreten Prozess im Sinne des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit endgültig zu beenden. Die formelle Rechtskraft kann aber nicht verhindern, dass die Parteien ihren Streit in einem anderen Prozess fortzusetzen versuchen. Dies verhindert die **materielle Rechtskraft**. Durch sie wird der Inhalt der formell rechtskräftigen Entscheidung für die Zukunft zwischen den Parteien fixiert. Versucht eine Partei, den gleichen Streit (genauer den gleichen Streitgegenstand) erneut durch ein Gericht entscheiden zu lassen, so weist das Gericht die Klage wegen entgegenstehender Rechtskraft als unzulässig ab (vgl. Schema B II 3 e). Auf diese Weise werden eine dauerhafte Fortsetzung des Streits und widersprechende Entscheidungen der Gerichte über denselben Streitgegenstand verhindert.

14

## VII. Zwangsvollstreckung

Nach Eintritt der **Rechtskraft** kann der Berechtigte uneingeschränkt staatliche Vollstreckungsorgane beauftragen, den im Urteil fixierten staatlichen Leistungsbefehl durchzusetzen. Die Zwangsvollstreckung findet zusätzlich schon vor Eintritt der Rechtskraft aus für **vorläufig vollstreckbar** erklärten Endurteilen statt (§ 704). Die Möglichkeit der vorläufigen Vollstreckbarkeit gibt die ZPO in erster Linie zugunsten des Gläubigers. Ihm soll es ermöglicht werden, nachdem eine richterliche Entscheidung ergangen ist, auf das Vermögen des Schuldners zuzugreifen, weil das Abwarten bis zur Rechtskraft das Risiko birgt, dass nachher „nichts mehr zu holen“ ist. Allerdings schwebt hierbei über dem Kläger das Damoklesschwert der **Ersatzpflicht**: Er muss Schadensersatz leisten, wenn ein für vorläufig vollstreckbares Urteil aufgehoben oder abgeändert wird (§ 717 Abs. 2).

15

## Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- > Wodurch unterscheiden sich Anhängigkeit und Rechtshängigkeit der Klage?
- > In welche Abschnitte kann man ein erstinstanzliches Verfahren unterteilen?
- > Ist die Rechtskraft in allen Fällen Voraussetzung der Zwangsvollstreckung?

<sup>7</sup> Siehe dazu auch *Fölsch*, NJW 2013, 970.

## § 4 Die Verfahrensgrundsätze

- 1 Die einzelnen Normen der ZPO können nicht einfach als isolierte, beliebig austauschbare technische Regeln verstanden werden. Sie sind die Realisierung bestimmter Grundentscheidungen des Gesetzgebers. Diese Grundentscheidungen betreffen ganz verschiedene Bereiche wie die Frage, wer einen Prozess in Gang setzen kann, wer für die Beschaffung von Beweisen zuständig sein soll, wie die Rolle des Richters ausgestaltet wird usw.
- 2 Diese Grundentscheidungen werden Verfahrensgrundsätze oder auch Prozessmaximen genannt. Sie sind i.d.R. nicht selbst normiert, sondern bilden den Hintergrund einzelner Normen der ZPO. Das Verständnis dieser einzelnen Vorschriften wird enorm gefördert und erleichtert, wenn man sich das dahinterstehende Grundprinzip vor Augen führt und dadurch die Verbindung zu anderen Einzelregelungen versteht.
- 3 Die Verfahrensgrundsätze ermöglichen die **Rechtsvergleichung** im Bereich des Zivilprozessrechts. Auf dieser Basis lassen sich auch im Prozessrecht bestimmte Rechtsfamilien unterscheiden, aber auch gemischte Ordnungen und schleichende Annäherungen feststellen.<sup>1</sup>
- 4 Bestimmte Verfahrensgrundsätze, wie der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör, sind die Folge der Gewährung von **Verfahrensgrundrechten** in den geltenden Verfassungsordnungen Grundrechtecharta, EMRK und GG. Der Gesetzgeber ist dabei verfassungsrechtlich verpflichtet, das Prozessrecht in bestimmter Weise auszugestalten, wobei ihm von Verfassung wegen ein mehr oder weniger großer Gestaltungsspielraum verbleiben kann.
- 5 Andere Verfahrensgrundsätze sind das Ergebnis eigener, nicht von der Verfassung vorgegebener Grundentscheidungen, die der Gesetzgeber aufgrund eigener Kompetenz wieder ändern kann.
- 6 Die Bedeutung der Verfahrensgrundsätze unterliegt einem zeitlichen Wandel. So hat die technische Möglichkeit, auch Videokonferenzen durchzuführen, Auswirkungen auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz, der an sich verlangt, dass sich der Richter einen unmittelbaren eigenen Eindruck vom Inhalt der Verhandlung und von der Glaubwürdigkeit eines Zeugen macht. Soll man heute, wenn die technischen Möglichkeiten gegeben sind, auch Zeugen per Video in den Gerichtssaal zuschalten (Rn. 33)? Gleichzeitig ist der Öffentlichkeitsgrundsatz berührt, soweit man rein virtuelle Verhandlungen durchführt.

### I. Der Dispositionsgrundsatz

**Literatur:** *Heinze*, Parteiherrschaft versus Richtermacht im Zivilprozess, FS Beys, 2003, S. 515; *Möller*, Die Verfahrensgrundsätze des Zivilverfahrens, JA 2010, 47; *Schreiber*, Der Dispositionsgrundsatz im Zivilprozess, JURA 1988, 190; *Schwemmer*, Präjudizvermeidung im Zivilprozess – Problematik und Gegenstrategien, ZfPW 2022, 41.

**Merke:** Der Dispositionsgrundsatz besagt, dass die Parteien über den Streitgegenstand verfügen können.

1 S. die Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law (<https://opil.ouplaw.com/home/mpil>) (abgerufen am 29.5.2023); *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2022.



Dem prozessualen Dispositionsgrundsatz entspricht die materiellrechtliche Privatautonomie der Parteien. Wenn diese im materiellen Recht frei sind, rechtliche Bindungen einzugehen, diese auszugestalten und über Rechte zu verfügen, so ist es konsequent, es ihnen zu überlassen, ob und in welchem Umfang sie einen Rechtsstreit zur gerichtlichen Entscheidung stellen wollen.

Der Dispositionsgrundsatz hat nichts zu tun mit der Schaffung der Tatsachengrundlage als Voraussetzung der Subsumtion durch das Gericht. Dies ist eine Frage des Beibringungsgrundsatzes (Rn. 12 ff.).

Seine Ausprägung hat der Dispositionsgrundsatz in der ZPO an verschiedensten Stellen gefunden:

- Es ist zunächst Sache einer Partei, eine Klage zu erheben (§ 253 Abs. 1); eine Klageerhebung von Amts wegen erfolgt nicht.
- Die Parteien bestimmen durch ihre Anträge den Umfang der gerichtlichen Prüfung (§§ 308 Abs. 1, 528, 557 Abs. 1). Das Gericht darf nicht etwas anderes oder mehr zusprechen, als beantragt ist.
- Die Parteien können den Prozess beenden, indem sie sich vergleichen oder den Rechtsstreit für erledigt erklären.
- Der Beklagte kann den Anspruch des Klägers anerkennen, so dass ein Anerkenntnisurteil ergehen muss (§ 307).
- Die Parteien sind im Rahmen der gesetzlichen Regelung frei darin, ein vorgesehenes Rechtsmittel zu ergreifen, um eine gerichtliche Entscheidung überprüfen zu lassen.
- Der Kläger kann seine Klage bzw. sein Rechtsmittel zurücknehmen (§§ 269, 516, 565) oder darauf verzichten (§§ 306, 515, 565).

Der Dispositionsgrundsatz reicht nur so weit, wie die Parteien materiellrechtlich befugt sind, über den Gegenstand des Streits zu verfügen. Die fehlende materielle Verfügungsbefugnis wird prozessual umgesetzt, indem die Dispositionsfreiheit eingeschränkt wird. So im Familienverfahrensrecht § 26 FamFG.

