

NOMOSLEHRBUCH


Adolphsen

# Zivilprozessrecht

8. Auflage



Nomos

<https://doi.org/10.5771/9783748941569>, am 07.06.2024, 19:35:31  
Open Access –  – <https://www.nomos-elibrary.de/agb>

NOMOSLEHRBUCH

Prof. Dr. Jens Adolphsen  
Universität Gießen

# Zivilprozessrecht

8. Auflage



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7560-0621-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-4156-9 (ePDF)

8. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

## Vorwort zur 8. Auflage

Zivilprozessrecht ist meist kein Stoff, der Studenten auf ihrem Weg zum 1. Staatsexamen sonderlich fasziniert. Oft wirkt die Materie abstrakt. Trotz der angeblich so großen Notwendigkeit in der Praxis ist diese Praxis im 4. oder 5. Semester noch scheinbar unreal weit entfernt.

Zivilprozessrecht ist aber nicht nur später praxisrelevant, sondern zunehmend wichtiger Prüfungsstoff, dessen Beherrschung für das Examen zwingend notwendig ist. Gem. § 5 a Abs. 2 DRiG ist der Kernbereich des Verfahrensrechts Pflichtfach in der staatlichen Pflichtfachprüfung. Was als Kernbereich angesehen wird, variiert in den einzelnen Bundesländern stark. Während in einigen Ländern das Verfahrensrecht seit langem zum Pflichtprogramm gehört und die Klausuren entsprechend anspruchsvoll sind, ist in einzelnen Bundesländern die ZPO erst seit kurzem Prüfungsgegenstand.

Das Lehrbuch passt sich diesen Voraussetzungen an: Es setzt dort Schwerpunkte, wo es sich gezeigt hat, dass im Examen z.T. sogar detaillierte Kenntnisse nötig sind. Weniger prüfungsrelevante Bereiche wurden sehr knapp oder auch gar nicht dargestellt. Hier erschien mir weniger mehr.

Ich habe bei der Darstellung berücksichtigt, welche Lernschwierigkeiten ein Student typischerweise hat und wie ein bestimmtes Problem in der Klausur zu behandeln ist. Eine Mischung aus fallorientiertem und vom Fall losgelöstem Lernen bot sich für die Darstellung an: Die Lösung eines Falles hilft dem Studierenden alleine wenig – kein Fall wird genau dem Prüfungsfall entsprechen. Die abstrakte Darstellung des Prozessrechts hilft dann nicht weiter, wenn man nicht weiß, wo ein Problem in der Klausur aufzuhängen ist. Grafiken mit Aufbauhilfen sollen dabei zusätzlich helfen.

Die ersten sieben Auflagen dieses Buches sind positiv aufgenommen worden. Denen, die konstruktive Kritik geäußert und mich auf Ungenauigkeiten und Fehler hingewiesen haben, danke ich sehr. Ich habe mich auch bei der Überarbeitung für die 8. Auflage wieder bemüht, den Ansatz des Buches beizubehalten, eine Struktur vorzugeben und nur Notwendiges darzustellen. Das Werk soll keinesfalls von Auflage zu Auflage wachsen.

Das Werk ist für die Neuauflage komplett überarbeitet worden und befindet sich auf dem Stand von Juli 2023. Die Neuerungen der ZPO, die ich für die Bearbeitung der 8. Auflage berücksichtigt habe, waren geprägt durch die Bewältigung der Coronakrise und den Dieselskandal. Die Coronakrise hat allen die Notwendigkeit der weiteren Digitalisierung der Rechtsdurchsetzung vor Augen geführt. Die Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses“ hat 2021 ein Thesenpapier vorgelegt, dass die Diskussion beschleunigt hat. Der Dieselskandal hat nicht nur zu einem Referentenentwurf zu einem neuen Leitentscheidungsverfahren des BGH in der Revision geführt, sondern auch den Europäischen Gesetzgeber auf den Plan gerufen, sodass Deutschland im Juli 2023 aufgrund der EU Verbandsklagerichtlinie eine Abhilfeklage eingeführt hat (Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz – VRUG), die hoffentlich etwas effektiver sein wird als das Musterfeststellungsverfahren. Um im Wettbewerb der Justizstandorte attraktiver zu werden, will der Gesetzgeber Commercial Courts einführen, deren Verfahren an das von Schiedsgerichten angenähert ist. Für einen Bereich wie das Zivilprozessrecht sind das wirklich spannende Zeiten.

Die aktuelle Gesetzgebung ist berücksichtigt worden. Rechtsprechung und Literatur sind vollständig ausgewertet und sinnvoll eingearbeitet worden.

Bei der Bearbeitung von Passagen aufgrund von Gesetzesänderungen habe ich außer in Fällen, in denen das zum Verständnis unbedingt erforderlich ist, bewusst auf die Darstellung der Gesetzgebungsgeschichte verzichtet, um eine Konzentration auf die aktuelle Gesetzeslage zu erreichen.

Viel Erfolg beim Lernen!

Orte, im Juli 2023

*Jens Adolphsen*

# Inhalt

Vorwort zur 8. Auflage 5

Abkürzungsverzeichnis 19

## A. Einführung

---

<b>§ 1 Die ZPO-Klausur</b>	25
I. Klausurschema	25
Aufbau einer erstinstanzlichen Klage	26
II. Klausurtypen	27
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	28
<b>§ 2 Hinführung zum Zivilprozessrecht</b>	29
I. Funktion des Zivilprozesses	29
II. Materielles Recht, Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren	31
III. Streit und Zivilprozessrecht	32
IV. Alternative Streitbeilegung	34
1. Gerichtliche Streitbeilegungsmechanismen	34
2. Außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen	34
a) Obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung	35
b) Mediation	36
c) Schiedsgerichtsbarkeit	38
V. Zivilprozessrecht in der Gesamtrechtsordnung	39
VI. Europäisches Zivilprozessrecht	41
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	43
<b>§ 3 Überblick über den Ablauf eines Zivilprozesses</b>	44
I. Bis Klageerhebung	44
1. Vorprozessuale Überlegungen des Klägers	44
2. Einreichung der Klage bei Gericht	45
II. Die mündliche Verhandlung	45
III. Die Beweisaufnahme	46
IV. Das Urteil	46
V. Rechtsmittel	46
VI. Rechtskraft	47
VII. Zwangsvollstreckung	47
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	47
<b>§ 4 Die Verfahrensgrundsätze</b>	48
I. Der Dispositionsgrundsatz	48
II. Der Beibringungsgrundsatz	50
III. Mündlichkeit und Schriftlichkeit	52
IV. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz	55
V. Der Öffentlichkeitsgrundsatz	56
VI. Der Anspruch auf rechtliches Gehör	58
1. Überblick	58
2. Notwendiger fachgerichtlicher Rechtsschutz	60

3.	Rechtsschutzmöglichkeiten bei Verletzung	60
4.	Die Anhörungsrüge	61
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	62
<b>B. Prozessuale Vorbereitung</b>		
<b>§ 5</b>	<b>Der Weg zum Rechtsanwalt</b>	63
I.	Einschaltung eines Rechtsanwalts	64
II.	Der Rechtsanwaltsvertrag	65
1.	Dienstvertrag	65
2.	Rechte und Pflichten	65
3.	Haftung	66
4.	Vergütung des Rechtsanwalts	67
5.	Zulassung als Anwalt	68
III.	Anwaltszwang, Lokalisationsprinzip	68
IV.	Europäische Rechtsanwälte in Deutschland	69
V.	Anwaltsorganisation	70
1.	Kooperationsformen	70
2.	Haftung in Abhängigkeit der gewählten Rechtsform	71
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	73
<b>§ 6</b>	<b>Die Auswahl des Gerichts</b>	74
I.	Internationale Zuständigkeit	74
II.	Rechtsweg	75
1.	Unterteilung in fünf Rechtswege	75
2.	Kompetenzregelung	77
III.	Instanzenzug und sachliche Zuständigkeit	78
1.	Instanzenzug in Zivilsachen	78
2.	Gerichtsverfassung	78
3.	Ausgestaltung der sachlichen Zuständigkeit	79
IV.	Die örtliche Zuständigkeit	81
1.	Art der Zuständigkeiten und ihr Verhältnis zueinander	82
2.	Folge des Fehlens der örtlichen Zuständigkeit	83
3.	Allgemeiner Gerichtsstand	83
a)	Klagen gegen natürliche Personen	83
b)	Klagen gegen juristische Personen	84
4.	Besondere Gerichtsstände	84
a)	Gerichtsstand der unerlaubten Handlung § 32	84
b)	Gerichtsstand des vertraglichen Erfüllungsortes § 29	87
c)	Dinglicher Gerichtsstand § 24	89
d)	Gerichtsstand der Widerklage § 33	90
e)	Gerichtsstand des Vermögens § 23	90
f)	Gerichtsstandsbestimmung bei Streitgenossenschaft § 36 Abs. 1 Nr. 3	91
V.	Funktionelle Zuständigkeit	91
VI.	Vereinbarungen über die Zuständigkeit § 38	92
VII.	Rügelose Einlassung § 39	93
	Zusammenfassende Übersicht zur Ermittlung der örtlichen Zuständigkeit	94

Zusammenfassende Übersicht zu § 6	94
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	95
<b>§ 7 Die Parteien</b>	96
I. Das Prozessrechtsverhältnis	96
II. Erlangung der Parteienstellung	96
III. Parteibegriff	97
1. Parteibegriff und Sachlegitimation	97
2. Parteibegriff und Prozessführungsbefugnis	97
3. Partei kraft Amtes	98
IV. Das Zweiparteiensystem und die Entwicklung von Massenverfahren	99
V. Parteifähigkeiten	102
1. Parteifähigkeit	102
2. Prozessfähigkeit	105
3. Postulationsfähigkeit	106
VI. Verhältnis der Partei zum Streitgegenstand/Prozessführungsbefugnis	107
1. Fälle gesetzlicher Prozessstandschaft	108
2. Gewillkürte Prozessstandschaft	109
Zusammenfassende Übersicht zur Parteilehre	110
VII. Mehrheit von Parteien	111
1. Die einfache Streitgenossenschaft	111
a) Zulässigkeit	111
aa) Rechtsgemeinschaft mehrerer Personen (§ 59, 1. Fall)	112
bb) Einheit der Rechtsgründe (§ 59, 2. Fall)	112
cc) Gleichartigkeit der Streitgegenstände (§ 60)	112
b) Wirkung	113
2. Die notwendige Streitgenossenschaft (§ 62)	113
a) Fälle der notwendigen gemeinsamen Klage von mehreren bzw. gegen mehrere	113
b) Fälle der notwendig einheitlichen Sachentscheidung	114
c) Wirkungen	114
3. Behandlung in der Klausur	115
4. Streitgenossenschaft und Klagehäufung	115
VIII. Parteiänderung	115
1. Gesetzliche Regelung der Parteiänderung	116
2. Gewillkürte Parteiänderung	116
a) Der Parteiwechsel	116
b) Bindung an bisherige Prozessergebnisse/Wirkung der Parteiänderung	118
c) Parteierweiterung	118
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	119
<b>§ 8 Die Klageerhebung</b>	120
I. Die Klageschrift	120
1. Parteien	121
2. Gericht	121
3. Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs	121



4.	Bestimmter Antrag	121
a)	Unbezahlte Zahlungsanträge	122
b)	Stufenklage	122
5.	Sollvorschriften	123
6.	Unterschrift	123
7.	Sprache	127
II.	Die Klageart	127
1.	Die Leistungsklage	127
a)	Rechtsschutzziel	128
b)	Teilklagen	128
c)	Unterlassungsklagen	128
d)	Fälligkeit des Anspruchs	129
2.	Die Feststellungsklage	129
a)	Gegenstand und Inhalt der Feststellungsklage	129
b)	Ziel der Feststellungsklage	130
c)	Feststellungsinteresse/Subsidiarität der Feststellungsklage	130
d)	Das Problem nachfolgender Leistungsklagen in gleicher Sache	131
e)	Zwischenfeststellungsklage	133
3.	Die Gestaltungsklage	133
III.	Der Streitgegenstand	133
1.	Fehlende Regelung in der ZPO	133
2.	Bedeutung des Streitgegenstands	134
3.	Alte und neue Streitgegenstandstheorien	135
IV.	Die Wirkungen der Klageerhebung	136
1.	Prozessuale Wirkungen	136
a)	Einrede der Rechtshängigkeit	137
b)	Fortbestehen der Zuständigkeit – perpetuatio fori	139
c)	Verbot der Klageänderung	139
d)	Veräußerung der streitbefangenen Sache	139
2.	Materiellrechtliche Wirkungen	140
a)	Hemmung der Verjährung	140
b)	Haftungsverschärfung	142
c)	Prozesszinsen	142
V.	Die Klagehäufung	142
1.	Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung	143
2.	Die nachträgliche objektive Klagehäufung	144
3.	Kumulative und eventuelle Klagehäufung	145
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	146

## C. Der Fortgang des Verfahrens

---

<b>§ 9</b>	<b>Die Vorbereitung der Hauptverhandlung</b>	<b>148</b>
I.	Ladung, Zustellung, Fristen	148
1.	Ladung	149
2.	Zustellung	149
3.	Fristen	150
4.	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand	151
II.	Früher erster Termin und schriftliches Vorverfahren	152
1.	Früher erster Termin	152

2. Schriftliches Vorverfahren	153
III. Entscheidung des Richters	154
IV. Reaktionen des Beklagten und Verfahrensfortgang	154
1. Schriftliches Vorverfahren	154
2. Früher erster Termin	154
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	155
<b>§ 10 Das weitere Verfahren vor dem Gericht</b>	<b>156</b>
I. Obligatorische Güteverhandlung	156
II. Mündliche Verhandlung	158
1. Eröffnung	158
2. Einführung in den Sach- und Streitstand	158
3. Prüfung der Zulässigkeit	158
a) Reihenfolge Zulässigkeit und Begründetheit	159
b) Zulässigkeitsrügen	160
aa) Einteilung der Zulässigkeitsvoraussetzungen	160
bb) Bedeutung des Rügeerfordernisses	160
c) Abgesonderte Verhandlung § 280	161
d) Reihenfolge der Prüfung von Sachentscheidungs- voraussetzungen	161
4. Stellen der Anträge	161
5. Streitige Verhandlung	162
6. Beweisaufnahme	162
7. Erörterung des Sach- und Streitstands, des Ergebnisses der Beweisaufnahme	162
8. Schluss der mündlichen Verhandlung	162
III. Entscheidung und Verkündung	163
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	163

## **D. Fortführung des Verfahrens durch die Parteien**

---

<b>§ 11 Prozesshandlungen der Parteien</b>	<b>164</b>
I. Abgrenzung von materiellen Rechtsgeschäften und Prozesshandlungen	164
1. Voraussetzungen und Wirkungen im Prozessrecht	164
2. Unterscheidung nach der Hauptwirkung	165
3. Vornahme materieller Rechtsgeschäfte im Prozess	165
II. Arten der Prozesshandlungen	166
1. Ein- und zweiseitige Prozesshandlungen	166
2. Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen	166
III. Regelung der Parteihandlungen	166
1. Prozesshandlungsvoraussetzungen	167
2. Form und Wirksamwerden	167
a) Prozesshandlung in mündlicher Verhandlung	167
b) Prozesshandlung außerhalb der mündlichen Verhandlung	167
aa) Gegenüber dem Gericht	167
bb) Gegenüber dem Gegner	168
3. Auslegung	168
4. Bedingungen	168
a) Haupt- und Hilfsantrag	169

b) Eventualaufrechnung	170
5. Fehler von Prozesshandlungen	171
a) Fehler bei Bewirkungshandlungen	171
b) Fehler und ihre Heilung bei Erwirkungshandlungen	171
aa) Neuvornahme	171
bb) Genehmigung	171
cc) Rügeverzicht des Gegners	171
6. Beseitigung vorgenommener Prozesshandlungen	172
a) Anfechtung	172
b) Widerruf und Rücknahme	172
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	173
<b>§ 12 Selbstständige und unselbstständige Verteidigung des Beklagten</b>	<b>174</b>
I. Die Verteidigung des Beklagten	174
II. Streit um Tatsachen	174
1. Tatsachengrundlage im Prozess	175
2. Schlüssigkeit des klägerischen Tatsachenvortrags	175
3. Erheblichkeit des Beklagtenvorbringens	176
a) Im Hinblick auf Sachentscheidungsvoraussetzungen und Prozeshindernisse	176
b) Klageleugnen	177
c) Anforderungen an das Vorbringen des Beklagten	177
d) Geltendmachen von Einreden	178
e) Replik des Klägers	178
4. Geständnis	178
5. Beweisbedürftigkeit	180
III. Streit um Rechtsfragen	180
IV. Aufrechnung des Beklagten	180
1. Wirksamkeitsvoraussetzungen	181
2. Keine Rechtshängigkeit der Aufrechnungsforderung	181
3. Aufrechnung mit rechtswegfremder Forderung	182
4. Probleme der Doppelnatur der Prozessaufrechnung	183
5. Aufrechnung im Verfahren	184
6. Aufrechnung in der Klausur	185
V. Widerklage des Beklagten	185
1. Widerklage als normale Klage	186
a) Prozess- und Sachentscheidungsvoraussetzungen	186
b) Örtliche Zuständigkeit	187
c) Sachliche Zuständigkeit	187
d) Rechtshängigkeit	188
e) Rechtsschutzbedürfnis	189
2. Privilegierung der Widerklage	189
3. Zulässigkeit der Widerklage	189
a) Rechtshängigkeit der Klage	189
b) Gleiche Prozessart	190
c) Zusammenhang als Problem der Zulässigkeit?	190
4. Eventualwiderklage	191
5. Drittwiderklage	192
a) Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung	193

b)	Keine isolierte Drittwiderklage	193
c)	Streitgenossenschaft zwischen den Widerbeklagten	193
d)	Örtliche Zuständigkeit	193
e)	Zusammenfassung Anforderungen des BGH an die Drittwiderklage	194
f)	Abweichende Ansichten in der Literatur	194
g)	Zusammenfassung Anforderungen der Literatur an die Drittwiderklage	194
h)	Ausnahmsweise isolierte Drittwiderklage	194
6.	Die Widerklage in der Klausur	196
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	196
<b>§ 13</b>	<b>Die Klageänderung</b>	197
I.	Vorliegen einer Klageänderung	198
II.	Ohne Weiteres zulässige Klageänderungen § 264	199
III.	Einwilligung des Beklagten	199
IV.	Vermutete Einwilligung	199
V.	Sachdienlichkeit	199
VI.	Verhältnis von Klageänderung und Klagerücknahme	200
	Zusammenfassende Übersicht zu § 13	200
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	201
<b>§ 14</b>	<b>Prozessbeendigende Prozesshandlungen des Klägers</b>	202
I.	Klagerücknahme	202
1.	Überblick	202
2.	Klagerücknahme als Prozesshandlung	203
3.	Zulässigkeit der Klagerücknahme	203
4.	Klagerücknahme mit und ohne Einwilligung des Beklagten	204
5.	Wirkung	204
6.	Kosten	205
II.	Einseitige Erledigungserklärung	206
1.	Überblick	207
2.	Die einseitige Erledigung als nachträgliche Klageänderung	207
a)	Klageänderungstheorie	207
b)	Zulässigkeit der Klageänderung	208
c)	Wirksamkeit der Erledigungserklärung	208
3.	Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglichen Klage bei Erledigung	208
4.	Eintritt eines erledigenden Ereignisses	209
5.	Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses	209
6.	Die einseitige Erledigung in der Klausur	211
III.	Verzicht	211
1.	Überblick	212
2.	Rechtsnatur	212
3.	Voraussetzungen	212
4.	Wirkung	213
5.	Der Verzicht in der Klausur	213
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	213

<b>§ 15 Prozessbeendigung durch Anerkenntnis des Beklagten</b>	215
I. Überblick	215
II. Rechtsnatur	215
III. Voraussetzungen	216
1. Erklärung des Beklagten	216
2. Kein Antrag des Klägers	216
3. Form	216
4. Prozesshandlungsvoraussetzungen	217
IV. Wirkung/Kostenregelung	217
V. Das Anerkenntnis in der Klausur	218
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	218
<b>§ 16 Prozessbeendigende Prozesshandlungen von Kläger und Beklagtem</b>	219
I. Die übereinstimmende Erledigungserklärung	219
1. Überblick	219
2. Erledigungsereignis und Erledigungserklärung	220
3. Wirkung	220
4. Erledigungserklärung als Prozesshandlung	221
5. Kostenentscheidung	221
6. Zulässigkeit einer erneuten Klage	222
7. Übereinstimmende Erledigung in der Klausur	223
II. Der Vergleich	223
1. Überblick	223
2. Außergerichtliche und gerichtliche Vergleiche	224
a) Außergerichtliche Vergleiche	224
aa) Der materiellrechtliche Vergleich gem. § 779 BGB	225
bb) Der Vergleich vor der Gütestelle nach § 15 a EGZPO	226
cc) Der Vergleich während eines rechtshängigen Verfahrens	226
dd) Der Anwaltsvergleich	228
b) Gerichtliche Vergleiche	228
3. Der Prozessvergleich	229
a) Rechtsnatur	229
b) Voraussetzungen	230
aa) Materiellrechtliche Voraussetzungen	230
bb) Prozessrechtliche Voraussetzungen	231
c) Wirkungen	232
aa) Materiellrechtliche Wirkungen	232
bb) Prozessuale Wirkungen	233
d) Fehler, Anfechtung, Aufhebung und Rücktritt	233
e) Fortsetzung des alten oder neues Verfahren	234
aa) Unwirksamkeit des Vergleichs	234
bb) Der angefochtene Vergleich	234
cc) Rücktritt und Aufhebung	234
Zusammenfassende Übersicht zum Prozessvergleich	235
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	236

## E. Versäumnisverfahren

---

§ 17 Säumnis	237
§ 18 Das Versäumnisurteil gegen den Beklagten	239
§ 19 Das Versäumnisurteil gegen den Kläger	241
§ 20 Der Einspruch	242
I. Zulässigkeit des Einspruchs	242
II. Wirkung des Einspruchs	242
III. Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts	243
1. Beide Parteien erscheinen	243
2. Erneute Säumnis der Partei im Einspruchstermin	243
3. Säumnis des Einspruchsgegners im Einspruchstermin	244
4. Berufung gegen zweites Versäumnisurteil	244
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	244

## F. Beweisrecht

---

§ 21 Die Informationsbeschaffung für das Verfahren	245
§ 22 Notwendigkeit und Gegenstand des Beweises	248
§ 23 Grundbegriffe des Beweisrechts	250
I. Beweismittel	250
1. Augenscheinsbeweis	250
2. Zeugenbeweis	251
3. Sachverständigenbeweis	252
4. Urkundsbeweis	253
5. Parteivernehmung	254
II. Beweisverfahren	254
1. Strengbeweis und Freibeweis	254
2. Beweisantritt	255
3. Anordnung der Beweisaufnahme	255
4. Durchführung der Beweisaufnahme	255
a) Der beauftragte Richter	256
b) Der ersuchte Richter	256
c) Beweiserhebungen im Ausland	256
5. Beweiswürdigung	257
a) Grundsatz freier Beweiswürdigung	257
b) Anscheinsbeweis	257
c) Schadensschätzung	259
III. Selbstständiges Beweisverfahren	260
IV. Beweismaß	260
1. Regelbeweismaß	260
2. Glaubhaftmachung	261
V. Beweisführungslast	261
VI. Beweislast	262
1. Entscheidungsnotwendigkeit in einer non liquet-Situation	262

2.	Grundregel der Beweislast	262
3.	Gesetzliche Beweislastregeln	262
4.	Richterrechtliche Beweislastregeln	263
5.	Beweislast bei der negativen Feststellungsklage	264
<b>§ 24</b>	<b>Beweisverwertungsverbote</b>	<b>266</b>
I.	Lauschzeugen	266
II.	Heimliche Vaterschaftstests	267
III.	Dashcams	269
	Zusammenfassende Übersicht Beweisrecht	271
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	271
<b>G. Das Urteil</b>		
<b>§ 25</b>	<b>Arten gerichtlicher Entscheidungen</b>	<b>273</b>
I.	Urteil	273
II.	Beschluss	273
III.	Verfügung	273
<b>§ 26</b>	<b>Urteilsarten</b>	<b>275</b>
I.	Das Endurteil	275
II.	Das Zwischenurteil	276
<b>§ 27</b>	<b>Der Erlass des Urteils</b>	<b>277</b>
I.	Fällung des Urteils	277
1.	Urteilsfindung	277
2.	Entscheidungsmöglichkeiten	277
3.	Richterwechsel	278
II.	Verkündung des Urteils	278
III.	Zustellung des Urteils	279
IV.	Form und Inhalt des Urteils	279
<b>§ 28</b>	<b>Die Rechtskraft des Urteils</b>	<b>282</b>
I.	Die formelle Rechtskraft	282
II.	Die materielle Rechtskraft	282
1.	Wirkung der materiellen Rechtskraft	283
a)	Negative Prozessvoraussetzung	284
b)	Präjudizialität	284
2.	Rechtskraftfähige Entscheidungen	285
3.	Objektiver Umfang der materiellen Rechtskraft	285
a)	Grundsatz	285
b)	Entscheidungsgründe als Auslegungshilfe	286
c)	Keine Rechtskraft von Einwendungen und Einreden	287
d)	Rechtskraft bei Aufrechnung	287
e)	Rechtskraft bei Teilklagen	288
f)	Rechtskraft bei Schmerzensgeldklagen	289
g)	Zwischenfeststellungsklage	290
4.	Subjektiver Umfang der materiellen Rechtskraft	291
a)	Grundsatz inter partes-Wirkung	291
b)	Rechtskrafterstreckung auf Rechtsnachfolger	292

c) Gutgläubigkeit des Rechtsnachfolgers	292
d) Rechtskrafterstreckung auf Dritte	293
5. Zeitliche Grenzen der Rechtskraft	293
III. Durchbrechung der Rechtskraft	294
1. Die Abänderungsklage gem. § 323	294
2. Die Wiederaufnahme des Verfahrens	295
a) Die Nichtigkeitsklage	295
b) Die Restitutionsklage	296
c) Dreiteilung des Wiederaufnahmeverfahrens	296
3. Durchbrechung der Rechtskraft gem. § 826 BGB	296
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	298
<b>H. Rechtsmittel</b>	
<hr/>	
<b>§ 29 Überblick</b>	299
I. Unterscheidung von Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen	300
II. Aufbau einer Rechtsmittelklausur	300
III. Verschlechterungsverbot	301
<b>§ 30 Die Berufung</b>	303
I. Die Zulässigkeit der Berufung	303
1. Statthaftigkeit	303
2. Form der Einlegung in der Berufungsfrist	304
3. Beschwer	306
4. Berufungsbegründung	307
5. Die Prüfung der Zulässigkeit der Berufung	309
II. Zurückweisung durch Beschluss	309
III. Die Begründetheit der Berufung	310
1. Berufungsgrund der fehlerhaften Rechtsanwendung	311
2. Berufungsgrund der unrichtigen Tatsachenfeststellung	312
3. Neue Tatsachen	313
IV. Die Entscheidung des Berufungsgerichts	314
<b>§ 31 Die Revision</b>	316
I. Die Zulässigkeit der Revision	316
1. Statthaftigkeit	316
2. Form der Einlegung in der Revisionsfrist	318
3. Beschwer	318
4. Revisionsbegründung	318
5. Die Prüfung der Zulässigkeit der Revision	319
II. Zurückweisung durch Beschluss	319
III. Die Begründetheit der Revision	319
IV. Die Entscheidung des Revisionsgerichts	320
V. Flucht aus der Revision	320
<b>§ 32 Die Beschwerde</b>	322
I. Die sofortige Beschwerde	322
II. Die Rechtsbeschwerde	323
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	325



## I. Besondere Verfahrensarten

---

<b>§ 33 Das Mahnverfahren</b>	326
I. Überblick	326
II. Zulässigkeit des Mahnverfahrens	327
III. Erlass des Mahnbescheids	330
IV. Widerspruch	330
V. Erlass des Vollstreckungsbescheids	332
VI. Einspruch	332
VII. Säumnis im Einspruchstermin	333
VIII. Berufung	334
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	335
<b>§ 34 Der Urkundenprozess</b>	336
<b>§ 35 Das Verfahren in Familiensachen</b>	338

## J. Beteiligung Dritter am Rechtsstreit

---

<b>§ 36 Nebenintervention</b>	340
I. Begriff	341
II. Voraussetzung	341
III. Rechtsstellung des Nebenintervenienten	342
IV. Interventionswirkung	343
<b>§ 37 Streitverkündung</b>	344
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	345

## K. Einstweiliger Rechtsschutz

---

<b>§ 38 Regelung des einstweiligen Rechtsschutzes</b>	346
I. Arten	346
II. Voraussetzungen	347
III. Verfahren	347
IV. Regelung des Arrestes	349
V. Regelung der einstweiligen Verfügung	350
1. Sicherungsverfügung	350
2. Regelungsverfügung	350
3. Leistungsverfügung	351
Zusammenfassende Übersicht einstweiliger Rechtsschutz	352
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	352
<b>Anhang: Definitionen</b>	353
<b>Stichwortverzeichnis</b>	357

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abb.	Abbildung
ABl.	Amtsblatt
ABl.EG	Amtsblatt der EG
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADR	Alternative Dispute Resolution
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 2.7.1979 (BGBl. I, 853 ber. 1036)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AusfG	Ausführungsgesetz
AVAG	Gesetz zur Ausführung zwischenstaatlicher Verträge und zur Durchführung von Verordnungen und Abkommen der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen vom 3.12.2009 (BGBl. I, 3830)
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAG	Berufsausübungsgesellschaft
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
BBG	Bundesbeamtengesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 31.3.1999 (BGBl. I, 675)
Bd.	Band
BerHG	Gesetz über Rechtsberatung und Vertretung für Bürger mit geringem Einkommen vom 18.6.1980 (BGBl. I, 689).
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof ( <a href="http://www.bundesgerichtshof.de">www.bundesgerichtshof.de</a> , dort alle Urteile ab 2000 als pdf-Datei)
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMJ	Bundesministerium der Justiz ( <a href="http://www.bmj.bund.de">www.bmj.bund.de</a> , dort Gesetze, BGBl. online mit Aktualitätssdienst und Reformvorhaben)
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte in der Fassung vom 1.11.2001
BRAGO	Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung (außer Kraft)
BRAB	Bundesrechtsanwaltskammer
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung, Gesetz vom 1.8.1959 (BGBl. I, 565)
BReg	Bundesregierung
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 31.3.1999 (BGBl. I, 654)
BSG	Bundessozialgericht
Bt.Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BVerwG bzw.	Bundesverwaltungsgericht beziehungsweise
DB ders. dies.	Der Betrieb derselbe dieselben
DRiG	Deutsches Richtergesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 19.4.1972 (BGBl. I, 713)
DS	Der Sachverständige
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
EG	Europäische Gemeinschaften
EGBG	Einführungsgesetz zum BGB i.d.F. der Bekanntmachung vom 21.9.1994 (BGBl. I, 2494 ber. BGBl. 1997 I, 1061)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Konsolidierte Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Amsterdam vom 2.10.1997
EGVP	Elektronisches Gerichts- und Verwaltungspostfach ( <a href="http://www.egvp.de">www.egvp.de</a> )
EGZPO	Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung vom 30.1.1877 (RGL. 244)
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (BGBl. 1952 II, 686, 953)
ERVV	Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung (BGBl. I. 3803)
ERVVO BGH	elektronische Rechtsverordnung des BGH
EU	Europäische Union
EuBVO	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) (Neufassung)  (ABIEG Nr. L 405/1 vom 2.12.2020)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
EuGVO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABlEU L 351 S. 1, geändert durch Verordnung (EU) Nr. 542/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 bezüglich der hinsichtlich des Einheitlichen Patentgerichts und des Benelux-Gerichtshofs anzuwendenden Vorschriften, ABlEU L 163 vom 29.5.2014, S. 1 ff.
EuRAG	Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland vom 9.3.2000, (BGBl. I 182), Zuletzt geändert durch Art. 9 Gesetz zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen vom 6. 12. 2011 (BGBl. I S. 2515)
EuÜ	Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21.4.1961 (BGBl. 1964 II, 425)
EuVTVO	Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (Amtsblatt Nr. L 143 vom 30.4.2004 S. 15–39)
EuZustVO	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) (Neufassung) (ABIEG Nr. L 405/40 vom 25.11.2020)

## Abkürzungsverzeichnis

---

FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.12.2008, (BGBl. I, 2586)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FD-ZVR	Fachdienst Zivilverfahrensrecht
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
FGO	Finanzgerichtsordnung i.d.F. der Bekanntmachung vom 28.3.2001 (BGBl. I, 443 ber. 2262 und 2002 I, 679)
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949
GKG	Gerichtskostengesetz vom 5.5.2004 (BGBl. I, 718)
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmS-OGB	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GS	Gedächtnisschrift
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz vom 27.1.1877, i.d.F. vom 9.5.1975 (BGBl. I, 1077)
GWR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HBÜ	Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 18.3.1970 (BGBl. 1977 II, 1472)
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
JA	Juristische Ausbildung
Jb.f.RSoz.u.RTh	Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie
JKomG	Gesetz vom 22.3.2005 über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz (BGBl. I, 837)
JR	Juristische Rundschau
JuMoG	1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24.8.2004 (BGBl. I, 2198)
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KapMuG	Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten vom 19.10.2012 (BGBl. I, 2182)
KG	Kammergericht, Kommanditgesellschaft
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
LG	Landgericht
lit.	litera
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring (beck-online)
MarkenG	Markengesetz, BGBl. vom 25.10.1994 (BGBl. I, 3082, ber. BGBl. I, 1995 156)
m.Anm.	mit Anmerkung
m.w.Nw.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittBayNot	Zeitschrift der bayerischen Notarkammer
MittRhNotK	Zeitschrift der mittelrheinischen Notarkammer
MüKo	Münchener Kommentar

## Abkürzungsverzeichnis

---

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger freier Berufe vom 25.7.1994 (BGBl. I, 1744)
PatG	Patentgesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 16.12.1980 (BGBl. 1981 I, 1)
PflVG	Pflichtversicherungsgesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 5.4.1965 (BGBl. I, 213)
PKH	Prozesskostenhilfe
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz vom 15.12.1989 (BGBl. 2198)
RA	Rechtsanwalt
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBerG	Rechtsberatungsgesetz (außer Kraft)
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz (Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen) vom 12.12.2007 (BGBl. I, 2840)
RefE	Referentenentwurf
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiL	Richtlinie
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RIW/AWD	Recht der Internationalen Wirtschaft, Betriebs-Berater International (früher: Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters)
Rn.	Randnummer
RPfl	Rechtspfleger
RPfleger	Der Rechtspfleger (Zeitschrift)
Rs.	Rechtssache
R/S/G	Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Auflage 2010
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz vom 5.5.2004 (BGBl. I, 718, 788)
S.	Seite/siehe
SchiedsVfG	Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts vom 22.12.1997 (BGBl. I, 3224)
SGG	Sozialgerichtsgesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 23.9.1975 (BGBl. I, 2535)
Slg.	Amtliche Sammlung des EuGH
sog.	sogenannte
StGB	Strafgesetzbuch
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
SZ	Süddeutsche Zeitung
u.a.	unter anderem
Übers.	Übersicht
UKlaG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen in der Fassung vom 27.8.2002 (BGBl. I, 3422, ber. 4346)
Urt.	Urteil
usw.	Und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3.7.2004 (BGBl. I, 1414)
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VU	Versäumnisurteil
VUR	Verbraucher und Recht

## Abkürzungsverzeichnis

---

VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung i.d.F. der Bekanntmachung vom 19.3.1991 (BGBl. I, 686)
www.	World Wide Web
z.B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das juristische Studium ( <a href="http://www.zjs-online.com">www.zjs-online.com</a> )
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung vom 30.1.1877
ZPR	Zivilprozessrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZustRG	Gesetz zur Reform des Verfahrens bei Zustellungen im gerichtlichen Verfahrens (Zustellungsreformgesetz) vom 25.6.2001 (BGBl. I, 1206)
z.Zt.	zur Zeit
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International



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

In der zunehmend wichtigen **Anwalts Klausur** 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 Anwalts Klausur 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 Richter Klausur vor der Begründetheit geprüft.

Die Klausurtypen unterscheiden sich auch dadurch, dass die von Ihnen erwartete Leistung bei der Richter Klausur 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 singular 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. GVG), 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 *Stürmer*, 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; *Wüding*, "Justice delayed is justice denied." – Zur Europäisierung und Optimierung des Rechtsschutzes bei überlangen Zivilverfahren, ZZP 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 Privatrechtsordnung 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 Rüßmann, 2013, S. 651; Greger, 10 Jahre Schutz vor überflangen 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 Rechtsmittelinstantz 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, ZP 113 (2000), 399; Koch, Prozessführung im öffentlichen Interesse, 1983; Guski, Konfliktmöglichkeit durch überindividuellen Rechtsschutz: Funktion und Dogmatik der Verbandsklage, ZP 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, ZP 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 aktionenrechtlichen 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. *Windscheids* 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

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

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

13 *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.

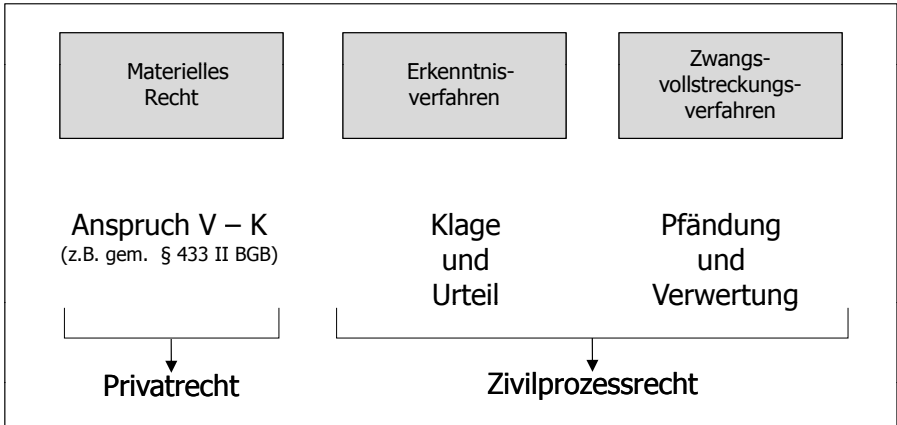


Abb.1 Das Recht und seine Durchsetzung

### 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/Strempel* (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 unbekannte, 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\\_](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht_(abgerufen_2.5.2023).) (abgerufen am 2.5.2023).

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 § 5 a 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; *Stickelbrock*, 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 Sachentscheidungsvoraussetzung 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; *Priütting*, 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*, *NwZ* 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 diene 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.

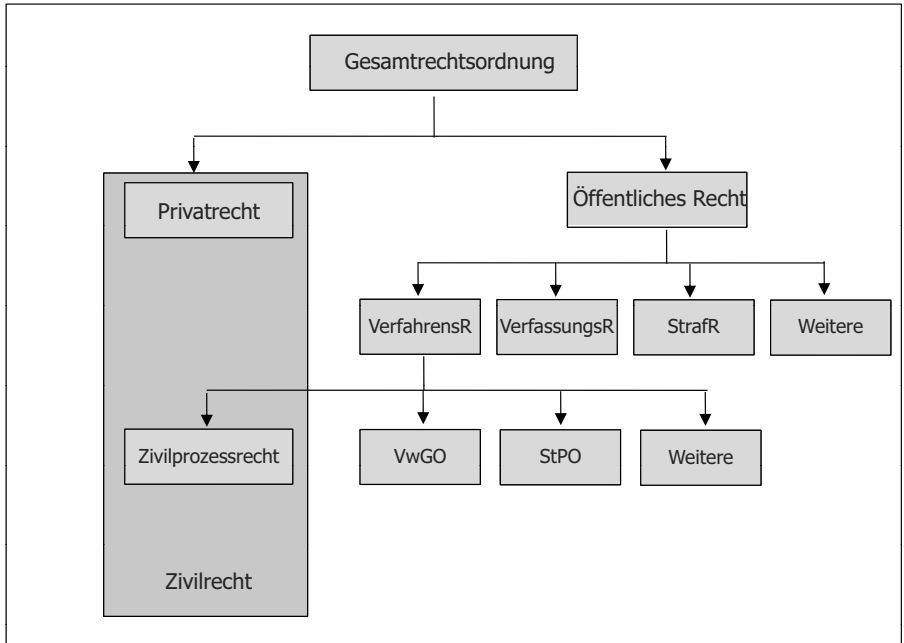


Abb. 2 Zivilprozessrecht in der Gesamtrechtsordnung

- 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).

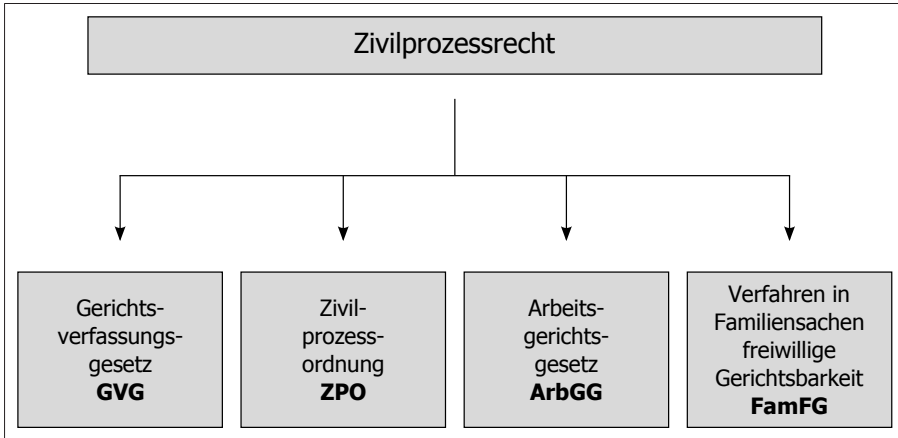


Abb. 3 Regelungen des Zivilprozessrechts

## 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>

33

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.