Das Gegenstück zum Dispositionsgrundsatz bildet die *Offizialmaxime*, nach der die Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen erfolgt. Dieses ist z.B. im Strafprozess der Fall (§ 152 Abs. 2 StPO). Allerdings gibt es auch im Zivilprozess Abweichungen. Seit 2014 besteht die Möglichkeit zur einseitigen Prozessbeendigung der Revisionsinstanz nur noch eingeschränkt. Gem. § 565 S. 2 ist die Rücknahme der Revision seitdem an die Zustimmung des Prozessgegners und gem. § 555 Abs. 3 der Erlass eines Anerkenntnisurteils an einen gesonderten Antrag des Klägers geknüpft, um taktisch motivierte Revisionsbeendigungen zu erschweren, die dazu dienen, Grundsatzentscheidungen zu vermeiden (s. § 31 Rn. 32). Mit dem gleichen Ziel will der Gesetzgeber Leitentscheidungen des BGH ermöglichen, auch wenn die Revision zurückgenommen wird. Das **Leitentscheidungsverfahren** soll bei massenhaft vorliegenden Einzelklagen von gleichgelagerten Ansprüchen genutzt werden können. Dazu wird ein Verfahren durch den BGH ausgewählt und entschieden, auch wenn die Revision zurückgenommen wird. Die Entscheidung hat keine rechtliche Bindungswirkung, sondern soll zur Orientierung der Instanzgerichte dienen.<sup>2</sup>

2 Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens beim Bundesgerichtshof ([https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE\\_Leitentscheidungsverfahren.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Leitentscheidungsverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=3), abgerufen am 14.7.2023).

## II. Der Beibringungsgrundsatz

**Literatur:** *Coester-Waltjen*, Die Parteien als Herren des Verfahrens und der Richter im deutschen Zivilprozessrecht, JURA 1998, 661; *Greger*, Der surfende Richter – Sachverhaltsaufklärung per Internet, FS Stürner, 2013, S. 289; *Jauernig*, Verhandlungsgrundsatz, Untersuchungsgrundsatz und Streitgegenstand, 1967; *Lipp*, Das private Wissen des Richters, 1995; *McCorkle*, Allgemeinkundigkeit, § 291 ZPO als Rechtsgrundlage richterlicher Internetrecherchen, 2018; *Möller*, Die Verfahrensgrundsätze des Zivilverfahrens, JA 2010, 47; *Schreiber*, Der Verhandlungsgrundsatz im Zivilprozess, JURA 1989, 86; *Stadler*, Inquisitionsmaxime und Sachverhaltsaufklärung; erweiterte Urkundenvorlagepflichten, FS Beys, 2003, S. 1625; *Zwickel*, Analoge und digitale Strukturierung und Abschichtung im zivilgerichtlichen Verfahren, Möglichkeiten und Grenzen, MDR 2021, 716.

**Merke:** Der Beibringungsgrundsatz bezieht sich auf die Beschaffung und den Beweis der Tatsachengrundlage, die das Gericht seiner Entscheidung zugrunde legen soll.

- 12 Es ist allein Aufgabe der Parteien, die Tatsachen vorzutragen, die Grundlage der richterlichen Entscheidung sein sollen. Dem Richter ist es nicht erlaubt, von sich aus Tatsachen in den Prozess einzuführen und zur Grundlage seiner Entscheidung zu machen.
- 13 Der Beibringungsgrundsatz bezieht sich nicht auf die Anwendung des Rechts auf den ermittelten Sachverhalt. Hierin ist das Gericht frei. Die Parteien können dem Gericht nicht bestimmte Anspruchsgrundlagen zuweisen oder entziehen.
- 14 Der Verantwortung der Parteien für den Tatsachenvortrag entspricht im materiellen Recht wiederum die Privatautonomie. Diese Rollenverteilung zwischen Gericht und Parteien würde – ganz konsequent umgesetzt – den Parteien eine aktive, dem Richter aber eine passive Rolle zuweisen. Diese Rollenverteilung entspricht aber nicht mehr der Praxis.
- 15 Es mag zunächst überraschen, dass die Tatsachenbeschaffung allein den Parteien überantwortet wird, weil dadurch ja nicht die „ganze objektive Wahrheit“ aufgedeckt wird und möglicherweise ein falscher Sachverhalt Grundlage der Entscheidung wird. Dieser Verantwortung der Parteien liegt aber der Gedanke zugrunde, dass zwar jede Partei einseitig ihr günstige Tatsachen vorträgt, die Gegensätzlichkeit ihrer Interessen aber eine erhöhte Richtigkeitsgewähr zur Folge hat. Es ist keinesfalls sicher, dass die Richtigkeit der Tatsachenermittlung höher ausfiele, wenn der Richter von sich aus Tatsachen ermittelte und in den Prozess einführt (Untersuchungsgrundsatz). Das Internet beispielsweise ermöglicht dem Richter bei der Sachverhaltsfeststellung an sich ganz neue Möglichkeiten, sich selbst schnell und effektiv ein Bild von den entscheidungserheblichen Tatsachen zu machen. Trotzdem sind eigenmächtige Recherchen des Richters im Netz nur insoweit zulässig, als sie durch den Parteivortrag gedeckt sind.<sup>3</sup> Umstritten ist allerdings, ob der Beibringungsgrundsatz die Einführung prozessualer Aufklärungspflichten der Parteien begrenzt (dazu § 21 Rn. 3). Grundlage des Verfahrens unter Geltung des Beibringungsgrundsatzes ist damit eine bloß formelle Wahrheit, die jedoch dadurch gefördert wird, dass die Parteien der Wahrheitspflicht unterliegen (§ 138 Abs. 1), auch wenn dies nur ein Lügeverbot beinhaltet und nicht das Verbot, Tatsachen zu behaupten, die die Partei nicht mit Sicherheit kennt.<sup>4</sup>
- 16 Als Folge des Beibringungsgrundsatzes entscheiden die Parteien darüber, welche Tatsachen sie in den Prozess einführen und damit zur Grundlage des Urteils machen,

---

<sup>3</sup> *Greger*, FS Stürner, 289, 299.

<sup>4</sup> Zur Wahrheitspflicht Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 138 Rn. 3 ff.; R/S/G, ZPR, § 65 Rn. 55 ff.

welche sie bestreiten und damit beweisbedürftig machen und welche sie unstreitig stellen und damit einer Beweiserhebung zwingend entziehen. Tatsachen, die bei dem Gericht offenkundig sind, bedürfen gem. § 291 keines Beweises. Die Vorschrift dient der Verfahrensökonomie und macht die Beweiserhebung entbehrlich. **Offenkundig** sind allgemeinkundige Tatsachen (historische Ereignisse, Entfernungen usw.), die von einer beliebig großen Zahl von Menschen ohne weiteres zuverlässig wahrnehmbar sind und gerichtskundige Tatsachen, das sind solche, die das Gericht in seiner amtlichen Funktion wahrgenommen hat (z.B. in anderen Prozessen). Der BGH hat das Internet recht pauschal als allgemein zugängliche Quelle i.S.v. § 291 eingeordnet,<sup>5</sup> wobei die Zuverlässigkeit wohl besser differenziert nach der jeweils zugänglichen Quelle zu betrachten ist.<sup>6</sup> Wenn das Gericht diese Tatsachen seiner Entscheidung zugrunde legen will, muss es darauf hinweisen (§ 139) und den Parteien die Möglichkeit zur Stellungnahme geben, damit kein Verstoß gegen das Gebot des rechtlichen Gehörs besteht.<sup>7</sup>

Der **Beweisantritt** hat grundsätzlich durch die Parteien zu erfolgen, d.h. die beweisbelastete Partei muss die Beweise anbieten (§ 23 Rn. 23). Trotzdem ist unter Geltung des Beibringungsgrundsatzes inzwischen auch eine Beweiserhebung von Amts wegen zulässig, um die Position des Gerichts zu stärken. Die konsequente Umsetzung des Beibringungsgrundsatzes müsste dies eigentlich ausschließen. Die Beweiserhebung von Amts wegen setzt aber einen beweisbedürftigen, also streitigen Parteivortrag voraus. Das Gericht darf keinesfalls von sich aus Tatsachen ermitteln und auf dieser Grundlage von Amts wegen Beweis erheben. Liegt dieser Parteivortrag aber vor, so ist das Gericht ziemlich frei darin, eine Beweiserhebung anzuordnen. Es kann mit Ausnahme des Zeugenbeweises (§ 373) auch ohne Beweisantritt die Beweise von Amts wegen erheben (§§ 142, 143, 144, 273 Abs. 2, 448). Es ist nicht an den Beweisantritt gebunden (z.B. die Benennung eines bestimmten Zeugen), sondern kann jedes andere Beweismittel heranziehen.