34

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.

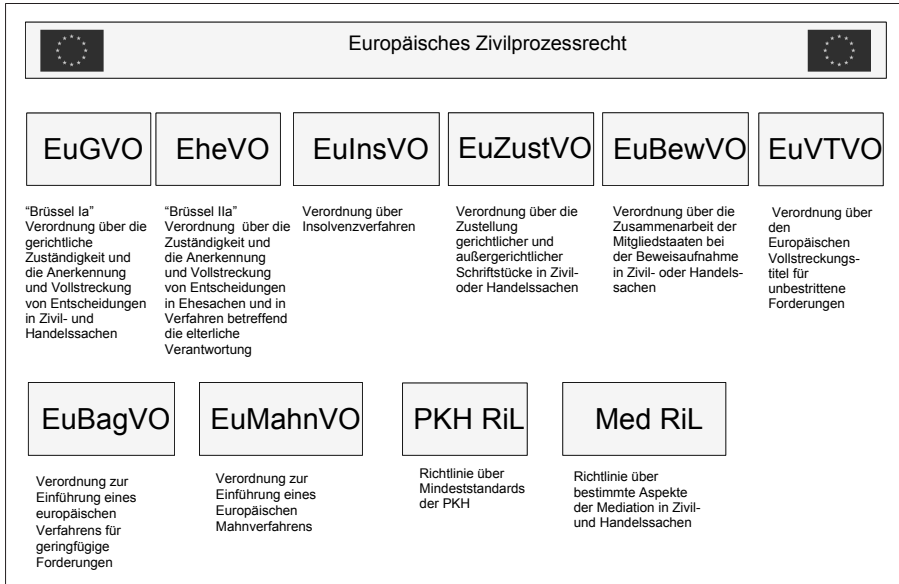


Abb. 4 Europäisches Zivilprozessrecht

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 unabhängigem 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 erachten 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 (ungeschriebene 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.

## 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.

## 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.

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).

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*, Parteiheerrschaft versus Richter Macht 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. 7

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.). 8

Seine Ausprägung hat der Dispositionsgrundsatz in der ZPO an verschiedensten Stellen gefunden: 9

- 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 vorgesehene 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. 10

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> 11

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; *Zwikel*, 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 einführte (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 abschichten**.<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 Abschtichtung 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

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

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

18 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 Rechtsmitteleinlegung (§§ 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/Publicationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210217004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publicationen/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, ZZZ 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, ZZZ 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** (wohlgemerkt 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, ZZZ 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-Grundrechtcharta<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 Anhörungsrügeverfahren, 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 Anhörungsrügegengesetz<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.

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

- 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 Devolutivfekt 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.

**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).

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.

## B. Prozessuale Vorbereitung

### § 5 Der Weg zum Rechtsanwalt

**Literatur:** *Fontana*, Der Anwaltszwang im Zivilprozess – Grundlagen und Probleme, JA 2023, 409; *Henssler/Özman/Sossna*, Anwaltliches Berufsrecht, JuS 2022, 385, 386.

In Deutschland gab es zu Beginn des Jahres 2023 165.587 Rechtsanwälte.<sup>1</sup> Etwa 80 % der Assessoren werden in der Anwaltschaft tätig. 1

Der Rechtsanwalt ist nach (noch) hergebrachtem Verständnis gem. § 3 Abs. 1 BRAO der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten. Er ist **unabhängiges Organ der Rechtspflege** (§ 1 BRAO). Dieses Verständnis der Funktion des Rechtsanwalts ist derzeit vor allem unter der Geltung europäischen Rechts und der Rechtsprechung des BVerfG einem radikalen Wandel unterworfen. Dies führt dazu, den Rechtsanwalt immer stärker als Dienstleister wie jeden gewerblich Tätigen einzuordnen und auf ihn umfassend die Dienst- und Niederlassungsfreiheit anzuwenden. 2

Gesetzliche Grundlagen der anwaltlichen Tätigkeit sind das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG), das das weniger liberale Rechtsberatungsgesetz (RBerG) abgelöst hat,<sup>2</sup> die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) und das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG). Dazu tritt die Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA), die auf der Grundlage des Selbstverwaltungsrechts der Bundesrechtsanwaltskammer (§ 191 a Abs. 2 BRAO) das Standesrecht enthält. 3

In den letzten Jahrzehnten ist es zu einer deutlichen staatlichen **Deregulierung des Rechtsberatungsmarktes** gekommen.<sup>3</sup> Vom 2008 eingeführten Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) war die Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen betroffen (§ 1 Abs. 1 RDG). Dadurch ist das vormalige Monopol der Rechtsanwälte im Bereich der Rechtsberatung entfallen. Im Zusammenhang mit einer anderen beruflichen oder gesetzlich geregelten Tätigkeit sind Rechtsdienstleistungen erlaubt, die eine zum Berufs- oder Tätigkeitsbild oder zur vollständigen Erfüllung der vertraglichen oder gesetzlichen Hauptpflichten gehörige Nebenleistung darstellen (§ 5 RDG). Unentgeltliche Rechtsdienstleistungen, z.B. im familiären oder nachbarschaftlichen Rahmen sind erlaubt (§ 6 Abs. 1 RDG). In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BVerfG unterstellt das Gesetz nur solche Dienstleistungen seinem Verbotsbereich, die eine rechtliche Einzelfallüberprüfung erfordern und schließt bestimmte Tätigkeiten wie die Erstattung von Gutachten aber auch die Mediation vom Verbot aus (§ 2 RDG). Ende 2019 hat der BGH in einem Streit um Ansprüche aus der sog. Mietpreisbremse eine Grundsatzentscheidung getroffen und die **Tätigkeit von registrierten Inkassodienstleistern**, die mithilfe von legaltech massenhaft Ansprüche durchsetzen, legitimiert.<sup>4</sup> Diese Unternehmen sind in einem Grenzbereich zwischen Rechtsdienstleistung und Inkassotätigkeit aktiv. Sie sind durch den Einsatz moderner Technologien in der Lage, Ansprüche von Verbrauchern auch in hoher Zahl und mit geringen Streitwerten durchzu-

1 <https://www.brak.de/presse/zahlen-und-statistiken/> (abgerufen 2.5.2023).

2 BGBl. I, 2840, 165.

3 Zum Einfluss des Europarechts auf die Deregulierung (verfassungswidriger) nationaler Freiheitsbeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht s. *Hellwig*, AnwBl 2011, 77.

4 BGH, Urteil vom 27.11.2019, Az.: VIII ZR 285/18 = NJW 2020, 208; dazu *Fries*, Rechtsberatung durch Inkassodienstleister: Totenglocklein für das Anwaltsmonopol?, NJW 2020, 193.

setzen. Im vom BGH entschiedenen Fall „wenigermiete.de“ (LexFox I) ging es um eine Forderungen iHv 23,49 € plus 166,90 € vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten und einen Feststellungsantrag. Derartige Dienstleister arbeiten auf Basis einer Erfolgsvereinbarung, sie erhalten eine Provision von z.T. 35 %, der Verbraucher trägt kein Kostenrisiko im Falle des Misserfolges. Der BGH entschied, dass diese Tätigkeit der als Inkassodienstleisterin nach § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RDG registrierten Klägerin von der Befugnis gedeckt ist, Inkassodienstleistungen gem. § 2 Abs. 2 Satz 1 RDG zu erbringen. Dies folgert der BGH aus einem weiten Verständnis des Begriffs der Inkassodienstleistung. § 10 RDG ist Erlaubnistatbestand iS. des § 3 RDG.<sup>5</sup> Dadurch war es zu einer Schiefelage zwischen Inkassodienstleistern und Rechtsanwälten gekommen, die bis dahin nur höchst eingeschränkt ein Erfolgshonorar vereinbaren durften. Inzwischen wurde der Begriff des Inkassos im Sinne des RDG neu definiert und das Erfolgshonorar wurde für alle Geldforderungen bis 2.000 Euro freigegeben (dazu Rn. 10).

### I. Einschaltung eines Rechtsanwalts

- 5 Ziel des Einsatzes eines Rechtsanwaltes ist es, für eine Objektivierung des Streits und die Verhinderung eindeutig unbegründeter aussichtsloser Klagen zu sorgen.
- 6 In Deutschland ist die Ansicht verbreitet, dass die Anwaltskosten zu hoch sind, dass Anwälte sich nicht verständlich ausdrücken und ihren Klienten nur das Geld aus der Tasche ziehen wollen. Dieses sind Barrieren, die die Mobilisierung von Recht hindern. Für einen mündlichen oder schriftlichen Rat oder eine Auskunft (Beratung), die nicht mit einer anderen gebührenpflichtigen Tätigkeit zusammenhängen und für die Ausarbeitung eines schriftlichen Gutachtens soll der Rechtsanwalt auf eine Gebührenvereinbarung hinwirken. Wenn keine Vereinbarung getroffen worden ist, erhält der Rechtsanwalt Gebühren nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts. Für ein erstes Beratungsgespräch beträgt die Gebühr höchstens 190 € (§ 34 RVG). Ob nach dieser Erstberatung der Anwalt beauftragt wird und den Fall bis zur gerichtlichen Entscheidung bringt, ist allein Sache des Mandanten. Letztlich sind diese Vorurteile gegenüber anwaltlicher Tätigkeit in der Unkenntnis vor dem „System Rechtsschutz“ begründet. Diese Unkenntnis hat z.B. die Einrichtung von **Anwaltshotlines** gefördert, bei denen ein Unternehmen die Verbindung zu einem Anwalt herstellt, dessen Honorar dann auf der Grundlage eines Zeithonorars mit der Telefonrechnung abgerechnet wird.<sup>6</sup> Diese angebotenen Anwaltshotlines sollen die Schwellenangst der Bürger vor dem System „institutionalisierter Rechtsschutz“ abbauen und auf kalkulierbarer Kostengrundlage schnelle Rechtsauskünfte ermöglichen und so zu einer Mobilisierung von Recht beitragen. Der BGH hat derartige Hotlines im Wesentlichen als mit dem ehemaligen RBeRG und dem anwaltlichen Berufsrecht vereinbar angesehen.<sup>7</sup> Die BReg hatte schon vor dem BGH-Urteil klargemacht, dass sie Anwaltshotlines grundsätzlich für eine sinnvolle und zeitgemäße Einrichtung hält, damit Bürger rasch und einfach Rechtsauskünfte erlangen können.

5 Prütting, Der Referentenentwurf zum Rechtsdienstleistungsmarkt, ZIP 2020, 269; Römermann, LegalTech: Der BGH macht den Weg frei – aber wohin führt er?, VuR 2020, 43.

6 Holzapfel, Rechtliche Probleme der Rechtsberatung per Hotline und Online, 2002; Demmel/Skrobotz, CR 1999, 561.

7 BGH, Urteil vom 26.9.2002, Az.: I ZR 44/00 = NJW 2003, 819, dazu Adolphsen, JR 2003, 27. S. auch Urteil vom 30.9.2004, Az.: I ZR 261/02 = NJW 2005, 1266 (Minutenpreise bei telefonischer Rechtsberatung). Zu Hotlines von Steuerberatern s. Urteil vom 30.9.2004, Az.: I ZR 89/02 = NJW 2005, 1268.

## II. Der Rechtsanwaltsvertrag

### 1. Dienstvertrag

Der Rechtsanwalt ist mit seinem Mandanten durch einen auf eine Geschäftsbesorgung gerichteten **Dienstvertrag** (§§ 611, 675 Abs. 1 BGB) verbunden. Da kein Erfolg geschuldet ist, liegt regelmäßig kein Werkvertrag vor.<sup>8</sup> Bei einer Gutachtenerstellung oder der Rechtsauskunft über eine Einzelfrage kann auch ein Werkvertrag gegeben sein. Der Rechtsanwalt agiert gleichwohl als unabhängiges Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO). Diese Unabhängigkeit kann durch eine wirtschaftlich schlechte Situation, in der sich zahlreiche Anwälte auf diesem umkämpften Markt befinden, gefährdet sein, aber auch durch Abhängigkeit von einzelnen besonders lukrativen Mandaten. Aufgrund seiner Stellung als unabhängigem Organ der Rechtspflege kann die grundsätzliche Weisungsgebundenheit, die sich aus § 665 BGB ergibt, der kraft Verweisung auch für den Geschäftsbesorgungsvertrag gilt, einzuschränken sein. In den Fällen des § 48 BRAO besteht ein Kontrahierungszwang.

7

### 2. Rechte und Pflichten

Die berufsrechtlichen Pflichten (sog. **Grundpflichten**) ergeben sich aus § 43 a BRAO. Dies sind Unabhängigkeit, Verschwiegenheit, Sachlichkeitsgebot, Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen.<sup>9</sup> Die **Rechte und Pflichten** des Rechtsanwalts gegenüber seinem Mandanten ergeben sich aus dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis. Er ist verpflichtet, die Tatsachen vollständig zu ermitteln, die Rechtslage sorgfältig zu prüfen, den Mandanten über Erfolgsaussichten und Risiken der Prozessführung aufzuklären<sup>10</sup> und bei mehreren möglichen Wegen den sichersten und Kosten sparenden zu wählen.<sup>11</sup> Der Rechtsanwalt muss die neueste höchstrichterliche Rechtsprechung kennen und sich daran orientieren. Rechtsprüfung und Rechtsberatung setzen – so der BGH<sup>12</sup> – zwingend die Kenntnis der einschlägigen Rechtsnormen voraus, zu denen auch die auf der Grundlage von Bundesgesetzen erlassenen Rechtsverordnungen gehören. Notfalls muss sich der Rechtsanwalt die erforderlichen Rechtskenntnisse, soweit sie nicht zu seinem präsenten Wissen gehören, aneignen und sich auch in eine Spezialmaterie einarbeiten. Der Hinweis, es handle sich um eine Spezialmaterie, entlastet den Rechtsanwalt nicht. Gem. § 43 a Abs. 8 BRAO besteht eine anwaltliche Fortbildungspflicht. Diese Fortbildung gehört zu den Grundpflichten eines jeden Rechtsanwalts. Die Einhaltung dieser Verpflichtung lässt sich jedoch praktisch nicht kontrollieren und eine Verletzung derselben daher nicht sanktionieren. Anders verhält es sich mit der für die Fachanwälte geltenden Fortbildungsverpflichtung in § 15 FAO. Hierin sind die Art und Weise und der zeitliche Umfang der zu erbringenden Fortbildung festgelegt. Zudem ist die Fortbildung gegenüber der Rechtsanwaltskammer unaufgefordert nachzuweisen. Bei Verstößen droht der Widerruf des Fachanwaltstitels.

8

8 BGH, Urteil vom 10.6.1985, Az.: III ZR 73/84 = NJW 1985, 2642; MüKo-BGB/Mueller-Gloege, § 611 Rn. 119; Henssler/Özman/Sossna, Anwaltliches Berufsrecht, JuS 2022, 385, 386.

9 Henssler/Özman/Sossna, JuS 2022, 385, 388 ff; Deckenbrock, Die Entwicklung des anwaltlichen Berufsrechts, NJW 2022, 3688, 3691; Dahns, Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht, NJW-Spezial 2022, 574; Römermann, Die Neuregelung der Interessenkollision, NJW 2022, 371.

10 BGH, Urteil vom 8.12.1983, Az.: I ZR 183/81 = BGHZ 89, 178.

11 BGH, Urteil vom 6.11.2008, Az.: IX ZR 158/07 = NJW 2009, 1806, 1807; Henssler/Özman/Sossna, JuS 2022, 385, 393.

12 BGH, Urteil vom 22.9.2005, Az.: IX ZR 23/04 = NJW 2006, 501, 502.



Ist es zweifelhaft, ob ein vertraglicher Anspruch im Wege der Vertragsübernahme auf einen Dritten übergegangen ist, hat der Rechtsanwalt, der zur Klage gegen den Dritten rät, seinem Mandanten zu empfehlen, dessen ursprünglichem Vertragspartner den Streit zu verkünden (zur Streitverkündung § 37 Rn. 1).<sup>13</sup> Ein Anwalt, der von seinem Mandanten beauftragt wird, dessen Rechte gegenüber einem säumigen Schuldner wahrzunehmen, ist vertraglich verpflichtet, Vorkehrungen schon gegen eine drohende Verjährung zu treffen. Diese Pflicht setzt wesentlich früher ein als der Eintritt der Verjährung selbst.<sup>14</sup>

### 3. Haftung

- 9 Verliert die Partei aufgrund einer **Pflichtverletzung des Rechtsanwalts** den Prozess oder hat sonstige prozessuale Nachteile, so ist der Rechtsanwalt gem. § 280 BGB zum Schadensersatz verpflichtet.<sup>15</sup> Daneben kann es auch eine deliktische Haftung geben.<sup>16</sup> Er hat seinen Mandanten über seine eigene Schadensersatzverpflichtung und die Verjährung des Anspruchs aufzuklären.<sup>17</sup> Nach § 51 Abs. 1 BRAO muss der Rechtsanwalt eine Berufshaftpflichtversicherung abschließen. Fehler des Rechtsanwalts werden gem. § 85 Abs. 2 der Partei zugerechnet, entfalten also als Parteihandlung unmittelbar Wirkung im Prozess. Das Verschulden des Bevollmächtigten gilt innerhalb der Bestimmungen der ZPO, die auf ein Verschulden der Partei abstellen (§§ 233, 296, 337 S. 1, 367 Abs. 2, 530, 531, 532) als eigenes Verschulden der Partei. Die Partei soll nicht dadurch besser stehen, dass sie sich eines Prozessbevollmächtigten bedient. Eine Exkulpationsmöglichkeit gibt es nicht.

Daher kann z.B. eine unterlassene Übermittlung einer Berufungsbegründung ein der Partei zurechenbares Organisationsverschulden seines Prozessbevollmächtigten sein.<sup>18</sup> Resultiert der Fehler aus einem Verschulden des Büropersonals des Rechtsanwalts, so erfolgt die Zurechnung nicht unmittelbar über § 85 Abs. 2, da Büropersonal nicht Bevollmächtigter i.S. dieser Vorschrift ist, sondern Hilfspersonal des Bevollmächtigten. Trifft aber den bevollmächtigten Rechtsanwalt ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden, wird dieses Verschulden wiederum der Partei gem. § 85 Abs. 2 zugerechnet. Für Schadensersatzansprüche der Partei gegen den Rechtsanwalt gilt die Vorschrift nicht. Hier greift die Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB. Das Verschulden des Rechtsanwalts wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Hier haftet der Anwalt für Fehler seines Büropersonals gem. § 278 BGB ohne Exkulpationsmöglichkeit. Die Haftung von Mitgliedern einer Berufsausübungs- oder Rechtsanwaltsgesellschaft, insbesondere die Frage, ob ein Einzel- oder ein Berufsausübungsgesellschaftsmandat erteilt wurde, ist von der gewählten Rechtsform abhängig (s.u. Rn. 16). Führt eine Pflichtverletzung des Rechtsanwalts zu einem Schadensersatzanspruch des Mandanten, kann dieser gegen den Vergütungsanspruch des Rechtsanwalts aufrechnen. Das Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht sieht eine Schlichtungsstelle (Ombudsmann) für Streitigkeiten zwischen Anwalt und Mandant vor.<sup>19</sup>

13 BGH, Urteil vom 16.9.2010, Az.: IX ZR 203/08 = NJW 2010, 3576.

14 BGH, Urteil vom 6.11.2008, Az.: IX ZR 158/07 = NJW 2009, 1806, 1807.

15 Übersicht über die Rspr. des BGH zum Anwaltshaftungsrecht bei *Jungk*, NJW 2022, 3551.

16 *Henssler/Özman/Sossna*, JuS 2022, 385, 393.

17 BGH, Urteil vom 27.1.2000, Az.: IX ZR 354/98 = NJW 2000, 1267.

18 BGH, Beschluss 18.7.2007, Az.: XII ZB 32/07 = NJW 2007, 2778.

19 BGBl. I, 2449; Die Schlichtungsstelle mit aktuellen Tätigkeitsberichten findet man unter <http://www.schlichtungsstelle-der-rechtsanwaltschaft.de> (abgerufen 3.5.2023).

#### 4. Vergütung des Rechtsanwalts

Der Rechtsanwalt erhält für seine Tätigkeit **Gebühren** nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG),<sup>20</sup> die sich im Grundsatz nach dem sog. Gegenstandswert richten (§ 2 Abs. 1 RVG). Richten sich die Gebühren nach dem Gegenstandswert, hat der Rechtsanwalt vor Übernahme des Auftrags hierauf hinzuweisen (§ 49 b Abs. 5 BRAO). Zulässig ist die Vereinbarung einer Zeit- oder einer Pauschalvergütung. Es ist unzulässig, **geringere Gebühren** und Auslagen zu vereinbaren oder zu fordern, als das RVG vorsieht, soweit dieses nichts anderes bestimmt.<sup>21</sup> Im Einzelfall darf der Rechtsanwalt besonderen Umständen in der Person des Auftraggebers, insbesondere dessen Bedürftigkeit, Rechnung tragen durch Ermäßigung oder Erlass von Gebühren und Auslagen nach Erledigung des Auftrags (§ 49 b Abs. 1 S. 2 BRAO). In außergerichtlichen Angelegenheiten sind seit 2006 **Honorarvereinbarungen** erforderlich (§ 34 RVG). Die gesetzlich festgelegten Gebühren für Beratung und Gutachten sind entfallen. Wird keine Honorarvereinbarung getroffen, erhält der Rechtsanwalt die Gebühren nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts (§ 612 Abs. 2 BGB). Die Vereinbarung eines sog. **Erfolgshonorars** war bis 2008 unzulässig. Danach ließ § 4 a RVG die Vereinbarung eines Erfolgshonorars (§ 49 b Abs. 2 S. 1 BRAO) für den Einzelfall zu. Ein solches durfte nur dann vereinbart werden, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde. In einem gerichtlichen Verfahren darf dabei für den Fall des Misserfolgs vereinbart werden, dass keine oder eine geringere als die gesetzliche Vergütung zu zahlen ist, wenn für den Erfolgsfall ein angemessener Zuschlag auf die gesetzliche Vergütung vereinbart wird. Vorausgegangen war der Änderung eine Entscheidung des BVerfG, das 2006 entschieden hatte, dass das (damalige) Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare mit Art. 12 Abs. 1 GG insoweit nicht vereinbar war, als es keine Ausnahme für den Fall zuließ, dass der Rechtsanwalt mit der Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung besonderen Umständen in der Person des Auftraggebers Rechnung trug, die diesen sonst davon abhielten, seine Rechte zu verfolgen<sup>22</sup>. Durch das Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt<sup>23</sup> ist das Erfolgshonorar neu geregelt worden: Ein Erfolgshonorar darf nur vereinbart werden, wenn sich der Auftrag auf eine Geldforderung von höchstens 2 000 Euro bezieht, eine Inkassodienstleistung außergerichtlich oder in einem der in § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 genannten Verfahren erbracht wird oder der

10

20 *Hartung*, Das neue Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, NJW 2004, 1409; *Henssler*, Aktuelle Praxisfragen anwaltlicher Vergütungsvereinbarungen, NJW 2005, 1537.

21 Zur Vereinbarkeit von Gebührenordnungen für Rechtsanwälte mit dem europäischen Wettbewerbsrecht s. EuGH, Urteil vom 5.12.2006, Az.: C-94/04 und C-202/04, Slg. 2006, I-11421 und *Helwig*, Anwaltliches Berufsrecht in Europa, AnwBl 2011, 77, 78.

22 BVerfG, Beschluss vom 12.12.2006, Az.: 1 BvR 2576/04 = NJW 2007, 979.

23 Entwurf eines Gesetzes zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt, [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Rechtsdienstleistungsmarkt.pdf;jsessionid=2E7177CFCC570AF76EC141433E9F1F18.2\\_cid334?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Rechtsdienstleistungsmarkt.pdf;jsessionid=2E7177CFCC570AF76EC141433E9F1F18.2_cid334?__blob=publicationFile&v=2) (abgerufen am 22.5.2021); Der Bundestag hat in der Nacht vom 10.6.2021 auf den 11.6.2021 das Gesetz verabschiedet. Das Gesetz hat am 25.6.2021 den Bundesrat passiert und wird am 1.10.2021 in Kraft treten. *Stadler*, Verbraucherschutz durch die erneute Reform des Rechtsdienstleistungsgesetzes, VuR 2021, 123; *Kilian*, Anwaltliche Erfolgshonorare? – Eine evidenzbasierte Annäherung, NJW 2021, 445.

Auftraggeber im Einzelfall bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde.<sup>24</sup>

### 5. Zulassung als Anwalt

- 11 Die **Zulassung** als Anwalt erfolgt auf Antrag des Bewerbers, der die Befähigung zum Richteramt nachweisen muss (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 BRAO). Die BRAO enthält einzelne Versagungsgründe, eine Bedarfsprüfung darf nicht erfolgen (Grundsatz der freien Advokatur). Der Rechtsanwalt wird nicht mehr bei einem bestimmten AG oder LG zugelassen. Mit der Zulassung zur Anwaltschaft ist heute sofort der Zugang zu allen AG, LG und OLG verbunden. Eine Mindest-Berufserfahrung als Voraussetzung für die Berechtigung, vor den OLG auftreten zu können (früher fünf Jahre), gibt es nicht mehr. Der Rechtsanwalt muss im Bezirk der Rechtsanwaltskammer, deren Mitglied er ist, eine Kanzlei einrichten und unterhalten (§ 27 Abs. 1 BRAO). Daneben kann der Rechtsanwalt auch zur Syndikusrechtsanwaltschaft zugelassen werden (§ 46 a BRAO). Inhaltlich bestehen für die Zulassung keine Unterschiede gegenüber der Zulassung als Rechtsanwalt, die Zulassung ist aber rein tätigkeitsbezogen.<sup>25</sup> Der **Syndikusanwalt** ist nicht bei einem Rechts- oder Patentanwalt bzw. einer Berufsausübungsgesellschaft angestellt, sondern bei einem nicht-anwaltlichen Arbeitgeber.
- 12 Die zunehmende **Spezialisierung** der Rechtsanwälte wird durch die Einrichtung von Fachanwälten dokumentiert (§ 43 c BRAO). 2023 registrierte die BRAK 58.339 Fachanwälte in den Bereichen Agrarrecht, Arbeitsrecht, Bank- und Kapitalmarktrecht, Bau- und Architektenrecht, Erbrecht, Familienrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, Handels- und Gesellschaftsrecht, Informationstechnologierecht, Insolvenzrecht, Informationstechnologierecht, Internationales Wirtschaftsrecht, Medizinrecht, Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Migrationsrecht, Sportrecht, Steuerrecht, Vergaberecht, Verkehrsrecht, Versicherungsrecht, Verwaltungsrecht.<sup>26</sup> Ein Rechtsanwalt darf drei Fachanwaltsbezeichnungen führen (§ 43 c Abs. 1 S. 3 BRAO). Die Bestimmung verstößt nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>27</sup>

### III. Anwaltszwang, Lokalisationsprinzip

- 13 Gemäß § 78 Abs. 1 herrscht vor den LG und vor allen Gerichten des höheren Rechtszugs (OLG/BGH) **Anwaltszwang**. In Familiensachen besteht gemäß § 114 Abs. 1 FamFG ein weitergehender Anwaltszwang. Die Parteien sind, soweit Anwaltszwang besteht, allein nicht postulationsfähig (§ 7 Rn. 31) und können daher keine wirksamen Prozesshandlungen vor Gericht vornehmen. Vor den AG ist eine Vertretung durch Rechtsanwälte nicht erforderlich. Entschließt sich eine Partei auf eigene Faust zu prozessieren, so kann sie gem. § 496 die Klage, Klageerwiderung sowie sonstige Anträge und Erklärungen mündlich zu Protokoll der Geschäftsstelle erklären. Gemäß § 129 a Abs. 1 können Anträge und Erklärungen, deren Abgabe vor dem Urkundsbeamten

24 *Mayrhofer*, Gleichstellung von Rechtsanwälten und registrierten Inkassodienstleistern bei der Einziehung fremder oder abgetretener Forderungen?, ZFPW 2023, 110; *Bell/Rücker*, Die Neuregelung des Erfolgshonorars – Zu § 4 a I Nr. 1 RVG, NZM 2022, 353.

25 *Offermann-Burckart*, Das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte, NJW 2016, 113.

26 [https://www.brak.de/fileadmin/04\\_fuer\\_journalisten/statistiken/2023/2023-Fachanwaltschaften.pdf](https://www.brak.de/fileadmin/04_fuer_journalisten/statistiken/2023/2023-Fachanwaltschaften.pdf) (abgerufen 2.5.2023).

27 BGH, Beschluss vom 4.4.2005, Az.: AnwZ (B) 19/04 = NJW 2005, 1711.

der Geschäftsstelle zulässig ist, vor der Geschäftsstelle eines jeden AG zu Protokoll abgegeben werden. Durch das Gesetz zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten soll auch die Abgabe von Anträgen und Erklärungen zu Protokoll der Geschäftsstelle per Bild- und Tonübertragung zugelassen werden (§ 129 a Abs. 2 ZPO-E). Die persönliche Anwesenheit der Rechtsuchenden in der Rechtsantragstelle wird dann nicht mehr vorausgesetzt.

Bei der örtlichen Auswahl des Rechtsanwalts ist der Mandant seit 2002 frei: Jeder bei irgendeinem AG, LG bzw. OLG zugelassene (§ 23 BRAO) Rechtsanwalt ist vor allen deutschen Gerichten grundsätzlich zugelassen. Das **Lokalisationsprinzip** besteht nur für den BGH fort (§ 78 Abs. 1 S. 3 ZPO, § 114 Abs. 2 FamFG). Reformbestrebungen, die Singularzulassung entfallen zu lassen und allen Anwälten Zugang zum BGH zu gewähren, sind zuletzt 2019 gescheitert.<sup>28</sup> Das BVerfG hat wiederholt Beschwerden von Anwälten zurückgewiesen, die die Zulassung beim BGH anstrebten. Eine leistungsfähige und in Revisionsachen besonders qualifizierte Anwaltschaft stärkte die Rechtspflege und entlastete den BGH, so das BVerfG. Damit bleiben die derzeit 40 Rechtsanwälte am BGH vor der Konkurrenz durch die übrigen Anwälte geschützt.<sup>29</sup> Umgekehrt darf ein beim BGH zugelassener Anwalt nur vor dem BGH, den anderen obersten Gerichtshöfen des Bundes, dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe und dem BVerfG auftreten, nicht aber vor den Instanzgerichten (§ 172 Abs. 1 S. 1 BRAO).

14

#### IV. Europäische Rechtsanwälte in Deutschland

Die Berufsausübung ausländischer Anwälte aus Staaten der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums ist durch das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG) geregelt.<sup>30</sup> Der in Deutschland **niedergelassene europäische Rechtsanwalt** kann unter seiner heimatlichen Berufsbezeichnung die Tätigkeit eines inländischen Rechtsanwalts ausüben (§ 2 Abs. 1 EuRAG). Die **Zulassung zur deutschen Rechtsanwaltschaft** unter der deutschen Berufsbezeichnung erfolgt nach mindestens dreijähriger effektiver und regelmäßiger nachgewiesener Tätigkeit auf dem Gebiet des deutschen Rechts (§§ 11, 12 EuRAG). Die Zulassung bewirkt eine Gleichstellung europäischer Rechtsanwälte mit deutschen Rechtsanwälten, die die Befähigung zum Richteramt nachweisen. Ein **vorübergehend dienstleistender europäischer Rechtsanwalt** darf zwar als Anwalt erster und zweiter Instanz tätig sein, muss das aber im Einvernehmen mit einem deutschen Rechtsanwalt (Einvernehmensanwalt, sog. Gouvernantenklausel) tun (§ 28 EuRAG).<sup>31</sup>

15

28 <https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/brak-hauptversammlung-bgh-anwaltschaft-bleibt-wahlerfahren-wird-modifiziert> (abgerufen 14.6.2023). Zum Hintergrund *Deckenbrock*, BGH-Anwaltschaft – notwendige Filterfunktion oder überkommene Tradition?, ZRP 2018, 106.

29 BVerfG, Beschluss vom 13.6.2017, Az.: 1 BvR 1370/16 = NJW 2017, 2670; BVerfG, Beschluss vom 31.10.2002, Az.: 1 BvR 819/02 = NJW 2002, 376; BVerfG, Beschluss vom 27.2.2008, Az.: 1 BvR 1245/07; BVerfG, Beschluss vom 27.2.2008, Az.: 1 BvR 1295/07 = NJW 2008, 1293. BGH Anwälte unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de) <Das Gericht><Organisation><Weitere Verfahrensbeteiligte><Zugelassene Rechtsanwälte> (abgerufen 14.6.2023). Zur Diskussion *Nirk*, NJW 2007, 3184.

30 Gesetz zur Umsetzung der Berufsankennungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe vom 12.5.2017, BGBl. I S. 1121.

31 S. dazu EuGH Urteil vom 11.12.2003, Rs. C-289-02, ZPInt 8 (2003) 527 m. Anm. *Adolphsen* 534.

V. Anwaltsorganisation

1. Kooperationsformen

- 16 Zum 1.8.2022 ist die sog. **Große BRAO-Reform** in Kraft getreten.<sup>32</sup> Sie enthält eine umfassende Neuregelung der Organisation anwaltlicher Berufsausübung. Das bisherige Recht spiegelte nicht mehr ausreichend die veränderten Organisationsanforderungen (Spezialisierung, Zusammenarbeit in großen Einheiten) anwaltlicher Berufstätigkeit wider, war immer wieder vorsichtig angepasst worden, ohne eine kohärente Lösung bieten zu können. 2007 waren schon die Sozietätsmöglichkeiten für Rechtsanwälte erweitert worden (sog. kleine BRAO-Reform). Gem. § 59 a BRAO a.F. durften sich Rechtsanwälte mit Mitgliedern einer Rechtsanwaltskammer und der Patentanwaltskammer, mit Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern zur gemeinschaftlichen Berufsausübung im Rahmen der eigenen beruflichen Befugnisse verbinden. Der Gesetzgeber erkannte spätestens nach zwei Entscheidungen des BVerfG, das die Regeln zum zulässigen Gesellschafterkreis und die Mehrheitserfordernisse in berufsübergreifenden Berufsausübungsgesellschaften als verfassungswidrig einstufte, Handlungsbedarf. Dabei hat sich der Gesetzgeber stark an einem von *Henssler* erarbeiteten Diskussionsentwurf des DAV orientiert.<sup>33</sup> Im Ergebnis wurde das Organisationsrecht stark liberalisiert, die Berufsausübungsgesellschaften in den Mittelpunkt gestellt und die sozietätsfähigen Berufe stark ausgeweitet.
- 16a Im Mittelpunkt steht die **Neuregelung der Berufsausübungsgesellschaften** (BAG) (§ 59 b BRAO). Diese ist rechtsdienstleistungsbefugt (§ 59 k BRAO, die Norm hat nur klarstellende Funktion, da dies aufgrund der Rechtsprechung des BGH schon der Fall war), ist selbst Träger eigener Berufspflichten (§ 59 e BRAO, bisher waren nur Rechtsanwaltsgesellschaften Träger von Berufspflichten, nicht aber Zusammenschlüsse in anderen Rechtsformen) und ist selbst postulationsfähig (§ 59 l BRAO, postulationsfähig sind nun sämtliche Berufsausübungsgesellschaften. Alle Berufsausübungsgesellschaften haben die gleichen Rechte und Pflichten wie ein Rechtsanwalt). Berufsausübungsgesellschaften, bei denen Rechtsanwälte die Mehrheit der Stimmrechte innehaben und bei denen die Mehrheit der Mitglieder des Geschäftsführungsorgans Rechtsanwälte sind, dürfen die Bezeichnung „Rechtsanwaltsgesellschaft“ führen (§ 59 p BRAO).
- 16b Während Anwaltssozietäten bisher vor allem als Personengesellschaften, als GbR oder PartG auftraten, folgt der Gesetzgeber jetzt dem **Grundsatz gesellschaftsrechtlicher Organisationsfreiheit**: gem. 59 b BRAO können Berufsausübungsgesellschaften alle Rechtsformen deutschen Gesellschaftsrechts, europäischen Gesellschaftsrechts und Rechtsformen eines Mitgliedstaats der EU und eines Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum nutzen. Die Zulässigkeit der Nutzung des Rechts der Handelsgesellschaften wird ausdrücklich hervorgehoben (§ 59 b Abs. 2 Nr. 1 a.E. BRAO), um die Nutzung der GmbH & Co KG zu ermöglichen.

32 BGBl. I 2021, 2363. Dazu *Stöber*, Die Neuregelung des Rechts der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften, DStR 2021, 2137; *Kilian*, Die Neuregelung der interprofessionellen Berufsausübung für Rechtsanwälte, Steuerberater und Patentanwälte, NJW 2022, 2577; *ders.*, Das reformierte Berufsrecht der Anwaltschaft, NJW 2021, 2385; *Özman/Henssler/Sossna*, Anwaltliches Berufsrecht, JuS 2022, 385. Gleichzeitig erfolgte die Änderung des Steuerberatungsgesetzes und der Patentanwaltsordnung.

33 *Henssler*, DAV-Diskussionsvorschlag zum anwaltlichen Gesellschaftsrecht, Gesetzentwurf zur Reform des Berufsrechts der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften, AnwBl Online 2018, 564 (<https://anwaltsblatt.att.anwaltverein.de/files/anwaltsblatt.de/anwaltsblatt-online/2018-564.pdf> (abgerufen am 3.5.2023)).

Durch § 59 c BRAO erfolgte eine erhebliche **Ausweitung sozietätsfähiger Berufe**. Das BVerfG hatte 2016 das Verbot einer interprofessionellen Zusammenarbeit mit Angehörigen von Berufen außerhalb der dem Rechtsanwaltsberuf vergleichbaren Berufsgruppen (Patentanwälte, Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer) insoweit für verfassungswidrig erklärt, als die interprofessionelle Zusammenarbeit von Rechtsanwälten mit Ärzten und Apothekern in einer Partnerschaftsgesellschaft erfolgte.<sup>34</sup> Nun lässt das Gesetz die Zusammenarbeit in der BAG mit allen freien Berufen i.S. § 1 Abs. 2 PartG zu.

16c

## 2. Haftung in Abhängigkeit der gewählten Rechtsform

Die Wahl der Rechtsform und der immer wieder auch vor Gerichten ausgetragene Streit um die Zulassung bestimmter Rechtsformen hat steuer- und haftungsrechtliche Gründe, die für die Rechtsanwaltschaft im Wettbewerb auf einem globalen und europäischen Rechtsdienstleistungsmarkt von erheblicher Bedeutung sind. Die Zulassung bestimmter Rechtsformen bestimmt das Gesellschafts- und das anwaltliche Berufsrecht. Die Haftung der in einer Gesellschaftsform zusammengeschlossenen Rechtsanwälte richtet sich nach Gesellschaftsrecht. Eine Sozietät ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, soweit nicht eine andere Rechtsform gewählt wird. Seit 2001 ist die **Teilrechtsfähigkeit** der GbR anerkannt.<sup>35</sup> Ab 1.1.2024 gilt § 705 Abs. 2 BGB n.F. i.V.m. § 721 S. 1 BGB n.F.<sup>36</sup> Der Vertrag wird zwischen dem Mandanten und der GbR geschlossen. Die Folge war bis zur großen BRAO Reform (s.o. Rn. 16) analog der OHG die Begründung eigener Verbindlichkeiten der GbR und die akzessorische persönliche Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der GbR analog § 128 HGB. Seither gilt § 52 Abs. 2 BRAO: Die Mitglieder einer Berufsausübungsgesellschaft ohne Haftungsbeschränkung haften aus dem zwischen ihr und dem Auftraggeber bestehenden Vertragsverhältnis als Gesamtschuldner. Die persönliche Haftung auf Schadensersatz kann auch durch vorformulierte Vertragsbedingungen beschränkt werden auf einzelne Mitglieder einer Berufsausübungsgesellschaft ohne Haftungsbeschränkung, die das Mandat im Rahmen ihrer eigenen beruflichen Befugnisse bearbeiten und namentlich bezeichnet sind. Die Zustimmungserklärung zu einer solchen Beschränkung darf keine anderen Erklärungen enthalten und muss vom Auftraggeber unterschrieben sein. § 8 Absatz 1 und 2 PartGG enthalten eine § 52 Abs. 2 BRAO vorgehende Spezialregelung für die Partnerschaftsgesellschaft.<sup>37</sup> Die Folge ist ein Einzelmandat, bei dem die Haftung auf einzelne Mitglieder der Berufsausübungsgesellschaft beschränkt ist. Wird der Anwaltsvertrag mit einer Berufsausübungsgesellschaft geschlossen, haften alle Mitglieder.

17

Wird die Berufsausübungsgesellschaft als **Partnerschaft** i.S. des Partnerschaftsgesetzes geführt, haften die Partner gem. § 8 Abs. 1 PartGG neben der Partnerschaft als Gesamtschuldner. Allerdings erfolgt durch § 8 Abs. 2 PartGG 1988 eine Haftungskonzentration auf den handelnden Partner. Die Regelung geht § 52 BRAO vor.

34 BVerfG, Beschluss vom 12.1.2016, Az.: 1 BvL 6/13.

35 BGH, Urteil vom 29.1.2001, Az.: II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341 (344 ff.) = NJW 2001, 1056 – ARGE Weißes Ross; ebenso dann BGH, Beschluss vom 18.2.2002, Az.: II ZR 331/00 = NJW 2002, 1207 (Folgeentscheidung).

36 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), BGBl. 2021 I 3436.

37 Bt.Drs. 19/27670 S. 173.

Bei einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartGmbH) ist in § 8 Abs. 4 PartGG eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen vorgesehen, wenn die dort genannten Voraussetzungen vorliegen.

Bei einer in der Form der GmbH oder AG organisierten Berufsausübungsgesellschaft haften die Gesellschafter, egal ob Rechtsanwälte oder andere Freiberufler, für schlechte Vertragserfüllung anwaltlicher Dienstleistungen der Gesellschaft nicht persönlich.

Durch die Rechtsprechung zur Teilrechtsfähigkeit der GbR ist es zu Änderungen der Rechtsprechung für **Altverbindlichkeiten** in Sozietäten gekommen: Tritt ein Rechtsanwalt in eine bestehende Anwalts-GbR ein, gilt § 130 HGB entsprechend. Der Eintretende haftet damit akzessorisch auch für Altverbindlichkeiten.<sup>38</sup> Schließt sich ein Rechtsanwalt mit einem bisher als Einzelanwalt tätigen anderen Rechtsanwalt zur gemeinsamen Berufsausübung in einer Sozietät in der Form einer GbR zusammen, so haftet er nicht entsprechend § 28 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 128 S. 1 HGB für die im Betrieb des bisherigen Einzelanwalts begründeten Verbindlichkeiten, weil das Tatbestandsmerkmal „Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns“ nicht erfüllt ist und den Gesellschafter nicht wie den Gesellschaftern einer OHG (§ 28 Abs. 2 HGB) die Möglichkeit offensteht, einer abweichenden Vereinbarung durch Eintragung in das Handelsregister Dritten gegenüber Geltung zu verleihen.<sup>39</sup> Ab 2024 gilt insoweit § 721 a S. 1 BGB.

- 18 Besonders auf dem wirtschaftsrechtlich ausgerichteten Beratungsmarkt war nach einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1989, der überörtliche Sozietäten für zulässig erklärte,<sup>40</sup> geradezu eine Welle von Übernahmen US-amerikanischer und Londoner *law firms* und zahlreiche mehr oder minder freiwillige und erfolgreiche Fusionen deutscher und anglo-amerikanischer Kanzleien zu beobachten.<sup>41</sup> Auf diese Weise sind auch in deutschen Städten riesige *law firms* entstanden, die sich vom hergebrachten Bild des deutschen Rechtsanwalts deutlich unterscheiden. Die Globalisierung der Wirtschaft, die nationale Grenzen nicht kennt bzw. nicht beachtet, hat auch zu einer die Wirtschaft beratenden globalen anwaltlichen Beratungspraxis geführt. In diesen *law firms* sind zwar nur etwa 10 % aller deutschen Rechtsanwälte tätig, die Firmen verteilen jedoch weitgehend unter sich den *high end* Bereich des Marktes der Rechtsberatung. Das jährlich erscheinende Juve-Handbuch Wirtschaftskanzleien enthält ein Ranking der Kanzleien in Deutschland. Deutsche Kanzleien sind im Vordergrund eine geringe Minderheit.<sup>42</sup>
- 19 Die Anwaltschaft selbst ist in Kammern (Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 62 BRAO)) gegliedert. An jedem OLG besteht eine **Rechtsanwaltskammer**, der die Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsgesellschaften des jeweiligen OLG-Bezirks angehören (§ 60 BRAO), die wiederum der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK)<sup>43</sup> angehört (§ 174 BRAO). Aufgabe der Kammern ist die Selbstverwaltung der Anwaltschaft. Pflichtverletzungen werden durch Ehrengerichte geahndet (§§ 113 ff. BRAO).

38 BGH, Urteil vom 7.4.2003, Az.: II ZR 56/02 = BGHZ 154, 370 = NJW 2003, 1803.

39 BGH, Urteil vom 17.11.2011, Az.: IX ZR 161/09 = NJW-RR 2012, 239; das Urteil bestätigt BGH, Urteil vom 22.1.2004, Az.: IX ZR 65/01, 157, 361 = NJW 2004, 836.

40 BGH, Beschluss vom 18.9.1989, Az.: AnwZ (B) 30/89 = BGHZ 108, 290 (293) = NJW 1989, 2890.

41 Huff, BRAK-Mitt. 2002, 3; Kreifels, BRAK-Mitt. 2002, 8.

42 <https://www.juve.de/juve-rankings/deutschland/nationaler-ueberblick/#nationaler-ueberblick-top-50> (abgerufen am 3.5.2023).

43 [www.brak.de](http://www.brak.de) (abgerufen 14.6.2023).

### **Wiederholungs- und Vertiefungsfragen**

---

- > Wenn der Rechtsanwalt eine Frist zur Einlegung des Rechtsmittels versäumt, kann der Mandant dann trotzdem das Rechtsmittel noch einlegen oder müsste er anders vorgehen?
- > Darf ein Rechtsanwalt geringere oder höhere Gebühren verlangen als im RVG vorgesehen?
- > Vor welchen Gerichten muss ein Rechtsanwalt zugezogen werden? Kann ein örtlicher Rechtsanwalt in ganz Deutschland vor allen Gerichten auftreten?
- > Welche Rechtsformen stehen für Rechtsanwaltskanzleien zur Verfügung?



## § 6 Die Auswahl des Gerichts

- 1 Nach der Prüfung der materiellen Rechtslage prüft ein Rechtsanwalt noch nicht die Zulässigkeit einer eventuellen Klage. Er muss zunächst klären, in welcher **Verfahrensart** das Ziel des Mandanten am ehesten erreicht werden kann und den Mandanten entsprechend beraten. Kann ein Mahnverfahren (§§ 33 ff.) gewählt werden, soll zunächst ausschließlich oder parallel ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zur Sicherung der Zwangsvollstreckung betrieben werden (§§ 38 ff.), kann im Urkundsprozess vorgegangen werden (§ 34) oder liegt eine Schiedsvereinbarung vor, die den Weg vor die staatlichen Gerichte versperrt, so dass ein Schiedsverfahren einzuleiten ist? Die Darstellung dieser Verfahrensarten erfolgt hier jedoch in einem gesonderten Abschnitt, obwohl sie hierher gehörte, wenn man Prozess als Fortgang (*procedere* = fortschreiten) definiert und die Darstellung auch so aufbaut. Für den Anfänger ist es leichter, zunächst von dem Fall einer erstinstanzlichen Klage auszugehen und auf dieser Kenntnisgrundlage dann andere alternative Verfahrensarten kennen zu lernen.
- 2 Wenn dies landesrechtlich vorgeschrieben ist, muss vor der Klagerhebung die **obligatorische Schlichtung** durchgeführt werden (§ 10 Rn. 1 ff.). Wird nicht gleichzeitig mit der Klage eine Bescheinigung über einen erfolglosen Einigungsversuch eingereicht, so fehlt eine Prozessvoraussetzung, so dass die Klage schon nicht zuzustellen ist (Schema B I). Wird das Fehlen vor der Zustellung nicht bemerkt, ist die Klageerhebung zwar wirksam (es kommt ein Prozessrechtsverhältnis zustande), die Klage ist aber wegen Fehlens einer Sachentscheidungsvoraussetzung unzulässig und durch Prozessurteil abzuweisen (Schema B II).
- 3 Um eine Klage an das Gericht zu senden, muss der Anwalt das **zuständige Gericht** ermitteln. Hierbei stellt sich eine Reihe auch im 1. Staatsexamen relevanter Fragen: Dies sind zunächst die Fragen nach der internationalen Zuständigkeit, nach dem richtigen Rechtsweg, der sachlichen und der örtlichen Zuständigkeit.

### I. Internationale Zuständigkeit

- 4 Sobald ein Streit in irgendeiner Form einen **Auslandbezug** hat, ist immer zu prüfen, ob die Gerichte des eigenen oder die eines anderen Staates berufen sind, den Fall zu entscheiden. Durch die internationale Wirtschaftsverflechtung aber auch die zunehmende, für Europa im Lissabon Vertrag für den wirtschaftlichen Bereich garantierte persönliche Mobilität, sind heute derartige Fälle viel häufiger als noch vor einigen Jahrzehnten.
- 5 Die internationale Zuständigkeit hat eine gegenüber den anderen Zuständigkeiten ungleich bedeutendere Rolle: Sie nimmt die **Souveränitätsabgrenzung** unter den einzelnen Staaten vor. Die Folgen der Bejahung der internationalen Zuständigkeit durch ein nationales Gericht sind folgende:
  - Die Gerichte eines Landes wenden im Verfahren immer ihr Verfahrensrecht an (*lex fori*-Prinzip). Ein deutsches Gericht wendet immer die ZPO an, weil z.B. der gesamte technische Ablauf am Gericht, vor allem die Arbeit der Geschäftsstelle, an deren Regeln orientiert ist.
  - Die Gerichte eines Landes wenden immer ihr eigenes Kollisionsrecht an, mit dem sie das in der Sache anwendbare Recht ermitteln. Deutsche Gerichte wenden vor allem das europäische Sekundärrecht (Rom-Verordnungen) und das EGBGB an.

Verweist das Kollisionsrecht auf ein ausländisches Recht, so wenden deutsche Gerichte jedoch ausländisches materielles Recht an.

Durch kompetente anwaltliche Beratung kann daher schon bei der Auswahl der internationalen Zuständigkeit ein Forum ermittelt werden, das über die Schnittstelle des Kollisionsrechts zu einer für den Kläger günstigen Entscheidung in der Sache gelangt. Diese Auswahlfreiheit wird als **forum shopping** bezeichnet.

Der Themenbereich, mit dem wir es hier zu tun haben, ist der des **Internationalen Zivilprozessrechts**. Die internationale Zuständigkeit ist vor allem in der EuGVO (Brüssel Ia-VO) geregelt (§ 2 Rn. 35). Diese knüpft die internationale Zuständigkeit grundsätzlich an den Wohnsitz des Beklagten (Art. 4 Abs. 1 EuGVO), bei juristischen Personen an deren Sitz (Art. 63 EuGVO) an. Ist die EuGVO nicht anwendbar, werden die Regeln der ZPO über die örtliche Zuständigkeit (§§ 12 ff.) auch für die internationale Zuständigkeit genutzt (Doppelfunktionalität): Sind deutsche Gerichte in einem Fall mit Auslandsbezug örtlich zuständig, ergibt sich daraus auch die internationale Zuständigkeit.

## II. Rechtsweg

Sind deutsche Gerichte international zuständig, stellt sich die Frage nach dem richtigen Rechtsweg. Vor die Zivilgerichte kommen – vorbehaltlich anderer gesetzlicher Regelungen – alle bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten (§ 13 GVG).

### 1. Unterteilung in fünf Rechtswege

In Deutschland ist die rechtsprechende Gewalt nicht einer einheitlichen Gerichtsbarkeit zugewiesen, vielmehr sind – bei Vorrang der Verfassungsgerichtsbarkeit<sup>1</sup> – je nach der Eigenart der Rechtsstreitigkeiten fünf selbstständige Gerichtsbarkeiten zu unterscheiden (Art. 95 Abs. 1 GG). Dies sind die ordentliche Gerichtsbarkeit, die Verwaltungs-, Finanz-, Sozial- und die Arbeitsgerichtsbarkeit. Jede dieser Gerichtsbarkeiten hat ein oberstes Bundesgericht: den BGH in Karlsruhe, das BVerwG in Leipzig, den BFH in München, das BSG in Kassel und das BAG in Erfurt. Immer wieder gibt es Pläne zur Zusammenlegung von Sozial- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, die bisher aber alle nicht realisiert wurden.

Andere Länder kennen die Trennung in verschiedene Rechtswege nicht. In den USA beispielsweise entscheiden die gleichen Gerichte über zivilrechtliche und verwaltungsrechtliche Streitigkeiten.

Die **ordentliche Gerichtsbarkeit** (der Begriff rührt historisch daher, dass nur diese wirklich unabhängig war) unterteilt sich in die Straf- und die Zivilgerichtsbarkeit. Die Abgrenzung der **Strafgerichtsbarkeit** von der Zivilgerichtsbarkeit ist einfach und klar. Die Strafgerichtsbarkeit dient der Entscheidung über das dem Staat zustehende Recht zur Verhängung einer für ein unerlaubtes Verhalten angedrohten Strafe und ihrer Vollstreckung. In der Zivilgerichtsbarkeit handelt es sich nach dem oben Gesagten um die Verwirklichung privater Rechte und Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien. In der Strafgerichtsbarkeit leitet das Interesse der Öffentlichkeit an der Bestrafung des Schul-

1 Zur institutionellen Trennung von Fachgerichtsbarkeiten und Verfassungsgerichtsbarkeit s. *Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 79, 105.

digen, in der Zivilgerichtsbarkeit das Interesse des Einzelnen an der Durchsetzung seines subjektiven Rechts das Verfahren.

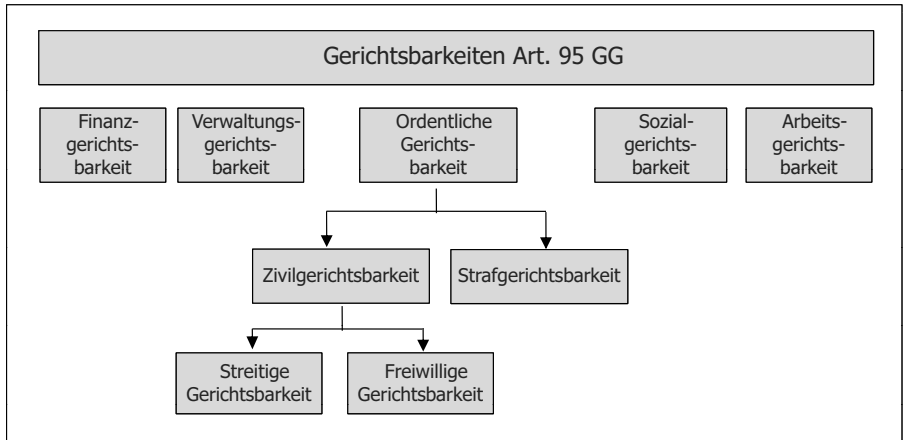


Abb. 5 Gerichtsbarkeiten

- 12 Die Zivilgerichtsbarkeit umfasst die streitige und die **freiwillige Gerichtsbarkeit**.<sup>2</sup> Die Begriffe sind verwirrend, weil weder in dem einen Bereich nur Streit herrscht noch im anderen Freiwilligkeit vorliegt. Die freiwillige Gerichtsbarkeit beinhaltet im Wesentlichen verwaltende Tätigkeiten für ganz verschiedene Angelegenheiten (z.B. Betreuungs- und Unterbringungssachen, Nachlass- und Teilungssachen, Registersachen, Freiheitsentziehungssachen und Aufgebotssachen). Die Abgrenzung lässt sich nicht abstrakt, sondern nur aufgrund der ausdrücklichen Zuweisung an ZPO oder FamFG vornehmen.
- 13 Die für das Examen wichtigste **Abgrenzung** ist die der **Zivil-** von der **Verwaltungsgerichtsbarkeit**.<sup>3</sup> § 40 VwGO enthält hierzu eine zu § 13 GVG komplementäre Generalklausel:
- Zunächst sind die Zivilgerichte zuständig für die Zivilprozesssachen kraft Zuweisung. Dieses sind an sich öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, die aber den Zivilgerichten zugewiesen sind (Art. 14 Abs. 3 S. 4, Art. 19 Abs. 4 S. 2, Art. 34 S. 3 GG, § 40 Abs. 2 VwGO).
  - Daneben sind die Zivilgerichte zuständig für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten.
- 14 Zur Abgrenzung bürgerlich-rechtlicher Streitigkeiten von öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art (§ 40 Abs. 1 VwGO) existieren verschiedene Theorien, die ebenso im Verwaltungsprozessrecht gelehrt werden. Dies sind Interessen-, Subjekts- und Subjektionstheorie.<sup>4</sup>

2 Man kann die freiwillige Gerichtsbarkeit auch als dritten Zweig der ordentlichen Gerichtsbarkeit auf einer Ebene neben Zivil- und Strafgerichtsbarkeit ansehen.

3 Abgrenzung zur Arbeitsgerichtsbarkeit s. §§ 2, 2 a, 3 ArbGG; zur Sozialgerichtsbarkeit s. § 51 SGG; zur Finanzgerichtsbarkeit s. § 33 FGO. Literatur zur Abgrenzung Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit *Bydlinski*, Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, AcP 194 (1994), 319; *Schenke*, Rechtswegabgrenzung, Festgabe BGH, Bd. 3, 2000, S. 45.

4 Ausführlich R/S/G, ZPR, § 14; Thomas/Putzo/Hüfttege, § 13 GVG Rn. 9 ff.

► **Hinweis:** Die für den Studenten wenig hilfreiche aber doch richtige Aussage ist: Keine der Theorien erfasst jeden denkbaren Fall, oft ist eine kombinierte Anwendung zweier oder aller Theorien nötig. Die praktische Bedeutung der Abgrenzung ist viel geringer als es der Lehr- und Lernaufwand für das Examen vermuten lassen: Wird der falsche Rechtsweg gewählt, erfolgt keine Abweisung der Klage, sondern diese wird an den richtigen Rechtsweg verwiesen (dazu sogleich). In beiden Rechtswegen entscheiden unabhängige Richter den Streit, so dass kein Rechtsweg qualitativ schlechter ist als der andere. Die Wahl des falschen Rechtswegs durch die Partei hat allerdings Kostennachteile. ◀

Die Zivilgerichte sind bei der Entscheidung über bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten durchaus befugt, öffentlich-rechtliche Vorfragen zu entscheiden.<sup>5</sup> 15

Die Regeln über die Zulässigkeit des Rechtswegs sind zwingend; Parteiabreden sind ohne Einfluss. 16

## 2. Kompetenzregelung

War der Rechtsweg bei Klageerhebung einmal gegeben, so wird er durch eine Veränderung der Umstände nicht unzulässig (§ 17 Abs. 1 S. 1 GVG). 17

Das zuerst (**Prioritätsprinzip**) angerufene Gericht entscheidet abschließend, unabhängig und ohne Mitwirkung des Gerichts des ansonsten in Betracht kommenden Gerichtszweiges darüber, ob der vom Kläger gewählte Rechtsweg zulässig ist (**Kompetenzautonomie**). Die §§ 17–17 b GVG legen dies für alle Gerichtsbarkeiten fest, da deren Verfahrensordnungen auf diese Bestimmungen verweisen (§ 173 VwGO, § 48 ArbGG, § 155 FGO, § 202 SGG). 18

Das erstinstanzliche Gericht kann – bzw. muss dies, wenn eine Partei die Unzulässigkeit des Rechtswegs rügt – eine **Vorabentscheidung** über die Zulässigkeit des Rechtswegs treffen (§ 17 a Abs. 3 GVG). Hält das angerufene Gericht den Rechtsweg für unzulässig, so spricht es dies aus und verweist den Rechtsstreit an das Gericht des zulässigen Rechtswegs (§ 17 a Abs. 2 GVG). Das verwiesene Gericht ist an die Verweisung hinsichtlich des Rechtswegs ohne Kontrollmöglichkeit gebunden (§ 17 a Abs. 2 S. 3 GVG).<sup>6</sup> Für die sachliche, örtliche und funktionale Zuständigkeit innerhalb des neuen Rechtswegs entfaltet der Beschluss keine Bindungswirkung. 19

Nach Eintritt der Rechtskraft des Verweisungsbeschlusses (dieser kann gem. § 17 a Abs. 4 S. 4 GVG von den Parteien mit der sofortigen Beschwerde (§ 32 Rn. 2) angegriffen werden) wird der Rechtsstreit mit Eingang der Akten beim verwiesenen Gericht anhängig. Die Wirkung der Rechtshängigkeit, die fristwahrende Wirkung der Klage (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB), bleibt bestehen (§ 17 b Abs. 1 GVG). Der Kläger wird insoweit also so behandelt, als hätte er den zulässigen Rechtsweg gewählt. Die durch die Verweisung entstehenden Mehrkosten hat in jedem Fall der Kläger zu tragen, auch wenn er den Prozess gewinnt (§ 17 b Abs. 2 GVG).

Daraus ergibt sich für den Anwalt die Notwendigkeit, den Rechtsweg sorgfältig zu prüfen. Der Mandant kann andernfalls Schadensersatz in Höhe der Mehrkosten vom Rechtsanwalt verlangen bzw. mit diesem Anspruch gegen die Honorarforderung des Anwalts aufrechnen. 20

5 S. dazu Thomas/Putzo/Hüßtege, § 13 GVG Rn. 24 ff.

6 Konkret zur Bindungswirkung BGH, Beschluss vom 14.5.2013, Az.: X ARZ 167/13 = BeckRS 2013, 10091.

**Merke:** Bei Wahl des unzulässigen Rechtswegs erfolgt keine Abweisung der Klage als unzulässig durch Prozessurteil. Daher muss in einer Klausur das Problem des Rechtswegs vor der Zulässigkeit der Klage geprüft werden! (s. Schema A).

### III. Instanzenzug und sachliche Zuständigkeit

- 21 Ist sich der Rechtsanwalt über die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte und den Rechtsweg im Klaren, so hat er zu prüfen, welches Gericht das **Eingangsgesicht** in diesem Rechtsstreit ist. Dies ist die Frage der sachlichen Zuständigkeit.

**Merke:** Die sachliche Zuständigkeit verteilt die Klagen auf die verschiedenen erstinstanzlich zuständigen Gerichte.

Dies sind entweder die AG oder die LG.<sup>7</sup> Entscheidend ist der Gegenstand des Streits (Schema B II 1).

#### 1. Instanzenzug in Zivilsachen

22

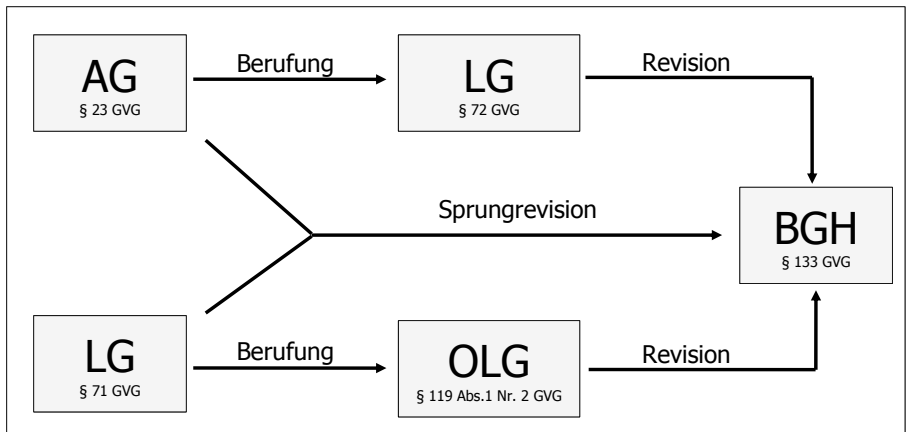


Abb. 6 Instanzenzug in Zivilsachen ohne Familiensachen

#### 2. Gerichtsverfassung

Literatur: *Huber*, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Einzelrichter- und Kammerzuständigkeit, JuS 2011, 114.

- 23 Aus Abb. 6 wird deutlich, dass die Zivilgerichtsbarkeit in Deutschland vierstufig aufgebaut ist. Forderungen, durch die Prozessrechtsreform 2002 einen dreistufigen Aufbau zu realisieren, hätten die Bedeutung der unterschiedlichen Eingangszuständigkeit von AG und LG aufgehoben. Diese haben sich nicht durchgesetzt.
- 24 Der **Begriff des Gerichts** wird in zwei verschiedenen Bedeutungen verwendet: Einmal ist das Gericht in seiner organisatorischen Funktion als Gerichtsbehörde gemeint. Daneben wird der Begriff zur Bezeichnung des prozessual agierenden Spruchkörpers bezeichnet. Dieses ist dann „das erkennende Gericht“.

<sup>7</sup> Vertiefend zum landgerichtlichen Verfahren in erster Instanz siehe *Kontusch*, Das Zivilverfahren I. Instanz am Landgericht, JA 2015, 210.

Am AG ist der Richter in Zivilsachen stets als **Einzelrichter** tätig.<sup>8</sup> Er steht dem AG vor (§ 22 Abs. 1, 4 GVG). 25

Am LG bestehen Zivilkammern mit je drei Richtern (§§ 60, 75 GVG). Die Zivilkammer entscheidet jedoch gem. §§ 348, 348 a regelmäßig durch den **Einzelrichter**. In der ersten Instanz entscheidet der originäre Einzelrichter (§ 348 Abs. 1 S. 1). Soweit eine originäre Einzelrichterzuständigkeit nach § 348 nicht begründet ist, überträgt die **Kammer** die Sache durch Beschluss unter den in § 348 a genannten Voraussetzungen auf den obligatorischen Einzelrichter. Dies sind einfach gelagerte Fälle. 2018 wurden §§ 72 a, 119 a GVG eingeführt, wonach bei den LG und OLG's **obligatorische Spezialspruchkörper** eingeführt werden müssen für Streitigkeiten aus Bank- und Finanzgeschäften, aus Bau- und Architektenverträgen sowie aus Ingenieurverträgen, soweit sie im Zusammenhang mit Bauleistungen stehen, Streitigkeiten über Ansprüche aus Heilbehandlungen, sowie Streitigkeiten aus Versicherungsvertragsverhältnissen. 2021 wurde die Regelung um die Bereiche Veröffentlichungsstreitigkeiten, Erbstreitigkeiten und Insolvenzsachen erweitert.<sup>9</sup> Die Spezialekammern treten in ihren Sachgebieten an die Stelle der sonst nach §§ 71, 72 GVG sachlich zuständigen allgemeinen Zivilkammern. Ziel ist es, durch eine häufigere Befassung mit den Materien, die Qualität der Verfahren zu steigern. Durch das Justizstandort-Stärkungsgesetz<sup>10</sup> sollen in Zukunft **Commercial Courts** an den Oberlandesgerichten eingeführt werden, die aufgrund einer Vereinbarung der Parteien Wirtschaftsstreitigkeiten ab einem Streitwert von 1 Mio. € wahlweise auf deutsch oder englisch entscheiden sollen. 26

Am OLG gibt es Zivilsenate (§ 116 Abs. 1 GVG), die aus je drei Richtern bestehen (§ 122 GVG). In bestimmten Fällen kann auch hier eine Entscheidung durch einen Einzelrichter getroffen werden (§§ 526 (Berufung), 568 (sofortige Beschwerde)). 27

Beim BGH bestehen Zivilsenate mit jeweils fünf Richtern (§ 139 GVG). 28

### 3. Ausgestaltung der sachlichen Zuständigkeit

**Literatur:** *Huber*, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Sachliche Zuständigkeit, JuS 2012, 593.

Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wird durch das GVG geregelt (§ 1). Vorrangiges Kriterium der Verteilung der erstinstanzlichen Zuständigkeit zwischen AG und LG ist die Höhe des sog. **Streitwerts**. Die entsprechenden Regelungen sind in §§ 23, 71 GVG enthalten. Dabei ist § 71 GVG letztlich die Grundnorm: Sachlich zuständig ist das LG, wenn nicht das AG zuständig ist. 29

Die Zuständigkeit des AG ergibt sich vor allem aus § 23 Nr. 1 GVG: Danach gehören alle Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert 5.000 € nicht übersteigt, vor die AG; alle höheren also vor die LG. Inzwischen wird rechtspolitisch die Höhe diskutiert.<sup>11</sup> Die Justizministerkonferenz hat 2021 eine Anhebung gefordert.<sup>12</sup> Die letzte Änderung hatte es 1993 gegeben, seitdem sind die Verbraucherpreise enorm 30

<sup>8</sup> *Stackmann*, Einzelrichtertätigkeit an Kollegialgerichten im Zivilprozess, JuS 2008, 129.

<sup>9</sup> *Fölsch*, Neuerungen im Zivilprozess – Entfristung, Spezialisierung, Effizienz, NJW 2020, 801.

<sup>10</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Justizstandortes Deutschland durch Einführung von Commercial Courts und der Gerichtssprache Englisch in der Zivilgerichtsbarkeit, [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Justizstandort\\_Staerkung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Justizstandort_Staerkung.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (abgerufen am 14.7.2023).

<sup>11</sup> *Wittschier*, Anhebung des Zuständigkeitsstreitwerts – Stärkung der Amtsgerichte?, ZRP 2023, 44.

<sup>12</sup> [https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/top\\_i.17\\_-\\_zuständigkeitsstreitwert.pdf](https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/top_i.17_-_zuständigkeitsstreitwert.pdf) (abgerufen am 9.5.2023).

gestiegen, was sich aber bisher nicht ausgewirkt hat. Würde man den Streitwert jetzt aber deutlich anheben, würde man mehr Fälle den wenig spezialisierten AG zuweisen, obwohl der Trend klar zu einer Spezialisierung der Gerichte geht, u.a. durch die Pflicht, an den LG Spezialkammern gem. § 72 a GVG zu bilden (s.o. § 6 Rn. 26). Dieser Konflikt ließe sich lösen, wenn man für Bereiche, die eine Spezialisierung erforderlich machen, ganz auf den Zuständigkeitsstreitwert verzichtete und diese generell den LG zuwiese.

31 Aus § 23 Nr. 2 GVG ergeben sich eine Reihe von **Sonderzuweisungen an das AG**. In diesen Fällen spielt der Streitwert keine Rolle. Von Bedeutung sind hier die Zuständigkeit für Mietstreitigkeiten über Wohnraum (§ 23 Nr. 2 a GVG) und für Familiensachen (§ 23 a Abs. 1 Nr. 1 GVG). Die Gründe für diese Sonderzuweisungen sind z.T. im schnelleren und billigeren Verfahren der AG, z.T. in der leichteren Erreichbarkeit der AG (bedeutsamer in Flächenstaaten wie Bayern, weniger in Stadtstaaten wie Hamburg) und seiner Sachnähe zu sehen.

32 **Sonderzuweisungen an das LG** enthält § 71 Abs. 2 GVG: Nach Nr. 2 ist das LG sachlich zuständig für Ansprüche wegen Amtspflichtverletzungen (Art. 34 S. 3 GG, § 839 BGB) von Richtern und Beamten jeder Art. Nach Nr. 3 ist das LG zuständig für Ansprüche wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformationen (vgl. § 1 Abs. 1 S. 3, 4 KapMuG).<sup>13</sup> § 71 Abs. 2 Nr. 1 GVG, der für Klagen aus dem Beamtenverhältnis die Zuständigkeit des LG festlegt, ist ohne Bedeutung, da § 126 Abs. 1 BBG, § 54 Abs. 1 BeamStG bzw. § 126 Abs. 1 BRRG, §§ 46, 71 DRiG bestimmen, dass hierfür der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist.<sup>14</sup> Für das Musterfeststellungsverfahren nach §§ 606 ff. ZPO (s.u. § 7 Rn. 19) ist gem. § 119 Abs. 3 GVG erstinstanzlich das OLG zuständig. Für gerichtliche Verfahren, die ein Schiedsverfahren (§§ 1025 ff.) unterstützen oder kontrollieren ist gem. § 1062 Abs. 1 ebenfalls ein OLG zuständig. In beiden Fällen handelt es sich aber nicht um originäre Streitverfahren zwischen Parteien, so dass es dabei bleibt, dass die sachliche Zuständigkeit auf AG oder LG verteilt ist.

► **Vertiefung:** Eine echte **erstinstanzliche Sonderzuweisung an das OLG** würde durch die Einführung von Commercial Courts (s.o. § 6 Rn. 26) erfolgen. Gem. § 119 b Abs. 1 GVG-E sollen die Länder ermächtigt werden, Senate bei einem Oberlandesgericht einzurichten, die im ersten Rechtszug zuständig sind für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Unternehmen mit einem Streitwert ab einer Million Euro. Der Commercial Court soll durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig werden. ◀

33 Der Streitwert, der die sachliche Zuständigkeit von AG und LG abgrenzt, ist der sog. **Zuständigkeitsstreitwert**. Entscheidend für dessen Berechnung ist das wirtschaftliche Interesse des Klägers an der rechtskräftigen Entscheidung über den Streitgegenstand. Hierfür gelten die §§ 2–9. Klagt der Kläger auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme, entspricht der Zuständigkeitsstreitwert der eingeklagten Summe. Bei Feststellungs- oder Gestaltungsklagen muss das Gericht den Streitwert nach freiem Ermessen festsetzen (§ 3).

13 Zu Bestrebungen, das System der abdrängenden Sonderzuweisungen, zu ändern s. Nicolai/Kuszlik, „Bereinigung“ der Rechtswegzuweisungen. Sinn und Unsinn erneuter Überprüfung abdrängender Sonderzuweisungen, ZRP 2015, 148.

14 R/S/G, ZPR, § 32 Rn. 17; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 71 GVG Rn. 3.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung ist der Zeitpunkt der Einreichung der Klage, spätere Veränderungen sind gem. § 261 Abs. 3 Nr. 2 ohne Bedeutung. Hierbei gibt es jedoch eine examenstypische Besonderheit: 34

► **Fall 1:** A klagt gegen B vor dem AG auf Zahlung von 3.000 €. In der mündlichen Verhandlung erweitert er seinen Antrag (§ 264 Nr. 2) auf Zahlung von nunmehr 6.000 €. Bleibt das AG zuständig? ◀

Nach dem Grundsatz (§ 261 Abs. 3 Nr. 2) wäre die Erweiterung ohne Bedeutung für die sachliche Zuständigkeit. Nach § 506 hat jedoch das AG, wenn dies beantragt wird, die Sache an das LG zu verweisen, da dessen sachliche Zuständigkeit durch die Erweiterung nachträglich begründet wird (§§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG). Auf diese Weise wird vor allen Dingen eine Zuständigkeitserschleichung verhindert. 35

Werden mehrere Ansprüche in einer Klage geltend gemacht (sog. objektive Klagehäufung, § 8 Rn. 88), werden diese zusammengerechnet (§ 5 Hs. 1). Das gilt gem. § 5 Hs. 2 aber nicht für den Gegenstand von Klage und Widerklage (§ 12 Rn. 70). 36

Für die Berechnung des Streitwertes noch folgende Fragestellung: 37

► **Fall 2:** A erhebt gegen B Klage vor dem AG auf Zahlung von 4999 € plus Zahlung von 4 % Zinsen hieraus seit dem 1.1.2007. Welches Gericht ist sachlich zuständig? ◀

Würde man beide Summen addieren, so wäre die sachliche Zuständigkeit des LG gegeben. § 4 Abs. 1 bestimmt aber, dass Zinsen, wenn sie als Nebenforderung geltend gemacht werden, bei der Berechnung nicht berücksichtigt werden. 38

► **Fall 3:** A klagt gegen B auf Zahlung von 2.000 €. B erhebt im Verfahren Widerklage auf Schadensersatz in Höhe von 6.000 €. Ist das AG sachlich zuständig? ◀

Beantragt eine Partei in diesem Fall eine Verweisung, so hat sich das AG für unzuständig zu erklären, weil der Wert der Widerklage außerhalb seiner sachlichen Zuständigkeit liegt und den Rechtsstreit insgesamt an das LG zu verweisen (§ 506 Abs. 1). Im Ergebnis entscheidet der höhere Streitwert über die sachliche Zuständigkeit. Das AG bleibt aber zuständig, wenn die Parteien dies vereinbaren oder keine Partei die Zuständigkeit rügt. 39

#### IV. Die örtliche Zuständigkeit

**Literatur:** Huber, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Gerichtsstand, JuS 2007, 318.

Ist nunmehr klar, ob Klage vor einem AG oder einem LG zu erheben ist, muss der Rechtsanwalt ermitteln, welches Eingangsgesicht konkret örtlich zuständig ist. 40

In der ZPO wird die örtliche Zuständigkeit (allerdings nicht einheitlich) **Gerichtsstand** genannt. Die Regelung ist in den §§ 12–40 enthalten. Mit der Ausgestaltung der örtlichen Zuständigkeitsordnung erreicht der Gesetzgeber eine regionale Verteilung von Klageverfahren in seinem Jurisdiktionsgebiet auf bestimmte Gerichtsbezirke. Ergänzend bedarf es einer Festlegung von Gerichtsbezirken durch die Bundesländer. In Hessen ist dies bspw. durch eine Verordnung geschehen.<sup>15</sup> Die regionale Verteilung nimmt der Gesetzgeber nicht willkürlich vor: Er lässt sich hierbei in erster Linie von zwei Gesichtspunkten leiten: Von den Personen der am Rechtsstreit **Beteiligten** und 41

<sup>15</sup> Verordnung über gerichtliche Zuständigkeiten in der Justiz und zur Änderung der Verordnung zur Übertragung von Ermächtigungen im Bereich der Rechtspflege, GVBl. 2013 Nr. 13, S. 386.



von der **Art der Streitsache**. Stellt man auf die Personen der Beteiligten ab, so muss man sich entscheiden, ob an den Kläger oder den Beklagten oder an beide angeknüpft werden soll. Stellt man auf die Art der Streitsache ab, so muss ein Gesetzgeber festlegen, welche besonderen Fälle eine bestimmte räumliche Zuordnung erfordern (z.B. die Lage von Immobilien für Streitfälle über diese). Sodann muss geregelt sein, wie sich diese Gerichtsstände, wenn mehrere gegeben sind, zueinander verhalten und ob und zu welchem Zeitpunkt die Parteien befugt sein sollen, darüber zu disponieren.

- 42 Im Examen sind Ausführungen zur örtlichen Zuständigkeit in fast jeder Klausur erforderlich, ohne dass hier extreme Anforderungen gestellt werden. Die örtliche Zuständigkeit des Gerichts ist Sachentscheidungsvoraussetzung und von Amts wegen zu prüfen, aber nur in erster Instanz (§§ 513 Abs. 2, 545 Abs. 2). (Zum Klausuraufbau s. Schema B II 1).

**1. Art der Zuständigkeiten und ihr Verhältnis zueinander**

- 43 Bei der Regelung der örtlichen Zuständigkeit sind **allgemeine** von **besonderen Gerichtsständen** abzugrenzen: Der allgemeine Gerichtsstand ist für alle Klagen gegen die Person gegeben, unabhängig von dem konkreten Streitgegenstand, also auch wenn der Streitgegenstand im konkreten Fall nicht mit dem Forum (Gerichtsstand) verbunden ist. Die besonderen Zuständigkeiten sind dagegen nur in Bezug auf den konkreten Streitgegenstand eröffnet.

- 44 Weiter ist die Unterscheidung von **ausschließlichen** und **fakultativen** Zuständigkeiten von Bedeutung: Das Recht der örtlichen Zuständigkeit ist häufig relativ großzügig. In einem einzelnen Fall lassen sich mehrere örtliche Zuständigkeiten begründen.

**Merke:** Der Kläger hat zwischen mehreren örtlichen Zuständigkeiten die Wahl (§ 35).

- 45 Diese Wahl ist aber nur zwischen verschiedenen fakultativen Zuständigkeiten zulässig. Ist eine örtliche Zuständigkeit eine ausschließliche, so verdrängt diese alle anderen möglicherweise gegebenen Zuständigkeiten, so dass der Kläger keine Wahlmöglichkeit hat und an diesem Forum klagen muss.

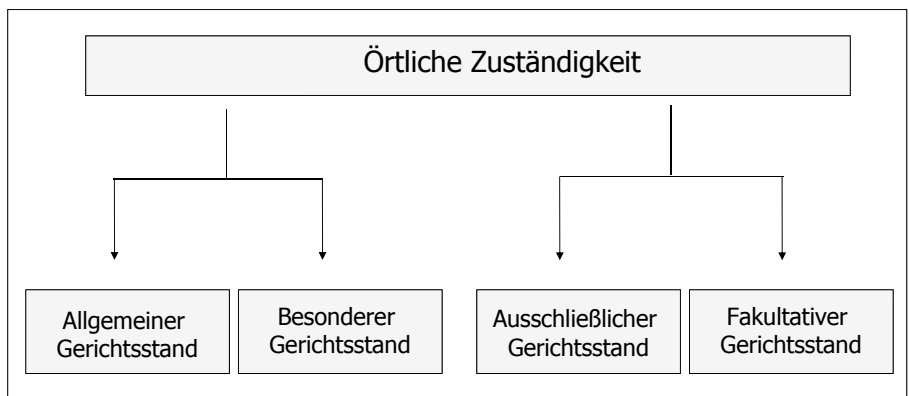


Abb. 7 Verhältnis der Gerichtsstände

## 2. Folge des Fehlens der örtlichen Zuständigkeit

**Literatur:** *Fischer*, Aktuelle Entscheidungen zur Unwirksamkeit von Verweisungsbeschlüssen, MDR 2020, 75.

Die vor einem örtlich unzuständigen Gericht erhobene Klage ist durch Prozessurteil als unzulässig abzuweisen. Über den geltend gemachten Anspruch wird sachlich nicht entschieden. Der Kläger kann die Klage demnach am örtlich zuständigen Gericht erneut erheben. Auf Antrag des Klägers hat das Gericht den Rechtsstreit gem. § 281 an das zuständige Gericht zu verweisen. Das verwiesene Gericht (Empfängergericht) ist an die Entscheidung gebunden (§ 281 Abs. 2 S. 4).

46

**Merke:** Bei Fehlen der sachlichen oder der örtlichen Zuständigkeit ist nach § 281 auf Antrag des Klägers zu verweisen. Bei der Wahl des falschen Rechtswegs ist nicht § 281, sondern § 17 a Abs. 2 GVG anzuwenden. Dabei erfolgt die Verweisung von Amts wegen nach Anhörung der Parteien. Eine Abweisung der Klage als unzulässig darf nicht erfolgen.

## 3. Allgemeiner Gerichtsstand

Am allgemeinen Gerichtsstand einer Person können – unabhängig von der Art der Streitsache – alle Klagen gegen sie erhoben werden, wenn nicht ausschließliche Gerichtsstände begründet sind.

47

In der ZPO ist in erster Linie die Person des Beklagten maßgeblich. Es gilt der Grundsatz *actor sequitur forum rei*. Diese Entscheidung für einen **Beklagtengerichtsstand** ist nicht zwingend. Geleitet wird sie von der Grundaussage: Wer von der Möglichkeit Gebrauch macht, einen anderen in ein gerichtliches Verfahren zu zwingen, soll dies an einem dessen Lebensmittelpunkt nahen Ort tun.