Schon die Beweiserhebung von Amts wegen deutet an, dass der Beibringungsgrundsatz in der ZPO nicht mehr konsequent durchgehalten wird. Insbesondere Effektivitätsargumente haben dazu geführt, die **Rolle des Richters** zu stärken und ihm echte Leitungsbefugnisse zu geben. Der Ausgleich mit den Rechten der Parteien über Inhalt und Fortgang des Verfahrens zu bestimmen, ist noch nicht abgeschlossen. Derzeit wird das Verhältnis von Parteien und Gericht als **Kooperationsmaxime** umschrieben, man spricht international auch von *active case management* oder sieht den Beibringungsgrundsatz durch das Gebot richterlicher Hilfestellung modifiziert. Andere sprechen von einem „dialogischen Zivilprozess“.<sup>8</sup> Die Parteien sind verpflichtet, den Tatsachenstoff rechtzeitig einzuführen (§ 282), um nicht damit präkludiert zu sein (§ 296). Dem Gericht obliegt die materielle Prozessleitung (§ 139), d.h. es hat während des gesamten Verfahrens die Pflicht zu fragen und Hinweise zu geben. Nach dem 2020 neu eingefügten § 139 Abs. 1 S. 3<sup>9</sup> kann das Gericht durch Maßnahmen der Prozessleitung das **Verfahren strukturieren und den Streitstoff absichten**.<sup>10</sup> Das war schon bisher auf der Grundlage des § 146 möglich (zu Plänen digital strukturierter Schriftsätze

5 BGH, Beschluss vom 7.5.2020, Az.: X ZB 84/19 = NZI 2020, 679, 681 Rn. 15.

6 Elzer, FD-ZVR 2022, 448255.

7 BGH, Beschluss vom 27.01.2022, Az.: III ZR 195/20 = NJW-RR 2022, 499; BGH, Beschluss vom 7.5.2020, Az.: X ZB 84/19 = NZI 2020, 679, 681 Rn. 15.

8 Stürner ZP 123 (2010), 147, 153.

9 Durch Gesetz vom 12.12.2019 (BGBl. I S. 2633).

10 Gaier, Erweiterte Prozessleitung im zivilgerichtlichen Verfahren, NJW 2020, 177.

(s.u. § 8 Rn. 16). Die Vorschrift ist aber nur eine Kannvorschrift mit weitem Ermessensspielraum des Gerichts.<sup>11</sup> Das Gericht ist dazu nicht verpflichtet und es bleibt auch folgenlos, wenn die Parteien sich an eine derartige Anordnung nicht halten. Inhaltlich sind formale Vorgaben für Schriftsätze möglich, so z.B. eine Vorgabe der klaren Trennung von Tatsachen- und Rechtsausführungen. Eine Begrenzung des Umfangs von Schriftsätzen kann trotz der Einschränkung des Beibringungsgrundsatzes erfolgen, die Überschreitung aber nicht geahndet werden. Möglich ist die Zusendung eines Fragenkatalogs.<sup>12</sup> Die Vorgabe oder besser gemeinsame Erarbeitung eines Verfahrensplans mit den Parteien ist ohne Weiteres möglich. Sinn macht es, diesen in einer Strukturkonferenz, die vor allem in der Schiedsgerichtsbarkeit üblich ist, (*case management conference*) zu erarbeiten, in der auch eine Festlegung relevanter Punkte und die entsprechende Beschränkung des Streitstoffes möglich ist. Grundlage ist schon jetzt § 273 Abs. 1 (s. § 9 Rn. 28).

§ 139 Abs. 2 soll die Parteien vor überraschenden Entscheidungen schützen und verpflichtet das Gericht in Ausprägung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu einer rechtlichen Erörterung mit den Parteien. Die Erteilung dieser Hinweise soll so früh wie möglich erfolgen und aktenkundig gemacht werden. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden (§ 139 Abs. 4).<sup>13</sup> Die materielle Prozessleitung auf Grundlage des § 139 soll die Parteien dazu anregen, auf die Fragen und Hinweise des Gerichts entsprechend zu reagieren. Tun sie das nicht, ist es dem Richter verwehrt, selbst entsprechend des Hinweises tätig zu werden, z.B. Tatsachen in das Verfahren einzuführen. Z.B. ist eine Klage, die den Anforderungen des § 253 nicht entspricht, als unzulässig abzuweisen, wenn der Kläger diese nach Hinweis des Gerichts (§ 139) nicht nachbessert. Ausdruck der materiellen Prozessleitung durch das Gericht ist es auch, dass dem Gericht eine Rechtsbehelfsbelehrungspflicht auferlegt wird, die dem Zivilprozess bisher fremd war. Den Bürgern soll dadurch die Orientierung im gerichtlichen Instanzenzug erleichtert werden.<sup>14</sup>

► **Hinweis:** Erteilt das Gericht einen rechtlichen Hinweis in einer entscheidungserheblichen Frage, so darf es diese Frage im Urteil nicht abweichend von seiner geäußerten Rechtsauffassung entscheiden, ohne die Verfahrensbeteiligten zuvor auf die Änderung der rechtlichen Beurteilung hingewiesen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben zu haben (s. auch Rn. 44).<sup>15</sup> ◀

### III. Mündlichkeit und Schriftlichkeit

**Literatur:** *Arens*, Mündlichkeitsprinzip und Prozessbeschleunigung im Zivilprozess, 1971; *Feyer*, Die Funktion der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess und im Strafprozess, 1970; *Gutdeutsch/Maaß*, Gerichtliche Begrenzung des Parteivortrags in Massenverfahren, NJW 2022, 1567; *Huber*, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, ZZP 135 (2022), 183; *Möller*, Die Verfahrensgrundsätze des Zivilverfahrens, JA 2010, 47; *Westerwelle*, Der Mündlichkeitsgrundsatz in der deutschen Zivilprozessordnung, 1998.

11 *Zwikel*, MDR 2021, 716, 717.

12 *Gutdeutsch/Maaß*, NJW 2022, 1567, 1569.

13 Zur Prozessleitung durch das Gericht s. *R/S/G*, ZPR, § 77 Rn. 15 ff.; *Nober/Ghassemi-Tabar*, Die Hinweispflicht im Zivilprozess, NJW 2017, 3265; *Frohn*, Substantiierungspflicht der Parteien und richterliche Hinweispflicht nach § 139 ZPO, JuS 1996, 243; *Reischl*, Der Umfang der richterlichen Instruktionstätigkeit – ein Beitrag zu § 139 Abs. 1 ZPO, ZZP 116 (2003), 81.

14 Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess, Bt.Drs. 17/11385.

15 BGH, Beschluss vom 29.4.2014, Az.: VI ZR 530/12 = NJW 2014, 2796; *Fischer*, JuS 2014, 799.

**Merke:** Ohne mündliche Verhandlung darf grundsätzlich kein Urteil gefällt werden. Grundlage der Entscheidung darf nur sein, was Gegenstand der mündlichen Verhandlung war.