48

Allerdings kennt das deutsche Recht auch **Klägergerichtsstände**. Für alle Klagen aus außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (§ 312 b BGB) ist das Gericht zuständig, in dem der Verbraucher zur Zeit der Klageerhebung seinen Wohnsitz, hilfsweise seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (§ 29 c Abs. 1). Hier werden die Interessen des Verbrauchers höher bewertet als die des Unternehmers, der sich nicht darauf verlassen kann, am Ort seiner Geschäftstätigkeit verklagt zu werden.

49

► **Hinweis:** Vereinbarungen, in denen für Klagen eines Verbrauchers aus Haustürgeschäften ein von § 29 c Abs. 1 S. 1 abweichender Gerichtsstand bestimmt wird, sind nach § 29 c Abs. 4 jenseits der dort genannten Ausnahme unzulässig.<sup>16</sup> ◀

### a) Klagen gegen natürliche Personen

Klagen gegen natürliche Personen sind an deren Wohnsitz zu erheben (§§ 12, 13), der sich aus §§ 7 ff. BGB ergibt.

50

Die vorrangige Vorschrift bei grenzüberschreitenden Fällen enthält Art. 4 Abs. 1 EuGVO (zum Vorrang des europäischen Sekundärrechts s § 2 Rn. 35).

51

Hat eine Person keinen Wohnsitz, wird auf den Aufenthaltsort im Inland, wenn der nicht bekannt ist, auf den letzten Wohnsitz abgestellt (§ 16).

52

16 BGH, Urteil vom 30.10.2014, Az.: III ZR 474/13 = NJW 2015, 169 (Rn. 19).

### b) Klagen gegen juristische Personen

- 53 Juristische Personen wie die AG, GmbH oder rechtsfähige Vereine sind gem. § 17 an ihrem Sitz zu verklagen. Die Vorschrift gilt auch für die sonstigen parteifähigen Gebilde wie OHG, KG und nicht rechtsfähige Vereine.
- ▶ **Hinweis:** Examensrelevanz kann § 17 haben, weil der BGH die BGB-Gesellschaften, die als solche am Rechtsverkehr unternehmerisch teilnehmen, den juristischen Personen gleichgestellt hat,<sup>17</sup> so dass für diese auch § 17 Anwendung findet. ◀
- 54 Sitz im Sinne der Vorschrift ist in erster Linie der in der Satzung festgelegte Sitz, im Zweifel der Ort der effektiven Verwaltungstätigkeit (§ 17 Abs. 1 S. 2).
- 55 Für Klagen der Gesellschaft gegen ihre Mitglieder (und der Mitglieder als solche untereinander) ist nach § 22 ebenfalls der allgemeine Gerichtsstand der Gesellschaft gegeben. Seit 2008 ist auch der Insolvenzverwalter befugt, Klage am Sitz der Gesellschaft für diese zu erheben (für Passivprozesse gilt § 19 a). Die §§ 17, 22 bieten zusammen einen Gerichtsstand, der für alle Klagen aus dem Mitgliedschaftsverhältnis eine Zuständigkeit am Sitz der Gesellschaft bzw. der juristischen Person zur Verfügung stellt.

### 4. Besondere Gerichtsstände

- 56 Besondere Gerichtsstände sind im Unterschied zu allgemeinen, die für alle Klagen gegen die Person gelten, nur für einzelne Klagen gegeben und bestehen nur für vermögensrechtliche Angelegenheiten. Sie sind in §§ 20 ff. geregelt. Die Ausgestaltung der besonderen Gerichtsstände knüpft meist an eine besondere Sachnähe des Gerichts an.

### a) Gerichtsstand der unerlaubten Handlung § 32

- 57 Dies lässt sich an § 32 besonders anschaulich darstellen. Nach § 32 ist für Klagen aus unerlaubten Handlungen das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist.
- 58 Die vorrangige Regelung enthält Art. 7 Nr. 2 EuGVO (zum Vorrang des europäischen Sekundärrechts § 2 Rn. 35).
- ▶ **Fall 4:** A aus Hamburg fährt in München in das Auto des B aus Potsdam. Die Polizei nimmt den Unfall auf. Es entsteht Sachschaden. B lässt den Schaden in seiner Potsdamer Vertragswerkstatt beseitigen. B will gegen A auf Erstattung der Kosten in Höhe von 2.000 € klagen. Welches Gericht ist zuständig? ◀
- 59 Das AG München ist sachlich (§ 23 Nr. 1 GVG) und örtlich gem. § 32 zuständig. Ob B seinen Anspruch auf § 823 Abs. 1 oder Abs. 2 oder auf Vorschriften des StVG stützt, ist unerheblich, da alle Anspruchsgrundlagen durch den Terminus unerlaubte Handlungen erfasst werden.<sup>18</sup> „Begangen“ ist die Tat sowohl am Handlungsort als auch am Erfolgsort. Dieses ist der Ort, an dem die tatbestandsmäßige Rechtsgutsverletzung eingetreten ist. Im Fall liegen beide Orte in München. Ort der unerlaubten Handlung sind aber nicht dritte Orte, an denen weitere Schadensfolgen eingetreten sind oder der Geschädigte den eingetretenen Schaden empfunden hat.<sup>19</sup> Die Tatsache, dass B in Potsdam den Schaden reparieren lässt und dies dort bezahlen muss, ist für

---

17 BGH, Urteil vom 29.1.2001, Az.: II ZR 331/00 = NJW 2001, 1056; dazu K. Schmidt, NJW 2001, 993.

18 Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 32 Rn. 1–3.

19 Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 32 Rn. 7; R/S/G, ZPR, § 36 Rn. 29.

die örtliche Zuständigkeit unerheblich, da die Rechtsgutsverletzung bereits eingetreten ist. Die örtliche Zuständigkeit des AG München ist auch sachgerecht. Die dortige Polizei war vor Ort, eventuelle Zeugen könnten in München ansässig sein, das Gericht kann den Unfallort in Augenschein nehmen usw.

► **Vertiefung:** Gerade bei sog. **Distanz- und Streudelikten** kann die Vorschrift jedoch zu Problemen führen. Bei Distanzdelikten werden die Rechte des Geschädigten entfernt vom Ort, an dem der Schädiger tätig wird, verletzt. Streudelikte zeichnen sich dadurch aus, dass Rechte des Geschädigten aufgrund einer Handlung nicht nur an einem, sondern an vielen Orten verletzt werden. Die Regelung in § 32 führt bei solchen Delikten, deren Auswirkungen nicht auf einen bestimmten Ort beschränkt sind, zu einem ubiquitären, auch „fliegenden“ Gerichtsstand: Der Kläger kann unter den Gerichten, in deren Bezirken sich die deliktische Handlung ausgewirkt hat, frei wählen (§ 35). Eine besondere Sachnähe des Gerichts ist dabei häufig nicht gegeben. Betroffen sind u.a. alle Bereiche des gewerblichen Rechtsschutzes, das Wettbewerbsrecht, das Urheberrecht, das Arbeitskampfrecht und insbesondere auch das Presserecht: Das Problem ist schon bei Delikten durch Presseveröffentlichungen gravierend und hat durch die neuen Verbreitungswege wie das Internet an Bedeutung gewonnen. Umgesetzt wurde bisher nur die Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands für Urheberrechtsklagen gegen Verbraucher (vgl. § 104 a UrhG). Daher steht weiterhin die Frage im Raum, ob nicht auch in weiteren Rechtsgebieten, insbesondere im Presserecht, ein Bedürfnis für eine Reform besteht.<sup>20</sup> ◀

► **Fall 5:** In einer in Hamburg erscheinenden Regenbogenzeitschrift stehen unwahre Behauptungen, die die Prinzessin Caroline von Monaco in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzen. Die Prinzessin erwägt, in München Klage zu erheben. ◀

Bei Pressedelikten, die zu einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts führen, ist als Handlungsort der Auslieferungsort zu sehen, hier Hamburg. Erfolgsort ist nach überwiegender Ansicht jeder Ort, an dem das Medium bestimmungsgemäß verbreitet wird.<sup>21</sup> Dies wird bejaht, wenn der Herausgeber die dortige Verbreitung beabsichtigt hat oder mit ihr hätte rechnen müssen. Bei dieser Art von Presse ist das zumindest der gesamte deutsche, wohl der deutschsprachige Raum (Mallorca?!). Nimmt aber ein Leser die Zeitschrift mit an Bord einer Maschine, die nach Schottland fliegt, so ist in Schottland mangels bestimmungsgemäßer Verbreitung kein Erfolgsort.

Komplexer werden die Probleme, wenn man **unerlaubte Handlungen im Internet** mit einbezieht. Dies kann z.B. eine unerlaubte Handlung in Form einer unbefugten Domainnutzung oder eine Persönlichkeitsverletzung durch Inhalte einer Homepage bzw. in sozialen Netzwerken sein. Handlungsort ist der Ort, an dem der Inhalt in das Internet gegeben wurde. Erfolgsort ist nach deutschen, aber auch internationalen Urteilen der Ort, an dem die Nachricht abgerufen werden kann.<sup>22</sup> (Der Ort des tatsächlichen Abrufs und die Person des Abrufenden sind z.Zt. technisch gar nicht feststellbar). Folgte man dem, so ergeben sich bei unerlaubten Handlungen im Internet nicht nur

20 Zur Vertiefung vgl. hierzu die Aufsätze von *Dölling*, Der fliegende Gerichtsstand im Presserecht – Spielball der Interessen, NJW 2015, 124 und *Jürgens*, Abgestürzte Gerichtsstände – Der fliegende Gerichtsstand im Presserecht, NJW 2014, 3061; *ders.* Aufsteigende Gerichtsstände – Der fliegende Gerichtsstand im Presserecht, NJW 2020, 1846.

21 Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 32 Rn. 9 f.

22 LG München, Urteil vom 17.10.1996, Az.: 4 HKO 12190/96 = IPRax 1998, 208; KG Berlin, Urteil vom 25.3.1997, Az.: 5 U 659/97 = NJW 1997, 3321; US District Court von Massachusetts, 960 F.Supp. 456 (D.Mass. 1997); High Court of Australia, Urteil vom 10.12.2002, CRI (Computer Recht international), 2003, 17.

60

61

deutschland- sondern weltweit unendlich viele Gerichtsstände. Schon national kann man sich das örtlich zuständige Gericht beliebig aussuchen. Mit Sachnähe des Gerichts ist diese Zuständigkeitsvervielfältigung sicher nicht zu erklären. Zu Recht hat der BGH<sup>23</sup> daher die reine Abrufbarkeit nicht für die Zuständigkeitsbegründung genügen lassen. Es sei ein über die bloße Abrufbarkeit der rechtsverletzenden Inhalte hinausgehender Inlandsbezug erforderlich. Dies sei gegeben, wenn unabhängig von der nicht sicher zu bestimmenden Zahl der Abrufe, eine Kollision der widerstreitenden Interessen – Interesse des Klägers an der Achtung seines Persönlichkeitsrechts einerseits, Interesse des Beklagten an der Gestaltung seines Internetauftritts und an einer Berichterstattung andererseits – nach den Umständen des konkreten Falls, insbesondere aufgrund des Inhalts der beanstandeten Meldung, im Inland tatsächlich eingetreten sein kann. Auch die nationalen Instanzgerichte lassen inzwischen die reine Abrufbarkeit nicht mehr genügen, sondern versuchen zusätzliche Kriterien zu entwickeln, um „dem fliegenden Gerichtsstand die Flügel zu stutzen“.<sup>24</sup>

- 62 Das Kriterium der unerlaubten Handlung ist sowohl für die Begründung der örtlichen Zuständigkeit im Rahmen der Zulässigkeit als auch für die Begründetheit der Klage von Bedeutung. Man spricht von **doppelrelevanten Tatsachen**. Würde man bei der Prüfung der Zulässigkeit verlangen, dass der Kläger das Vorliegen einer unerlaubten Handlung beweist, so gäbe man die Trennung von Zulässigkeit und Begründetheit völlig auf und würde die Prüfung der Begründetheit in die Zulässigkeit verschieben (zur Prüfungsreihenfolge § 10 Rn. 14). Daher sieht man es bei der Prüfung der Zulässigkeit als ausreichend an, dass der Kläger Tatsachen schlüssig vorträgt, die eine unerlaubte Handlung darstellen, beweisen muss er sie für die Prüfung der Zuständigkeit nicht.<sup>25</sup>
- 63 Umstritten war lange, ob das nach § 32 zuständige Gericht auch befugt ist, über konkurrierende Ansprüche z.B. aus Vertragsverletzung zu entscheiden. Dies ist das Problem eines **Gerichtsstands kraft Sachzusammenhangs**. Die Frage stellt sich nur, wenn allgemeiner Beklagtengerichtsstand oder vertraglicher Erfüllungsort (dieser begründet eine besondere örtliche Zuständigkeit gem. § 29) und der Begehungsort der unerlaubten Handlung auseinanderfallen. Dies wurde nach wie vor von vielen verneint,<sup>26</sup> die Kognitionsbefugnis des nach § 32 zuständigen Gerichts sei beschränkt. Die immer stärker werdende Gegenansicht bejahte aus prozessökonomischen Gründen einen Gerichtsstand kraft Sachzusammenhangs,<sup>27</sup> der zu einer Globalzuständigkeit des Gerichts führen sollte. Dem ist nunmehr der BGH ausdrücklich gefolgt.<sup>28</sup> Nach der Neufassung des Art. 17 Abs. 2 GVG, der es vorsieht, dass Gerichte verschiedener Rechtswege eine umfassende Sachentscheidungskompetenz haben, müsse das erst recht für örtlich zuständige Gerichte innerhalb eines Rechtsweges gelten. Das nach § 32 zuständige

23 BGH, Urteil vom 2.3.2010, Az.: VI ZR 23/09 = NJW 2010, 1752. S. auch BGH, Urteil vom 29.3.2011, Az.: VI ZR 111/10 = NJW 2011, 2059.

24 LG Hamburg, Beschluss vom 9.6.2011, Az.: 303 O 197/10 = MMR 2011, 594 (Solmecke 595).

25 Rspr. des RG seit RGZ 29, 373; BGH, Beschluss vom 19.2.2002, Az.: X ARZ 334/01 = NJW 2002, 1425 (1426); Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 32 Rn. 14; R/S/G, ZPR, § 36 Rn. 28.

26 BGH, Urteil vom 28.2.1996, Az.: VII ZR 181/93 = NJW 1996, 1411 (1413); BGH, Urteil vom 8.12.1970, Az.: VI ZR 174/68 = NJW 1971, 564 = JZ 1971, 336; Spickhoff, ZJP 109 (1996), 493, 500 ff.

27 KG, Urteil vom 2.2.1999, Az.: 28 AR 90/99 = NJW-RR 2001, 62 = MDR 2000, 413; offen gelassen in BGH, Beschluss vom 19.2.2002, Az.: X ARZ 334/01 = NJW 2002, 1425 (1426); R/S/G, ZPR, § 36 Rn. 56; Stein/Jonas/Roth, ZPO, § 32 Rn. 6 ff.

28 BGH, Beschluss vom 10.12.2002, Az.: X ARZ 208/02 = NJW 2003, 828 = VersR 2003, 663 m. Anm. Spickhoff, S. 665.

Gericht hat den Rechtsstreit daher unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden.<sup>29</sup>

Für die internationale Zuständigkeit gilt das jedoch nicht: Der EuGH hat für Art. 7 Nr. 1 und 2 EuGVO einen derartigen Gerichtsstand verneint, mithin die Kognitionsbefugnis des international zuständigen Gerichts beschränkt.<sup>30</sup> Im deutschen IZPR gibt es auch dann keinen Gerichtsstand kraft Sachzusammenhang, wenn § 32 für die Begründung der internationalen Zuständigkeit herangezogen wird. Der BGH hat die Übertragung auf die internationale Zuständigkeit ausdrücklich verneint. Der internationalen Zuständigkeit komme wegen der generellen Schwierigkeit, im Ausland verklagt zu werden und wegen der Verzahnung mit dem Kollisions- und Verfahrensrecht ungleich höhere Bedeutung zu als der örtlichen Zuständigkeit.<sup>31</sup>

### b) Gerichtsstand des vertraglichen Erfüllungsortes § 29

**Literatur:** *Dubiel*, Der Erfüllungsortbegriff des Vertragsgerichtsstands im deutschen, europäischen und internationalen Zivilprozessrecht, 2011; *Schack*, Der Erfüllungsort im deutschen, ausländischen und internationalen Privat- und Zivilprozessrecht, 1985; *Wais*, Erfüllungsortzuständigkeit nach § 29 ZPO bei Krankenhausaufnahmeverträgen, IPRax 2013, 320.

§ 29 regelt den in der Praxis bedeutsamen Gerichtsstand des vertraglichen Erfüllungsortes. § 29 ist anzuwenden auf alle schuldrechtlichen Verpflichtungsverträge, wobei sich der konkrete Streit auf Leistung oder Unterlassung, Schadensersatz statt der Leistung oder auf Rückgewähr nach Rücktritt beziehen kann.<sup>32</sup> Der Gerichtsstand ist auch bei negativen Feststellungsklagen (s.u. § 8 Rn. 33) anwendbar, wenn die Feststellung begehrt wird, dass aus einem Vertragsverhältnis nicht oder nicht mehr geschuldet wird. Für die Bestimmung des Erfüllungsortes ist dann die Verpflichtung des Klägers maßgeblich, deren Nichtbestehen er festgestellt haben will.<sup>33</sup>

Die vorrangige Regelung enthält Art. 7 Nr. 1 EuGVO (zum Vorrang des europäischen Sekundärrechts § 2 Rn. 35.)

Die Formulierung des § 29 ist ungenau, weil es in den meisten Fällen nicht den einen Erfüllungsort des Vertrages gibt, sondern der jeweilige Erfüllungsort der konkreten streitigen Verpflichtung maßgeblich ist.

► **Fall 6:** A aus Kiel verkauft an B aus Hamburg ein Pferd. Wenn A nicht liefert, wird B ihn auf Lieferung verklagen. Wo kann er dies tun? ◀

Er kann gem. § 29 vor dem sachlich zuständigen Gericht in Kiel Klage erheben. Für die Begründung der Zuständigkeit ist der Rückgriff auf §§ 269, 270 BGB erforderlich, weil keine eigenständige prozessuale Bestimmung des Erfüllungsortes erfolgt. Im

29 *Kiethe*, Umfassende Prüfungskompetenz der Gerichte im Gerichtsstand des § 32 ZPO, NJW 2003, 1294; zweifelnd *Spickhoff*, VersR 2003, 665 (666).

30 EuGH, Urteil vom 27.9.1988, Rs. 189/97 Kalfelis/Schröder = EuGHE 1988, 5565; krit. *Gottwald* IPRax 1989, 272; *Spickhoff*, VersR 2003, 665 (666); seit der Brogssitter Entscheidung des EuGH (EuGH, Urteil vom 13.3.2014, Az.: Rs. C-548/12 (Marc Brogssitter/Fabrication de Montres Normandes EURL u.a.) = NJW 2014, 1648) stellt sich das Problem der Anspruchskonkurrenz in den Fällen nicht mehr, in denen die Auslegung eines Vertrages erforderlich ist, um zu ermitteln, ob ein Handeln erlaubt ist. Diese Fälle unterfallen dem vertraglichen Gerichtsstand.

31 BGH, Beschluss vom 10.12.2002, Az.: X ARZ 208/02 = NJW 2003, 828 (830).

32 Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 29 Rn. 4; R/S/G, ZPR, § 36 Rn. 12.

33 OLG Celle, Urteil vom 26.2.2020, Az.: 3 U 157/19 = VuR 2020, 438.

Zweifel stimmt der Ort also mit dem Wohnsitz des Schuldners überein. (Das gleiche Ergebnis brächte demnach hier der allgemeine Gerichtsstand (§§ 12, 13).)

- 69 Würde B nicht zahlen, würde A in Hamburg klagen, da die Zahlung des Kaufpreises im Zweifel eine Schickschuld ist, die Leistungshandlung also am Wohnsitz des Käufers vorzunehmen ist (§§ 270 Abs. 1, Abs. 4, 269 BGB).
- 70 Würde B vom Vertrag zurücktreten, weil das Pferd unheilbar krank ist, so wäre, wenn sich das Pferd in Hamburg befindet, die Klage auf Rückgewähr dort zu erheben, da sich der Leistungsort an dem Ort befindet, an dem sich die verkaufte Sache, hier das Pferd, vertragsgemäß befindet.

► **Klausurhinweis:** § 29 bietet in prozessualen Klausuren eine gute Möglichkeit, schuldrechtliche Grundkenntnisse um Hol-, Bring- und Schickschuld abzurufen. ◀

► **Vertiefung:** Besondere Schwierigkeiten bereitet die **Bestimmung des Nacherfüllungsortes im Kaufrecht**. Gem. § 439 Abs. 2 BGB hat der Verkäufer die Kosten der Nacherfüllung zu tragen. Daraus folgt jedoch keine Festlegung des Ortes der Nacherfüllung, sondern allein die Pflicht zur Kostentragung durch den Verkäufer. Die Frage ist, ob der Käufer, der den Verkäufer zur Nacherfüllung auffordert, verpflichtet ist, ihm den Kaufgegenstand an dessen gewerblichen Sitz zu bringen. Dies kann gerade bei großer räumlicher Distanz von Lageort der Kaufsache und Sitz des Verkäufers erhebliche Belastungen mit sich bringen. Oder ist der Ort der Nacherfüllung nach § 439 BGB mit dem bestimmungsgemäßen aktuellen Belegenheitsort der Sache gleichzusetzen? Dann wäre die Nacherfüllung eine Bringschuld. Der BGH entschied 2011, dass die Frage des Erfüllungsorts bei der Nacherfüllung im Kaufrecht keine eigenständige Regelung erfahren habe und daher für dessen Bestimmung die allgemeine Vorschrift des § 269 Abs. 1 BGB anzuwenden sei.<sup>34</sup> Danach kommt es primär auf eine vertragliche Vereinbarung der Parteien an. Fehlt eine solche, kommt es auf die besonderen Umstände, die auf einen Erfüllungsort schließen lassen, an (z.B. Kauf im Laden, dort unter Vorlage des Kaufbelegs Aufforderung zur Nacherfüllung; Autokauf, wegen der notwendigen Gerätschaften Nacherfüllung in der Werkstatt). Wegen der dogmatischen Unterschiede von Erfüllungs- und Nacherfüllungsverlangen sei keineswegs der Erfüllungsort der Primärpflicht maßgeblich. Lassen sich so keine abschließenden Erkenntnisse gewinnen, sei der Erfüllungsort letztlich an dem Ort anzusiedeln, an welchem der Verkäufer zum Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung (§ 269 Abs. 2 BGB) hatte. Inzwischen besteht beim Verbrauchsgüterkauf ein Anspruch auf Kostenvorschuss (§ 475 Abs. 6 BGB). Es besteht aber nach einem Urteil des EuGH aus dem Jahr 2019 keine Pflicht zur Rücksendung sperriger mangelhafter Produkte.<sup>35</sup> Der zur Umsetzung der Warenkauf Richtlinie 2022 eingefügte § 439 Abs. 5 BGB trifft ebenfalls keine Entscheidung über den Nacherfüllungsort.

Eine **Rückabwicklungsklage** nach ausgeübtem Rücktritt soll wegen der Zug um Zug Verpflichtung am Wohnsitz des Käufers möglich sein. Insofern nimmt die Rechtsprechung einen einheitlichen (!) Gerichtsstand des Erfüllungsortes am vertragsgemäßen Belegenheitsort des Kaufgegenstandes an.<sup>36</sup>

---

34 BGH, Urteil vom 13.4.2011, Az.: VIII ZR 220/10 = NJW 2011, 2278. Dazu *Gsell*, Nacherfüllungsort beim Kauf und Transportlast des Käufers, JZ 2011, 988; *Jesgarzewski*, Bestimmung des Nacherfüllungsortes im Kaufrecht, VuR 2012, 497.

35 EuGH, Urteil vom 23.5.2019, Az.: C-52/18 = NJW 2019, 2007 (dazu *Augenhofer*, NJW 2019, 1988).

36 OLG Hamm, Urteil vom 20.10.2015, Az.: 28 U 91/15 = BeckRS 2015, 18649.

Umstritten ist, ob bei der **Rückabwicklung eines mit einem Kaufvertrag verbundenen Verbraucherdarlehens** ebenfalls ein einheitlicher Gerichtsstand am Wohnsitz des Verbrauchers besteht. Einige OLGs haben dies bejaht,<sup>37</sup> nach anderer Ansicht verbleibt es bei der separaten Zuständigkeitsbestimmung für jeden einzelnen Anspruch.<sup>38</sup> ◀

**Gebührenforderungen von Rechtsanwälten** gegen ihre Mandanten können in der Regel nicht gem. § 29 am Gericht des Kanzleisitzes geltend gemacht werden. Es bleibt bei der Zweifelsregelung des § 269 Abs. 1 BGB (Wohnsitz des Schuldners), weil sich nicht allein aus dem Abschluss eines Vertrags mit einem Rechtsanwalt eine stillschweigende Vereinbarung über einen Leistungsort ergibt, dass der Mandant am Ort der Kanzlei seinen Zahlungsverpflichtungen nachkommen soll.<sup>39</sup> Daneben enthält § 34 einen Wahlgerichtsstand für Klagen wegen Gebühren und Auslagen.<sup>40</sup>

71

Bei **ärztlichen Honorarforderungen** wird überwiegend angenommen, dass bei stationären Behandlungen der Ort des Krankenhauses, bei ambulanten Behandlungen der Ort der Praxis des niedergelassenen Arztes maßgeblich ist.<sup>41</sup> Hier soll also aus der Natur des Schuldverhältnisses ein gemeinsamer Erfüllungsort folgen.

Bei **Beförderungsverträgen im Flugverkehr** sollen der vereinbarte Abflugort und der Ankunftsort gleichermaßen Erfüllungsorte sein.<sup>42</sup>

Für Klagen aus **Haustürgeschäften** ist die Regelung des § 29 c zu beachten. Der Verbraucher kann gegen den Unternehmer immer, der Unternehmer *muss* gegen den Verbraucher an dessen Wohnsitz klagen. Auf den Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung kommt es nicht an.

Bei Klagen wegen irreführender **Kapitalmarktinformationen** ist der ausschließliche Gerichtsstand des § 32 b<sup>43</sup> anzuwenden. Dieser erfasst nun, wie auch das KapMuG, auch Prozesse, bei denen nur ein mittelbarer Bezug zu einer öffentlichen Kapitalmarktinformation besteht. Daher kann dieses und der parallele § 32 b nun auch für Verfahren gegen Anlagevermittler angewendet werden.<sup>44</sup>

Für Klagen in **Musterfeststellungsverfahren** (§ 7 Rn. 19) besteht gem. § 32 c eine ausschließliche Zuständigkeit am allgemeinen Beklagtengerichtsstand.

### c) Dinglicher Gerichtsstand § 24

**Literatur:** *Braun*, Gesetz ist Gesetz, JZ 2013, 245.

37 OLG Hamm, Urteil vom 27.11.2019, Az.: 31 U 114/18, juris Rn. 78 f.; OLG Saarbrücken, Urteil vom 13.8.2020, Az.: 4 U 100/19, juris Rn. 174 ff.; OLG Celle, Urteil vom 22.7.2020, Az.: 3 U 3/20, juris Rn. 64 ff.

38 OLG Brandenburg, Urteil vom 26.1.2022, Az.: U 168/21 = BeckRS 2022, 1770; OLG Brandenburg, Urteil vom 21.4.2021, Az.: 4 U 95/20 = BeckRS 2021, 10379.

39 BGH, Beschluss vom 11.11.2003, Az.: X ARZ 91/03 = NJW 2004, 54; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 29 Rn. 6; *Seggewiße*, Besonderheiten bei der streitigen Durchsetzung anwaltlicher Vergütungsforderungen, MDR 2021, 1033, 1035; *Balthasar*, JuS 2004, 571.

40 *Seggewiße*, Besonderheiten bei der streitigen Durchsetzung anwaltlicher Vergütungsforderungen, MDR 2021, 1033, 1035. Dieser spielt aber effektiv keine Rolle, weil das Kostenfestsetzungsverfahren nach § 11 RVG vorgeht, Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 34 Rn. 3.

41 Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 29 Rn. 6; kritisch *Prechtel*, MDR 2006, 246 (für Übertragung der Rspr. zu Rechtsanwaltsgebühren).

42 BGH, Urteil vom 18.1.2011, Az.: X ZR 71/10 = NJW 2011, 2056.

43 Neu gefasst mit Wirkung vom 1.11.2012 durch Gesetz vom 19.10.2012 (BGBl. I, 2182).

44 Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 32 b Rn. 7.



- 72 Der Gerichtsstand der belegen Sache (*forum rei sitae*) gilt im Bereich des Sachenrechts ausschließlich für unbewegliche Sachen und wird in erster Linie mit der Sachnähe des Gerichts begründet, in dessen Bezirk die Sache belegen ist.
- 73 Die internationale vorrangige Vorschrift enthält Art. 24 Nr. 1 EuGVO (zum Vorrang des europäischen Sekundärrechts § 2 Rn. 35).
- 74 § 24 ist ein ausschließlicher Gerichtsstand, der für Klagen gilt, durch die das Eigentum geltend gemacht wird (z.B. im Wege der Herausgabe (§ 985 BGB), der Unterlassung (§ 1004 BGB) oder der Grundbuchberichtigung (§ 894 BGB) oder nur der Feststellung des Bestehens (§ 256)). Auch dingliche Belastungen oder die Freiheit davon, Grenzscheidungs- (§§ 919–923 BGB), Teilungs- (§ 749 BGB) oder Besitzklagen (§§ 861, 862, 869, 1029, 1090 BGB) fallen unter § 24.

### d) Gerichtsstand der Widerklage § 33

- 75 Die Widerklage ist häufig Prüfungsgegenstand. Die in § 33 geregelte örtliche Zuständigkeit ist jedoch völlig unproblematisch. Aus prozessökonomischen Gründen soll das angerufene Gericht, wenn der Beklagte mit einer Widerklage selbst zum Angriff übergeht, auch über die mit der Erstklage im Zusammenhang stehende Widerklage entscheiden. Die Widerklage wird insoweit privilegiert. Schwieriger ist die mögliche analoge Anwendung des § 33 auf (isolierte) Drittwiderklagen (dazu § 12 Rn. 98).
- 76 Art. 8 Nr. 3 EuGVO enthält ebenfalls den in den meisten Mitgliedstaaten bekannten Gerichtsstand der Widerklage. Ziel ist auch im europäischen Rechtsraum die Förderung der Prozessökonomie und die Vermeidung sich widersprechender Entscheidungen.<sup>45</sup>
- 77 Der von § 33 geforderte Zusammenhang zwischen den beiden Ansprüchen besteht, wenn die Ansprüche (bzw. die Einwendungen dagegen) auf einem einheitlichen Lebensverhältnis beruhen oder zwischen ihnen ein natürlicher, wirtschaftlicher Zusammenhang besteht. Der Zusammenhang ist wie bei § 273 BGB weit auszulegen.<sup>46</sup>
- 78 Die umstrittene Frage, ob der in § 33 genannte Zusammenhang eine **besondere Sachentscheidungsvoraussetzung** darstellt, ist bei der Prüfung der örtlichen Zuständigkeit ohne Bedeutung und wird an anderer Stelle erörtert (§ 12 Rn. 81).
- **Klausurhinweis:** § 33 ist nur anzuwenden, wenn sich die örtliche Zuständigkeit nicht bereits aus den §§ 12, 13 ergibt. Besteht schon der allgemeine Gerichtsstand, sollte man § 33 als nicht relevant erwähnen. An dieser Stelle angelerntes Wissen zur Widerklage „abzuladen“, wäre grob falsch! ◀

### e) Gerichtsstand des Vermögens § 23

- 79 Eine Klage kann an dem Gericht erhoben werden, an dem sich Vermögen des Beklagten, der im Inland keinen Wohnsitz hat, befindet. Der Gerichtsstand des Vermögens spielt im nationalen Prozess keine Rolle. Von besonderer Brisanz ist er in internationalen Fällen, weil er dazu genutzt werden kann, Ausländer in Deutschland zu verklagen, wenn diese hier Vermögen haben. Ein Anleger verlangte 2012 vor dem LG Frankfurt a.M. von einer internationalen Ratingagentur Schadenersatz wegen des Erwerbs von

---

45 Adolphsen, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kap. 3 Rn. 150.

46 Thomas/Putzo/Hüfttege, ZPO, § 33 Rn. 4.

Zertifikaten. Die Zuständigkeit wurde wie der BGH in der Revision bestätigte, zu Recht auf § 23 gestützt.<sup>47</sup>

In der EuGVO ist die Anwendung des § 23 ausgeschlossen, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat (Art. 5 Abs. 2 EuGVO). Im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr ist § 23 für die Amerikaner ein Ärgernis, das sie zu bekämpfen suchen.

80

#### f) Gerichtsstandsbestimmung bei Streitgenossenschaft § 36 Abs. 1 Nr. 3

Die ZPO kennt keinen Gerichtsstand der Streitgenossenschaft. Gem. § 36 Abs. 1 Nr. 3 besteht jedoch die Möglichkeit eines Bestimmungsverfahrens sowohl im Fall einfacher als auch notwendiger Streitgenossenschaft auf der Beklagtenseite.<sup>48</sup> Dann können auch mehrere Personen, die bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, als Streitgenossen verklagt werden. Voraussetzung ist daher, dass Beklagte, die bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstand verklagt werden sollen und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist. Erforderlich ist ein Antrag des Klägers. Die Bestimmung erfolgt durch das im Rechtszug höhere Gericht. Der Antrag auf Gerichtsstandsbestimmung ist aber nicht mehr möglich, wenn der Kläger die Beklagten bereits einzeln vor verschiedenen Gerichten verklagt hat. An dieser Entscheidung, mehrere einzelne Klagen zu erheben, muss sich der Kläger festhalten lassen. § 36 Abs. 1 Nr. 3 bietet keine Grundlage, über den Anwendungsbereich des § 147 hinaus, zwei Verfahren miteinander zu verbinden, wenn diese bereits bei verschiedenen Gerichten rechtshängig sind.<sup>49</sup>

81

### V. Funktionelle Zuständigkeit

Den Begriff der funktionellen Zuständigkeit werden Sie in der ZPO nicht finden. Er rührt historisch daher, dass die Parteien hierüber in keinem Fall disponieren können. Die funktionelle Zuständigkeit ist demnach ausschließlich und im Prozess von Amts wegen zu beachten. Die funktionelle Zuständigkeit betrifft allgemein die Verteilung verschiedener Rechtspflegefunktionen in ein und derselben Sache (dem Rechtsstreit) unter verschiedenen Rechtspflegeorganen. Dies betrifft

82

- im Erkenntnisverfahren die Abgrenzung der Tätigkeiten des Gerichts von denen des Vorsitzenden, des Einzelrichters, des beauftragten Richters, des Rechtspflegers und des Urkundsbeamten;
- die gesetzliche Instanzenordnung. In der VwGO wird das ganze plastischer als instanzielle Zuständigkeit bezeichnet (§§ 46, 49 VwGO).

Wird die funktionelle Zuständigkeit dadurch verletzt, dass ein funktionell unzuständiges Gericht entschieden hat, so ist die Entscheidung anfechtbar, aber nicht nichtig. Hat dagegen das funktionell unzuständige Rechtspflegeorgan entschieden (Urteil durch Rechtspfleger), so ist die Entscheidung nichtig.<sup>50</sup>

47 BGH, Beschluss v. 13.12.2012, Az.: III ZR 282/11 = NJW 2013, 386.

48 Wilke, Die gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit gem. §§ 36, 37 ZPO, JA 2019, 610.

49 BGH, Beschluss vom 23.2.2011, Az.: X ARZ 388/10 = NJW-RR 2011, 929. Zur Vertiefung Beck'scher Online Kommentar ZPO/Tuossaint, § 36 Rn. 10 ff. (Stand 1.3.2021).

50 R/S/G, ZPR, § 30 Rn. 25.

VI. Vereinbarungen über die Zuständigkeit § 38

**Literatur:** *Ebricke*, Gerichtsstandsvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im vollkaufmännischen Geschäftsverkehr, ZZZ 111 (1998), 145; *Pfeiffer*, Die kaufmännische Prorogation, JA 2005, 369; *Schneider*, Zur Wirksamkeit undifferenzierter Gerichtsstands- und Erfüllungsklauseln gegenüber Kaufleuten, BB 2011, 2440.

- 83 Soweit ersichtlich kennen alle internationalen Zuständigkeitsordnungen das Institut der Gerichtsstandsvereinbarung (*forum prorogatum*), das seine Ursprünge im römischen Recht hat. Die Regelung der ZPO ist in § 38 enthalten, dem aber Art. 25 EuGVO vorgeht.
- 84 Durch eine Gerichtsstandsvereinbarung haben es die Parteien in der Hand, kraft ihrer Privatautonomie die an sich gegebene sachliche (selten) oder internationale bzw. örtliche (verbreitet) Zuständigkeit eines Gerichts zu *derogieren* und die Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts zu *prorogieren*. Die übrigen Zuständigkeiten (Rechtswegzuständigkeit, funktionelle Zuständigkeit) sind dagegen derogationsfest.
- 85 Den Parteien steht es frei, lediglich die Zuständigkeit eines dann zusätzlich zuständigen Gerichts zu vereinbaren oder eine **ausschließliche Zuständigkeit** des vereinbarten Gerichts vorzusehen. Was gewollt ist, muss im deutschen Recht durch Auslegung ermittelt werden, eine Auslegungsregel kennt das deutsche Recht im Unterschied z.B. zu Art. 25 EuGVO (im Zweifel Ausschließlichkeit) nicht.<sup>51</sup>
- 86 Die Gerichtsstandsvereinbarung hat die **Rechtsnatur** eines Prozessvertrages, da ihre Hauptwirkungen auf prozessuale Gebiete liegen.<sup>52</sup> Dem steht nicht entgegen, dass die Gerichtsstandsvereinbarung regelmäßig außerhalb eines Prozesses geschlossen wird, z.B. innerhalb eines materiellen Vertrages zu einem Zeitpunkt, in dem noch gar kein Streit entstanden ist. Trotz ihrer prozessrechtlichen Rechtsnatur findet man Gerichtsstandsvereinbarungen fast ausschließlich als Klausel in materiellen Verträgen (auch in Gesellschaftsverträgen). Auch dann ist die Gerichtsstandsvereinbarung jedoch ein eigenständiger Vertrag, der in seiner Wirksamkeit nicht vom Bestand des materiellen Vertrages, in den er integriert ist, abhängt (*doctrine of separability*).<sup>53</sup> Die Folge der prozessualen Einordnung der Gerichtsstandsvereinbarung ist, dass sich die Anforderungen an diesen Prozessvertrag aus dem Prozessrecht ergeben. So regelt das Prozessrecht die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen und ihre Wirkungen. Außer Regeln für die Form enthält die ZPO jedoch keinerlei Normen, die z.B. den Einigungstatbestand betreffen. Daher ist ein Rückgriff auf materielles Recht erforderlich. Der BGH hat 2019 eine materielle Verpflichtung der Parteien aus der Gerichtsstandsvereinbarung bejaht.<sup>54</sup> Auf dieser Grundlage hat er einen **Schadensersatzanspruch** auf der Basis von § 280 Abs. 1 BGB angenommen.<sup>55</sup>

51 RGZ 159, 254; BGH Urteil vom 5.7.1972, Az.: VIII ZR 118/71 = BGHZ 59, 116 (119); *Stein/Jonas/Bork*, § 38 Rn. 62; a.A. Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 38 Rn. 32, der für eine Vermutung zugunsten der Ausschließlichkeit plädiert; das OLG München RIW 1989, 643 geht im Zweifel von einem Wahlgerichtsstand aus. Weitere Nw. *Stein/Jonas/Bork*, § 38 Rn. 62 (Fußnote 214).

52 R/S/G, ZPR, § 37 Rn. 2. Der BGH geht von einem materiellrechtlichen Vertrag über prozessuale Beziehungen aus (BGH, Urteil vom 17.5.1972, VIII ZR 76/71 = BGHZ 59, 26 = NJW 1972, 1622), andere von einem materiellen Vertrag (*Rosenberg*, Stellvertretung im Prozeß, 1908, S. 65, 100). Konsequenzen hat der Streit meist nicht, nur die Begründung für die Anwendung materiellen Rechts divergiert.

53 EuGH, Urteil vom 14.12.1976, Rs. 24/76, Colzani/Rüwa = Slg. 1976, 1831; Urteil vom 3.7.1997, Rs. C-269/95, Benincasa/Dantalkrit Srl = Slg. 1997, 3767 (3797) (Rn. 24); BGH, Urteil vom 19.1.1960, Az.: VIII ZR 35/59 = WM 1960, 320.

54 BGH, Urteil vom 17.10.2019, Az.: III ZR 42/19 = NJW 2020, 399 (Rn. 26).

55 *Colberg*, Schadensersatz wegen Verletzung einer Gerichtsstandsvereinbarung, IPRax 2020, 246; *Peiffer/Weiler*, Vertraglicher Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von Gerichtsstands- und Schiedsvereinba-

Der deutsche Gesetzgeber steht Gerichtsstandsvereinbarungen skeptisch gegenüber. Merkwürdigerweise lässt er sie eingeschränkter zu als Schiedsvereinbarungen, mit denen immerhin nicht nur eine sachliche oder örtliche Zuständigkeit innerhalb der bestehen bleibenden staatlichen Gerichtsbarkeit abgedungen wird, sondern die staatliche Gerichtsbarkeit insgesamt (§ 2 Rn. 26). 87

Kaufleute (sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtliche Sondervermögen) können Gerichtsstandsvereinbarungen vor und nach der Entstehung eines Streits ohne besondere Formanforderungen, auch in AGB, schließen (§ 38 Abs. 1). Außerhalb dieses Personenkreises sind Gerichtsstandsvereinbarungen grundsätzlich unzulässig und nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 38 Abs. 2, 3 zulässig. In Abs. 2 wird die Vereinbarung der internationalen Zuständigkeit geregelt. Nach § 38 Abs. 3 muss eine Gerichtsstandsvereinbarung zunächst einmal *ausdrücklich* und *schriftlich* erfolgen und bei reinen Inlandsfällen darf die Vereinbarung nur nach dem Entstehen des Streits geschlossen werden. Eine Gerichtsstandsvereinbarung ist damit außerhalb des kaufmännischen Verkehrs weder durch AGB noch mittelbar durch Erfüllungsortvereinbarungen möglich. 88

### VII. Rügelelose Einlassung § 39

Ebenfalls durch Parteiverhalten wird eine (sachliche und örtliche) Zuständigkeit infolge rügeleoser Einlassung des Beklagten zur Hauptsache begründet (§ 39), soweit keine ausschließliche Zuständigkeit gegeben ist (§ 40 Abs. 2 S. 2). Im Verfahren vor dem AG kommt es nur dann zur Wirkung der rügeleosen Einlassung, wenn das Gericht den Beklagten auf die Unzuständigkeit und die Folgen einer rügeleosen Einlassung hingewiesen hat (§§ 39 S. 2, 504). 89

§ 39 führt nur zur Zuständigkeitsbegründung, wenn der Beklagte ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt, weil man in diesem Zeitpunkt davon ausgehen darf, dass der Beklagte mit der an sich nicht gegebenen Zuständigkeit einverstanden ist. **Verhandlung zur Hauptsache** bedeutet, dass der Beklagte sachlich über den streitgegenständlichen Anspruch verhandelt und nicht bloß über Verfahrensfragen wie Sachentscheidungsvoraussetzungen, oder dass er Prozesshindernisse geltend macht. 90

---

rungen – Teil I, RIW 2020, 321; Teil II, RIW 2020, 641; rechtsvergleichend zur Frage des Schadensersatzes nach Verletzung einer Gerichtsstandsvereinbarung *Antomo*, Schadensersatz wegen der Verletzung einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung, S. 271 ff.

Zusammenfassende Übersicht zur Ermittlung der örtlichen Zuständigkeit

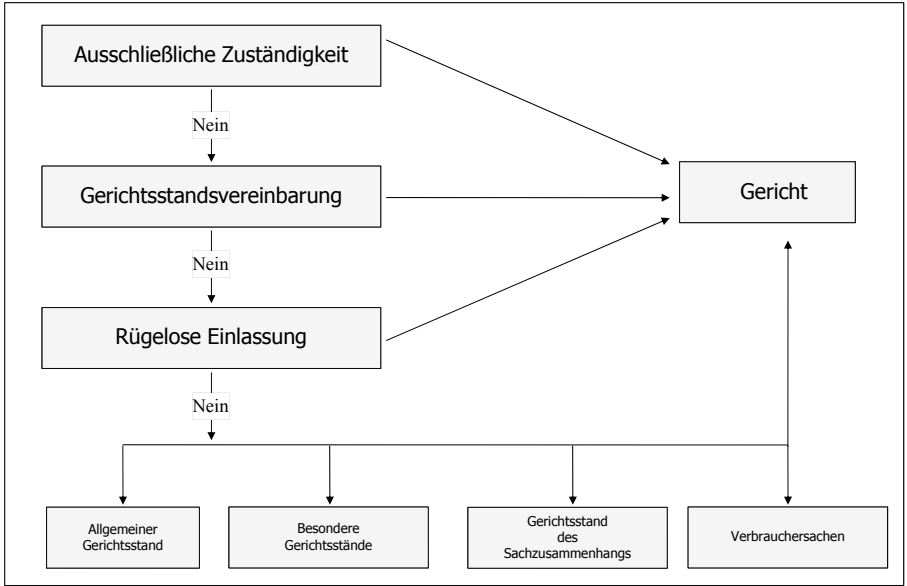


Abb. 8 Zusammenfassung zur örtlichen Zuständigkeit

Zusammenfassende Übersicht zu § 6

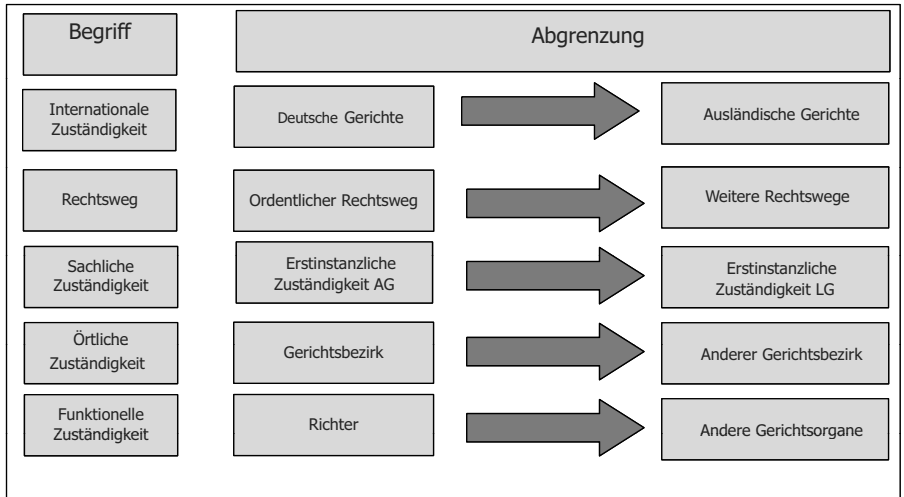


Abb. 9 Kompetenzverteilung

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

---

- > Welche Funktion hat die internationale Zuständigkeit?
- > Wie viele Rechtswege gibt es in Deutschland? Was passiert mit einer Klage, die im falschen Rechtsweg erhoben wird?
- > Welche Funktion haben die sachliche und die örtliche Zuständigkeit?
- > Ist das LG als erst- und/oder als zweitinstanzliches Gericht tätig?
- > Wodurch unterscheiden sich allgemeine und besondere Gerichtsstände?
- > Wie wird der Erfüllungsort in § 29 bestimmt?
- > Welche Zuständigkeiten können durch eine Gerichtsstandsvereinbarung geregelt werden?

## § 7 Die Parteien

**Literatur:** *Adolphsen*, Parteibegriff – Prozessrecht und materielles Recht, ZZP 135 (2022), 299; *de Boor*, Zur Lehre vom Parteiwechsel und Parteibegriff, 1941; *Hein*, Identität der Partei, 2 Bde., 1918/25; *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, 2006; *Henckel*, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, 1961; *Kisch*, Das Reichsgericht und der Parteibegriff in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. VI, 1929; *Sunaric*, Die richtige Partei im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren, 2018.

### I. Das Prozessrechtsverhältnis

- 1 Durch Klageerhebung entsteht ein Prozessrechtsverhältnis zwischen den Parteien und dem Gericht. Dieses Prozessrechtsverhältnis ist von dem nur die Parteien bindenden materiellen Rechtsverhältnis zu unterscheiden. Das Prozessrechtsverhältnis ist ein **öffentlich-rechtliches Verhältnis** zwischen dem Gericht und den Parteien sowie den Parteien untereinander (dreiseitiges Rechtsverhältnis). Das materielle Rechtsverhältnis besteht, wenn überhaupt (nicht bei einer unbegründeten Leistungsklage; nicht im Fall des § 265), nur zwischen den Parteien.

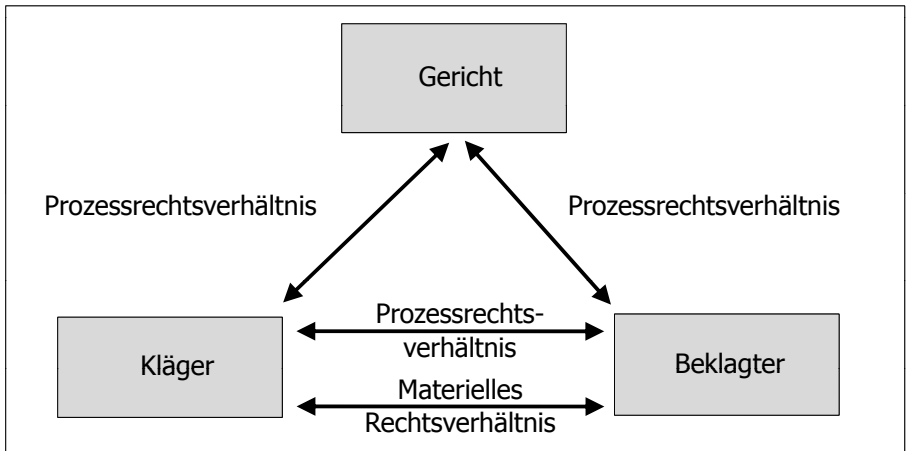


Abb. 10 Prozessrechtsverhältnis

- 2 Das Prozessrechtsverhältnis beginnt mit Klageerhebung und endet Streitig mit der Rechtskraft des Urteils oder aber unstreitig z.B. durch Rücknahme der Klage (zu prozessbeendenden Prozesshandlungen s. § 14).

### II. Erlangung der Parteienstellung

- 3 Die Auswahl des Beklagten ist Sache des Klägers. Er muss diesen in seiner Klageschrift benennen (§ 253 Abs. 2 Nr. 1). Das alleine verschafft diesem aber noch nicht die Stellung des Beklagten im Prozessrechtsverhältnis. Das öffentlich-rechtliche Verhältnis kommt erst dann zustande, wenn dem Beklagten die Klage zugestellt wird. Es müssen also Benennung in der Klageschrift *und* Zustellung vorliegen. Erfolgt eine Zustellung an eine ganz andere Partei, so ist diese nicht Beklagter. Sie erhält aber im Prozess die Möglichkeit, ihre Identität nachzuweisen, damit der Fehler korrigiert werden kann. Die in der Klageschrift gewählte Parteibezeichnung ist als Prozesshandlung bei Unklar-

heiten grundsätzlich der Auslegung zugänglich. Daher ist bei zweideutiger oder unrichtiger Parteibezeichnung diejenige Person als Partei anzusehen, die bei Würdigung des Erklärungsinhalts durch den objektiven Empfänger erkennbar betroffen werden soll.<sup>1</sup>

### III. Parteibegriff

Die ZPO verwendet den Begriff der Partei an verschiedenen Stellen. Der Gerichtsstand ist mit dem Wohnsitz des Beklagten (der beklagten Partei) verknüpft (§§ 12, 13); Personen, die der Partei nahestehen, haben ein Zeugnisverweigerungsrecht (§ 383); die unterliegende Partei trifft die Kostenlast (§§ 91 ff.); das Urteil hat Rechtskraft zwischen den Parteien (§ 325); nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Partei ist zu beurteilen, ob Prozesskostenhilfe zu gewähren ist (§ 114).

Wer Partei ist, scheint eine banale Frage zu sein und es trifft zu, dass dies meist unproblematisch ist. In Grenzfällen ist die Frage durchaus schwierig.

#### 1. Parteibegriff und Sachlegitimation

► **Fall 1:** K wird auf dem Heimweg von seiner Stammkneipe von einem Pkw angefahren. Er meint, B am Lenkrad erkannt zu haben. Er verklagt B vor dem LG auf Zahlung von 10.000 € Schadensersatz und Schmerzensgeld. Im Verfahren macht B geltend, er sei zum Unfallzeitpunkt auf Mallorca gewesen. Es stellt sich heraus, dass D den K angefahren hat. Wie hat das Gericht zu entscheiden? ◀

K ist Geschädigter eines Verkehrsunfalls. Materiellrechtlich ist aber nicht der B, den K zunächst für den Fahrer hielt, sondern D verpflichtet. D ist aber nicht von K verklagt worden. Das Gericht würde die Klage, wenn K sie nicht zurücknimmt, als unbegründet abweisen, da B zwar Partei, aber nicht materiellrechtlich zur Zahlung verpflichtet ist; er ist nicht *passiv legitimiert*.

**Merke:** Von der Frage der Parteistellung ist also die der materiellen Berechtigung (**Sachlegitimation**) zu trennen. Auch der materiell nicht Verpflichtete oder Berechtigte wird daher Partei eines Prozesses.

#### 2. Parteibegriff und Prozessführungsbefugnis

► **Fall 2:** K verklagt B auf Zahlung von 500 €, weil B diese dem D, dem Freund des K, schulde und B offenbar freiwillig nicht zahle. Er (K) wolle jetzt mal dem Recht zur Durchsetzung verhelfen. Wie hat das Gericht zu entscheiden? ◀

K ist dem B gegenüber materiellrechtlich nicht berechtigt. Er behauptet dies auch gar nicht, sondern will nur einem anderen helfen und einem übergeordneten Interesse dienen.

Solche Klagen werden **Popularklagen** genannt. Grundsätzlich sieht es das Prozessrecht nicht vor, dass jemand fremde Rechte wahrnimmt oder aber übergeordnete Interessen wie die Durchsetzung des Rechts. Trotzdem wird der K Partei und wird auch die Kosten des Rechtsstreits tragen müssen. Das Gericht wird die Klage aber durch Pro-

1 BGH, Urteil vom 24.1.2013, Az.: VII ZR 128/12 = NJW-RR 2013, 394.



zessurteil als unzulässig abweisen, weil dem K die **Prozessführungsbefugnis** (Rn. 36) fehlt.<sup>2</sup> In der Sache wird das Gericht nicht entscheiden.

**Merke:** Die Parteistellung ist von der materiellen Berechtigung und von der Frage, wer die Rechte geltend machen darf, zu trennen.

### 3. Partei kraft Amtes

► **Fall 3:** Insolvenzverwalter I klagt gegen B auf Herausgabe eines PKW, der zur Insolvenzmasse gehört. Wer ist Partei des Verfahrens? ◀

- 9 Diese sog. Verwalterfälle stellen die Hauptschwierigkeit der Bestimmung der Partei dar. I macht kein eigenes Recht geltend, er behauptet dies nicht einmal. Kann er trotzdem Partei sein?
- 10 Ein Insolvenzverwalter (§ 80 InsO) (das gleiche Problem stellt sich auch für den Nachlassverwalter (§ 1984 BGB), den Testamentsvollstrecker (§§ 2212, 2213 BGB) und den Zwangsverwalter (§ 152 ZVG)) macht keine eigenen Rechte geltend, sondern offensichtlich fremde. Dies würde – in Anknüpfung an materiellrechtliche Parallelen – dafür sprechen, den Verwalter im Prozess als einen Vertreter anzusehen. In der Konsequenz wäre der Vertretene Partei, nicht aber der Verwalter selbst (so die sog. **Vertretertheorie**).<sup>3</sup> Das Problem ist nun aber, dass der Gemeinschuldner in der Insolvenz seine Verfügungsbefugnis verliert (§ 80 Abs. 1 InsO); dann müsste eigentlich auch eine Vertretung ausscheiden, weil durch Vertretung nur die Rechtsmacht ausgeübt werden kann, die der Vertretene selbst hat. Zudem sieht das Insolvenzrecht Prozesse zwischen dem Gemeinschuldner und dem Insolvenzverwalter vor, z.B. über die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zur Insolvenzmasse. Es entstünde bei Annahme einer Vertretung ein Insichprozess.
- 11 Man könnte auch den Insolvenzverwalter nicht als Vertreter des Gemeinschuldners, sondern als Vertreter der Insolvenzmasse ansehen (so die **Organtheorie**).<sup>4</sup> Diese erklärt zwar, dass das Handeln des Verwalters auf das verwaltete Vermögen bezogen und beschränkt ist. Sie würde aber eine Rechtsfähigkeit der Insolvenzmasse voraussetzen, die dieser nicht zukommt. Eine Vermögensmasse ist nach geltendem Recht kein Rechtsobjekt, sondern *Objekt*, das anderen Rechtssubjekten zugeordnet ist.
- 12 Die heute überwiegend vertretene Ansicht sieht den Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes an (sog. **Amtstheorie**). Diese Theorie der Partei kraft Amtes hat der Gesetzgeber in § 116 mittelbar anerkannt. Die Amtstheorie wird dadurch gestützt, dass der Insolvenzverwalter, anders als ein Vertreter, nicht nur den Interessen des Gemeinschuldners dient, sondern auch denen der Gläubiger. Im Prozess ist daher der Insolvenzverwalter selbst Partei und klagt als Insolvenzverwalter auf Leistung an die Masse.

---

2 *Stamm*, Zur Frage der Existenzberechtigung der Prozessführungsbefugnis – Ihre Rückführung auf das materielle Recht, ZfP 132 (2019), 411 hat vertreten, auf das Institut der Prozessführungsbefugnis zu verzichten, um die Kontur des Prozessrechts in seiner Abgrenzung zum materiellen Recht zu schärfen.

3 *Lent*, Zur Lehre von der Partei kraft Amtes, ZfP 62 (1941), 129; *Siber*, Prozessführung des Vermögensverwalters, FS Wach, 1918; *K. Schmidt*, Klage und Rechtshängigkeit bei Konkurseröffnung vor Klagezustellung, NJW 1995, 911.

4 *Böttcher*, Die Konkursmasse als Rechtsträger und der Konkursverwalter als ihr Organ, ZfP 77 (1964), 55; *K. Schmidt*, Der Konkursverwalter als Gesellschaftsorgan und als Repräsentant des Gemeinschuldners, KTS 1984, 345; *ders.*, Der Konkursverwalter: Streitgenosse seiner selbst?, KTS 1991, 211.

► **Klausurhinweis:** In einer Klausur müssen Sie sich mit allen vertretenen Theorien auseinandersetzen. Aus der hier vertretenen Sicht sprechen die besten Argumente für die Amtstheorie. ◀

Für die Bestimmung des Parteibegriffs folgt daraus, dass dieser von der materiellrechtlichen Beziehung zwischen den Beteiligten losgelöst ist. 13

**Merke:** Partei ist nach dem prozessualen oder **formalen Parteibegriff** derjenige, der Rechtsschutz begehrt bzw. der, gegen den Rechtsschutz begehrt wird.

Ob dem Kläger also das Recht bzw. dem Beklagten die Pflicht zukommt, ist im Rahmen der Begründetheit als ein Problem der Sachlegitimation (der Inhaberschaft) erst noch zu prüfen. Für die Stellung als Partei ist dies unerheblich. Der prozessuale Parteibegriff ermöglicht es auch, jemanden, der nicht nur nicht Rechtsinhaber ist, sondern dies noch nicht einmal behauptet (Verwalter), als Partei anzusehen. Damit entsteht aber die Notwendigkeit, die Geltendmachung fremder Rechte auf die Fälle zu begrenzen, in denen der Gesetzgeber dies als legitim und notwendig ansieht. Ansonsten wären Popularklagen ohne Grenze möglich (vgl. Fall 2). Diese Begrenzung erfolgt aber nicht über den Parteibegriff, sondern über das zusätzliche Kriterium der Prozessführungsbefugnis (Rn. 36). 14

#### IV. Das Zweiparteiensystem und die Entwicklung von Massenverfahren

**Literatur:** *Adolphsen*, Parteibegriff – Prozessrecht und materielles Recht, ZZZP 135 (2022), 299; *Basedow/Hopt*, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, 1999; *Becker-Eberhard*, Neue dogmatische Einordnung der Verbandsklage kraft Gesetzes?, FS Leipold, 2009, S. 3; *Greger*, Neue Regeln für die Verbandsklage im Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrecht, NJW 2000, 2457; *ders.*, Verbandsklage und Prozessrechtsdogmatik, ZZZP 113 (2000), 399; *Hartmann*, Drei Hauptmerkmale im neuen Musterfeststellungsverfahren, VersR 2019, 528; *Röthemeyer*, Musterfeststellungsklage und Individualanspruch – Zur Kritik und zu den Entwicklungsmöglichkeiten, VuR 2019, 87; *Waclawik*, Die Musterfeststellungsklage, NJW 2018, 2912.

In jedem Prozess muss es zwei Parteien geben und nach deutschem (Verfahrens-) Recht darf es auch nur zwei Parteien geben. Diese Parteien werden abhängig vom Verfahrensstadium und der Verfahrensart Kläger und Beklagter, Berufungskläger und -beklagter, Revisionskläger und -beklagter, Antragsteller und -gegner, Beschwerdeführer und -gegner genannt. 15

► **Fall 4:** K ist Geschädigter eines Unfalls. Er verklagt den Fahrer, den personenverschiedenen Halter des Pkw sowie die Kfz-Haftpflichtversicherung. Wie viele Parteien oder Prozessrechtsverhältnisse liegen vor? ◀

Auf der Beklagtenseite stehen dem Kläger K Mehrere gegenüber, das Zweiparteiensystem scheint aufgebrochen. Das ist aber nur vordergründig der Fall. Bei den Beklagten handelt es sich um **Streitgenossen**. Bei der Streitgenossenschaft liegt eine Klagenhäufung auf der Beklagtenseite vor (Rn. 50). Es bestehen zwischen Kläger und Beklagtenseite drei Prozessrechtsverhältnisse: je eines des K gegen je einen Beklagten, die zu einem einheitlichen Verfahren zusammengefasst sind. 16

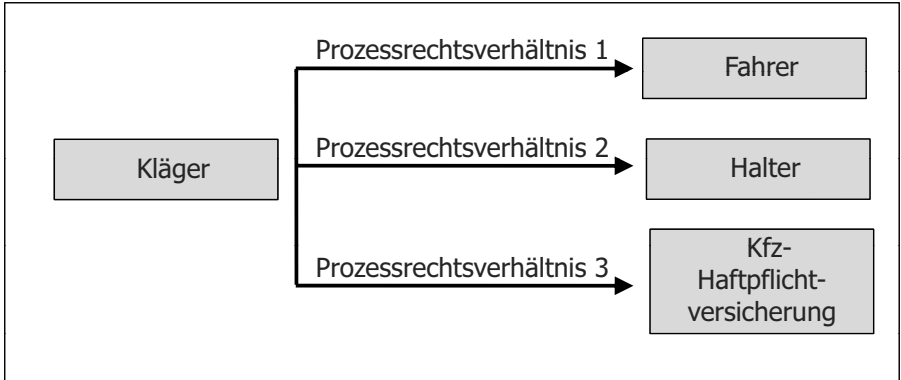


Abb. 11 Das Zweiparteiensystem im Zivilprozess bei mehreren Beklagten

- 17 Diese Prozessrechtsverhältnisse kann das Gericht wieder trennen, so dass sie in verschiedenen Verfahren entschieden werden (§ 145 Abs. 1).

Ende 2015 ist der sog. **Abgas- oder Dieselskandal (Dieselgate)** bekannt geworden. VW (und wie inzwischen bekannt auch andere Autohersteller) hatte in die Motoren Abchalteinrichtungen verbaut, um Grenzwerte auf dem Prüfstand einhalten zu können. In zahlreichen Staaten kam es daraufhin zu Verwaltungs-, Straf- und Zivilverfahren gegen Autohersteller aber auch Händler. In Deutschland sind allein vor Zivilgerichten Hunderttausende von Klagen rechthängig. Diese wurden z.T. von Individualklägern erhoben, z.T. auch von Unternehmen wie myright.de. Zentrale materiellrechtliche Frage der Zivilklagen ist in den meisten Fällen, ob ein (erheblicher) Sachmangel vorliegt und welche Rechte die Käufer in diesen Fällen haben. Daneben spielen auch deliktsrechtliche Fragen um §§ 823 Abs. 2, 826 BGB eine Rolle.<sup>5</sup>

Eine derartige Prozessflut hätte über Jahre hinaus Justizressourcen gebunden. Zudem hätten zahlreiche Betroffene von der Rechtsdurchsetzung abgesehen, weil die (kaum mehr zu überblickende) Rechtsprechung sehr uneinheitlich war.

Wie können die Verfahren effektiv bewältigt werden?

- 18 Das Zweiparteiensystem wird immer mehr in Frage gestellt. In bestimmten Bereichen mehrten sich schon vor Dieselgate die Stimmen, die den Einsatz von **Verbands-, Gruppen- oder auch Sammelklagen** bzw. die Einführung von **Musterverfahren** forderten.<sup>6</sup> Diese Bereiche waren das Produkthaftungsrecht, das Umweltrecht und das Wirtschafts-, vor allem das Kapitalmarktrecht. Die EU Kommission hatte schon 2011 ein Konsultationspapier zur Einführung von prozessrechtlichen Elementen zur kollektiven Rechtsdurchsetzung vorgelegt<sup>7</sup> und vor einigen Jahren bereits ein Weißbuch über Schadensersatzklagen im Bereich des Kartellrechts.<sup>8</sup> Im Verbraucherschutzrecht gibt es die Verbandsklage nach § 3 Abs. 1 UKlaG. Im Kapitalmarktrecht war 2005 das Ka-

5 BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, Az.: VIa ZR 335/21 = NJW 2023, 2259; *Schaub*, Die Diesel-Problematik zwischen europäischem und nationalem Recht, NJW 2023, 2236.

6 *Brömmelmeyer* (Hrsg.), Die EU-Sammelklage, 2013.

7 Europäische Kommission, „Towards a Coherent European Approach to Collective Redress“, SEK (2011) 173; s. *Brand*, US-Sammelklage und kollektiver Rechtsschutz in der EU, NJW 2012, 1116.

8 *Hess*, „Private Law enforcement“ und Kollektivklagen, JZ 2011, 66; *Stadler*, Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in Europa, JZ 2009, 121.

pitalanleger-Musterverfahrensgesetz in Kraft getreten, das zum 1.11.2012 wesentlich geändert wurde.<sup>9</sup> Die Diskussion wurde durch den Telekomfall angestoßen. Es soll bei üblichen Streuschäden im Kapitalmarktrecht, bei denen eine Vielzahl Betroffener mit eher geringen Einzelschäden typisch sind, die Steuerungsfunktion des materiellen Haftungsrechts wiederherstellen. Denn die Kläger vermeiden häufig die gerichtliche Auseinandersetzung – sie wollen dem schlechten Geld nicht noch gutes hinterherwerfen. Der Schädiger wird bei Streuschäden, obwohl die Geschädigten materiellrechtliche Ansprüche haben, daher häufig nicht sanktioniert. Durch einen Musterfeststellungsantrag kann in einem Rechtsstreit, der einen Schadensersatzanspruch wegen falscher oder irreführender Kapitalmarktinformationen zum Gegenstand hat, die Feststellung einer schadensersatzbegründenden Anspruchsvoraussetzung verlangt werden. Dazu werden die Klagen in ein elektronisches Register aufgenommen, es wird gerichtlich ein Musterkläger bestimmt, der ein Musterverfahren durchführt. Die übrigen Kläger werden beigeladen, ihre Klageverfahren werden während der Dauer des Musterverfahrens ausgesetzt. Die Wirkung des Musterverfahrens auf die Nachverfahren entspricht in etwa jener der Nebenintervention (§ 36 Rn. 8), d.h. Gerichte und Beteiligte werden in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht gebunden.

Auf der Grundlage des geltenden Rechts waren schon die Verfahren im Telekomfall nicht effektiv zu bewältigen. Das Problem stellte sich nun wieder im Dieselskandal. Der deutsche Gesetzgeber hatte daher in §§ 606 ff. das **Musterfeststellungsklagegesetz** eingeführt,<sup>10</sup> das sich von der kapitalmarktrechtlichen Musterfeststellungsklage dadurch unterscheidet, dass nicht ein Musterfall ausgekoppelt und vorab entschieden wird, sondern sog. **qualifizierte Einrichtungen** die Feststellung des Vorliegens oder des Nichtvorliegens von tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen für das Bestehen oder das Nichtbestehen von Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen („**Feststellungsziele**“) zwischen Verbrauchern und einem Unternehmer begehren können. Es handelt sich – obwohl in den Medien häufig so dargestellt – nicht um eine Sammelklage, weil nach der Musterfeststellungsklage die Verbraucher ihre Rechte noch in individuellen Verfahren durchsetzen müssen, bei denen aber eine Bindung an das Ergebnis der Musterfeststellungsklage besteht (§ 613). Verbraucher können Ansprüche oder Rechtsverhältnisse, die von den Feststellungszielen abhängen, zur Eintragung in ein Klageregister anmelden (§ 608). Das rechtskräftige Musterfeststellungsurteil bindet das zur Entscheidung eines Rechtsstreits zwischen einem angemeldeten Verbraucher und dem Beklagten berufene Gericht, soweit dessen Entscheidung die Feststellungsziele und den Lebenssachverhalt der Musterfeststellungsklage betrifft (§ 613). Die Feststellungsziele sind dabei weiter als bei einer Feststellungsklage (§ 256 Abs. 1), die sich ja nur auf Rechtsverhältnisse, nicht wie die Musterfeststellungsklage auch auf Tatsachen bezieht. Sachlich zuständig ist erstinstanzlich das OLG (§ 119 Abs. 3 GVGG). Materiellrechtlich hemmt die Erhebung der Musterfeststellungsklage die Verjährung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 a BGB).

19

9 Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten vom 19.10.2012 (BGBl. I, 2182); *Schneider/Heppner*, KapMuG Reloaded – das neue Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, BB 2012, 2703; *Söhner*, Das neue Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, ZIP 2013, 7.

10 Gesetz v. 12.7.2018, BGBl. I 2018, 1151. Durch das Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz (VRUG) sind die Regelungen aus der ZPO in das neue Verbraucherrechtsetzungsgesetz (VDuG) überführt worden.

Schadensersatzansprüche können bis 2023 durch Verbandsklagen nicht geltend gemacht werden,<sup>11</sup> die Umsetzung der EU Verbandsklagen Richtlinie hat eine Änderung erzwungen.<sup>12</sup> In Deutschland ist 2023 das **Verbraucherrechtedurchsetzungsgesetz (VDuG)** in Kraft getreten.<sup>13</sup> Die erforderlichen Regelungen für **Abhilfeklagen durch Verbände** sind in diesem neuen Gesetz gebündelt worden. Darin sind die bestehenden Regelungen über die Musterfeststellungsklage integriert worden. Die Abhilfeklage stellt einen weiteren Schritt in der Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes in der ZPO dar. Die Musterfeststellungsklage hatte auf die individuelle Rechtsdurchsetzung durch die qualifizierte Einrichtung verzichtet, dieser nur die Feststellung von Feststellungszielen auf der ersten Stufe aufgegeben und die Individualrechtsdurchsetzung auf eine langwierige zweite Stufe verschoben, soweit kein Vergleich zustande kommt. Die Abhilfeklage muss nun auf diese zweite Stufe der Individualrechtsdurchsetzung verzichten, weil die Richtlinie dies explizit anordnet (Art. 7 VI, Art. 9 VI RiL). Der VRUG sieht vor, dass die klageberechtigte Stelle mit der Abhilfeklage die Verurteilung des Unternehmers zu einer Leistung an die betroffenen Verbraucher begehrt (§ 14 VRuG).

Die Abhilfeklage ist nur zulässig, wenn die von der Klage betroffenen Ansprüche von Verbrauchern gleichartig sind. Gleichartig sind die Ansprüche von Verbrauchern, wenn sie auf demselben Sachverhalt oder auf einer Reihe vergleichbarer Sachverhalte beruhen und für sie die gleichen Tatsachen- und Rechtsfragen entscheidungserheblich sind (§ 15 Abs. 1 VRuG).

Bei Erfolg wird ein Abhilfegrundurteil erlassen (§ 16 VRuG). Wird dieses nach Fehlschlagen von Vergleichsverhandlungen rechtskräftig, entscheidet das Gericht durch Abhilfendurteil (§§ 17 II, 18 VRuG). Es schließt sich ein Umsetzungsverfahren an, das dazu dient, die Verbraucher aus einem von einem Sachwalter zu bildenden Fonds (§ 25 VRuG) zu befriedigen. Das Verfahren lehnt sich an das insolvenzrechtliche Feststellungs- und Verteilungsverfahren (§§ 174 ff. InsO) an.

## V. Parteifähigkeiten

- 20 Um einen Prozess wirksam führen zu können, muss eine Partei parteifähig sein (1.), sie muss prozessfähig sein (2.) und sie muss postulationsfähig sein (3.). Von diesen Parteifähigkeiten werden im Folgenden die Anforderungen an das Verhältnis der Partei zum konkreten Streitgegenstand getrennt (dazu VI.), da dies keine persönlichen Verhältnisse einer Partei sind. In der Literatur werden diese Anforderungen z.T. auch bei den Parteifähigkeiten erörtert. Unterschiede in der Sache bestehen nicht.

### 1. Parteifähigkeit

**Literatur:** *Backhaus*, Der nicht eingetragene Verein im Rechtsverkehr, 2001; *Fischer-Lescano*, Natur als Rechtsperson, ZUR 2018, 205; *Hadding*, Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZGR 2001, 712; *Huber*, Grundwissen – Zivilprozess-

11 *Prütting*, ZIP 2020, 197, 199.

12 *Bruns*, ZJP 134 (2021), 393; *Hakenberg*, Die neue Verbandsklagen-Richtlinie der Europäischen Union, NJOZ 2021, 673; *Röthemeyer*, Die neue Verbandsklagen-Richtlinie, VuR 2021, 43; *Augenhofner*, Die neue Verbandsklagen-Richtlinie – effektiver Verbraucherschutz durch Zivilprozessrecht?, NJW 2021, 113; *Voigt*, ZJP 134 (2021), 343; *Grewe/Stegemann*, EU-Verbandsklagerichtlinie, ZD 2021, 183; *Vollkommer*, EU-Verbraucher-sammelklage, MDR 2021, 129; *Fries*, Europäische Verbandsklage: Erkenntnis inter partes, Vollstreckung erga omnes?, ZJP 134 (2021), 433.

13 <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw27-de-verbandsklagenrichtlinien-956740> (abgerufen am 14.7.2023).

recht: Partei- und Prozessfähigkeit, JuS 2010, 201; *Markgraf/Kießling*, Gesellschaften als Parteien im Zivilprozess, JuS 2010, 312; *Oberhammer*, Die OHG im Zivilprozess, 1998; *K. Schmidt*, Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig, NJW 2001, 993; *ders.*, Die parteifähige BGB-Außengesellschaft: noch immer ein schwieriger Fall! – Bemerkungen zu Folgeproblemen einer vollzogenen Rechtsfortbildung, Liber amicorum Lindacher, 2007, S. 143; *Stucki*, Grundrechte für Tiere, 2016; *Wertenbruch*, Die Parteifähigkeit der GbR – die Änderungen für die Gerichts- und Vollstreckungspraxis, NJW 2002, 324.

Die Parteifähigkeit ist im Prozess gemäß § 56 Abs. 1 von Amts wegen zu prüfen. Bei ihrem Fehlen wird die Klage als unzulässig abgewiesen, es ergeht Prozessurteil (s. Schema B II 2 a). 21

Parteifähigkeit lässt sich auch als **prozessuale Rechtsfähigkeit** bezeichnen. § 50 Abs. 1 verweist zur Bestimmung der Parteifähigkeit auf die Vorschriften über die materiellrechtliche Rechtsfähigkeit. Demnach sind parteifähig alle natürlichen und alle juristischen Personen. Darüber hinaus sind aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung parteifähig die OHG, die KG (§§ 124, 161 Abs. 2 HGB), die Partnerschaftsgesellschaften (§ 7 Abs. 2 PartGG) und die politischen Parteien (§ 3 ParteienG).<sup>14</sup> Die Entscheidung darüber, wer/was rechtsfähig ist, gründet auf einer freien rechtspolitischen Entscheidung des Gesetzgebers. Rechtsfähigkeit ist nicht vorgegeben, auch nicht statisch, sondern dynamisch. Rechtstheoretisch und zunehmend rechtspolitisch bedeutsam ist die Frage, ob man **nicht-humane Rechtspersonen** mit Klagerechten ausstatten sollte.<sup>15</sup> Diese betrifft **Tiere**, die Natur insgesamt aber auch Teile der Natur (ein bestimmter See) als Rechtsperson aber auch **Roboter**.<sup>16</sup> 22

► **Fall 6:** A und B betreiben einen Turnierstall mit Pferden zur Teilnahme am Sport und zum Verkauf als GbR. Sie haben dazu einen Stall gemietet und Personal eingestellt. Nach mehreren Turniererfolgen bietet sich die Gelegenheit, das Pferd „Donnerhall“ an K zu verkaufen. Nach Abschluss des Kaufvertrages überlegen es sich die beiden anders, weil inzwischen D deutlich mehr Geld für das Pferd geboten hat. K verklagt die GbR vor dem zuständigen LG Münster. Ist die Klage zulässig? ◀

Die **BGB-Gesellschaft** war nach der Rechtsprechung des BGH soweit rechtsfähig, als sie am Rechtsverkehr teilnimmt und eigene Rechte und Pflichten begründet.<sup>17</sup> Dies ist vorliegend der Fall. In diesem Fall ist sie auch parteifähig.<sup>18</sup> Die Klage ist dann unmittelbar gegen die Gesellschaft zu richten, was nach der bis zu der Entscheidung des BGH bestehenden h.M. unmöglich war. K wäre darauf angewiesen gewesen, A und B gemeinsam zu verklagen, da das Pferd im Gesellschaftsvermögen stand und dieses gesamthänderisch gebunden ist, so dass A und B nur gemeinsam darüber verfügen 23

14 Vertiefend *Markgraf/Kießling*, JuS 2010, 312.

15 *Köck/Markus*, 30 Jahre „Robbenklage“: Zur Aktualität der Eigenrechte der Natur, ZUR 2018, 193; *Schröter/Bosselmann*, Die Robbenklage im Lichte der Nachhaltigkeit, ZUR 2018, 195; *Fischer-Lescano*, Natur als Rechtsperson, ZUR 2018, 205.

16 *Eidenmüller*, The Rise of Robots and the Law of Humans, Oxford Legal Studies Research Paper No. 27/2017 (<https://ssrn.com/abstract=2941001> (abgerufen am 23.5.2021)), 11 f.; *Schirmer*, Rechtsfähige Roboter, JZ 2016, 660; *Kersten*, Menschen und Maschinen, Rechtliche Konturen instrumenteller, symbiotischer und autonomer Konstellationen, JZ 2015, 1, 6 f.

17 BGH, Urteil vom 29.1.2001, Az.: II ZR 331/00 = NJW 2001, 1056; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993; *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 58 V 1; davor noch BGHZ 30, 195 (197); BGH, Urteil vom 25.9.1990, Az.: XI ZR 94/89 = NJW 1991, 101; Beschluss vom 10.10.1996, Az.: IX ZR 135/95 = NJW 1997, 1236 (Parteifähigkeit). Die Insolvenzfähigkeit ergab sich schon vor der Rechtsprechungsänderung aus § 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO.

18 BGH, Beschluss vom 18.2.2002, Az.: II ZR 331/00 = NJW 2002, 1207; *Lutz*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Zivilprozess – Aktuelle Rechtsprobleme, GWR 2012, 30; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 60 IV.

können (§ 719 BGB). Heute ist es möglich, die Klage unmittelbar gegen die GbR zu richten. Der Vorteil ist, dass ein Gesellschafterwechsel während des Prozesses nicht zu einem Parteiwechsel führt. Aus dem Urteil kann unmittelbar gegen die Gesellschaft (nicht gegen die einzelnen Gesellschafter!!) vollstreckt werden, es ist kein Titel mehr nach § 736 gegen alle Gesellschafter erforderlich. Eine Klage ist auch dann möglich, wenn die Gesellschafter nicht bekannt sind. Es ist aber auch nach wie vor möglich, z.B. bei Unklarheit, ob eine Innen- oder Außengesellschaft besteht (nur die Außengesellschaft ist rechtsfähig), die Klage gegen die einzelnen Gesellschafter als Parteien zu richten und die Vollstreckung gem. § 736 durchzuführen.<sup>19</sup> Klagen die Gesellschafter einer GbR als Streitgenossen, so ist richtige Partei die GbR als solche. Die Klage ist aber nicht wegen fehlender Aktivlegitimation als unbegründet abzuweisen, sondern es ist das Rubrum zu berichtigen.<sup>20</sup>

Ab 2024 wird die bisherige Rechtsprechung in das Gesetz integriert durch das **Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)**.<sup>21</sup>

► **Vertiefung:** Die Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) ist (jedenfalls soweit sie ihre „Tagesschau-App“ unter ihrer Bezeichnung und ihrem Logo im Rechtsverkehr anbietet) keine rechtsfähige und damit nach § 50 Abs. 1 parteifähige (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts.<sup>22</sup> Vielmehr handelt es sich um eine nicht rechtsfähige öffentlich-rechtliche Gemeinschaftsform. Schließen sich juristische Personen des öffentlichen Rechts zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks zusammen, der in der gemeinsamen Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe besteht, entsteht keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sondern eine öffentlich-rechtliche Gemeinschaftsform. Ein solcher Zusammenschluss hat keinen bürgerlich-rechtlichen, sondern öffentlich-rechtlichen Charakter. ◀

Auch die **Wohnungseigentümergeinschaft (WEG)** wurde durch den BGH als rechtsfähig angesehen, soweit sie bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsverkehr teilnimmt.<sup>23</sup> Danach hat der Gesetzgeber die Teilrechtsfähigkeit im Gesetz ausdrücklich festgeschrieben (§ 10 Abs. 6 S. 1 WEG).<sup>24</sup> Klagen konnte die WEG schon bisher unter der Sammelbezeichnung „WEG x-Straße, vertreten durch den Verwalter y“. Bei Passivprozessen musste jedoch eine Eigentümerliste eingereicht werden, um dem Bestimmtheiterfordernis des § 253 Abs. 2 Nr. 1 zu genügen. Das ist nun nicht mehr erforderlich. Die WEG kann als solche klagen und verklagt werden, ohne dass es auf den aktuellen Mitgliederbestand ankommt.

- 24 Der **nichtrechtsfähige Verein** ist nach § 50 Abs. 2 aktiv und passiv parteifähig, kann also selbst klagen.<sup>25</sup> Das entspricht anderen Verfahrensordnungen (§ 61 Nr. 2 VwGO, § 70 Nr. 2 SGG, § 58 Abs. 2 FGO).

19 K. Schmidt, NJW 2001, 993 (1000); a.A. Habersack, BB 2001, 481.

20 BGH, Urteil vom 14.9.2005, Az.: VIII ZR 117/04 = NZG 2006, 16.

21 Buch 2 Abschnitt 8 Titel 16 (§§ 705–740 c) neu gef. mWv 1.1.2024 durch G v. 10.8.2021 (BGBl. I S. 3436).

22 BGH, Urteil vom 30.4.2015, Az.: I ZR 13/14 = BeckRS 2015, 17161.

23 BGH, Beschluss vom 2.6.2005, Az.: V ZB 32/05 = NJW 2005, 2061; dazu *Bub/Petersen*, Zur Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft, NJW 2005, 2590.