So klar und einfach dieser Grundsatz klingt, so verwoben sind schriftliche und mündliche Elemente im heutigen Zivilprozess. Gem. § 128 Abs. 1 verhandeln die Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gericht mündlich. Das gilt für die Hauptsache wie für prozessuale Fragen. Durch Antragstellung und Verhandlung muss der gesamte Inhalt der Gerichtsakten Gegenstand der mündlichen Verhandlung werden.<sup>16</sup> 19

Die mündliche Verhandlung selbst wird durch **Schriftsätze** vorbereitet, die Parteien treten also nicht vor einen Richter, der mangels Aktenstudium noch keine Kenntnis vom Rechtsstreit hat. 20

Eine wesentliche Einschränkung erfährt das Prinzip der Mündlichkeit durch die Zulässigkeit der **Bezugnahme auf Schriftsätze**.<sup>17</sup> Dem Vortrag in der mündlichen Verhandlung ist die Bezugnahme gleichgestellt (§§ 137 Abs. 3, 297 Abs. 2). Die Parteien tragen also keineswegs den gesamten Akteninhalt und ihre Anträge in freier Rede vor. Die Einschränkung, dass die Bezugnahme nur zulässig ist, wenn keine Partei widerspricht und das Gericht sie für angemessen hält, hat in der Praxis keine Bedeutung. Was bisher effizient war, hat sich im Zuge von Massenverfahren als das Gegenteil erwiesen: Richter beklagen besonders in Massenverfahren, dass sie mit extrem umfangreichen (*copy and paste*), unstrukturierten, zwischen Sachverhaltsdarstellung und Rechtsausführung nicht trennenden Schriftsätzen konfrontiert werden. In diesen Fällen erweise sich der Sachverhalt im Nachhinein als relativ einfach, durch die Bezugnahme müsse nun aber der Richter wieder Sachverhaltsvortrag und Rechtsausführungen trennen, was zu einer Überlastung der Justiz führe. Die Lösung wird dann in einer Verweigerung der Bezugnahme, also einer mündlichen Sachverhaltsschilderung gesehen.<sup>18</sup> 21

Das Gericht soll den Rechtsstreit in der Regel in einem umfassend vorbereiteten Termin zur mündlichen Verhandlung (Haupttermin) erledigen (§ 272 Abs. 1). Das setzt voraus, dass das Gericht diesen Termin auf der Grundlage der vorliegenden Schriftsätze vorbereitet. Hierzu hat es die in § 273 Abs. 2 genannten Möglichkeiten (Aufforderung an Parteien zur Ergänzung des Vortrags, Auskunft von Behörden, Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien, Zeugenladung). Zur Möglichkeit, eine *case management conference* zur Abschtung des Streitstoffs und zur Erarbeitung eines Verfahrensplanes anzusetzen s. Rn. 18. 22

Gelingt es nicht, das Verfahren in einem Termin zu erledigen, sind weitere Termine anzuberaumen. Diese Termine bilden insgesamt die mündliche Verhandlung (**Grundsatz der Einheit der mündlichen Verhandlung**). Sie sind einander gleichwertig, in ihnen muss das in einem früheren Termin Vorgetragene nicht erneut vorgetragen werden, alle Prozesshandlungen wirken fort. Bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, also bis zum letzten Termin, können die Parteien theoretisch noch Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen. Sie werden damit aber in vielen Fällen präkludiert sein, weil nach § 282 Abs. 1 jede Partei ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel in der mündlichen Verhandlung so zeitig vorzubringen hat, wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht. Verspätetem Vorbringen droht die Zurückweisung gem. § 296 Abs. 2. 23

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 20.3.1995, Az.: II ZR 198/94 = NJW 1995, 1841.

<sup>17</sup> Dazu Fischer, Bezugnahme in Tatbeständen und Schriftsätzen im Zivilprozess, JuS 1995, 535 und 623.

<sup>18</sup> Gutdeutsch/Maaß, NJW 2022, 1567.

- 24 Entscheidende Grundlage für das Urteil ist die Sach- und Rechtslage, wie sie sich dem Gericht am Schluss der mündlichen Verhandlung darstellt. Auch wenn z.B. eine eingeklagte Forderung bei Klageerhebung noch nicht fällig ist, aber am Schluss der mündlichen Verhandlung, ist der Klage stattzugeben.
- 25 Ob ein Verfahren effektiver erledigt werden kann durch mehr schriftliche oder mehr mündliche Elemente, hängt vom Einzelfall ab. Das Gesetz stellt dem Richter daher zwei verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, das Verfahren vorzubereiten. Er kann ein **schriftliches Vorverfahren** (§ 276) oder einen **frühen ersten Termin** zur mündlichen Verhandlung (§ 275) anordnen (§ 9 Rn. 26 ff.).
- 26 Bestimmte Prozesshandlungen sind nur schriftlich zulässig, wie die Klageerhebung (§ 253), die Rechtsmittelinlegung (§§ 519 Abs. 1 (Berufungsschrift), 549 Abs. 1 (Revisionschrift), 569 Abs. 2 (Beschwerdeschrift), 575 Abs. 1 (Rechtsbeschwerdeschrift)) und ihre Begründung (§§ 520 Abs. 3 (Berufungsbegründung), 551 Abs. 2 (Revisionsbegründung)).
- 27 Andere Prozesshandlungen können alternativ schriftlich oder mündlich vorgenommen werden (Klageänderung § 261 Abs. 2, Klagerücknahme § 269 Abs. 2).
- 28 Nach § 128 Abs. 2 kann das Gericht eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung treffen, wenn die Parteien zustimmen. Als Lösung für Massenverfahren, in denen die mündliche Verhandlung nur der Antragstellung dient, wird vorgeschlagen, de lege ferenda auf eine Zustimmung zu verzichten.<sup>19</sup> Ohne Zustimmung der Parteien kann das Gericht ohne mündliche Verhandlung über die Kosten entscheiden (§ 128 Abs. 3).
- 29 Beschlüsse können gem. § 128 Abs. 4 ohne mündliche Verhandlung ergehen (**fakultative mündliche Verhandlung**). Ob eine mündliche Verhandlung fakultativ stattfindet, hängt demnach von der Form der zu treffenden Entscheidung ab. Entscheidendes Kriterium für die Wahl, ob eine Entscheidung mit oder ohne mündliche Verhandlung ergeht, ist die Effektivität des Verfahrens. Das Gericht wird nach seinem Ermessen den Weg wählen, der eine schnellere effektivere Sachentscheidung verspricht.
- **Hinweis:** Wenn sich das Gericht dazu entscheidet, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, ergeht die Entscheidung trotzdem als Beschluss, nicht als Urteil. Anders ist dies nur bei der Entscheidung über ein Arrestgesuch (§ 922 Abs. 1). Dort besteht eine Kopplung von mündlicher Verhandlung und Form der zu treffenden Entscheidung (§ 38 Rn. 21). Wichtig ist dies bei der Wahl des Rechtsmittels. Gegen den Beschluss ist die sofortige Beschwerde (§ 567) statthaft, nicht die Berufung. ◀
- 30 Im Verfahren vor dem AG kann dieses das Verfahren nach billigem Ermessen bestimmen, wenn der Streitwert 600 € nicht übersteigt (§ 495 a).<sup>20</sup> 2021 wurden 8,58 % der insgesamt erledigten Klageverfahren vor dem AG durch streitiges Urteil im vereinfachten Verfahren nach § 495 a erledigt.<sup>21</sup> Es kann auch ein schriftliches Verfahren anordnen. Beantragt eine Partei, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, so muss das Gericht dem nachkommen. Ist der Beklagte in der mündlichen Verhandlung säumig, kann das Gericht (wenn dem nicht ein schriftlicher Vortrag des Beklagten entgegen-

---

19 *Lerch/Valdini*, Herausforderungen an den Zivilprozess bei Massenverfahren, NJW 2023, 420, 421.

20 *Röß*, Das vereinfachte Verfahren nach § 495 a ZPO, NJW 2022, 3679.

21 [https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210217004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210217004.pdf?__blob=publicationFile) (abgerufen 5.3.2023).

steht, der die Entscheidungsreife entfallen lässt) ein Streitiges Endurteil erlassen, weil § 495 a von der Bindung an §§ 331 ff. befreit.<sup>22</sup>

#### IV. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz

**Literatur:** Greger, Video-Chat und Reality-TV am Gericht, ZRP 2023, 29; Huber, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, ZZP 135 (2022), 183; Koukouselis, Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Zivilprozess, 1990; Möller, Die Verfahrensgrundsätze des Zivilverfahrens, JA 2010, 47; Reichel, Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in der Zivilprozessordnung, 1971; Stürner/Stürner, Videoverhandlung im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren, JZ 2023, 340; , Weth, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, JuS 1991, 34.