24 BGH, Urteil vom 11.12.2015 – V ZR 180/14, NJW 2016, 1735.

25 § 50 Abs. 2 geändert mit Wirkung vom 30.9.2009 durch G v. 24.9.2009 (BGBl. I, 3145).

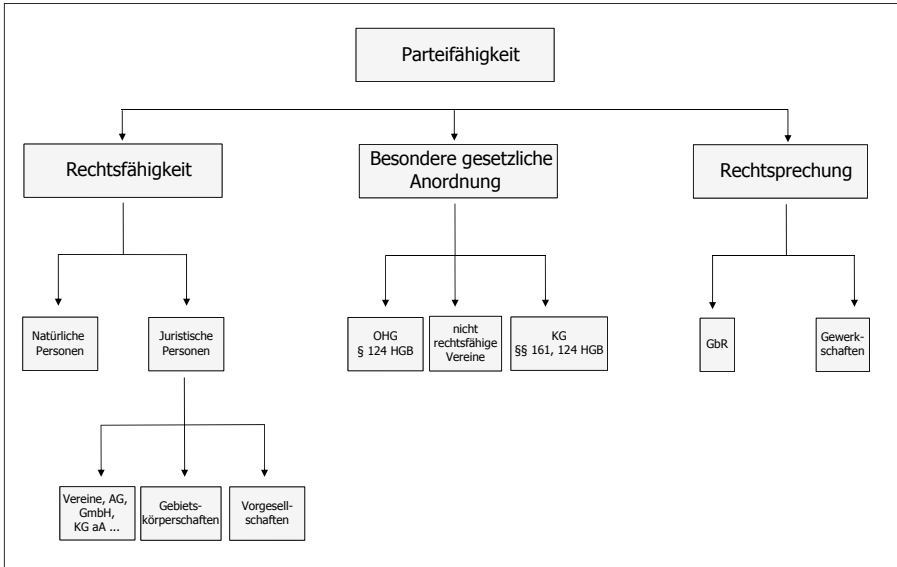


Abb. 12 Zusammenfassung zur Parteifähigkeit

2. Prozessfähigkeit

**Merke:** Die Prozessfähigkeit ist die Fähigkeit, die Parteirechte im Prozess wirksam wahrzunehmen, also Prozesshandlungen vorzunehmen.

Sie lässt sich auch als prozessuale Geschäftsfähigkeit bezeichnen. Nach § 52 ist prozessfähig, wer sich durch Verträge verpflichten kann. Auch hier besteht wieder der Querverweis zum materiellen Recht. Prozessunfähig sind demnach alle geschäftsunfähigen Personen und beschränkt geschäftsfähige Personen. Diese Prozessunfähigkeit ist eine absolute. § 110 BGB („Taschengeldparagraph“), der einen besonderen Fall der Einwilligung regelt, ändert an der Prozessunfähigkeit des Minderjährigen nichts. Zwar ist das einzelne Rechtsgeschäft, wenn es der beschränkt Geschäftsfähige mit den zur Verfügung gestellten Mitteln bewirkt, wirksam. Das ändert aber nichts an der Prozessunfähigkeit, weil die ZPO auf die generelle Fähigkeit abstellt, sich durch Verträge zu verpflichten. Dass ein einzelnes materielles Rechtsgeschäft gem. § 110 BGB wirksam ist, ändert daran nichts.<sup>26</sup> Anders ist dies im Rahmen der §§ 112, 113 BGB. Hier ist der Minderjährige im Umfang der Geschäfte, die der Betrieb des Erwerbsgeschäfts bzw. die eingegangenen Dienst- oder Arbeitsverträge mit sich bringen, prozessfähig.<sup>27</sup>

**Merke:** Das Prozessrecht kennt keine beschränkte Prozessfähigkeit, sondern rechnet beschränkt Geschäftsfähige zu den Prozessunfähigen!

Gem. § 79 muss ein Vertreter der Partei selber prozessfähig sein, obgleich dies im materiellen Recht gerade nicht erforderlich ist. Dort reicht die beschränkte Geschäftsfähigkeit (§ 165 BGB).

26 R/S/G, ZPR, § 44 Rn. 6.

27 Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 52 Rn. 2.



- 28 Eine prozessunfähige Partei muss im Prozess durch ihren gesetzlichen Vertreter vertreten werden. Die gesetzliche Vertretung ersetzt die fehlende Prozessfähigkeit; Partei ist dann der Prozessunfähige, nicht der gesetzliche Vertreter.
- 29 Auch die Prozessfähigkeit ist Sachentscheidungsvoraussetzung, bei ihrem Fehlen ergeht Prozessurteil (Schema B II 2 b).

### 3. Postulationsfähigkeit

*Literatur:* *Henssler/Kilian*, Die Neuregelung des Rechts der OLG-Anwälte, NJW 2002, 2817; *Kirchberg*, Einheitliche Postulationsfähigkeit, NJW 2000, 486; *Meier*, Professoren als Prozessvertreter – auch im Zivilprozess?, ZfPW 2022, 477; *Philippi*, Die Änderung des § 78 ZPO durch das Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den OLG, FamRZ 2002, 1316.

**Merke:** Postulationsfähigkeit ist die Fähigkeit, vor einem Gericht selbst auftreten zu können und Prozesshandlungen im Prozess wirksam vorzunehmen.

- 31 Gem. § 78 Abs. 1 herrscht vor den LG und vor allen Gerichten des höheren Rechtszugs **Anwaltszwang**. Gleiches gilt gem. § 114 FamFG in den dort genannten familienrechtlichen Verfahren. Der Begriff Anwaltszwang ist etwas irreführend. Es besteht keine Pflicht, einen Anwalt zu mandatieren. Vielmehr betrifft der Anwaltszwang die Postulationsfähigkeit der Partei: Wo Anwaltszwang herrscht, kann die Partei allein keine wirksamen Prozesshandlungen vor Gericht vornehmen.
- 32 Die Postulationsfähigkeit muss zusätzlich zur Prozessfähigkeit vorliegen. Sie ist keine Sachentscheidungsvoraussetzung, sondern nur eine **Prozesshandlungsvoraussetzung**. Die Rechtsfolgen des Fehlens der Postulationsfähigkeit müssen immer auf die jeweils ohne diese vorgenommene Prozesshandlung bezogen werden. Ihr Fehlen macht die konkrete Prozesshandlung unwirksam, die Klage selbst aber nicht unzulässig. Am schwierigsten zu verstehen ist die Einschränkung, dass die Postulationsfähigkeit nur eine Prozesshandlungsvoraussetzung, nicht aber eine Sachentscheidungsvoraussetzung ist, wenn man sich das Beispiel einer ohne Anwalt trotz Anwaltszwang eingereichten Klage ansieht. Reicht eine Partei selbst Klage ein, so ist (nur) die Prozesshandlung „Klagerhebung“ unwirksam, da die Partei nicht postulationsfähig ist. Der Richter wird die Klage deshalb dem Beklagten schon nicht zustellen.
- 33 Erscheint eine Partei vor dem LG ohne Rechtsanwalt, ist sie nicht erschienen, also säumig, so dass Versäumnisurteil (§§ 330, 331) ergehen kann (§ 17 Rn. 2).
- 34 § 78 Abs. 1 sieht vor, dass sich die Parteien vor dem LG, OLG oder dem BGH in jedem Verfahren durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen. Ansonsten sind die Parteien vor den AG selbst postulationsfähig, eine Vertretung ist nicht erforderlich. Entschließt sich eine Partei, auf eigene Faust zu prozessieren, so kann sie gemäß § 496 die Klage, Klageerwiderung sowie sonstige Anträge und Erklärungen mündlich zu Protokoll der Geschäftsstelle erklären. Gemäß § 129 a Abs. 1 können Anträge und Erklärungen, deren Abgabe vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zulässig ist, vor der Geschäftsstelle eines jeden AG zu Protokoll abgegeben werden. Wirksam wird die zu Protokoll abgegebene Erklärung jedoch erst, wenn sie das zuständige Gericht erreicht.

## VI. Verhältnis der Partei zum Streitgegenstand/Prozessführungsbefugnis

**Literatur:** *Balzer*, Die Darlegung der Prozessführungsbefugnis und anderer anspruchsbbezogener Sachurteilsvoraussetzungen im Zivilprozess, NJW 1992, 2721; *Garlichs*, Passivprozesse des Testamentsvollstreckers, 1996; *Grunsky*, Prozessstandschaft, Festgabe BGH, Bd. 3, 2000, S. 109; *Pawlowski*, Die zivilrechtliche Prozessstandschaft, JuS 1990, 378; *Schreiber*, Die Prozessführungsbefugnis im Zivilprozessrecht, JURA 2010, 750; *Schülz*, Sachlegitimation und richtige Prozesspartei bei innergesellschaftlichen Streitigkeiten in der Personengesellschaft, 1994; *Stamm*, Zur Frage der Existenzberechtigung der Prozessführungsbefugnis – Ihre Rückführung auf das materielle Recht, ZZZ 132 (2019), 411; *ders.*, Das Mysterium der gesetzlichen Prozessstandschaft bei Abtretung oder Veräußerung der streitbefangenen Sache, ZZZ 2018, 143.

Die Ausführungen zum formellen Parteibegriff (Rn. 13) haben gezeigt, dass dieser ein Problem nicht lösen kann: Die Klage eines materiell nicht Berechtigten, der ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend machen will. Wenn man grundsätzlich davon ausgeht, dass niemand fremde Rechte im Prozess geltend machen darf, ist eine weitere Voraussetzung erforderlich, die dies im Einzelfall gestattet. Das notwendige Korrektiv bildet die **Prozessführungsbefugnis**. Die Prozessführungsbefugnis ist allerdings historisch nicht entstanden, um den als zu weit empfundenen Parteibegriff zu begrenzen, sondern um die Fälle zu erklären, in denen eine rechtsfremde Person klage oder verklagt wurde, vor allem im Fall des § 265 ZPO, also der Befugnis, einen Prozess weiterzuführen, obwohl eine materielle Berechtigung aufgrund der Veräußerung fehlt.<sup>28</sup> Das was die Prozessführungsbefugnis vorgeblich bekämpfen soll, die Popularklage, gibt es nicht – die Popularklage ist zumindest im Zivilprozess ein Phantom.<sup>29</sup> Der Begriff mischt Fragen der materiellen Berechtigung in das Prozessrecht ein und relativiert damit die erreichte Trennung von materiellem Recht und Prozessrecht (s.o. § 2 Rn. 5). Die Prozessführungsbefugnis knüpft an den Streitgegenstand an und nicht – wie Partei- und Prozessfähigkeit – an die Handlungsfähigkeit der Beteiligten gegenüber dem Gericht.<sup>30</sup>

**Merke:** Die Prozessführungsbefugnis ist das Recht, einen Prozess im eigenen Namen über ein eigenes oder ein fremdes Recht als Partei zu führen.

Im Unterschied dazu führt ein Vertreter den Prozess im Namen der vertretenen Partei. Die Prozessführungsbefugnis ist keine persönliche Eigenschaft einer Partei, sondern eine **prozessuale Berechtigung**. Ausschlaggebend für diese Berechtigung ist die Beziehung der Partei zum Gegenstand des Rechtsstreits.

Grundsätzlich ist die Prozessführungsbefugnis unproblematisch, wenn jemand behauptet, ein eigenes Recht geltend zu machen. Unzulässig ist aber eine Klage, mit der ein fremdes Recht im Prozess durchgesetzt werden soll.

Für die Prozessführungsbefugnis kommt es allein auf die Behauptung an, Inhaber des Rechts zu sein oder aber Gründe vorzubringen, die die Geltendmachung des fremden Rechts rechtfertigen können. Fehlt mangels dieser Behauptung die Prozessführungsbefugnis, wird die Klage wegen Fehlens einer Sachentscheidungsvoraussetzung als unzulässig abgewiesen (Schema B II 3c). Eine Prüfung in der Sache erfolgt nicht. Ob der Kläger wirklich, wie er behauptet, der materiell Berechtigte ist oder sich das Recht ge-

<sup>28</sup> *Sunaric*, Die richtige Partei im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren, S. 23; *Hoffmann*, ZZZ 130 (2017), 403; 404; *Stamm*, ZZZ 132 (2019), 411, 418.

<sup>29</sup> *Stamm*, ZZZ 132 (2019), 411, 414; dagegen geht *Voigt*, ZZZ 134 (2021), 343, 352 von „kafkaesken“ Zuständen aus, wenn man den formellen Parteibegriff nicht begrenze.

<sup>30</sup> *Stamm*, ZZZ 132 (2019), 411, 437.

gen den Beklagten richtet, ist eine Frage der Sachlegitimation, die in der Begründetheit zu prüfen ist. Fehlt sie, wird die Klage als unbegründet abgewiesen.

► **Klausurhinweis:** Ausführungen zur Prozessführungsbefugnis sind regelmäßig nur dann erforderlich, wenn die Partei ein fremdes Recht geltend macht. Dann ist nach der Legitimation zu fragen, mit der sie das tut. ◀

- 40 Diese kann sich aus Gesetz (dazu 1.) und aus Rechtsgeschäft (dazu 2.) ergeben. Im ersten Fall spricht man von einer gesetzlichen Prozessstandschaft, im zweiten von einer gewillkürten Prozessstandschaft.

### 1. Fälle gesetzlicher Prozessstandschaft

- 41 Die Fälle gesetzlicher Prozessstandschaft haben überwiegend gemeinsam, dass das Gesetz einer Person eine materiellrechtliche Verfügungsbefugnis einräumt und das Prozessrecht diese materiellrechtliche Verfügungsbefugnis mit einer Prozessführungsbefugnis versieht. Dies entspricht der dem materiellen Recht dienenden Funktion des Zivilprozesses.
- 42 Die ZPO enthält einen Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft in § 265 (§ 8 Rn. 81): Jede Partei kann eine Sache, um die in einem Prozess gestritten wird, veräußern. Sie ist dann materiellrechtlich zwar nicht mehr berechtigt, auf den Prozess selbst hat dies aber keinen Einfluss. Der ehemals Berechtigte bleibt Partei und erstreitet das Urteil in Prozessstandschaft für den neuen materiell Berechtigten (zur Möglichkeit des Parteiwechsels Rn. 83).
- 43 Wichtige Fälle gesetzlicher Prozessstandschaft sind die **Parteien kraft Amtes**. Hier ist einer Person die materielle Verfügungsmacht entzogen und einem Verwalter übertragen worden (in der Insolvenz vom Gemeinschuldner auf den Insolvenzverwalter, vgl. § 80 InsO<sup>31</sup>). Parteien kraft Amtes sind neben dem Insolvenzverwalter der Nachlassverwalter (§ 1984 BGB), der Testamentsvollstrecker (§§ 2212, 2213 BGB) und der Zwangsverwalter (§ 152 ZVG).
- 44 Das BGB enthält eine ganze Reihe von Fällen, in denen ein Dritter prozessführungsbeugt ist, von denen hier nur einige genannt werden können:<sup>32</sup> Bei der Gemeinschaft hat jeder Teilhaber das Recht zur Notgeschäftsführung und damit das Recht, selbst ein Recht der Gemeinschaft geltend zu machen. Weitere Fälle sind § 432 BGB (Mitgläubiger), § 1011 BGB (Miteigentümer), § 2039 BGB (Miterbe),<sup>33</sup> § 1368 BGB (Ehegatte). Mitgesellschafter können bei Ansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis (z.B. zur Erbringung der Einlage) auf Leistung an die Gesellschaft klagen (sog. *actio pro socio*), wenn die Gesellschaft eine Forderung nicht geltend macht. Bei Verbänden ist zu unterscheiden, ob diese eigene Rechte haben, die sie geltend machen (so der Wortlaut des § 3 UKlaG), oder Rechte ihrer Verbandsangehörigen.<sup>34</sup>

31 § 80 (1) Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über.

32 Umfassend R/S/G, ZPR, § 46 Rn. 6 ff.

33 § 2039 BGB ist auch anwendbar, wenn die Geltendmachung zum Nachlass gehörender Ansprüche im Wege der Vollstreckungsabwehrklage erfolgt, s. BGH, Urteil vom 5.4.2006, Az.: IV ZR 139/05 = BGHZ 167, 150 = NJW 2006, 1969.

34 Im Einzelnen ist hier Vieles noch streitig, s. BGH, Urteil vom 11.7.1996, Az.: I ZR 79/94 = NJW 1996, 3276, 3277 (zu § 13 UWG a.F.); *Adolphsen*, Parteibegriff – Prozessrecht und materielles Recht, ZJP 135 (2022), 299, 312; *Greger*, Verbandsklage und Prozessrechtsdogmatik, ZJP 113 (2000), 399; *Koch*, Die Verbandsklage, ZJP 113 (2000), 413; *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, 2006.

## 2. Gewillkürte Prozessstandschaft

**Literatur:** v. *Brunn*, Die gewillkürte Prozessstandschaft, 1933; *Frank*, Die Verschiebung von Prozeßrechtsverhältnissen mit Hilfe der gewillkürten Prozeßstandschaft, ZZP 92 (1979), 321; *Henckel*, Einziehungsermächtigung und Inkassoession, FS Larenz, 1983, S. 643; *Hinz*, Wettbewerbsklagen von Verbänden i.S. des § 13 Abs. 2 Ziff. 2 UWG in gewillkürter Prozeßstandschaft, FS Piper, 1996, S. 257; *Koch*, Über die Entbehrlichkeit der gewillkürten Prozeßstandschaft, JZ 1984, 809; *Schumann*, Die Prozeßermächtigung (die gewillkürte Prozeßstandschaft) und der Rechtsschutz des Beklagten, FS Musielak, 2003, S. 447.

Eine gewillkürte Prozessstandschaft wird in Deutschland, anders als z.B. in der Schweiz,<sup>35</sup> ganz überwiegend anerkannt, vor allem, um in Fällen einer materiellen Einziehungsermächtigung, bei der der Ermächtigte nicht Rechtsinhaber wird, ein prozessuales Pendant zu schaffen. Sie soll aber nicht dazu dienen, durch Verschieben eines Strohmans einen Kostenerstattungsanspruch des Gegners wegen Vermögenslosigkeit des Strohmans wertlos zu machen. 45

Erforderlich ist 46

- eine ausdrückliche oder konkludente Ermächtigung des Prozessführungsbefugten durch den materiell Berechtigten i.S. des § 185 BGB,
- ein eigenes rechtlich schutzwürdiges Interesse des Dritten und
- die Vermeidung einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Belange der anderen Partei.

Für den Beklagten wird ein schutzwürdiges Interesse generell verneint, so dass sich das Problem der gewillkürten Prozessstandschaft nur auf der Klägerseite stellen kann. 47

Bei einer Prozessführung durch einen Dritten muss der materiell Berechtigte sinnvoll an die Entscheidung gebunden werden. Dieses geschieht durch Ausdehnung der subjektiven Rechtskraftgrenzen (§ 28 Rn. 61). In Fällen gesetzlicher Prozessführungsbefugnis ist dies in § 325 geregelt für den Fall der Veräußerung der in Streit befangenen Sache durch den Rechtsvorgänger. In diesem Fall erfasst die Rechtskraft auch den Rechtsnachfolger. Ein weiterer Fall ist der des § 327: Wenn der Testamentsvollstrecker ein Urteil erwirkt, wirkt dies für und gegen den Erben. In Fällen gewillkürter Prozessführungsbefugnis kommt es immer dann, wenn eine wirksame Ermächtigung zur Prozessführung vorlag, zu einer Rechtskrafterstreckung. 48

35 Dazu mit Nachweisen *Sunaric*, Die richtige Partei im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren, 2018, S. 129.

Zusammenfassende Übersicht zur Parteilehre

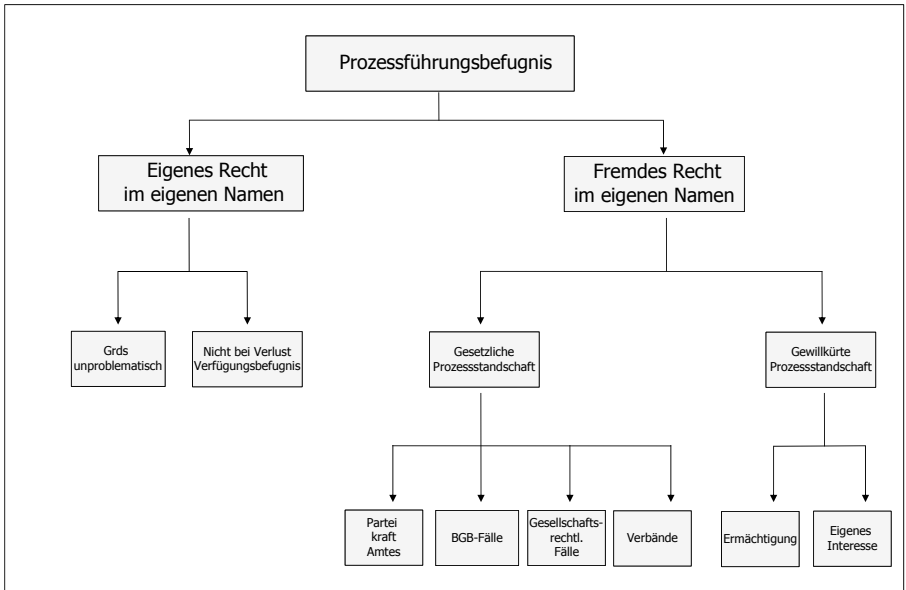


Abb. 13 Zusammenfassung zur Prozessführungsbefugnis

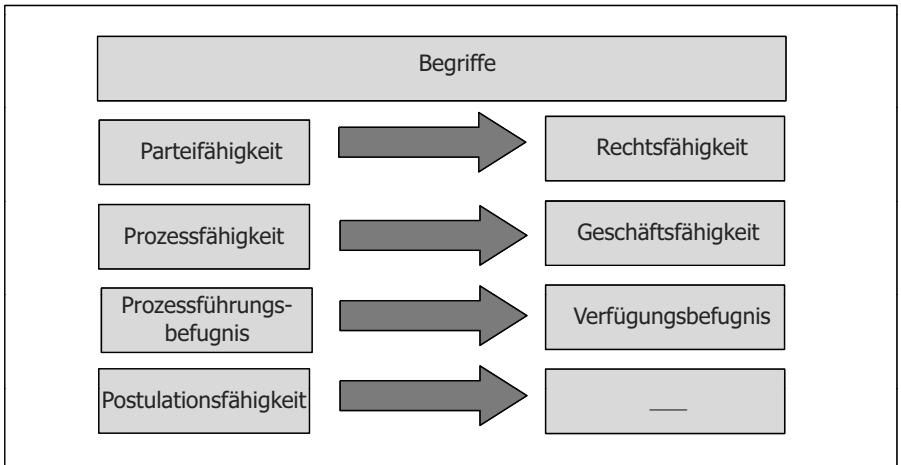


Abb. 14 Vergleich prozessualer und materiellrechtlicher Begriffe

49 Wenn man die materiellrechtlichen Parallelbegriffe zu den prozessualen Begriffen sucht, so ergibt sich, dass Parteifähigkeit und Rechtsfähigkeit, Prozessfähigkeit und Geschäftsfähigkeit sowie Prozessführungsbefugnis und Verfügungsbefugnis korrelieren. Die Postulationsfähigkeit hat kein Pendant im materiellen Recht.

## VII. Mehrheit von Parteien

Sowohl auf Kläger- als auch auf Beklagtenseite können mehrere Parteien stehen. Trotzdem bleibt es bei dem Grundsatz, dass jede Partei durch ein eigenes Prozessrechtsverhältnis mit dem Gericht und den Gegenparteien verbunden ist (Rn. 16). Man spricht insoweit von subjektiver Klagehäufung. Streitgenossen sind die, die zusammen auf einer Parteilinie stehen. Andere Dritte, die nicht Partei sind, können nicht Streitgenossen sein, sondern z.B. Streitverkündungsempfänger oder Nebenintervenient (§§ 66, 72). 50

► **Klausurhinweis:** In einer Klausur sind alle Prozessrechtsverhältnisse streng zu trennen und einzeln zu bearbeiten. Es sind jeweils gesondert Zulässigkeit und Begründetheit zu prüfen. ◀

Das Gesetz unterscheidet die einfache (§§ 59–61, 63) und die notwendige Streitgenossenschaft (§ 62). 51

### 1. Die einfache Streitgenossenschaft

**Literatur:** *Gottwald*, Grundprobleme der Streitgenossenschaft im Zivilprozess, JA 1982, 64; *Lindacher*, Die Streitgenossenschaft, JuS 1986, 379 und 540; *W. Lüke*, Die Beteiligung Dritter im Zivilprozess, 1993; *Pieronczyk/Pieronczyk*, Die Streitgenossenschaft gem. §§ 59 ff. ZPO, JuS 2020, 319.

Die Verbindung der Streitgenossen bei der einfachen Streitgenossenschaft ist sehr lose. Es handelt sich um eine aus Gründen der Zweckmäßigkeit erfolgte Verbindung mehrerer Prozesse zu gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung. Diese Verbindung kann durch das Gericht gemäß § 145 wieder gelöst werden und die Entscheidung kann uneinheitlich ausfallen. 52

Die EuGVO enthält mit dem Gerichtsstand in Art. 8 Nr. 1 EuGVO einen einheitlichen internationalen Gerichtsstand der Streitgenossenschaft auf der Beklagtenseite, der in zahlreichen Hoheitsgebieten der Mitgliedstaaten bekannt ist, kaum jedoch in Deutschland.<sup>36</sup> Durch Art. 8 Nr. 1 EuGVO ist es möglich, mehrere Beklagte am Wohnsitz eines Streitgenossen zu verklagen. Der Kläger spart sich dadurch mehrere Klagen in verschiedenen Mitgliedstaaten. Erforderlich ist aber, dass zwischen den Klagen ein Zusammenhang besteht. 53

Nach der ZPO ist eine Streitgenossenschaft nur zulässig, wenn das Gericht für alle Klagen zuständig ist. Gem. § 36 Abs. 1 Nr. 3 besteht jedoch die Möglichkeit eines Bestimmungsverfahrens (s.o. § 6 Rn. 81). 54

#### a) Zulässigkeit

► **Fall 7:** Der Gläubiger G klagt seine Darlehensforderung gegen den Schuldner und die Bürgschaftsforderung gegen den Bürgen ein. In welchem Verhältnis stehen die Klagen zueinander? ◀

Nach der ZPO ist die einfache Streitgenossenschaft nicht schrankenlos zulässig. Ohne eine sachliche Verknüpfung der Klagen besteht kein Grund zu einer gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung. 55

36 S. aber § 232 Abs. 3 Nr. 2 FamFG (Unterhaltsklage Kind gegen Eltern), § 603 Abs. 2 (Wechselklage), § 605 a ZPO (Scheckklage).

56 Nach §§ 59, 60 ist die einfache Streitgenossenschaft in folgenden Fällen zulässig:

### aa) Rechtsgemeinschaft mehrerer Personen (§ 59, 1. Fall)

57 Eine Rechtsgemeinschaft besteht in den Fällen der Gesamtschuldnerschaft (§ 421 BGB), der Gesamtgläubigerschaft (§ 432 BGB), der Bruchteilsgemeinschaften (§ 741 BGB) und der Gesamthandsgemeinschaften (§§ 705, 2032 BGB).

58 Schuldner und Bürge sind im Verhältnis zum Gläubiger keine Gesamtschuldner und fallen damit nicht unter die Fallgruppe der Gesamtschuldnerschaft. Im Grundsatz kann der Gläubiger zwar wählen, wen er in Anspruch nimmt und von ihm die volle Summe verlangen. Der Bürge kann aber u.U. mit Erfolg die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) erheben, mit der Folge, dass die Klage gegen ihn als z.Zt. unbegründet abgewiesen wird. Der Hauptschuldner kann zur Rückzahlung der Darlehensschuld verurteilt werden. Somit haftet der Bürge im Ergebnis doch nur subsidiär, so dass die für § 421 BGB erforderliche Gleichstufigkeit nicht gegeben ist. Entscheidend gegen eine Gesamtschuldnerschaft spricht auch, dass die §§ 765 ff. BGB für die Bürgerschaft erschöpfende Sonderregelungen beinhalten, welche die §§ 421 ff. BGB vollständig verdrängen. Obwohl Schuldner und Bürge somit keine Gesamtschuldner sind, sind sie trotzdem einfache Streitgenossen, da der Begriff der Rechtsgemeinschaft hier weiter zu verstehen ist und auch Bürge und Hauptschuldner umfasst.<sup>37</sup>

### bb) Einheit der Rechtsgründe (§ 59, 2. Fall)

59 Der Fall liegt vor, wenn Ansprüche von oder gegen Mehrere aus einem Vertrag oder Ansprüche von oder gegen Mehrere aus einer unerlaubten Handlung geltend gemacht werden (der BGH nahm dies im Dieselskandal in einem Fall an, in dem ein Kfz-Käufer gegen den Verkäufer Ansprüche wegen eines Sachmangels (im Fahrbetrieb abgeschalteter Abgasreinigungseinrichtungen) und gegen den Hersteller des Fahrzeugs Ansprüche aus unerlaubter Handlung geltend machte, und dies auf die Vortäuschung eines mangelfreien Zustands stützte<sup>38</sup>).

### cc) Gleichartigkeit der Streitgegenstände (§ 60)

60 Dieser Fall wird in der Praxis sehr weit ausgelegt und eigentlich als eine Zweckmäßigkeitsformel angewendet, wobei sich Überschneidungen zu den erstgenannten Fällen ergeben können. Er liegt bspw. vor, wenn ein Vermieter wegen eines gleichen Vorfalles gegen mehrere Mieter eines Mietshauses klagt.

► **Klausurhinweis:** Die einzelnen Anwendungsfälle der §§ 59, 60 werden in der Praxis nicht abgegrenzt, dies ist auch in der Klausur nicht erforderlich. Entscheidend ist letztlich, dass die Verbindung der Klagen **zweckmäßig** ist. ◀

61 Neben den Voraussetzungen der §§ 59, 60 müssen auch die des § 260 vorliegen (s.u. Rn. 77). Ist eine Verbindung zweckmäßig, kann der Richter die Verbindung anordnen oder, wenn diese schon bei Klageerhebung entstanden ist, bestehen lassen. Wie er entscheidet, steht grundsätzlich in seinem Ermessen, soweit keine Pflicht (z.B. § 137

---

37 OLG Bamberg, Beschluss vom 15.12.2014, Az.: 8 SA 25/14 = BeckRS 2015, 00916; OLG Hamm, Beschluss vom 14.11.2013, Az.: 32 SA 76/13 = BeckRS 2013, 21184.

38 BGH, Beschluss vom 6.6.2018, Az.: X ARZ 303/18 = NJW 2018, 2200.

FamFG, Verbund von Scheidungs- und Folgesachen) oder ein Verbot der Verbindung besteht.

## b) Wirkung

Die Wirkung der einfachen Streitgenossenschaft besteht nicht darin, dass sich das rechtliche Schicksal der Ansprüche zu einer einheitlichen Entscheidung verbindet. 62

Die Rechtshängigkeit richtet sich im einzelnen Prozess nach dem Zustellungszeitpunkt. Die Bedeutung von Bestreiten, Nichtbestreiten und Geständnis wirkt nur für den einen Prozess. Anerkenntnis, Klagerücknahme, Verzicht und Klageänderung haben keine Auswirkung auf den Prozess des Streitgenossen. Fristen laufen für jeden Streitgenossen gesondert. Der eine Streitgenosse kann obsiegen, der andere unterliegen. 63

**Merke:** Gegen einen Streitgenossen, der säumig ist, kann Versäumnisurteil ergehen, während gegen den anderen Erschienenen verhandelt wird. Einfache Streitgenossen vertreten sich nicht (anders als notwendige Streitgenossen).

Der Eintritt der Rechtskraft richtet sich nach dem jeweiligen Zustellungszeitpunkt des Urteils. Rechtsmittel legt jeder Streitgenosse unabhängig vom anderen ein. 64

Das Gemeinsame an der einfachen Streitgenossenschaft ist daher die Verhandlung einschließlich der Beweisaufnahme und das Urteil. Bei gemeinsamen Tatsachen wirkt der Tatsachenvortrag des einen für und gegen den anderen, wenn dieser nicht widerspricht. Über gemeinsame Tatsachen können Streitgenossen nicht als Zeugen vernommen werden. 65

Liegen die Voraussetzungen der §§ 59, 60 nicht vor, so ist nur die Verbindung mit der anderen Klage, nicht die Klage selbst unzulässig, die Verfahren sind lediglich gem. § 145 zu trennen.

**Merke:** Die Unzulässigkeit der subjektiven Klagenhäufung bzw. Streitgenossenschaft führt nicht zur Unzulässigkeit der Klage.

## 2. Die notwendige Streitgenossenschaft (§ 62)

Charakteristisch für die notwendige Streitgenossenschaft ist, dass aus Rechtsgründen nur eine einheitliche Entscheidung möglich ist. Dieses kann aus prozessrechtlichen und aus materiellrechtlichen Gründen der Fall sein. Man kann grob davon ausgehen, dass notwendige Streitgenossenschaft immer dann vorliegt, wenn der Streitgegenstand der verbundenen Verfahren identisch ist und nach h.M. weitere praktische Gründe hinzukommen. 66

Trotzdem liegen auch im Fall notwendiger Streitgenossenschaft mehrere Prozessrechtsverhältnisse vor, die auch in einer Klausur strikt zu trennen sind. 67

Die h.M. unterscheidet: 68

### a) Fälle der notwendigen gemeinsamen Klage von mehreren bzw. gegen mehrere

Diese Fallgruppe lässt sich plastischer als Verbot der Einzelklage beschreiben. Grund hierfür ist die gemeinsame Stellung der Personen, die nur gemeinsam prozessführungsbefugt sind oder die Sachinhaberschaft besitzen. 69



► **Fall 8:** A besitzt ein Grundstück ohne Verbindung zur öffentlichen Straße. Er verlangt von seinem Nachbarn B die Einräumung eines Notweges nach § 917 BGB. Das Nachbargrundstück gehört jedoch den Eheleuten B und C je zur Hälfte.

Hat die Klage Aussicht auf Erfolg? ◀

- 70 Die Eheleute sind Miteigentümer und können gemäß § 747 S.2 BGB nur gemeinschaftlich über den gemeinsamen Gegenstand verfügen. Aus diesem Grunde sind die beiden Miteigentümer auch nur gemeinsam prozessführungsbefugt. Eine Klage nur gegen einen Ehegatten wäre als unzulässig abzuweisen, weil ein Fall der notwendigen Streitgenossenschaft vorliegt (zur Möglichkeit der Parteierweiterung Rn. 97).

► **Klausurhinweis:** In einer Klausur muss im Fall notwendiger Streitgenossenschaft geprüft werden, ob alle notwendigen Streitgenossen geklagt haben bzw. verklagt worden sind. Ist das der Fall, ist das nur festzustellen. Ist das wie hier nicht der Fall, ist die Klage als unzulässig abzuweisen. In einer Anwaltsklausur kann es erforderlich sein, auf die Parteierweiterung einzugehen. ◀

- 71 Auch alle Aktivprozesse von Gesamthandsgemeinschaften, wie der Gütergemeinschaft und der Erbengemeinschaft, fallen hierunter.

### b) Fälle der notwendig einheitlichen Sachentscheidung

- 72 In diese Fallgruppe gehören alle Fälle der Rechtskrafterstreckung. Diese Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, dass sich nicht jeder Streitgenosse an der Klage beteiligen muss, dass aber die Entscheidung zumindest in manchen Fällen ihm gegenüber wirkt, auch wenn er nicht beteiligt ist.

► **Fall 9:** Mehrere Aktionäre einer Aktiengesellschaft fechten vor dem LG durch jeweils gesonderte Klageerhebung denselben Hauptversammlungsbeschluss wegen Verletzung einer Satzungsbestimmung nach den §§ 243, 245, 246 AktG an.

Muss das Gericht die Verfahren verbinden oder kann auch getrennt verhandelt werden? ◀

- 73 Das Urteil, das in diesem Fall auf die Anfechtungsklage gegen den Hauptversammlungsbeschluss hin ergeht, wirkt nach § 248 AktG einheitlich für und gegen alle Aktionäre, gleichgültig, ob sie am Verfahren beteiligt waren oder nicht.<sup>39</sup> Der einzelne Aktionär kann aber, anders als die Miteigentümer im Grundstücksfall, durchaus selbstständig klagen. Klagen aber mehrere, so muss wegen der Rechtskraftwirkung des Urteils (§ 248 Abs. 1 AktG) über alle Klagen einheitlich entschieden werden. Die einzelnen Klagen sind daher vom Gericht nach § 246 Abs. 3 S. 5 AktG zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

### c) Wirkungen

- 74 Anders als bei der einfachen Streitgenossenschaft, wo jeder Prozess für sich geführt wird, schränkt die notwendige Streitgenossenschaft die Dispositionsbefugnis der einzelnen Streitgenossen erheblich ein. Geständnis, Klagerücknahme, Erledigung der Hauptsache, Anerkenntnis, Verzicht oder Vergleich können nur von allen gemeinsam vorgenommen werden.

---

39 BGH, Beschluss vom 18.6.2007, Az.: II ZB 23/06 = BeckRS 2007, 10301.

► **Fall 10:** A verklagt die notwendigen Streitgenossen B und C vor dem LG. Im Termin zur mündlichen Verhandlung erscheint B ohne Rechtsanwalt. A beantragt ihm gegenüber den Erlass eines Versäumnisurteils. Wie ist zu entscheiden? ◀

Der Erlass eines VU setzt voraus, dass B in der Hauptverhandlung säumig ist (§ 331). B ist jedoch erschienen. Allerdings ist er selbst nicht postulationsfähig gemäß § 78 Abs. 1. Das Erscheinen der Partei ohne Rechtsanwalt begründet vor dem LG den Fall der Säumnis. Aus diesem Grunde scheint es zunächst so, als müsste im Beispielfall ein VU ergehen. Dem steht jedoch § 62 Abs. 1 entgegen. Da ein Fall der notwendigen Streitgenossenschaft vorliegt, wird ein Streitgenosse, wenn ein Termin oder eine Frist von ihm versäumt wird, als durch die nicht Säumigen vertreten angesehen. Daher liegt hier kein Fall der Säumnis vor. Es kann kein VU gegen B ergehen, sondern die Hauptverhandlung ist gegen beide notwendigen Streitgenossen durchzuführen.

75

**Merke:** Die Säumnis des Streitgenossen hat gemäß § 62 Abs. 1 keine Folgen, der Säumige wird durch die übrigen vertreten.

### 3. Behandlung in der Klausur

Bei der Prüfung der Zulässigkeit der subjektiven Klagehäufung nach der Prüfung der Zulässigkeit der Klage ist keine Differenzierung zwischen einfacher und notwendiger Streitgenossenschaft erforderlich. Die einzelnen Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft sind regelmäßig bei den Wirkungen von vorgenommenen oder nicht vorgenommenen Prozesshandlungen der Parteien zu erörtern, wie im Fall der Vertretung durch die übrigen notwendigen Streitgenossen. Auch die Wirkung eines Verzichts, Anerkenntnisses usw. für den nicht anerkennenden und nicht verzichtenden Streitgenossen kann an dieser Stelle erörtert werden.

76

### 4. Streitgenossenschaft und Klagehäufung

**Merke:** Jede subjektive Klagehäufung ist zugleich eine objektive Klagehäufung.

Wegen der Kumulation der Prozessrechtsverhältnisse werden immer auch mehrere prozessuale Ansprüche geltend gemacht werden. Daher müssen zusätzlich die Voraussetzungen des § 260 gegeben sein.

77

► **Klausurhinweis:** Im Falle einer subjektiven Klagehäufung ist als nächster Gliederungspunkt (s. Schema C) in der Klausur die Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung zu erörtern. Gem. § 260 muss dasselbe Prozessgericht zuständig sowie dieselbe Prozessart gegeben sein und es darf kein Klageverbindungsverbot bestehen. Erst nach Prüfung dieser Voraussetzungen ist auf die Begründetheit der Klage einzugehen. ◀

## VIII. Parteiänderung

**Literatur:** *de Boor*, Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, 1941; *Burbulla*, Parteiberichtigung, Parteiwechsel und Verjährung, MDR 2007, 439; *Heinrich*, Der gewillkürte Parteiwechsel, 1990; *Kisch*, Parteiänderung im Zivilprozess, 1912; *Kohler*, Die gewillkürte Parteiänderung, JuS 1993, 315; *Putzo*, Die gewillkürte Parteiänderung, Festgabe BGH, Bd. 3, 2000, S. 149; *Roth*, Gewillkürter Parteiwechsel und Bindung an Prozesslagen, NJW 1988, 2977; *Schink*, Rechtsnachfolge im Zivilprozess, JURA 1985, 291.

► **Fall 11:** K klagt gegen V auf Zahlung des Kaufpreises für ein Auto. Beim Vertragsschluss ist V durch B vertreten worden. Im Verfahren stellt sich heraus, dass B keine Vertretungsmacht hatte. Wie kann K reagieren, um den Prozess nicht zu verlieren? ◀

- 78 Im Verlauf eines Prozesses kann sich das Problem ergeben, dass auf der Seite des Klägers oder auf der des Beklagten eine Änderung eintritt und entweder eine andere Person das Verfahren fortführen soll (**Parteiwechsel**) oder eine weitere Partei hinzutreten soll (**Parteibeitritt**). Im Ausgangsfall möchte K seine Klage umstellen, weil er erkennt, dass er den Falschen verklagt hat. Aus prozessökonomischen Gründen wird es allgemein als erstrebenswert angesehen, den laufenden Prozess weiter zu führen und nicht das Verfahren zu beenden und ein neues mit den richtigen Parteien zu beginnen. Andererseits müssen neben der Prozessökonomie auch die Interessen der Parteien berücksichtigt werden. Die neue Partei tritt in das Verfahren ein und hat auf den bisherigen Verlauf keinen Einfluss gehabt. Dann stellt sich die Frage, ob die neue Partei mit oder ohne Zustimmung an bisherige Prozessergebnisse gebunden werden kann. Nur dann ist aber die Fortführung ökonomisch sinnvoll; wäre sie gar nicht gebunden, könnte man auch ein neues Verfahren beginnen.
- 79 Parteiwechsel und Parteibeitritt sind gesetzlich nur rudimentär geregelt. In der Praxis ist der gewillkürte Parteiwechsel, also der auf Initiative der Partei(en), häufig und wird auch zugelassen, ohne dass eine klare Dogmatik entstanden wäre.