Gem. § 128 Abs. 1 verhandeln die Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gericht mündlich. In diesem Paragraphen ist sowohl der Mündlichkeitsgrundsatz als auch der Unmittelbarkeitsgrundsatz normiert. Vor dem erkennenden Gericht hat die Beweisaufnahme zu erfolgen (§ 355). Nur der Richter, der auch der mündlichen Verhandlung beigewohnt hat, darf das Urteil fällen (§ 309). 31

Bei Verfahren mit mehreren Terminen kann es zu einem **Richterwechsel** kommen (§ 27 Rn. 7). Ausreichend ist es für § 309, dass der Richter, der dem letzten Termin der mündlichen Verhandlung beigewohnt hat, das Urteil fällt.<sup>23</sup> Eine mündliche Verhandlung vor einem Richter, der danach ausgeschieden ist, noch bevor er in der verhandelten Sache „für Recht erkannt“ hat, genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen, die das BVerfG in Art. 103 Abs. 1 GG in Verbindung mit § 128 sieht, nicht. Aus § 156 Abs. 2 Nr. 3 folge, dass das Gericht – auch ohne Antrag – die Wiedereröffnung einer Verhandlung, die geschlossen war, anzuordnen „hat“, wenn zwischen dem Schluss der mündlichen Verhandlung und dem Schluss der Beratung und Abstimmung ein Richter ausgeschieden ist.<sup>24</sup> 32

Prozessökonomische Erwägungen nötigen in zahlreichen Fällen dazu, den Unmittelbarkeitsgrundsatz einzuschränken. Dieses ist der Fall, wenn die Beweisaufnahme durch den ersuchten (§ 362) oder den beauftragten Richter (§ 361) erfolgt (§ 23 Rn. 29) oder wenn das Gericht von der Möglichkeit der **Videokonferenz** (§ 128 a) Gebrauch macht,<sup>25</sup> wozu Gerichte in der Corona Pandemie kurzfristig veranlasst waren. Die persönliche Anwesenheit Verfahrensbeteiligter wird ersetzt durch die Liveübertragung (§ 128 a Abs. 1). Allerdings erlaubt § 128 a keine allseitige Videokonferenz, bei der auch die Richter „irgendwo“ sind. Gem. § 219 Abs. 1 werden die Termine an der Gerichtsstelle abgehalten. 33

Nicht zulässig sind die reine Telefonkonferenz oder ein Internetchat. Das Gericht kann aufgrund eines Antrags der Parteien oder von Amts wegen anordnen, dass eine Videokonferenz stattfinden soll.<sup>26</sup> Im Zuge der **Coronapandemie** ist in Deutschland insgesamt eine Digitalisierungswelle eingetreten, die den Einsatz der Videotechnik weiter befördert hat. Dabei waren die Gerichte durchaus flexibel und nutzten die bestehenden Möglichkeiten: Richter setzten ihre privaten Laptops ein und organisierten mit

22 Die Frage ist ausgesprochen streitig, im Jahr 2007 aber in diesem Sinn entschieden vom BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 7.8.2007, Az.: 1 BvR 685/07 = NJW 2007, 3486.

23 Detailliert Elzer, Fällung der Entscheidung und Richterwechsel, ArbRAktuell 2015, 500.

24 BVerfG, Beschluss vom 3.7.2019, Az.: 1 BvR 2811/18 = NJW 2019, 2919.

25 Gottwald, Der elektronische Rechtsverkehr vor den deutschen Zivilgerichten, Dike Int. 2002, 1255; Schultzy, Videokonferenzen im Zivilprozess, NJW 2003, 313; Stadler, Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik, ZZP 115 (2002), 413, 435 ff.

26 Prütting, AnwBl 2013, 330.

den auswärtigen Parteivertretern eine Videokonferenz, wobei sie das Konferenz Tool privat organisiert hatten. Dieses lässt § 128 a zu.<sup>27</sup> In der Zukunft könnte es zu einer ortsungebundenen Ziviljustiz kommen, bei der es letztlich unerheblich ist, wo sich die Beteiligten aufhalten. Möglichkeiten und Grenzen dieser Entwicklung mögen durch die Corona Pandemie verstärkt worden sein, sind aber auch schon zuvor unter dem Schlagwort Modernisierung des Zivilprozesses diskutiert worden.<sup>28</sup> Seit Mai 2023 liegt der RegE eines Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten vor.<sup>29</sup> Die Neufassung des § 128 a soll es erlauben, dass das Gericht die Videoverhandlung anordnen kann, dies tun soll, wenn die Parteien dies beantragen und eine vollvirtuelle Verhandlung ermöglichen, bei der sich das Gericht nicht in einem Gerichtssaal aufhält.

Bisher wurde der Grundsatz der Öffentlichkeit dadurch gewährleistet, dass sich das Gericht im Sitzungssaal aufhielt und die Übertragung dorthin erfolgte, so dass auch die Öffentlichkeit teilnehmen konnte. Kommt es in Zukunft zu einer vollvirtuellen Verhandlung, muss eine Übertragung in einen anderen, öffentlich zugänglichen Raum bei Gericht gewährleistet sein (§ 128 Abs. 5 S. 3 ZPO-E).

- 34 Art. 20 EuBewVO, der seit dem 1.7.2022 gilt, erlaubt sowohl die Videokonferenz als auch andere Fernkommunikationstechnologien.<sup>30</sup>

#### V. Der Öffentlichkeitsgrundsatz

**Literatur:** *Armbruster*, Justiz und Öffentlichkeit, JR 1996, 249; *Beck*, § 169 S. 2 GVG – ein Fossil in der heutigen Mediengesellschaft?, FS Graßhoff, 1998, S. 129; *Burbulla*, Die Fernsehöffentlichkeit als Bestandteil des Öffentlichkeitsgrundsatzes, 1998; *Finger/Baumanns*, Die Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen bei medienwirksamen Prozessen, JA 2005, 717; *Hassemer*, Über die Öffentlichkeit gerichtlicher Verfahren – heute, ZRP 2013, 149; *Huff*, Justiz und Öffentlichkeit, 1996; *Kuss*, Öffentlichkeitsmaxime der Judikative und das Verbot von Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal, 1999; *Prütting*, Das Fernsehen im Gerichtssaal – Ausweitung der Öffentlichkeit im Zivilprozess?, FS Schütze, 1999, S. 685; *Sorth*, Rundfunkberichterstattung aus Gerichtsverfahren, 1999; *Stürner*, Gerichtsöffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft, JZ 2001, 699.

- 35 Gem. § 169 GVG ist die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung von Urteilen und Beschlüssen öffentlich. Das gilt auch für die im Verhandlungstermin stattfindende Beweisaufnahme. Nicht öffentlich sind die Beratung und Abstimmung der Richter bei der Urteilsfällung (§ 193 GVG). 2013 ging es im sog. **NSU-Verfahren** (wohlgermerkt einem Strafverfahren) vor dem OLG München um

27 KG, Urteil vom 12.5.2020, Az.: 21 U 125/19 = BeckRS 2020, 8170 (*Elzer* FD-ZVR 2020, 429760).

28 *Reuß*, Die digitale Verhandlung im deutschen Zivilprozess, JZ 2020, 1135; *Schmidt/Saam*, Videokonferenzen im Zivilprozess, DRiZ 2020, 216; *Freye/Schnebbe*, Digitale Gerichtsverhandlung, Datenschutzrechtliche Analyse einer Verhandlung nach § 128 a ZPO, ZD 2020, 502; *Köbler*, Die Videoverhandlung im Zivilprozess – Vorschlag einer Neuregelung, NJW 2021, 1072; *Rebehn*, Umfrage zeigt: Akzeptanz für Online-Verfahren wächst, DRiZ 2021, 90; *Rühl*, Digitale Justiz, oder: Zivilverfahren für das 21. Jahrhundert, JZ 2020, 809; *Schupp*, Praktische Erwägungen zu Verhandlungen nach § 128 a ZPO, DRiZ 2021, 66; *Spoenle*, Zur Aufzeichnung von Aussagen in der Videoverhandlung, RdI 2021, 231; *Windau*, Die Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung, NJW 2020, 2753.

29 [https://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/0524\\_Videokonferenztechnik.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/0524_Videokonferenztechnik.html) (abgerufen am 18.7.2023); dieser basiert auf dem RefE vom Ende 2022: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_%20Videokonferenztechnik.pdf;jsessionid=633B4BE9E1168498A8FB2021341CCDB5.2\\_cid334?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_%20Videokonferenztechnik.pdf;jsessionid=633B4BE9E1168498A8FB2021341CCDB5.2_cid334?__blob=publicationFile&v=3) (abgerufen am 5.5.2023).

30 S. dazu *Fabig/Windau*, Die Neufassungen der Europäischen Zustellungs- und Beweisaufnahmeverordnungen, NJW 2022, 1977.



die Tötung ausländischer, überwiegend türkischer Bürger aus rassistischen Motiven durch Rechtsradikale. Das enorme öffentliche Interesse führte zu Schwierigkeiten, alle interessierten Medienvertreter im Gerichtssaal unterzubringen. Die Möglichkeit, an der Verhandlung teilzunehmen, besteht generell nur im Rahmen der zur Verfügung stehenden Kapazitäten.<sup>31</sup> Im NSU-Verfahren hatte das OLG München die Zuschauerplätze nach der Reihenfolge des Eingangs der Anträge vergeben (Windhundprinzip), was dazu führte, dass auch viele türkische Medienvertreter nicht an der Verhandlung teilnehmen konnten. Den Antrag, die Verhandlung in einen anderen Saal des Gerichtsgebäudes zu übertragen, der als Arbeitsraum für Medienvertreter dienen könnte, lehnte das Gericht ab, weil es darin eine Übertragung i.S.v. § 169 S.2 GVG a.F. sah und Sorge hatte, einen Revisionsgrund anzulegen. Schon im Streit um die Zulassung von Journalisten zum Prozess gegen Erich Honecker hatte das BVerfG ausgeführt, dass sich aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG kein Anspruch auf Bild- und Tonübertragung der Verhandlung in einen anderen Saal des Gerichts ergebe.<sup>32</sup>

Gem. § 170 GVG sind Verhandlungen, Erörterungen und Anhörungen in Familiensachen sowie in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht öffentlich. Das Gericht kann die Öffentlichkeit zulassen, jedoch nicht gegen den Willen eines Beteiligten. In Betreuungs- und Unterbringungssachen ist auf Verlangen des Betroffenen einer Person seines Vertrauens die Anwesenheit zu gestatten. Die Öffentlichkeit kann in den Fällen des § 171 b GVG und § 172 GVG ausgeschlossen werden.

Gem. § 273 a ZPO-E sollen in Zukunft auf Antrag der betroffenen Partei bestimmte Informationen durch das Gericht als geheimhaltungsbedürftig eingestuft werden können.<sup>33</sup> Eine solche Einstufung führt zu einer Anwendung der Regelungen über das **Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen**,<sup>34</sup> so dass die Parteien zur vertraulichen Behandlung verpflichtet sind und diese außerhalb des Verfahrens nicht nutzen dürfen. Ziel ist es, den Schutz von Geschäftsgeheimnissen über die Möglichkeiten der §§ 172 Nr. 2, 173 Abs. 2 GVG zu verstärken.<sup>35</sup>

Der Öffentlichkeitsgrundsatz soll das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtspflege stärken und eine Kontrolle ermöglichen. Er ist – obwohl er sich nicht unmittelbar im GG findet – direkter Ausfluss des Demokratie- und des Rechtsstaatsprinzips. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK und Art. 47 S. 1 EU-Grundrechtecharta garantieren eben jedermann das Recht auf ein öffentliches Gerichtsverfahren. 36

Der Öffentlichkeitsgrundsatz war durch den Wunsch der Fernsehanstalten nach **Gerichtsfernsehen** in die rechtspolitische Diskussion geraten. Der Gesetzgeber ließ bis 2017 die Öffentlichkeit lediglich als **Saalöffentlichkeit** zu. Dies schließt ohne Weiteres auch Medienvertreter ein, solange keine Rundfunk- und Bildberichterstattung erfolgt. Nach § 169 S.2 GVG a.F. war die Rundfunk- und Bildberichterstattung unzulässig. Dieser Ausschluss des Gerichtsfernsehens beschränkte sich jedoch auf die Verhandlung und erfasste nicht das Umfeld der Verhandlung, also die Zeit davor und Pausen. 37

31 BGH, Urteil vom 6.10.1976, Az.: 3 StR 291/76 = NJW 1977, 157 (158).

32 BVerfG, Beschluss vom 11.11.1992, Az.: 1 BvQ 19/92.

33 [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE\\_Justizstandort\\_Staerkung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Justizstandort_Staerkung.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (abgerufen am 18.7.2023).

34 Vom 18.4.2019 (BGBl. I S. 466).

35 Grunwald, DB 2023, 1459, 1463; Hoffmann, ZRP 2022, 108, 110.

38 Das Verbot der Rundfunk- und Bildberichterstattung ist 2017 eingeschränkt worden.<sup>36</sup> Zwar bleibt es gem. § 169 Abs. 1 S. 2 GVG bei dem Verbot. Allerdings erlaubt § 169 Abs. 3 GVG dem Gericht, für die **Verkündung von Entscheidungen** des BGH in besonderen Fällen Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen sowie Ton- und Filmaufnahmen zum Zwecke der öffentlichen Vorführung oder der Veröffentlichung ihres Inhalts zuzulassen. Dieses steht jedoch im Ermessen des Gerichts, der Beschluss ist gem. § 169 Abs. 4 GVG nicht anfechtbar. Gleichzeitig wird durch § 169 Abs. 2 GVG eine Lehre aus dem NSU-Verfahren gezogen: Es können Tonaufnahmen der Verhandlung einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse zu wissenschaftlichen und historischen Zwecken von dem Gericht zugelassen werden, wenn es sich um ein Verfahren von herausragender zeitgeschichtlicher Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland handelt.

► **Hinweis:** Bei Verhandlungen vor dem BVerfG war die Zulässigkeit der Berichterstattung bereits durch Einfügung des § 17 a BVerfGG erweitert worden. Danach sind Rundfunk- und Filmaufnahmen in der mündlichen Verhandlung zulässig, bis das Gericht die Anwesenheit der Beteiligten festgestellt hat und bei der öffentlichen Verkündung von Entscheidungen. ◀

### VI. Der Anspruch auf rechtliches Gehör

*Literatur:* *Becker-Eberhard*, Wandlungen des rechtlichen Gehörs, *ZZP* 135 (2022), 219; *Lenz*, Die verfassungsrechtliche Perspektive der Präklusionsvorschriften, *NJW* 2013, 2551; *Treber*, Neuerungen durch das Anhörungsrügensgesetz, *NJW* 2005, 97; *Vollkommer*, Zur Einführung der Gehörsrüge in den Zivilprozess, *FS Schumann*, 2001, S. 507; *Voßkuhle*, Bruch mit einem Dogma: Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter, *NJW* 2003, 2193; *Waldner*, Richterliche Kommunikation mit den Parteien im Spannungsfeld zwischen Verletzung des rechtlichen Gehörs und Befangenheitsablehnung, *FS Vollkommer*, 2006, S. 269; *Zuck*, Rechtliches Gehör im Zivilprozess – Die anwaltlichen Sorgfaltspflichten nach dem Inkrafttreten des Anhörungsrügensgesetzes, *NJW* 2005, 1226.

#### 1. Überblick

- 39 Das Grundgesetz sichert rechtliches Gehör im gerichtlichen Verfahren durch das Verfahrensgrundrecht des Art. 103 Abs. 1 GG.
- 40 Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird auch durch Art. 6 Abs. 1 EMRK und dem diesem weitgehend entsprechenden Verfahrensgrundrecht Art. 47 EU-Grundrechtecharta<sup>37</sup> gewährleistet.
- 41 Rechtliches Gehör ist in den Worten des BVerfG nicht nur ein „prozessuales Unrecht“ des Menschen, sondern auch ein **objektivrechtliches Verfahrensprinzip**, das für ein rechtsstaatliches Verfahren im Sinne des Grundgesetzes schlechthin konstitutiv ist. Der Einzelne solle nicht nur Objekt der richterlichen Entscheidung sein, sondern vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um als Subjekt Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können. Während die Rechtsschutzgaran-

---

36 Gesetz zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren und zur Verbesserung der Kommunikationshilfen für Menschen mit Sprach- und Hörbehinderungen vom 8.10.2017 (BGBl. I S. 3546); dazu *Hoeren*, Medienöffentlichkeit im Gericht – die Änderungen des GVG, *NJW* 2017, 3339; *Lütke*: Online-Prozessberichterstattung durch Verfahrensbeteiligte, *MMR* 2019, 157.