### 1. Gesetzliche Regelung der Parteiänderung

- 80 Gesetzlich geregelt ist der Parteiwechsel z.B. beim Übergang des Prozesses auf den **Gesamtrechtsnachfolger** bei Tod eines Menschen (§ 1922 Abs. 1 BGB). Der Erbe tritt als Partei an die Stelle des Erblassers. Durch den Tod der Partei tritt eine Unterbrechung des Verfahrens ein, bis der Rechtsnachfolger das Verfahren aufnimmt (§ 239). Auf diese Weise kann ein überlebender Ehepartner einen von seinem verstorbenen Ehepartner geführten Prozess aufnehmen (§ 250). Er ist dann aufgrund der Rechtsnachfolge an alle bisher vorliegenden Prozessergebnisse in vollem Umfang gebunden.
- 81 Im Fall der **Veräußerung der streitbefangenen Sache** (§ 265) führt grundsätzlich der Rechtsvorgänger den Prozess weiter, obwohl er sachlich nicht mehr legitimiert ist (s.u. § 8 Rn. 81). Der Erwerber kann den Prozess jedoch mit Zustimmung des Gegners (§ 265 Abs. 2 S. 2) und des Rechtsvorgängers (ergibt sich nicht aus Gesetz, er kann aber nicht gezwungen werden, seine Parteistellung aufzugeben)<sup>40</sup> übernehmen. Tut er dies, ist er an bisherige Prozessergebnisse gebunden.

### 2. Gewillkürte Parteiänderung

- 82 Die gewillkürte Parteiänderung ist gesetzlich nicht geregelt. Zu unterscheiden sind der Parteiwechsel und der Parteibeitritt. Zu trennen sind die Frage der Zulässigkeit der Parteiänderung und die Frage, in welchem Umfang die neue Partei an bisherige Prozessergebnisse gebunden ist.

#### a) Der Parteiwechsel

- 83 Welche Regeln für den Parteiwechsel gelten, ist zwischen Rechtsprechung und Literatur heftig umstritten. Der Streit geht vor allem um die Frage, wer dem Parteiwechsel zustimmen muss und ob die Zustimmung durch das Kriterium der Sachdienlichkeit ersetzt werden kann.

---

40 Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 265 Rn. 17.

aa) Der BGH vertritt in Fortführung der Rechtsprechung des RG grds. die Auffassung, dass es sich bei dem Parteiwechsel um eine Klageänderung (§§ 263 ff.) handelt (**Klageänderungstheorie**). 84

Das gilt ohne Einschränkung zunächst in der **ersten Instanz**: Daher kann ein neuer Beklagter bei Zustimmung aller Beteiligten, aber ohne seine eigene Zustimmung bei Sachdienlichkeit in den Prozess eingebunden werden. Ein neuer Kläger kann mit Zustimmung des alten Klägers (durch Parteiwechsellklärung: er darf nicht einfach aus seiner prozessualen Rolle verdrängt werden),<sup>41</sup> aber ohne Zustimmung des Beklagten bei Sachdienlichkeit den Prozess übernehmen. 85

In **zweiter Instanz** ist die Zustimmung des Beklagten erforderlich, weil dieser eine Instanz verliert. Diese Zustimmung kann ausnahmsweise dann entfallen, wenn die Zustimmung rechtsmissbräuchlich verweigert wird.<sup>42</sup> Ein Klägerwechsel ist in zweiter Instanz auch gegen den Willen des Beklagten zulässig, wenn dies sachdienlich ist.<sup>43</sup> Zu beachten ist zusätzlich § 533 Nr. 2: Eine Klageänderung in zweiter Instanz ist nur zulässig, wenn die Klageänderung auf Tatsachen gestützt wird, die das Berufungsgericht nach § 529 zugrunde zu legen hat. In diesem Fall dürfte der Parteiwechsel aber auch nicht sachdienlich sein. 86

In der Revisionsinstanz ist der Parteiwechsel ausgeschlossen, weil er neuen Tatsachenvortrag erfordert, der gem. § 559 ausgeschlossen ist. 87

bb) Die **Klagerücknahmestheorie**<sup>44</sup> sieht den gewillkürten Parteiwechsel als Klagerücknahme der alten Partei und Erhebung einer neuen Klage an. Sie wird heute kaum noch vertreten, weil sie keine Verwertung der bisherigen Prozessergebnisse ermöglicht. Dies aber ist der Hauptgrund, warum das Institut überhaupt diskutiert wird. 88

cc) Die heute herrschende Lehre begreift den gewillkürten Parteiwechsel als **prozessuales Institut eigener Art** und sucht eine Lösung in Anlehnung an die Interessen der Partei und deren Berücksichtigung in bestehenden Instituten. Auch hier erfolgt der Rückgriff auf Klageänderung und Klagerücknahme. 89

Der **Klägerwechsel** bedarf danach immer der Zustimmung des alten Klägers, da dieser nicht ohne Weiteres aus seiner Parteirolle verdrängt werden darf. Auch der neue Kläger muss dem Wechsel zustimmen, weil niemand gezwungen werden kann, einen Prozess zu führen. Der Beklagte muss ebenfalls zustimmen, weil auch im Falle einer Klagerücknahme seine Zustimmung nötig wäre (§ 269 Abs. 1 analog). In keinem Fall kann die Zustimmung durch das Kriterium der Sachdienlichkeit ersetzt werden. 90

Beim **Beklagtenwechsel** muss der alte Beklagte zustimmen (Gedanke des § 269 Abs. 1). Der neue Beklagte muss dagegen nicht zustimmen, weil er ja auch unfreiwillig verklagt wird. Allerdings muss er in zweiter Instanz zustimmen, da er eine Instanz verliert und das nur freiwillig erfolgen darf. 91

Kläger- und Beklagtenwechsel in zweiter Instanz setzen heute zusätzlich voraus, dass die Tatsachen, die das Berufungsgericht zugrunde zu legen hat, die gleichen sind wie in der ersten Instanz (§ 533 Nr. 2). 92

41 R/S/G, ZPR, § 42 Rn. 23; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, Vorbem. § 50 Rn. 21.

42 BGH, Urteil vom 4.10.1985, Az.: V ZR 136/84 = NJW-RR 1986, 356 = NJW 1986, 2258.

43 BGH, Urteil vom 17.2.1955, Az.: II ZR 316/53 = NJW 1955, 667.

44 Kisch, Parteiänderung im Zivilprozess, 1912.

b) Bindung an bisherige Prozessergebnisse/Wirkung der Parteiänderung

- 93 Inwieweit eine Bindung der neuen Partei an bisherige Prozessergebnisse besteht, ist nicht abschließend geklärt.
- 94 Die neue Partei, sei es Kläger oder Beklagter, tritt in das bestehende Prozessrechtsverhältnis ein. Es wird kein neues begründet. Daher wirken im Grundsatz die bisherigen Prozessergebnisse fort. Bisher vorgenommene Prozesshandlungen und Beweisaufnahmen bleiben wirksam. Das kann aber nicht ohne Einschränkung gelten, weil die neue Partei keinen Einfluss auf den bisherigen Verfahrensverlauf hatte. Deshalb erlaubt man es zumindest dem neuen Beklagten, sich in Widerspruch zu dem bisherigen Parteiverhalten zu setzen, also z.B. Geständnisse zu widerrufen (§ 290 gilt nicht). Auch die Vorschriften über die Zurückweisung verspäteten Vorbringens (§ 296) können nicht angewandt werden. Für den Kläger wird dies z.T. ausgeschlossen, weil er den Prozess ja willentlich übernehme.<sup>45</sup>
- 95 Zum Teil wird danach differenziert, ob vor allem der neue Beklagte dem Wechsel zustimmt, ob eine Rechtskrafterstreckung erfolgt oder die neue Partei schon am Verfahren vor der Parteiänderung beteiligt war.<sup>46</sup>
- 96 Die Rechtshängigkeit gegenüber dem neuen Beklagten tritt in dem Zeitpunkt ein, in dem ihm der Schriftsatz, in dem der Kläger erklärt, die Klage nur noch gegen ihn zu richten, zugestellt wird. Ein neu eintretender Kläger kann sich auf die Folgen der Rechtshängigkeit erst ab seinem Eintritt berufen.

c) Parteierweiterung

- 97 Eine Parteierweiterung liegt vor, wenn auf Kläger- oder Beklagtenseite eine Partei hinzutritt. Es wird ein zusätzliches Prozessrechtsverhältnis zwischen Kläger- und Beklagtenseite begründet. Eine gesetzliche Regelung fehlt (bis auf § 856).
- 98 Nach einer Ansicht sind die §§ 59, 60 anzuwenden, da es sich um einen Fall der nachträglichen **Streitgenossenschaft** handele. Bei einem (erzwungenen) Parteibeitritt auf der Beklagtenseite ist danach keine Zustimmung des alten und neuen Beklagten erforderlich, da Beklagte auch sonst unfreiwillig und gemeinsam verklagt werden. Bei einem Beitritt auf Klägerseite wird überwiegend angenommen, dass der alte Kläger dem zustimmen muss, weil auch die anfängliche gemeinschaftliche Klageerhebung nur im Konsens erfolge. Eine Bindung an Verfahrensergebnisse besteht nicht, da es sich um ein eigenes, vom bereits bestehenden Prozessrechtsverhältnis zu trennendes Prozessrechtsverhältnis handelt. Ob eine Parteierweiterung in der zweiten Instanz zulässig ist, wird innerhalb dieser Ansicht unterschiedlich beurteilt. Einige sehen dafür ein Bedürfnis, fordern aber die Zustimmung des neuen Beklagten, der eine Instanz verliere, wenn er erst in zweiter Instanz beitrete bzw. bei einem Beitritt auf Klägerseite die Zustimmung des bisherigen Klägers.<sup>47</sup> Andere verneinen die Möglichkeit der Parteierweiterung in zweiter Instanz, weil die Berufungsinstanz funktionell nicht zuständig sei für erstinstanzliche Klagen.<sup>48</sup> Dies ist insofern dogmatisch konsequent, als ein neues Prozessrechtsverhältnis erst in zweiter Instanz begründet wird.

---

45 Musielak/Foerste, ZPO, § 263 Rn. 22; a.A. Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, Vorbem. § 50 Rn. 21.

46 Musielak/Foerste, ZPO, § 263 Rn. 18; Roth, NJW 1988, 2977, 2980 ff.

47 R/S/G, ZPR, § 42 Rn. 21 f.

48 Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, Vorbem. § 50 Rn. 26.

Die Rechtsprechung behandelt die Parteierweiterung wie im Fall der Parteiänderung als eine **Klageänderung** (§§ 263 ff.). Damit ist diese in erster und zweiter Instanz möglich.

99

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

---

- > Welches Rechtsverhältnis entsteht durch die Klageerhebung?
- > Wie wird der Parteibegriff bestimmt?
- > Was verstehen Sie unter dem Begriff des Zweiparteiensystems?
- > Wie viele Prozessrechtsverhältnisse liegen bei einer Streitgenossenschaft vor?
- > Grenzen Sie Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit, Postulationsfähigkeit und Prozessführungsbefugnis voneinander ab.
- > Was sind die materiellrechtlichen Pendanten?
- > Ist eine gewillkürte Prozessstandschaft zulässig?
- > Wie unterscheiden sich einfache und notwendige Streitgenossenschaft?
- > Nach welchen Regeln wird eine Parteiänderung behandelt?

## § 8 Die Klageerhebung

- 1 Die Initiative des Klägers in Form der Klageerhebung ist notwendige Voraussetzung für die Einleitung eines staatlichen Gerichtsverfahrens. Damit macht der Kläger seinen ihm gegenüber dem Staat bestehenden Justizgewährungsanspruch geltend. Da der **Dispositionsgrundsatz** und kein **Offizialprinzip** gilt, kann das Verfahren nur aufgrund privater, nicht aber staatlicher Initiative eingeleitet werden (§ 4 Rn. 7 ff.). Mit der Klage fixiert der Kläger ein bestimmtes Gericht, er benennt seinen Klagegegner, den Beklagten, und er nennt den Gegenstand, den das Gericht entscheiden soll.

### I. Die Klageschrift

- 2 Entschließt sich ein Kläger zur Klageerhebung, so erfolgt diese **zweiaktig**: Der Kläger sendet die Klageschrift an das Gericht, das diese an den Beklagten weiterleitet.
- 3 Mit der Einreichung der Klage bei Gericht ist diese **anhängig**, sie ist erst dann **rechts-hängig**, wenn sie durch das Gericht dem Beklagten zugestellt worden ist (§§ 261 Abs. 1, 253 Abs. 1).

Im Verwaltungsprozess wird dagegen die Klage bereits mit Eingang der Klageschrift bei Gericht (§ 81 Abs. 1 S. 1 VwGO) **rechts-hängig**. Die Zustellung erfolgt dort **informationshalber** (§ 85 VwGO).

- 4 Die Klageschrift ist mehr als ein Schreiben an das Gericht, dass rechtlich etwas eingefordert wird. Die Vorschriften über die Klageerhebung dienen der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit. Sie sollen eine verlässliche Verfahrensgrundlage schaffen und den Beklagten über Grund und Höhe der klägerischen Forderung informieren, so dass dieser sich dagegen verteidigen kann. Welche Förmlichkeiten bei der Abfassung der Klageschrift zu beachten sind, ergibt sich aus § 253 Abs. 2 und 3 sowie aus den §§ 129 ff., auf die in § 253 Abs. 4 verwiesen wird. Dabei muss zwischen zwingend vorgeschriebenen Anforderungen unterschieden werden, ohne deren Beachtung die Klage nicht ordnungsgemäß erhoben ist, und solchen, die zwar beachtet werden sollen, deren Fehlen jedoch die Klage nicht unzulässig macht.
- 5 Bei den zwingenden Voraussetzungen muss weiter unterteilt werden nach Voraussetzungen, die **Prozessvoraussetzung** sind, also schon die Zustellung der Klage verhindern, und solchen, die **Sachentscheidungs-voraussetzung** sind, also ohne Einfluss auf die Zustellung der Klage sind, aber bei Fehlen zu einem Prozessurteil führen (s.o. Schema B I, II).
- 6 Die Klage wird nur **ausnahmsweise** nicht zugestellt, wenn die Prozessgebühr (§ 12 Abs. 1 S. 1 GKG) nicht bezahlt ist, wenn der Beklagte nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegt, wenn die Klage nicht in deutscher Sprache abgefasst oder nicht unterschrieben ist oder nur Beleidigungen enthält, wenn der Beklagte nicht bezeichnet ist oder ein landesrechtliches Schlichtungsverfahren nicht durchgeführt wurde (Schema B I). Die Verfügung der **Zustellung darf nicht mit einer Zulassung der Klage verwechselt werden!!** Eine solche kennt die ZPO nicht (anders das Strafprozessrecht, zur Zulassung der Anklage s. § 203 StPO). Die Fragen der Zulässigkeit werden nach Zustellung im dadurch eröffneten Prozess (auch) in mündlicher Verhandlung vor der Begründetheit geprüft (dazu § 10 Rn. 14).
- 7 Andere Mängel hindern die Zustellung nicht, es kommt ein Prozessrechtsverhältnis zustande. Die Mängel können im Lauf des Verfahrens beseitigt werden. Liegen die

zwingenden Voraussetzungen aber zum Schluss der mündlichen Verhandlung immer noch nicht vor, so wird die Klage durch Prozessurteil als unzulässig abgewiesen, da die ordnungsgemäße Klageerhebung eine Sachentscheidungsvoraussetzung ist (Schema B II 3 a). Die Nichteinhaltung der Sollvorschriften (§ 253 Abs. 3, 4) ist dagegen ohne Einfluss auf die Zulässigkeit der Klage.

### 1. Parteien

Gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 1 sind die Parteien in der Klageschrift zu bezeichnen. Die Vorschrift wird durch § 130 Nr. 1 ergänzt, wonach die Parteien und ihre gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung bezeichnet werden sollen. Erforderlich sind alle Angaben, die eine ausreichende Individualisierung ermöglichen, so dass es nicht zu Verwechslungen kommen kann. Eine ladungsfähige Anschrift ist nach Ansicht des BGH zwingend anzugeben.<sup>1</sup> Um lästige Recherchen zu ersparen, bestimmt § 479 Abs. 1 Nr. 2 BGB, dass eine Garantieerklärung im Verbrauchsgüterkauf den Namen und die Anschrift des Garantiegebers enthalten muss.

8

### 2. Gericht

Weiter ist gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 1 das Gericht in der Klageschrift anzugeben, das örtlich und sachlich zuständig sei.

9

### 3. Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs

Gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 muss der Gegenstand und der Grund des erhobenen Anspruchs bestimmt angegeben werden. Der **Begriff des Anspruchs** deckt sich keineswegs mit dem des § 194 Abs. 1 BGB. Der Grund des erhobenen Anspruchs ist der tatsächliche Vorgang, der Lebenssachverhalt, mit dem der Kläger seinen Antrag begründet. Anspruchsgrund ist dagegen nicht das Rechtsverhältnis, das die Voraussetzung der begehrten Rechtsfolge ist und aus jenen Tatsachen hergeleitet wird. Keinesfalls darf der Begriff des Anspruchsgrundes mit dem der Anspruchsgrundlage verwechselt werden.

10

► **Fall 1:** Ein Handwerker verletzt den Auftraggeber bei Gelegenheit der vertraglichen Leistungserbringung. Es stehen dem Auftraggeber sowohl Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB als auch solche gemäß § 823 Abs. 1 BGB zu, da die Tatbestandsmerkmale zweier Anspruchsgrundlagen erfüllt sind. Anspruchsgrund ist jedoch nur der Lebenssachverhalt „Reparatur durch Handwerker“. ◀

### 4. Bestimmter Antrag

Gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 a.E. ist ein bestimmter Antrag notwendig, da dem Beklagten klar sein muss, was von ihm gerichtlich eingefordert wird. An diesen Antrag ist das Gericht gebunden (§ 308 Abs. 1). Allerdings kann der Antrag unter bestimmten Voraussetzungen auch noch nach Klageerhebung geändert werden (s.u. § 13). Der Antrag ist bestimmt, wenn er erkennen lässt, welchen Rechtsschutz der Kläger begehrt (ob Leistung, Feststellung oder Rechtsgestaltung) und in welchem Umfang. Als Faustregel lässt sich merken, dass der Antrag schon in der Klageschrift so formuliert sein muss, dass ihn das Gericht, sollte es ihn für begründet halten, ohne Weiteres in das Urteil

11

1 BGH, Urteil vom 9.12.1987, Az.: IVb ZR 4/87 = NJW 1988, 2114.



übernehmen kann, so dass der Antrag bei der Leistungsklage Grundlage einer Zwangsvollstreckung sein kann.<sup>2</sup> Er kann also lauten:

„Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 7.000 € zu zahlen.“ (Leistungsklage).

„Es wird festgestellt, dass der Kläger Eigentümer des XY-Grundstücks ist.“ (positive Feststellungsklage).

„Der Beklagte wird aus der XY-OHG ausgeschlossen.“ (Gestaltungsklage).

- 12 In diesem Bereich des bestimmten Anspruches gibt es einige klausurrelevante Probleme.

### a) Unbezüfferte Zahlungsanträge

**Literatur:** *Butzer*, Prozessuale und kostenrechtliche Probleme beim unbezüfferten Klageantrag, MDR 1992, 539; *Dunz*, Der unbezüfferte Leistungsantrag nach der heutigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1984, 1734; v. *Gerlach*, Die prozessuale Behandlung von Schmerzensgeldansprüchen, VersR 2000, 525.

- 13 Nach der Rechtsprechung ist es ausnahmsweise bei auf Geld gerichteten Leistungsklagen nicht erforderlich, einen genau bezüfferten Klageantrag zu stellen. Dies ist der Fall, wenn die Bezüffierung erst nach einer Beweisaufnahme, insbesondere einer Sachverständigenvernehmung oder gerichtlichen Schätzung (§ 287), möglich ist (z.B. bei Minderungs-, Bereicherungs-, Schmerzensgeld- und Schadensersatzansprüchen) oder wenn das Gericht den Betrag nach billigem Ermessen festsetzen soll (Schmerzensgeld gem. § 253 Abs. 2 BGB).<sup>3</sup> Würde man hier die strengen Voraussetzungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 zugrunde legen, so würde der Kläger ein Kostenrisiko eingehen, wenn er unter Umständen zu viel verlangte (§ 92). Erforderlich ist jedoch, dass der Kläger die **tatsächlichen Grundlagen** für die Bemessung vorträgt. Zusätzlich wurde bisher die Angabe einer ungefähren **Größenordnung** bzw. eines Mindestbetrages gefordert.<sup>4</sup> Ohne diese Angabe der Größenordnung wurde die Klage als unzulässig angesehen. Zum Teil ging man davon aus, dass insoweit eine Abweichung von 20 % unschädlich war und nicht zu einer Kostentragungspflicht der insoweit abgewiesenen Partei führte. Nach neuer Rechtsprechung des BGH ist dagegen die Angabe einer Größenordnung keine Zulässigkeitsvoraussetzung der Klage mehr.<sup>5</sup> Das Gericht darf eine Angabe einer Größenordnung regelmäßig nach oben oder unten überschreiten.<sup>6</sup>

### b) Stufenklage

**Literatur:** *Assmann*, Das Verfahren der Stufenklage, 1990; *Bernreuther*, Die Stufenklage und ihre Erledigung, JA 2001, 490; *Hoffmann*, Die zivilprozessuale Informationsbeschaffung mittels Stufenklage, ZZZ 135 (2022), 3; *Lücke*, Die Stufenklage, JuS 1995, 143; *Rieländer*, Die Stufenklage in der höheren Instanz, ZZZ 135 (2022), 137; *Schäuble*, Die Stufenklage gem. § 254 ZPO, JuS 2011, 506.

2 BGH, Urteil vom 16.4.2019, Az.: XI ZR 755/17 = FD-ZVR 2019, 419176.

3 Vgl. BGH, Urteil vom 13.12.1951, Az.: III ZR 144/56 = BGHZ 4, 141 = NJW 1952, 382; BGH, Urteil vom 11.6.1964, Az.: III ZR 192/63 = NJW 1964, 1797.

4 BGH, Urteil vom 13.10.1981, Az.: VI ZR 162/80 = NJW 1982, 340; BGH, Urteil vom 20.9.1983, Az.: VI ZR 111/82 = VersR 1983, 1160.

5 BGH, Urteil vom 2.2.1999, Az.: VI ZR 25/98 = BGHZ 140, 335, 341 = NJW 1999, 1339, 1340; BGH, Urteil vom 30.4.1996, Az.: VI ZR 55/95 = BGHZ 132, 341, 351 = NJW 1996, 2425, 2427; *Thomas/Putzo/Reichold*, ZPO, § 253 Rn. 12; v. *Gerlach*, VersR 2000, 525, 527.

6 R/S/G, ZPR, § 95 Rn. 39.

Eine weitere Ausnahme besteht nach § 254 für die Stufenklage. Diese erlaubt die Verbindung mehrerer selbstständiger Ansprüche, über die das Gericht stufenweise entscheiden soll, wenn dem Kläger eine Bestimmung der Leistung nicht ohne Ermittlung unter Mitwirkung des Gerichts möglich ist. Häufig ist dem Kläger der zweite geltend gemachte Anspruch nach Bestand und Umfang unbekannt und zur bezifferten Antragsstellung zunächst auf der ersten Stufe eine Klage auf Auskunft,<sup>7</sup> Rechnungslegung oder auf Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses erforderlich. Spätestens danach muss jedoch der Leistungsantrag bestimmt bezeichnet werden, weil er sonst unzulässig würde. Der Vorteil besteht darin, dass der Kläger nicht nacheinander zwei Prozesse führen muss und bereits mit Erhebung der unbestimmten Klage die Klage rechtshängig ist (Hemmung der Verjährung, §§ 204 Abs. 1 Nr. 1, 209 BGB, s.u. § 8 Rn. 84).

14

## 5. Sollvorschriften

Durch das Gesetz zur Förderung der Mediation ist § 253 Abs. 3 neu gefasst worden. Gem. Nr. 1 soll die Angabe erforderlich sein, ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (zu diesen Verfahren § 2 Rn. 18 ff.) vorausgegangen ist, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen.

15

## 6. Unterschrift

**Literatur:** *Bacher*, Elektronisch eingereichte Schriftsätze im Zivilprozess, NJW 2009, 1548; *ders.*, Der elektronische Rechtsverkehr im Zivilprozess, NJW 2015, 2753; *Bernhardt*, Die deutsche Justiz im digitalen Zeitalter, Entwicklung und Entwicklungsperspektiven von E-Justice, NJW 2015, 2775; *Brosch/Sandkühler*, Das besondere elektronische Anwaltspostfach – Nutzungsobliegenheiten, Funktionen und Sicherheit, NJW 2015, 2760; *Hadidi/Mödl*, Die elektronische Einreichung zu den Gerichten, NJW 2010, 2097; *Lummel*, Die Zukunft des elektronischen Rechtsverkehrs, NJW-Spezial 2013, 510; *Müller*, Die Justiz wird digital, JuS 2015, 609; *Preuß*, Der elektronische Zivilprozess – Nutzen oder Schaden, ZZZ 129 (2016), 421; *Rühl*, Digitale Justiz, oder: Zivilverfahren für das 21. Jahrhundert, JZ 2020, 809; *Specht*, Chancen und Risiken einer digitalen Justiz für den Zivilprozess, MMR 2019, 153.

Unverzichtbar ist jedoch die **eigenhändige Unterschrift** des RA in Anwaltsprozessen, in übrigen Prozessen die des Klägers unter die Klageschrift. Obwohl § 130 Nr. 6, auf den § 253 Abs. 4 (und §§ 519 Abs. 4, 520 Abs. 5 für die Berufungs(begründungs)schrift und § 549 Abs. 2 für die Revisionschrift) verweist, nur eine Sollvorschrift enthält, fordert die ganz h.M. für **bestimmende Schriftsätze**, zu denen die Klageschrift zu rechnen ist, dass sie eigenhändig unterschrieben sein müssen.<sup>8</sup> Eine ausgeschnittene und auf die Fax-Kopiervorlage eines bestimmenden Schriftsatzes geklebte Unterschrift erfüllt daher nicht die an eine eigenhändige Unterschrift nach §§ 130 Nr. 6, 519 Abs. 4, 520 Abs. 5 zu stellenden Anforderungen.<sup>9</sup> Dagegen ist ein vereinfachter und nicht lesbarer Namenszug als Unterschrift anzuerkennen, wenn der Schriftzug individuelle und charakteristische Merkmale aufweist, die die Nachahmung erschweren, sich als Wiedergabe eines Namens darstellt und die Absicht einer vollen Unterschrift erkennen lässt.<sup>10</sup> Ist ein Schriftzug so oder geringfügig abweichend von den Gerichten über längere Zeit als in sehr verkürzter Weise geleistete Unterschrift unbeanstandet geblieben, darf der

16

7 BGH, Urteil vom 2.3.2000, Az.: III ZR 65/99 = NJW 2000, 1645; Anm. *Löhnig*, JA 2000, 745.

8 Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 253 Rn. 14.

9 BGH, Beschluss vom 27.8.2015, Az.: III ZB 60/14 = BeckRS 2015, 15856 = NJW 2015, 3246.

10 BGH, Beschluss vom 3.3.2015 – VI ZB 71/14 = NJW-RR 2015, 699.

Rechtsanwalt darauf vertrauen, dass die Unterschrift den Anforderungen entspricht. Will das Gericht die über längere Zeit nicht beanstandete Form der Unterschrift nicht mehr hinnehmen, muss der Rechtsanwalt wegen des Anspruchs auf faire Verfahrensgestaltung vorgewarnt werden.

► **Hinweis: Vorbereitende Schriftsätze** kündigen einen Vortrag in der mündlichen Verhandlung lediglich an, während **bestimmende Schriftsätze** selbst eine Parteierklärung enthalten und sie nicht nur in Aussicht stellen. ◀

Die Unterschrift soll den Urheber des Schriftsatzes identifizieren<sup>11</sup> und seinen Willen belegen, die Verantwortung für den Schriftsatz zu übernehmen und ihn bei Gericht einzureichen. Probleme entstehen, wenn ein Rechtsanwalt für einen anderen unterschreibt. Dies kann durch Zusätze wie „i.A.“, „i.V.“ oder „nach Diktat außer Haus/verreist“ geschehen. Der Zusatz „i.V.“ vor der Unterschrift eines Rechtsanwalts, der den eigentlichen Prozessbevollmächtigten vertreten will, ist nach Ansicht des BGH wirksam, weil der Unterschreibende damit als Unterbevollmächtigter die Verantwortung für den Inhalt übernimmt.<sup>12</sup> Steht vor der Unterschrift jedoch das Kürzel „i.A.“, so kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Unterzeichner die Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes übernimmt, er handelt nur als Erklärungsbote ggü. dem Gericht. Das gilt aber nicht, wenn der unterzeichnende Rechtsanwalt als Mitglied der Sozietät in Ausführung des auch ihm erteilten Mandats tätig wird.<sup>13</sup>

Fehlt eine Unterschrift des eigentlich prozessbevollmächtigten Rechtsanwalts, wird sein vollständiger Name im Schriftsatz im Zusammenhang mit dem Zusatz „nach Diktat außer Haus“ genannt, werde nach Ansicht des BGH ausreichend deutlich, dass der Schriftsatz von diesem Rechtsanwalt erstellt, aber wegen Ortsabwesenheit nicht selbst unterschrieben werden konnte. Wird dieser Schriftsatz dann durch einen anderen Rechtsanwalt unterschrieben, lasse sich dem entnehmen, dass der unterzeichnende Rechtsanwalt an Stelle des Abwesenden die Unterschrift leisten und damit als Unterbevollmächtigter in Wahrnehmung des Mandats auftreten wollte. Damit habe er zu erkennen gegeben, dass er zugleich die Verantwortung für den Inhalt der Berufungsbegründung übernehmen wollte.<sup>14</sup>

Ein nicht unterschriebener bestimmender Schriftsatz ist nach der Rechtsprechung unvollständig und deshalb nicht wirksam. Die Unterschrift kann aber nachgeholt werden. Das Gericht, das die Klage an den Beklagten zustellen soll, wird den Kläger daher auffordern, die Unterschrift nachzuholen und erst dann die Klage zustellen.

► **Vertiefung:** Die modernen Kommunikationstechniken halten zwar langsam, aber doch stetig Einzug auch in den Zivilprozess. Nachdem vor einigen Jahren noch das Problem des Telefaxes und später der eingescannten Unterschriften (Computerfax)<sup>15</sup> aktuell war, geht es heute nicht mehr nur um die Kommunikation der am Prozessrechtsverhältnis Beteiligten untereinander, sondern bereits um eine elektronische Aktenführung und -bearbeitung bei Gericht. Dazu hatte der Gesetzgeber 2013 das Gesetz zur Förderung des elektronischen

11 Zu den Anforderungen BGH, Beschluss vom 16.7.2013, Az.: VIII ZB 62/12 = BeckRS 2013, 13469.

12 BGH, Beschluss vom 26.4.2012, Az.: VII ZB 83/10 = NJW-RR 2012, 1139.

13 BGH, Beschluss vom 20.6.2012, Az.: IV ZB 18/11 = NJW-RR 2012, 1269; BGH, Beschluss vom 25.9.2012, Az.: VIII ZB 22/12 = NJW 2013, 237. S. auch den Fall BGH, Urteil vom 20.12.2022, Az.: VI ZR 279/21 = NJW-RR 2023, 495.

14 BGH, Beschluss vom 26.7.2012, Az.: III ZB 70/11 = NJW-RR 2012, 1142.

15 GmS-OGB, Beschluss vom 5.4.2000, Az.: GmS-OGB 1/98 = BGHZ 144, 160 = NJW 2000, 2340.

Rechtsverkehrs mit den Gerichten verabschiedet.<sup>16</sup> Es erweiterte den elektronischen Zugang zur Justiz durch bundeseinheitliche Regelungen u.a. in der ZPO und sollte die Kommunikation zwischen Anwälten und Gerichten erleichtern. Eine der wichtigsten Neuerungen stellte das **besondere elektronische Anwaltspostfach (beA)** dar, seit 2018 in Betrieb ist.<sup>17</sup> Die neuen Regelungen des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten sind zeitlich gestaffelt in Kraft getreten. Das Schlusslicht bildete § 130 d, der seit 2022 bundesweit für Rechtsanwälte und Behörden die Pflicht statuiert, Schriftsätze bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Eine Pflicht zur elektronischen Aktenführung besteht hingegen sowohl für Anwälte wie auch für Gerichte bis 2026 nicht (vgl. § 298 a). Im Jahr 2021 hat eine **Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses“** ein Thesenpapier vorgelegt,<sup>18</sup> dass dazu dienen soll, technische Möglichkeiten zu nutzen, den Zivilprozess bürgernäher, effizienter und ressourcenschonender zu machen.<sup>19</sup> Inhalte der Diskussion sind ein **beschleunigtes Online-Verfahren** mithilfe elektronischer Kommunikation für Streitwerte bis 5.000 Euro im Bereich der Verbraucherstreitigkeiten, eine digitale **Strukturierung von Parteivortrag** und Verfahren auf der Grundlage eines gemeinsamen **elektronisches Basisdokument**, in das die Parteien in strukturierter Weise Sachvortrag und Rechtsansichten einfügen, elektronische Beweismittel in Form einer der elektronischen Datei und die Möglichkeit einer virtuellen Verhandlung per Videokonferenz, bei der sich auch das Gericht nicht im Sitzungssaal aufhalten muss.

Durch Digitalisierung wird sich aber nicht nur die Kommunikation der am Prozess Beteiligten verändern, sondern die Rechtsdienstleistung und die Rechtsanwendung selbst. Unter dem Schlagwort **Legal Tech** werden verschiedene Phänomene zusammengefasst, die nicht nur Rechtsdienstleistung und -anwendung unterstützen, sondern auch automatisieren. Aufgrund der zunehmenden Rechenleistung von Computern und der Hilfe künstlicher Intelligenz erfolgt bereits eine Rechtserkenntnis durch Laien mithilfe von Computern. Computerprogramme analysieren dabei nicht nur Verträge, sondern verfassen diese nach den Anforderungen des Nutzers. In anderen Bereichen, wie bei der Homepage *geblitzt.de*, erfolgt das gesamte Einspruchsverfahren gegen Bußgeldbescheide durch eine Onlinedatenbank. Bedenkt man, dass einem Computer kein Urteil und keine Kommentierung entgeht und er möglicherweise schneller lernen kann als jeder Mensch,<sup>20</sup> so ist selbst eine wirkliche Subsumtion durch Computer nicht völlig abwegig.<sup>21</sup> ◀

- 
- 16 Gesetz vom 10.10.2013, BGBl. I 2013 Nr. 62, 16.10.2013, S. 3786. Zur Entwicklung von „E-Justice“ und den wichtigsten Neuerungen des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vgl. die Aufsätze von *Bacher*, NJW 2015, 2753; *Brosch/Sandkühler*, NJW 2015, 2760; *Bernhardt*, NJW 2015, 2775 und *Radke*, JM 2014, 398.
- 17 S. auch die Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung - ERVV), BGBl. I. 3803).
- 18 Diskussionspapier zur Modernisierung des Zivilprozesses (vom 7.1.2021): [https://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/diskussionspapier\\_ag\\_modernisierung.pdf](https://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/diskussionspapier_ag_modernisierung.pdf) (abgerufen am 23.5.2021).
- 19 Dazu *Heil*, Modernisierung im Anwaltsprozess, ZIP 2021, 502.
- 20 *Römermann*, Der schwierige Umgang mit Legal Tech in der gerichtlichen Praxis, NJW 2020, 2678; *Wendt/Jung*, Rechtsrahmen für Legal Technology, ZPI 2020, 2201; *Freese*, Recht im zweiten Maschinenzeitalter, NJW 2015, 2090.
- 21 Zu den Chancen *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020; *Rühl*, Digitale Justiz, oder: Zivilverfahren für das 21. Jahrhundert, JZ 2020, 809; *Picker*, ZPO digital: Vision des Schreckens oder Chance für moderne Juristen, AnwBl Online 2018, 388; *Quarch/Hähnle*, Zurück in die Zukunft: Gedanken zur Automatisierung von Gerichtsverfahren, NJOZ 2020, 1281.

- 17 § 130 Nr. 6 sieht vor, dass Schriftsätze durch **Telefax** übermittelt werden können.<sup>22</sup> Die Telekopie ist zulässig, wenn die Unterschrift der Person, die den Schriftsatz verantwortet, in der Kopie wiedergegeben ist. Der Gesetzgeber hielt diese Regelung mit der Rechtsprechung zu eingescannten Unterschriften (Computerfax<sup>23</sup>) für vereinbar und sah keinen Bedarf für eine Anpassung. Eine Wiedergabe i.S. dieser Vorschrift ist demnach auch dann gegeben, wenn die Unterschrift nicht für den Einzelfall geleistet wird, sondern durch elektronischen Befehl für eine mögliche Vielzahl von Fällen. Erforderlich ist aber eine Unterschrift, die, wenn es technisch nicht anders möglich ist, auch erst auf dem Ausdruck des Empfängers erscheinen kann. Das BVerfG hat aber entschieden, dass die für das Computerfax geltende Erleichterung der Zulassung einer eingescannten Unterschrift nicht für das normale Fax, bei dem der Absender einen unterschriftsfähigen Ausdruck erstellt, gilt. Wegen der bestehenden Missbrauchsmöglichkeiten wird der Einsatz eingescannter Unterschriften auf das Notwendigste begrenzt.<sup>24</sup> Der Hinweis – wie bei Behördenbriefen üblich – auf die technische Unmöglichkeit der Unterzeichnung oder eine Wiedergabe des Namens in Druckbuchstaben, ist unzulässig.
- 18 § 130 a lässt nunmehr auch das **elektronische Dokument** gelten. Dieses gilt als eingereicht, wenn es durch die für den Empfang bestimmte Einrichtung des Gerichts aufgezeichnet wurde (§ 130 a Abs. 5 S. 1). Auf den Zeitpunkt des Abrufs kommt es nicht an. Das elektronische Dokument muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden (§ 130 a Abs. 3).
- Ist ein übermitteltes elektronisches Dokument für das Gericht zur Bearbeitung nicht geeignet, ist dies dem Absender unter Angabe der geltenden technischen Rahmenbedingungen unverzüglich mitzuteilen (§ 130 a Abs. 6 S. 1). Wird eine Klageschrift unterschrieben eingescannt und als pdf-Datei an eine E-Mail angehängt an das Gericht übermittelt, ist dies kein elektronisches Dokument i.S. des § 130 a. Eine Übertragung der Rechtsprechung zur Einreichung durch Telefax (das als Fall der Schriftform anerkannt ist) scheidet aus, weil es sich bei einer pdf-Datei nicht um ein schriftliches Dokument i.S. § 130 Nr. 6 handelt, sondern um eine in einer elektronischen Datei enthaltene Datenfolge.<sup>25</sup> Nach Ansicht des BGH soll aber der spätere Ausdruck im Gericht dazu führen, dass das Dokument in schriftlicher Form eingereicht ist.<sup>26</sup> Dann ist aber für die Wahrung von Fristen nicht auf den Zeitpunkt der Speicherung im System des Gerichts sondern erst auf diesen Zeitpunkt des Ausdrucks abzustellen, der davon abhängt, wann die Geschäftsstelle diesen Ausdruck vornimmt.
- 19 Nachdem zunächst die technischen Voraussetzungen zur Nutzung elektronischer Signaturen bei den Gerichten nicht durchgehend gegeben waren, können seit 2018 elektronische Dokumente generell bei den Gerichten eingereicht werden.

22 Zusammenfassend *Quarch/Hähnle*, Zurück in die Zukunft: Gedanken zur Automatisierung von Gerichtsverfahren, NJOZ 2020, 1281; *Toussaint*, Form- und Fristwahrung durch Telefax im Zivilprozess, NJW 2015, 3207.

23 Die Vorteile des Computerfaxes betonend *Hiss/Staudigel*, Digitale Einreichung ohne beA – Ein Beitrag nicht nur für die Übergangszeit, GRUR Prax 2021, 39.

24 BVerfG, Beschluss 18.4.2007, Az.: 1 BvR 110/07 = NJW 2007, 3117.

25 BGH, Beschluss vom 8.5.2019, Az.: XII ZB 8/19 = NJW 2019, 2096 (Rn. 14 ff.).

26 BGH, Beschluss vom 8.5.2019, Az.: XII ZB 8/19 = NJW 2019, 2096 (Rn. 17); ebenso BAG, Beschl. v. 11. 7. 2013 – 2 AZB 6/13 = NZA 2013, 983; a.A. BSG, Urteil vom 12.10.2016 – B 4 AS 1/16 R = NJW 2017, 1197.