37 Titel VI Justizielle Rechte, Artikel 47: Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht: Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.

tie auf der Grundlage des Rechtsstaatsprinzips das Recht auf ein Verfahren sichert, schützt Art. 103 Abs. 1 GG also den Ablauf des Verfahrens. Das Verfahrensgrundrecht sichert die Möglichkeit,

- von einem Verfahren Kenntnis zu erlangen,
- Tatsachen vorzutragen und zu beweisen und
- die eigene Rechtsansicht äußern zu können.

Aus Art. 103 Abs. 1 GG ergibt sich **kein Anspruch auf eine mündliche Verhandlung**. Wie, wann und wie oft rechtliches Gehör gewährt werden muss, hängt von der Verfahrensart ab. Im schriftlichen Verfahren besteht die Möglichkeit, schriftlich Stellung zu nehmen, im mündlichen Verfahren in aller Regel mündlich.

42

Gehör ist solange zu gewähren, bis die Parteien die Gelegenheit hatten, zu allen Tatsachen und Rechtsfragen, die der Entscheidung zugrunde gelegt werden, Stellung zu nehmen. Ob der Berechtigte von diesen Möglichkeiten Gebrauch macht, ist unerheblich, er kann auch darauf verzichten (§ 295 Abs. 1). Das Gericht muss die Äußerungen des Berechtigten zur Kenntnis nehmen und berücksichtigen. Es muss sich z.B. im Urteil mit umstrittenen Rechtsfragen auseinandersetzen. Eine Entscheidung, die auf Tatsachen und Ergebnissen von Beweisaufnahmen beruht, zu denen eine Partei keine Stellung nehmen konnte, ist rechtswidrig. Die Nichtberücksichtigung eines von den Fachgerichten als erheblich angesehenen Beweisangebots verstößt nach der Rechtsprechung des BVerfG gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze mehr findet. Auch wenn ein Berufungsgericht (nach § 529 Abs. 1 Nr. 1, s.u. § 30 Rn. 36) grundsätzlich an die Tatsachenfeststellungen des ersten Rechtszugs gebunden ist, ist bei Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen eine erneute Beweisaufnahme zwingend geboten. Insbesondere muss das Berufungsgericht einen bereits in erster Instanz vernommenen Zeugen nochmals vernehmen, wenn es dessen Glaubwürdigkeit abweichend vom Erstrichter beurteilen will.<sup>38</sup>

Die korrekte Anwendung der Vorschriften über die Präklusion verspäteten Vorbringens (§§ 296, 296 a, 530), über angemessene Fristen und Rechtsmittel-Zurückweisungsbeschlüsse (§§ 522 Abs. 1, 552 a)<sup>39</sup> verletzen den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht.<sup>40</sup> Gleiches gilt im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und der Zwangsvollstreckung (§ 834), in dem Entscheidungen ohne vorherige Anhörung des Gegners ergehen können, um diesen zu überraschen.<sup>41</sup>

43

Das rechtliche Gehör ist verletzt, wenn der Richter entgegen § 139 Abs. 2 eine überraschende Entscheidung trifft. Eine Überraschungsentscheidung liegt nach der Rechtsprechung des BGH vor, wenn sich eine Entscheidung ohne vorherigen richterlichen Hinweis auf einen Gesichtspunkt stützt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nicht zu rechnen brauchte.<sup>42</sup> Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird ferner verletzt, wenn das Gericht eine dem Beteiligten selbst gesetzte Frist zur Äußerung mit seiner Entscheidung nicht abwartet.<sup>43</sup>

44

38 BVerfG, Beschluss vom 22.11.2004, Az.: 1 BvR 1935/03 = NJW 2005, 1487.

39 BVerfG, Beschluss vom 17.3.2005, Az.: 1 BvR 308/05 = NJW 2005, 1485.

40 Lenz, Die verfassungsrechtliche Perspektive der Präklusionsvorschriften, NJW 2013, 2551; Franke, Rechtliches Gehör und Präklusion – Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1986, 3049; Waldner, Präklusion im Zivilprozess und rechtliches Gehör, NJW 1984, 2925.

41 Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, Einl. I Rn. 9.

42 BGH, Beschluss vom 24.9.2019, Az.: VI ZR 418/18 = NJW-RR 2020, 188.

43 BGH, Beschluss vom 19.11.2019, Az.: VI ZR 215/19 = NJW-RR 2020, 248.

► **Hinweis:** Erteilt das Gericht einen rechtlichen Hinweis in einer entscheidungserheblichen Frage, so darf es diese Frage im Urteil nicht abweichend von seiner geäußerten Rechtsauffassung entscheiden, ohne die Verfahrensbeteiligten zuvor auf die Änderung der rechtlichen Beurteilung hingewiesen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben zu haben (s. auch Rn. 18).<sup>44</sup> ◀

## 2. Notwendiger fachgerichtlicher Rechtsschutz

- 45 Der Gesetzgeber hat aufgrund der Verankerung des Anspruchs auf rechtliches Gehör in der Verfassung einen eingeschränkten Spielraum. Das BVerfG hat ihm bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zwar diesen Ermessensspielraum zugestanden, aber gleichzeitig gefordert, dass der **Rechtsschutz durch die Fachgerichte** selbst gewährt werden muss, selbst wenn die Verletzung zusätzlich mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann.<sup>45</sup> Das Grundrecht auf Gewährung rechtlichen Gehörs in Verbindung mit dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch erfordert demnach eine ausreichende Rechtsschutzmöglichkeit gegen Gehörsverletzungen in der ZPO selbst. Bei Defiziten hatte früher die Rechtsprechung mit Billigung des BVerfG im Wege der Rechtsfortbildung Rechte zur Gewährung rechtlichen Gehörs unmittelbar aus Art. 103 Abs. 1 GG hergeleitet, was zu einem Wildwuchs geführt hat, den das BVerfG jüngst selbst beendet hat. Dem Gesetzgeber wurde vom BVerfG aufgegeben, die Lücken in der ZPO zu schließen.

## 3. Rechtsschutzmöglichkeiten bei Verletzung

- 46 Zur Verfügung stehen Rechtsmittel, Anhörungsrüge gem. § 321 a (dazu Rn. 50 ff.), die Verfassungsbeschwerde und die Menschenrechtsbeschwerde.
- 47 Solange ein **Rechtsmittel** (Berufung, Revision, Beschwerde, § 29 Rn. 1 ff.) zur Verfügung steht, kann die Verletzung des rechtlichen Gehörs in der nächsten Instanz geltend gemacht werden.<sup>46</sup> Das Berufungsgericht kann bei erstinstanzlichen Verletzungen entweder nach § 538 zurückverweisen (Verletzung des rechtlichen Gehörs ist wesentlicher Verfahrensmangel i.S.v. § 538 Abs. 2 Nr. 1) oder nach Gewährung rechtlichen Gehörs in der Sache selbst entscheiden. Das Revisionsgericht hat die angefochtene Entscheidung aufzuheben und zurückzuverweisen (§§ 562, 563).
- 48 Bei Verletzung des rechtlichen Gehörs ist weiterhin die **Verfassungsbeschwerde** (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, §§ 90 ff. BVerfGG) statthaft. Die Verfassungsbeschwerde ist aber gem. § 90 Abs. 2 BVerfGG subsidiär. Sie ist erst zulässig, wenn der Rechtsweg ausgeschöpft ist. Daher ist es erforderlich, dass eine Rüge nach § 321 a erhoben wurde und erfolglos blieb.<sup>47</sup>
- 49 Nach Ausschöpfung aller nationalen Rechtsbehelfe einschließlich der Verfassungsbeschwerde, kann wegen Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK **Individualbeschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte** eingelegt werden (Art. 34 EMRK).<sup>48</sup>

44 BGH, Beschluss vom 29.4.2014, Az.: VI ZR 530/12 = NJW 2014, 2796; *Fischer*, JuS 2014, 799.

45 BVerfG, Beschluss vom 30.4.2003, Az.: 1 PBvU 1/02 = NJW 2003, 1924 (1927).

46 Zur Anhörungsrüge gegen Berufungsurteile, wenn die Revision nicht zugelassen wurde und der Wert der Beschwer nicht ausreichend ist s. BGH, Urteil vom 13.12.2004, Az.: II ZR 249/03 = NJW 2005, 680.

47 BVerfG, Beschluss vom 7.5.2020, Az.: 2 BvQ 26/20 = NJW 2020, 2391.

48 Art. 34 Individualbeschwerden: Der Gerichtshof kann von jeder natürlichen Person, nichtstaatlichen Organisation oder Personengruppe, die behauptet, durch eine der Hohen Vertragsparteien in einem der in dieser Konvention oder den Protokollen dazu anerkannten Rechte verletzt zu sein, mit einer Beschwerde

#### 4. Die Anhörungsrüge

**Literatur:** *Desens*, Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde und ihr Verhältnis zu fachgerichtlichen Anhörungsrügen, NJW 2006, 1243; *auf der Heiden*, Haftungsfallen der Anhörungsrüge, NJW 2023, 480; *Heinrichsmeier*, Probleme der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde im Zusammenhang mit dem fachgerichtlichen Anhörungsrügefverfahren, NVwZ 2010, 228; *Kettinger*, Die Statthaftigkeit der Anhörungsrüge (§ 321 a ZPO), JURA 2007, 161; *Schnabl*, Die Anhörungsrüge nach § 321 a ZPO, 2007; *Vielmeier*, Rechtswegerschöpfung bei verzögerter Anhörungsrüge, NJW 2013, 346; *Zuck*, Praxishinweise zur zivilprozessualen Anhörungsrüge, MDR 2011, 399.

Die **Anhörungsrüge** (§ 321 a) wurde 2002 durch die ZPO-Reform eingeführt und nach kurzer Zeit durch das Anhörungsrügegenesetz<sup>49</sup> mit Wirkung vom 1.1.2005 geändert. Dieses sollte die Plenarentscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2003 umsetzen.<sup>50</sup> Nunmehr ist die Anhörungsrüge gegen alle Entscheidungen und nicht nur Urteile statthaft, gegen die keine fachgerichtliche Abhilfemöglichkeit besteht. Das Abhilfeverfahren nach § 321 a soll zu einer Entlastung des BVerfG führen, indem eine fachgerichtliche Korrektur erfolgt und eine verfassungsrechtliche unnötig wird. Ein identisches Verfahren wird in § 44 FamFG geregelt.

50

Auf die Rüge der durch die Entscheidung beschwerten Partei ist das Verfahren fortzuführen, wenn

51

- ein Rechtsmittel oder ein anderer Rechtsbehelf gegen die Entscheidung nicht gegeben ist und
- das Gericht den Anspruch dieser Partei auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat.

Die Anhörungsrüge ist ein außerordentlicher Rechtsbehelf, der die Rechtskraft durchbrechen kann. Die Fortsetzung führt zu einer **Selbstkorrektur** durch das mit der Sache befasste Gericht. Daher handelt es sich nicht um ein Rechtsmittel, da ein Devolutiveffekt fehlt. Zudem fehlt der Suspensiveffekt eines Rechtsmittels (hierzu § 29 Rn. 7). Die Gehörsrüge einer Partei hindert den Eintritt der Rechtskraft nicht. Erst wenn sich herausstellt, dass die Rüge begründet ist, wird ähnlich einer Wiedereinsetzung oder Wiederaufnahme des Verfahrens die Rechtskraft durchbrochen und das Verfahren fortgesetzt.

52

**Statthaft** ist die Anhörungsrüge gegen alle Entscheidungen, also Urteile und Beschlüsse in allen Instanzen, z.B. gegen Urteile, wenn eine Berufung wegen Nichtüberschreitens der Berufungssumme von 600 € (§ 511 Abs. 2 Nr. 1) oder Nichtzulassung des erstinstanzlichen Gerichts (§ 511 Abs. 2 Nr. 2) unstatthaft ist. Gegen Revisionsurteile, die mit Verkündung rechtskräftig werden. Gegen Beschlüsse, gegen die die sofortige Beschwerde nicht gegeben ist (§ 567). Gegen Zurückweisungsbeschlüsse gem. § 522 Abs. 2 und § 552 a. Sie ist auch statthaft, wenn eine Rechtsbeschwerde gesetzlich nicht vorgesehen ist (§ 574 Abs. 1 S. 1 Nr. 1) oder zugelassen wurde (§ 574 Abs. 1 S. 1 Nr. 2).

53

befasst werden. Die Hohen Vertragsparteien verpflichten sich, die wirksame Ausübung dieses Rechts nicht zu behindern. Dazu *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2023, Art. 34 EMRK.

49 BGBl. I, 3220.

50 BVerfG, Beschluss vom 30.4.2003, Az.: 1 PBvU 1/02 = NJW 2003, 1924. Aktuelle Übersicht über die Anwendung in den letzten 20 Jahren *auf der Heiden*, Haftungsfallen der Anhörungsrüge, NJW 2023, 480.

## § 4 A. Einführung

---

- 54 Wird in einem Rechtsbeschwerdeverfahren, in dem **Anwaltszwang** besteht,<sup>51</sup> eine Anhörungsrüge erhoben, so gilt auch für diese Anwaltszwang.<sup>52</sup> Eine Anhörungsrüge gegen ein BGH-Urteil kann nur durch BGH-Anwalt erhoben werden.<sup>53</sup>
- 55 Die Rüge ist innerhalb einer **Notfrist** (zum Begriff s.u. § 9 Rn. 21) von zwei Wochen nach Kenntnis von der Verletzung des rechtlichen Gehörs zu erheben; der Zeitpunkt der Kenntniserlangung ist glaubhaft zu machen (zum Begriff § 23 Rn. 55). Nach Ablauf eines Jahres seit Bekanntgabe der angegriffenen Entscheidung kann die Rüge nicht mehr erhoben werden. Die Rüge ist schriftlich beim *iudex a quo*, dem Gericht, dessen Entscheidung angegriffen wird, zu erheben. Sie muss die angegriffene Entscheidung bezeichnen und das Vorliegen der in Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 genannten Voraussetzungen darlegen (§ 321 a Abs. 2).
- 56 Das Gericht prüft von Amts wegen, ob die Rüge an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist erhoben ist. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, ist die Rüge als unzulässig zu verwerfen.
- 57 Ist die Rüge unbegründet, weist das Gericht sie zurück. Die Entscheidung ergeht durch unanfechtbaren Beschluss. Der Beschluss soll kurz begründet werden (§ 321 a Abs. 4).
- 58 Die Rüge ist begründet, wenn das Gericht den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat. Erforderlich ist, dass die Möglichkeit einer für die Partei günstigeren Entscheidung besteht.<sup>54</sup> Ist die Rüge begründet, so hilft ihr das Gericht ab, indem es das Verfahren fortführt, soweit dies aufgrund der Rüge geboten ist. Das Verfahren wird in die Lage zurückversetzt, in der es sich vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung befand.

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

---

- > Was verstehen Sie unter dem Begriff der Prozessmaximen? Welche kennen Sie?
- > Nennen Sie Ausprägungen des Dispositionsgrundsatzes in der ZPO.
- > Darf ein Richter im Prozess privates Wissen verwerten?
- > Gibt es eine Beweiserhebung von Amts wegen?
- > Müssen Prozesshandlungen neu vorgenommen werden, wenn das Verfahren in mehreren Terminen durchgeführt wird?
- > Handelt es sich bei der Anhörungsrüge um einen Rechtsbehelf oder ein Rechtsmittel?

---

51 BGH, Beschluss vom 21.3.2002, Az.: IX ZB 18/02 = NJW 2002, 2181; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 575 Rn. 3.

52 BGH, Beschluss vom 18.5.2005, Az.: VIII 3/05 = NJW 2005, 2017.

53 BGH, Beschluss vom 26.1.2021 – VI ZR 354/19 = NJW-RR 2021, 375.

54 Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 321 a Rn. 3 f., Einl. I Rn. 20.