## 7. Sprache

Gem. § 184 GVG ist die Gerichtssprache **deutsch**. Vor dem Hintergrund der expandierenden Schiedsgerichtsbarkeit, die zwar in absoluten Zahlen keine echte Konkurrenz zur staatlichen Gerichtsbarkeit ist, aber durchschnittlich sehr hohe Streitwerte aufweist, gibt es seit langer Zeit Ideen, auch Englisch als Gerichtssprache zuzulassen, um den Justizstandort Deutschland im internationalen Wettbewerb zu stärken. Modellversuche waren zunächst wenig erfolgreich. Durch § 184 a GVG-E werden die Landesregierungen ermächtigt, zu bestimmen, dass vor allem Verfahren vor den **Commercial Courts** (s.o. § 6 Rn. 26) vollständig **in englischer Sprache** geführt werden können. Die Revision vor dem BGH (§ 543 Abs. 2 ZPO-E) soll aber nur dann in englischer Sprache stattfinden, wenn der BGH dem Antrag der Parteien stattgibt (§ 184 b Nr. 3 GVG-E). Das Ganze wird nur eine Übergangsregelung bleiben, bis auch der BGH sicherstellen kann, dass seine Senate zur Prozessführung in englischer Sprache in der Lage sind.

19a

## II. Die Klageart

**Literatur:** *Lüke*, Zum zivilprozessualen Klagensystem, JuS 1969, 301.

In Abhängigkeit vom Rechtsschutzziel muss der Kläger eine bestimmte Form der Rechtsdurchsetzung auswählen.

20

Behauptet jemand, Inhaber eines materiellrechtlichen Anspruchs i.S. von § 194 BGB zu sein, fordert er also ein Tun oder Unterlassen, so muss er den Beklagten auf diese Handlung verklagen, um seinen Anspruch durchzusetzen. Die richtige Klageart ist die **Leistungsklage**. Er besorgt sich also für sein behauptetes Recht einen staatlichen Leistungsbefehl, der notfalls im Wege der Zwangsvollstreckung durch staatliche Organe durchgesetzt wird.

21

Will der Kläger dagegen die Feststellung des Bestehens (oder auch Nichtbestehens) eines konkreten Rechtsverhältnisses zum Gegner durch das Gericht, so kommt er offensichtlich ohne staatlichen Leistungsbefehl aus. Die richtige Klageart ist die **Feststellungsklage**.

22

Begehrt der Kläger dagegen, das Gericht möge die Rechtslage umgestalten, weil das materielle Recht, wie im Fall der Scheidung (§ 1564 BGB), dieses nur durch das staatliche Gericht zulässt, so muss der Kläger Klage auf Umgestaltung der Rechtslage erheben. Die richtige Klageart ist die **Gestaltungsklage**.

23

Auch wenn bei allen Klagearten etwas „vom Gericht verlangt wird“, ist das Gericht doch nie Klagegegner, sondern immer der andere, von dem Leistung begehrt wird, der andere am Rechtsverhältnis Beteiligte bzw. der, gegenüber dem die Rechtslage umgestaltet werden soll.

24

### 1. Die Leistungsklage

**Literatur:** *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, 2000; *Peter*, Aus der Praxis, Klage auf künftige Leistung von Miete, JuS 2011, 322; *Schaumburg*, Die neue Verbandsklage, DB 2002, 723; *Schubert*, Klageantrag und Streitgegenstand bei Unterlassungsklagen, ZZP 85 (1972), 29; *ders.*, Zur Bestimmtheit des Urteilstenors bei Unterlassungsklagen, JR 1972, 177.

a) Rechtsschutzziel

- 25 Das Rechtsschutzziel der Leistungsklage liegt in einem Tun oder Unterlassen des Beklagten, das der Kläger mithilfe des Staates zwangsweise durchsetzen kann, indem er die Zwangsvollstreckung durchführen lässt. Nur die Leistungsklage gibt dem Kläger einen der Zwangsvollstreckung fähigen Titel, aber auch nicht alle Leistungsklagen, weil nicht alle zwangsvollstreckt werden (§§ 888 Abs. 3 (Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag), 888 a).
- 26 Das Rechtsschutzziel kann auch in einem **Dulden** bestehen; dieses ist letztlich ein Unterfall des Unterlassens, da Widerstand zu unterlassen ist. Die Duldung der Zwangsvollstreckung (§§ 737, 743, 745 Abs. 2, 748 Abs. 2) und Klagen auf Befriedigung aus einem Pfandrecht oder einer Hypothek (§§ 1204 Abs. 1, 1147 BGB) sind demnach Leistungsklagen.
- 27 Das Gericht gibt der Leistungsklage statt, wenn es den Kläger für den Inhaber des behaupteten materiellrechtlichen Anspruchs gegenüber dem Beklagten hält und diesem Anspruch weder rechtsvernichtende noch rechtshemmende Einreden entgegenstehen.

b) Teilklagen

- 28 Der Kläger kann sogleich seine gesamte ihm zustehende Forderung einklagen, er kann aber auch nur einen Teil einklagen, vor allem, um sein Kostenrisiko in Grenzen zu halten. Man spricht insofern von Teilklagen. Diese sind zulässig, weil das Interesse des Klägers und seine Dispositionsfreiheit das Interesse des Staates am sparsamen Einsatz von Justizressourcen verdrängt. Zu unterscheiden sind **offene** und **verdeckte Teilklagen**. Bei ersteren macht der Kläger deutlich, dass er nur einen Teil einklagt und sich eine Nachforderung vorbehält. Bei verdeckten Teilklagen tut er dies hingegen nicht. Unterschiedliche Ansichten bestehen bei der Frage der Rechtshängigkeit (Rn. 75) und der Rechtskraft (§ 28 Rn. 34 ff.) von Entscheidungen über Teilklagen.

c) Unterlassungsklagen

- 29 Unterlassungsklagen setzen, wie alle anderen Leistungsklagen auch, einen materiellrechtlichen (vertraglichen oder gesetzlichen) Unterlassungsanspruch voraus (z.B. §§ 12, 863, 1004 BGB, Ansprüche nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG)). Auch eine vorbeugende Unterlassungsklage ist möglich, wenn entweder die Erstbegehung oder eine Wiederholung droht.
- ▶ **Klausurhinweis:** Dieses sind Voraussetzungen des materiellrechtlichen Anspruchs selbst, keineswegs, da die Unterlassungsklage kein besonderes prozessuales Institut ist, besondere Voraussetzungen dieser Klage und daher nicht im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses zu erörtern.<sup>27</sup> ◀
- 30 Besteht keine Gefahr der Erstbegehung oder der Wiederholung, ist die Klage als unbegründet, nicht etwa als unzulässig abzuweisen. Klageantrag und Urteilsformel müssen bei der Unterlassungsklage möglichst so formuliert werden, dass der Beklagte das Unterlassungsgebot nicht einfach durch andere ähnliche Handlungen umgehen kann. Der BGH hilft hier mit der sog. **Kerntheorie**, wonach auch solche Handlungen von der Rechtskraft des Unterlassungsgebots mit umfasst werden, die im Kern mit der verbote-

---

27 BGH, Urteil vom 14.10.1994, Az.: V ZR 76/93 = NJW 1995, 132, 134; R/S/G, ZPR, § 89 Rn. 6.

nen Verletzungshandlung übereinstimmen und sich innerhalb der durch Auslegung zu ermittelnden Grenzen des Urteils halten.<sup>28</sup>

#### d) Fälligkeit des Anspruchs

Im Grundsatz ist die **Fälligkeit des Anspruchs** erforderlich, damit das Gericht der Leistungsklage stattgibt. Stellt das Gericht fest, dass der geltend gemachte Anspruch nicht fällig ist, so wird die Klage als zurzeit unbegründet abgewiesen.<sup>29</sup> 31

Es besteht aber auch die Möglichkeit, Ansprüche, die noch nicht fällig sind, gerichtlich geltend zu machen. Die Voraussetzungen ergeben sich aus §§ 257–259. Auf diese dort aufgeführten besonderen Prozessvoraussetzungen kommt es aber nur an, wenn der Anspruch auch am Schluss der mündlichen Verhandlung nicht fällig ist. Tritt zuvor Fälligkeit ein, so handelt es sich gar nicht um eine Klage auf künftige Leistungen. Wenn der Kläger in den Fällen der §§ 257–259 auch schon vor Fälligkeit einen staatlichen Leistungsbefehl erhält, wird dieser doch erst nach Fälligkeit zwangsweise durchgesetzt (§§ 726 Abs. 1, 751 Abs. 1). Denn leisten muss der Schuldner natürlich erst, wenn der Anspruch fällig ist. Der BGH entschied 2011, dass eine Klage des Vermieters auf zukünftige Leistung gem. § 259 zulässig ist, wenn der Mieter einen Rückstand an Miete und Mietnebenkosten in einer die Bruttomiete mehrfach übersteigenden Höhe hat auflaufen lassen.<sup>30</sup> Es bestehe die Besorgnis, dass die Mieter die Forderungen des Vermieters auch in Zukunft nicht erfüllen werden. Ein ausdrückliches Bestreiten der Forderung des Vermieters ist dafür ebenso wenig erforderlich wie die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit des Mieters. 32

## 2. Die Feststellungsklage

**Literatur:** *Arz*, Die Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht dem Grunde nach, NJW 2020, 3364; *Baltzer*, Die negative Feststellungsklage aus § 256 I ZPO, 1980; *Chern*, Die Feststellungsklage im Zivilprozeß, 1997; *Gruber*, Das Verhältnis der negativen Feststellungsklage zu den anderen Klagearten im deutschen Zivilprozeß – Plädoyer für eine Neubewertung, ZZP 117 (2004), 133; *Haas*, Das Feststellungsinteresse, FS Gottwald 2014, S. 215; *Thole*, Aktuelle Entwicklungen bei der negativen Feststellungsklage, NJW 2013, 1192; *Zeumer*, Überlegungen zum Begriff des Rechtsverhältnisses i.S. von § 256 ZPO, FS Schumann, 2001, S. 595.

#### a) Gegenstand und Inhalt der Feststellungsklage

► **Fall 2:** K klagt gegen B auf Feststellung, dass er Eigentümer eines bestimmten Fahrrades sei. B hat dies immer bestritten. Das Gericht stellt das Eigentum des K fest.

Wie wirkt sich dieses Urteil aus? ◀

Mit der Feststellungsklage erhält der Kläger die gerichtliche Feststellung des Bestehens (**positive Feststellungsklage**) oder Nichtbestehens (**negative Feststellungsklage**) eines Rechtsverhältnisses.<sup>31</sup> Er erhält keinen zur Zwangsvollstreckung tauglichen staatlichen Leistungsbefehl. 33

28 BGH, Urteil vom 23.6.1994, Az.: I ZR 15/92 = BGHZ 126, 287 = NJW 1994, 2820; *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, S. 223 ff., 562 ff. Vgl. auch die gängigen Kommentare zu § 890.

29 BGH, Urteil vom 27.10.1994, Az.: VII ZR 217/93 = BGHZ 127, 254, 259 = NJW 1995, 399, 400; BGH, Urteil vom 11.2.1999, Az.: VII ZR 399/97 = BGHZ 140, 365, 368 = NJW 1999, 1867 ff.

30 BGH, Urteil vom 4.5.2011, Az.: VIII ZR 146/10 = NJW 2011, 2886.

31 Die weiteren Fälle (Anerkennung einer Urkunde, Feststellung ihrer Echtheit) bleiben im Folgenden wegen der geringen Praxis- und Examensrelevanz außer Betracht.



**Merke:** Rechtsverhältnis ist jede rechtliche Beziehung zwischen Personen oder zwischen Personen und Sachen.

- 34 Das Rechtsverhältnis wird regelmäßig zwischen Kläger und Beklagtem bestehen, dies ist aber nicht zwingend. Wenn das Rechtsverhältnis nur zwischen Beklagtem und Drittem besteht, muss es aber für die Rechtsbeziehung zwischen Kläger und Beklagtem von rechtlicher Relevanz sein.<sup>32</sup> Ansonsten fehlt das Feststellungsinteresse.
- 35 Gesellschaftliche Verhältnisse wie die Freundschaft sind keine Rechtsverhältnisse. Kein Rechtsverhältnis sind abstrakte Rechtsfragen<sup>33</sup> (das Gericht ist den Parteien ja nicht zur Gutachtenerstellung verpflichtet), Vorfragen oder bloße Tatsachen,<sup>34</sup> außer in dem gesetzlich geregelten, praktisch nicht sehr bedeutsamen Anwendungsfall der Echtheit einer Urkunde. Dies ist eine Tatsachenfeststellung.

### b) Ziel der Feststellungsklage

- 36 Ziel der Erhebung einer Feststellungsklage ist es, den Bestand des Rechtsverhältnisses ein für alle Mal zwischen den Parteien zu klären. Im obigen Fall steht das „Rechtsverhältnis Eigentum“ in Frage. Eigentum ist ein Rechtsverhältnis, das zwischen dem Eigentümer und allen anderen Rechtsgenossen, nach h.M. nicht zwischen dem Eigentümer und der Sache besteht. Das folgt aus § 903 BGB. Ist ein Schuldverhältnis das festzustellende Rechtsverhältnis kann auch der vertragliche Erfüllungsort als Gerichtsstand genutzt werden (s.o. § 6 Rn. 65).
- 37 Auch wenn B in Fall 2 später einmal in einem anderen Prozess K auf Herausgabe verklagt und den Anspruch auf § 985 BGB stützt, wäre das Zweitgericht an die Feststellung des Erstgerichts gebunden. Die Klage wäre als unbegründet abzuweisen, weil K als Eigentümer anzusehen ist und das erste Feststellungsurteil insoweit Rechtskraft entfaltet (zur Präjudizialität § 28 Rn. 13 f.).
- 38 Die Feststellungsklage hat in § 256 Abs. 1 (Abs. 2 enthält die davon zu unterscheidende Zwischenfeststellungsklage) eine gesetzliche Ausgestaltung erfahren. Danach kann nur die Feststellung eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses begehrt werden. Künftige und vergangene Rechtsverhältnisse sind nicht feststellungsfähig, wohl aber bedingte, wenn die rechtliche Grundlage schon besteht, die Bedingung aber noch nicht eingetreten ist.

### c) Feststellungsinteresse/Subsidiarität der Feststellungsklage

- 39 Hinzukommen muss ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung (Schema B II 4).

► **Klausurhinweis:** Das sonst bei allen Klagen nötige Rechtsschutzbedürfnis geht in dieser besonderen Prozessvoraussetzung des Feststellungsinteresses auf und ist daher nicht erneut gesondert zu prüfen. ◀

► **Fall 3:** K hat B ein Darlehen gegeben. B macht geltend, er müsse nichts mehr zurückzahlen, da er mit einer anderen Forderung aufgerechnet habe.

Kann K Feststellung der Verpflichtung des B zur Rückzahlung beantragen? ◀

32 BGH, Urteil vom 19.1.2000, Az.: IV ZR 57/99 = ZIP 2000, 679.

33 BGH, Urteil vom 4.10.2000, Az.: VIII ZR 289/99 = NJW 2001, 445, 447.

34 RGZ 85, 441; BGH, Urteil vom 15.10.1956, Az.: III ZR 226/55 = BGHZ 22, 47 = NJW 1957, 21.

Ein Feststellungsinteresse ist nicht gegeben, wenn der Kläger auch eine Leistungsklage erheben könnte. Man spricht insofern von der **Subsidiarität der Feststellungsklage** gegenüber der Leistungsklage. Da die Leistungsklage neben der Feststellung auch einen staatlichen Leistungsbefehl beinhaltet, also ein Plus gegenüber der Feststellungsklage, kann so verhindert werden, dass Gerichte zweimal in Anspruch genommen werden (erst Feststellung, dann in einem weiteren Verfahren Erlangung eines Leistungsbefehls). Daher ist dieses Verhältnis im Grundsatz sachgerecht. 40

Im obigen Fall kann K auf Rückzahlung klagen. Dabei wird geprüft, ob B zur Rückzahlung verpflichtet ist. Zusätzlich erhält K einen Titel, mit dem er, wenn B immer noch nicht zahlt, die Zwangsvollstreckung betreiben kann. Ansonsten wäre er nach Feststellung der Verpflichtung des B gezwungen, bei Gericht unter Zugrundelegung des Feststellungsurteils auf Leistung gegen B zu klagen.<sup>35</sup> 41

Dieser Subsidiaritätsgrundsatz ist aber kein unumstößliches Dogma; entscheidend ist immer der Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit: Bei Klagen gegen öffentlich-rechtliche Körperschaften, Krankenkassen, Versicherungen oder Insolvenzverwalter geht man davon aus, dass sich diese an die Feststellung halten werden; ein Vorrang der Leistungsklage soll nicht bestehen. Flexibel wird auch der Fall gehandhabt, in dem es dem Kläger aktuell nicht möglich ist, einen Schaden schon zu beziffern. Im **Dieselskandal** entschied der BGH 2022, dass in Fällen, in denen eine Schadensentwicklung noch nicht abgeschlossen ist, ein Teil des Schadens bei Klageerhebung schon entstanden, die Entstehung weiterer Schäden aber noch zu erwarten ist, der Kläger in vollem Umfange Feststellung der Ersatzpflicht begehren kann. Er ist dann nicht gezwungen, für den abgeschlossenen Teil schon auf eine Feststellungsklage umzustellen.<sup>36</sup> 42

► **Fall 4:** A wird bei einem von B verschuldeten Verkehrsunfall verletzt. A erleidet Verbrennungen, die in Zukunft etwa 40 Hauttransplantationen erforderlich machen.

Kann A schon jetzt gegen B klagen, um zeitnah zum Unfall (Beweisbarkeit) ein Urteil zu erhalten? ◀

Ist eine Rechtsgutsverletzung erfolgt und sind einige, aber noch nicht alle Schadensfolgen eingetreten, so kann der Kläger zunächst Feststellungsklage auf das Bestehen der Ersatzpflicht und nach Eintritt aller Schadensfolgen Leistungsklage erheben.<sup>37</sup> Daher ist in diesen Fällen eine Feststellungsklage zulässig, auch wenn eine Leistungsklage (zumindest für die bereits feststehenden Schadensfolgen) möglich wäre (zur Rechtskraftproblematik § 28 Rn. 41 ff.). 43

#### d) Das Problem nachfolgender Leistungsklagen in gleicher Sache

**Literatur:** *Gottwald*, Negative Feststellungsklage und prozessuale Gerechtigkeit, MDR 2016, 936; *Gruber*, Das Verhältnis der negativen Feststellungsklage zu den anderen Klagearten im deutschen Zivilprozess – Plädoyer für eine Neubewertung, ZZP 117 (2004), 133; *Haas*, Rechtshängigkeitssperre und Sachzusammenhang, FS Ishikawa, 2001, S. 165.

35 Zu einem ähnlichen Fall vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 21.2.2017, Az.: XI ZR 467/15 = NJW 2017, 1823.

36 BGH, Urteil vom 21.12.2021, Az.: VI ZR 455/20 = NJW 2022, 1093 (3. Leitsatz, Rn. 11); Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 256 Rn. 18; Arz, Die Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht dem Grunde nach, NJW 2020, 3364 Rn. 9.

37 BGH, Urteil vom 19.4.2016, Az.: VI ZR 506/14 = NJW-RR 2016, 759; BGH, Urteil vom 20.3.2001, Az.: VI ZR 325/99 = NJW 2001, 3414, 3415.

44 Schwierigkeiten entstehen, wenn nach einer Feststellungsklage eine Leistungsklage erhoben wird.

► **Fall 5:** K erhebt gegen B negative Feststellungsklage, dass er wegen des Unfalls nicht haftet. B erhebt im Lauf des Verfahrens vor einem anderen Gericht Klage auf Schadensersatz und Schmerzensgeld aus genau diesem Unfall.

Was ist die Folge? ◀

45 Dieses Verhältnis lässt sich nicht mit dem Institut der Rechtshängigkeit bewältigen, da Feststellungsklage und Leistungsklage nach deutschem Recht immer verschiedene Streitgegenstände haben, da sich die Anträge unterscheiden (Rn. 62). Die zweite Klage ist also nicht wegen anderweitiger Rechtshängigkeit als unzulässig abzuweisen.<sup>38</sup>

46 Nach h.M. entfällt in dem Zeitpunkt das **Feststellungsinteresse** für die negative Feststellungsklage, wenn die nachfolgende Leistungsklage erhoben ist und nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann.<sup>39</sup> Das soll ausnahmsweise dann nicht gelten, wenn die negative Feststellungsklage entscheidungsreif (dazu § 26 Rn. 3) ist.<sup>40</sup>

Diese Lösung ist wenig befriedigend, weil sie häufig prozessunökonomisch ist, da wesentliche Ergebnisse des bisherigen Verfahrens nicht weiter genutzt werden können. Der Richter des Zweitverfahrens kann zwar die Akten des Feststellungsverfahrens beziehen (§§ 273 Abs. 2 Nr. 2) und auch ein Sachverständigengutachten aus dem Erstverfahren verwerten (§ 411 a), er kann aber nicht einfach die protokollierten Zeugenaussagen des Erstverfahrens heranziehen, weil er sich selbst ein Bild machen muss (Unmittelbarkeitsgrundsatz § 4 Rn. 31 ff.). Sinnvoller wäre es, dem Beklagten des Erstverfahrens eine Konzentrationslast aufzubürden, so dass er gezwungen wird, eine Leistungswiderklage am Erstgericht zu erheben. Dann könnten die beiden Verfahren gemeinsam verhandelt und die bisherigen Ergebnisse des Erstverfahrens genutzt werden. Das entspricht aber nicht der Rechtsprechung des BGH.

► **Vertiefung:** Auch die nachfolgende Erhebung einer positiven Feststellungsklage lässt das Feststellungsinteresse für die zuvor erhobene negative Feststellungsklage entfallen, weil nur die positive Feststellungsklage die Verjährung hemmt (s.u. § 8 Rn. 84).<sup>41</sup> ◀

47 In Europäischen Fällen entfiele das Feststellungsinteresse nicht, da der nachfolgenden Leistungsklage der Einwand der Rechtshängigkeit entgegengehalten werden kann, weil die **Kernpunkttheorie** des EuGH weiter ist als der deutsche Streitgegenstandsbegriff, der für die Rechtshängigkeit im deutschen Recht maßgeblich ist. Hier wäre der Beklagte, da die negative Feststellungsklage und nachfolgende Leistungsklage den gleichen Streitgegenstand haben, gezwungen, Leistungswiderklage am Gerichtsstand der negativen Leistungsklage zu erheben.<sup>42</sup>

38 BGH, Urteil vom 4.7.2013, Az.: VII ZR 52/12, BeckRS 2013, 12817; a.A. Stein/Jonas/Roth, ZPO, vor § 253 Rn. 54, der für die Rechtshängigkeit die Rechtsschutzform nicht zum Streitgegenstand zählen will.

39 BGH, Urteil vom 2.3.1999, Az.: VI ZR 71/98 = NJW 1999, 2516, 2517; BGH, Urteil vom 11.12.1996, Az.: 154/95 = BGHZ 134, 201 = NJW 1997, 870, 872; BGH, Urteil vom 7.7.1999, Az.: I ZR 30/92 = NJW 1999, 3107; BGH, Urteil vom 22.1.1987, Az.: I ZR 230/85 = BGHZ 99, 340, 342 = NJW 1987, 2680, 2681.

40 BGH, Urteil vom 22.1.1987, Az.: I ZR 230/85 = BGHZ 99, 340 = NJW 1987, 2680; *Gottwald*, MDR 2016, 936, 937.

41 Offengelassen noch BGH, Urteil vom 15.12.2009, Az.: XI ZR 110/09 = NJW-RR 2010, 640 Rn. 13 b; OLG Düsseldorf, Urteil vom 3.11.2022, Az.: 2 U 51/22 = GRUR 2023, 672; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 256 Rn. 19.

42 EuGH, 6.12.1994 – 406/92, Tatry/Maciej Rataj; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kap. 4 Rn. 25 ff.

### e) Zwischenfeststellungsklage

Auch die Zwischenfeststellungsklage (§ 256 Abs. 2) dient der Feststellung eines Rechtsverhältnisses. Ihre Funktion erklärt sich letztlich aus dem im deutschen Recht stark begrenzten Umfang der Rechtskraft. Die Darstellung erfolgt daher im Rahmen der Rechtskraft (§ 28 Rn. 45 ff.).

48

### 3. Die Gestaltungsklage

**Literatur:** *Lüke*, Zu den handelsrechtlichen Gestaltungsklagen, JuS 1998, 594; *K. Schmidt*, Mehrseitige Gestaltungsprozesse bei Personengesellschaften, 1992; *ders.*, Grundfälle zum Gestaltungsprozess, JuS 1986, 35.

Gestaltungsrechte werden in aller Regel durch den Berechtigten ausgeübt, z.B. indem ein Vertrag gekündigt oder eine Willenserklärung angefochten wird (§ 143 BGB). Eine Tätigkeit des Gerichts ist nicht erforderlich. In bestimmten Fällen ordnet jedoch der Gesetzgeber an, dass eine bestimmte Gestaltung eines Rechtsverhältnisses nur nach Antrag der Partei durch Klage und stattgebendes Urteil erfolgen darf. Standardbeispiel für eine familienrechtliche Gestaltungsklage ist die Auflösung der Ehe: Diese setzt – anders als z.B. in arabischen Ländern, wo eine Verstoßung durch den Mann (!) möglich ist – ein gerichtliches Urteil voraus. Die Auflösung der OHG (§ 133 HGB) oder die Ausschließung eines Gesellschafter (§ 140 HGB) sind Beispiele für gesellschaftsrechtliche Gestaltungsklagen. Prozessrechtliche Gestaltungsklage ist z.B. die Vollstreckungsgegenklage gem. § 767.

49

Anders als bei Leistungs- und Feststellungsklagen bewirkt bei Gestaltungsklagen das Urteil die Umgestaltung der materiellen Rechtslage, während bei allen anderen Klagen die materielle Rechtslage durch Urteil nur festgestellt wird (und im Fall der Leistungsklage mit einem staatlichen Leistungsbefehl versehen wird). Die Gestaltungsklage setzt demnach keinen Anspruch voraus, sie ist nicht vollstreckungsfähig und auch nicht vollstreckungsbedürftig, weil die Gestaltung mit der formellen Rechtskraft des Urteils (§ 28 Rn. 3 ff.) mit Wirkung für und gegen alle eintritt.

50

## III. Der Streitgegenstand

### 1. Fehlende Regelung in der ZPO

Worüber wird eigentlich im Prozess gestritten und entschieden? Diese zunächst banal anmutende Frage hat die Gerichte und die Prozessrechtswissenschaft seit Jahren beschäftigt, wobei lange nicht klar war, ob diese Diskussion eher wegen ihrer dogmatischen Faszination oder wegen ihrer praktischen Relevanz geführt wurde. Durch die Rechtsprechung des EuGH ist aber wieder Bewegung in die Diskussion gekommen, die damit von neuer Aktualität aber auch praktischer Relevanz ist. Der BGH entschied erst im Juni 2003 wieder, dass sich die Bindungswirkung eines Urteils nicht auf präjudizielle Rechtsverhältnisse erstrecke.<sup>43</sup>

51

Der Begriff des Streitgegenstands taucht in der ZPO kaum auf (s. aber § 2), meist spricht der Gesetzgeber von dem erhobenen Anspruch (§§ 253 Abs. 2 Nr. 2, 322 Abs. 1), womit er keinesfalls die materielle rechtliche Anspruchsgrundlage, sondern

52

43 BGH, Urteil vom 26.6.2003, Az.: I ZR 269/00 = NJW 2003, 3058.

eben den Gegenstand des Streits unabhängig von der jeweiligen Anspruchsgrundlage meint.<sup>44</sup>

► **Fall 6:** K klagt gegen den Hehler B auf Herausgabe gestohlenen Schmucks. K möchte den Richter dazu bewegen, nur die Voraussetzungen des § 985 BGB zu erörtern, um sich andere Anspruchsgrundlagen für ein paralleles oder nachfolgendes Verfahren aufzuheben. Geht das? ◀

- 53 Dem K stehen eine ganze Reihe von Anspruchsgrundlagen zur Seite. Zu prüfen wären in der examenstypischen Kette §§ 985, 1007, 861, 823 Abs. 1, Abs. 2, 826, 812 Abs. 1 S. 1 BGB. Zwischen diesen Ansprüchen herrscht **Anspruchsgrundlagenkonkurrenz**.<sup>45</sup> Das Gericht hat die Rechtsanwendung von Amts wegen zu prüfen. Auch wenn der K seine Klage nur auf § 985 BGB stützt, steht es dem Gericht frei, andere Anspruchsgrundlagen heranzuziehen. Der BGH hat dies 2020 in einem Leitsatz wie folgt formuliert: „Die rechtliche Würdigung des durch den Vortrag der Klagepartei zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplexes ist Sache des Gerichts. Für die Frage des Streitgegenstands ist es daher unerheblich, ob die Klagepartei ihre Klage auf einen bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt gestützt hat; entscheidend ist vielmehr, dass sie einen Lebenssachverhalt vorgetragen hat, der sich rechtlich unter diesen Gesichtspunkt einordnen lässt.“<sup>46</sup>

K kann auch nicht parallel vor einem Gericht die Klage mit § 985 BGB und vor einem anderen mit § 861 BGB begründen. Da der gleiche Streitgegenstand vorliegt, stünde der zweiten Klage der Rechtshängigkeitseinwand (§ 261 Abs. 3 Nr. 1) entgegen. Auch in aufeinanderfolgenden Prozessen wäre dies durch das Institut der Rechtskraft ausgeschlossen. Materielle Anspruchsgrundlage und Gegenstand des Streits vor Gericht fallen offenbar auseinander.

- 54 Der Begriff des Streitgegenstands muss demnach unabhängig von dem des materiellen Anspruchs gesucht werden.<sup>47</sup>

## 2. Bedeutung des Streitgegenstands

- 55 Der Streitgegenstand ist im Wesentlichen in vier Zusammenhängen von Bedeutung. Dies sind die **Rechtshängigkeit**, die **Klageänderung**, die **Klagehäufung** und die **Rechtskraft**:
- Nur die parallele Geltendmachung desselben Streitgegenstands wird durch die Einrede der Rechtshängigkeit verhindert (§ 261 Abs. 3 Nr. 1).
  - Klageänderung ist immer Streitgegenstandsänderung, das heißt, dass bezogen auf den gleichen Streitgegenstand neue Tatsachen vorgebracht werden können, bezogen auf einen neuen aber die Klageänderungsvorschriften (§§ 263 ff.) anzuwenden sind.
  - Klagehäufung ist immer Streitgegenstandshäufung (§ 260).
  - Nur über den Streitgegenstand wird rechtskräftig entschieden (§ 322 Abs. 1). Die erneute Instreitstellung desselben Streitgegenstands wird durch die Rechtskraftvorschriften verhindert. Die Bindung an vorgreifliche Entscheidungen wird durch

44 BGH, Urteil vom 25.10.2012, Az.: IX ZR 207/11, BeckRS 2012, 23345.

45 Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 170.

46 BGH, Urteil vom 20.2.2020, Az.: I ZR 5/19 = NJW-RR 2020, 743.

47 Deutlich BGH, Urteil vom 25.10.2012, Az.: IX ZR 207/11 = NJW 2013, 540.

die rechtskräftige Entscheidung über den Streitgegenstand herbeigeführt (§ 28 Rn. 13 f.).

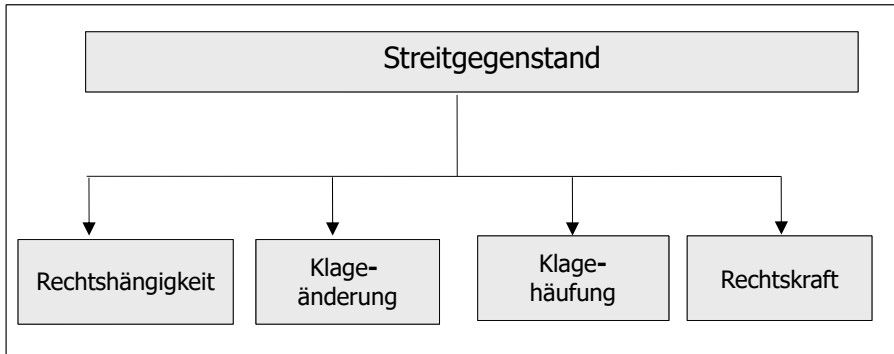


Abb. 15 Bedeutung des Streitgegenstands

Daneben ist auch für die sachliche, teilweise auch für die örtliche Zuständigkeit der Streitgegenstandsbegriff von Bedeutung. 56

Überwiegend geht man davon aus, dass allen diesen Komplexen ein einheitlicher Streitgegenstandsbegriff zugrunde liegt (sog. **Einheitstheorie**).<sup>48</sup> Zwingend ist dies aber nicht. 57

Dies zeigt schon der Blick auf das europäische Prozessrecht. Der EuGH ermittelt einen autonomen Streitgegenstandsbegriff für die Koordination paralleler Verfahren durch die Rechtshängigkeitsvorschrift des Art. 29 EuGVO, muss aber bei der Anerkennung von Urteilen (Art. 36 EuGVO) auf nationale Rechtskraftkonzepte zurückgreifen, die sich an unterschiedlichen nationalen Streitgegenständen orientieren. Denn die EuGVO kennt keine einheitlichen Urteilstwirkungen für Urteile aller Mitgliedstaaten (§ 28 Rn. 9). Der Umfang der Rechtskraft variiert international aber schon innerhalb der europäischen Mitgliedstaaten erheblich. 58

### 3. Alte und neue Streitgegenstandstheorien

Die heute ganz überwiegende Meinung in Deutschland geht davon aus, dass der Streitgegenstand durch den klägerischen Antrag und den zu dessen Begründung vorgetragene Lebenssachverhalt bestimmt wird (sog. **zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff**). Zum Lebenssachverhalt eines Streitgegenstandes sind – so der BGH – alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden und den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtung zu dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören, den der Kläger zur Stützung seines Rechtsschutzbegehrens dem Gericht vorträgt.<sup>49</sup> 59

Allein der Antrag ohne Berücksichtigung des Lebenssachverhalts wäre für die Bestimmung des Streitgegenstandes nicht geeignet:

48 So auch der BGH, Urteil vom 13.9.2012, Az.: I ZR 230/11 = GRUR 2013, 401; R/S/G, ZPR, § 98 Rn. 22. Vertiefend zu dieser Problematik siehe *Gottwald*, Die Rückkehr zum klassischen Streitgegenstandsbegriff – dank „Biomineralwasser“, FS Köhler, 2014, S. 173.

49 BGH, Beschluss vom 15.12.2020, Az.: VIII ZR 304/19 = FD-ZVR 2021, 437159.

► **Fall 7:** K klagt gegen B auf 1.000 € Rückzahlung eines 2020 gegebenen Darlehens und Zahlung von 1.000 € aus einem 2022 abgeschlossenen Kaufvertrag. Liegt der gleiche Streitgegenstand vor? ◀

- 60 Die Streitgegenstände sind verschieden, obwohl der Antrag in beiden Fällen lautet: „Der Beklagte wird zur Zahlung von 1.000 € verurteilt.“ Der Lebenssachverhalt ist unterschiedlich.
- 61 Die Vertreter der **Theorie vom eingliedrigen Streitgegenstandsbegriff** wollen dagegen nur auf den Antrag abstellen, müssen aber im Fall von Zahlungsklagen mit identisch geforderten Summen zugeben, dass zur Bestimmung des Streitgegenstands die vorgebrachten Tatsachen herangezogen werden müssen.
- 62 Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung zum EuGVÜ einen eigenen, übereinkommen-autonomen Streitgegenstandsbegriff gebildet, der jetzt, nach dem Erlass der EuGVO, als verordnungsautonomer Streitgegenstandsbegriff fort gilt. Die **Kernpunkttheorie** des EuGH findet sich in dieser Form in keiner Rechtsordnung eines Mitgliedstaates. Bei der Bestimmung des Begriffs „wegen desselben Anspruchs“ in der europäischen Rechtshängigkeitsvorschrift des Art. 29 EuGVO stellt der EuGH auf einen verordnungsautonom zu ermittelnden Streitgegenstand ab. Der EuGH sieht im Fall einer nach einer Leistungsklage erhobenen Feststellungsklage denselben Streitgegenstand und wendet deshalb Art. 29 EuGVO an. Er tut dies auch, wenn erst negative Feststellungsklage erhoben worden ist und darauf in einem anderen Mitgliedstaat Leistungsklage erhoben wird. Entscheidend bei der Bestimmung des Streitgegenstands ist nach Ansicht des EuGH, dass in beiden Verfahren bei natürlicher Betrachtungsweise über die gleiche Sache gestritten wird. Dieses sei der Fall, wenn beide Verfahren im Kern übereinstimmen. Auf die Formulierung der Anträge kommt es daher im Rahmen dieses Streitgegenstandsbegriffs gar nicht an, während im deutschen Recht immer gilt, dass ein anderer Antrag immer einen anderen Streitgegenstand begründet.

#### IV. Die Wirkungen der Klageerhebung

- 63 Die Klageerhebung erfolgt durch Zustellung der Klageschrift (§ 253 Abs. 1). Dadurch wird die **Rechtshängigkeit** der Streitsache begründet (§ 261 Abs. 1). Die rechtshängige Streitsache entfaltet von diesem Zeitpunkt an rechtliche Dauerwirkungen, die man nach prozessualen und materiellrechtlichen Wirkungen trennen kann.
- **Klausurhinweis:** Im 1. Examen sind alle Wirkungen relevant: Die prozessualen, weil man damit die prozessrechtlichen Kenntnisse des Kandidaten abprüfen kann und die materiellen, weil sie sich hervorragend für die häufigen gemischten Klausuren eignen, da es hier darauf ankommt, materiellrechtliche Auswirkungen von Prozesshandlungen zu beurteilen. ◀
- 64 Von der Rechtshängigkeit muss die **Anhängigkeit** der Klage unterschieden werden, die durch die Einreichung bei Gericht eintritt. Sie hat nicht die Wirkungen der Rechtshängigkeit. § 167 enthält jedoch eine examentypische Ausnahme der Vorwirkung (Rn. 84).

##### 1. Prozessuale Wirkungen

- 65 Die Wirkungen der Rechtshängigkeit sind in den §§ 261 Abs. 3, 262–269 enthalten, die weder redaktionell besonders genau gefasst noch besonders klar aufgebaut sind.

## a) Einrede der Rechtshängigkeit

Während der Dauer der Rechtshängigkeit kann die Streitsache von keiner Partei anderweitig rechtshängig gemacht werden (§ 261 Abs. 3 Nr. 1). Das gilt auch für Gerichte verschiedener Rechtswege (§ 17 Abs. 1 S. 2 GVG). Dort heißt es zwar jeweils redaktionell ungenau anhängig, gemeint ist aber nur rechtshängig! Der Begriff „Einrede der Rechtshängigkeit“ ist irreführend, weil es sich bei der Rechtshängigkeit um eine **negative Sachentscheidungsvoraussetzung** (anderweitige Rechtshängigkeit darf nicht vorliegen, damit ein Urteil in der Sache ergeht) handelt, die von Amts wegen zu beachten ist. Besteht eine anderweitige Rechtshängigkeit, so wird die zweite Klage als unzulässig abgewiesen (Schema B II 3 b).

66

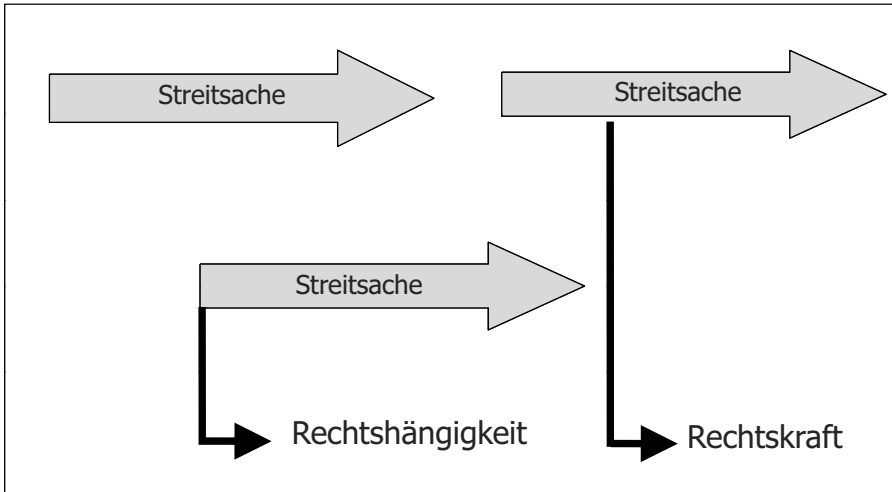


Abb. 16 Verhinderung doppelter Befassung der Gerichte mit einer Streitsache

**Ziel der Regelungen** ist es, parallele Prozesse zwischen denselben Parteien über denselben Streitgegenstand, damit die doppelte Befassung von Gerichten (ökonomisches Argument) und potenziell sich widersprechende Entscheidungen verschiedener Gerichte (Argument der Rechtssicherheit, des Vertrauens in die Rechtsprechung), zu verhindern. Nach dem Ende der Rechtshängigkeit wird diese Funktion für aufeinanderfolgende Prozesse von der materiellen Rechtskraft übernommen (§ 28 Rn. 7 ff.). Abb. 16 soll das verdeutlichen. Als Streitsache wird ein Rechtsstreit mit demselben Streitgegenstand zwischen denselben Parteien bezeichnet.

67

Die **Rechtshängigkeit beginnt** mit Klageerhebung, ein im laufenden Verfahren erhobener Anspruch wird rechtshängig, wenn er in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht oder ein § 253 Abs. 2 Nr. 2 entsprechender Schriftsatz zugestellt wird (§ 261 Abs. 2).<sup>50</sup> Ob die Klage zulässig ist, ist grundsätzlich unerheblich.

68

Die Erhebung einer Schiedsklage hat keine Rechtshängigkeit zur Folge; die entsprechende Funktion übernimmt die **Einrede des Schiedsvertrages** (§ 1032 Abs. 1, s. Schema B III 1).

69

50 Vgl. BGH, Urteil vom 17.5.2001, Az.: IX ZR 256/99 = NJW 2001, 3713.



- 70 Werden im Anwendungsbereich der EuGVO bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten Klagen wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien erhoben, so hat sich gem. Art. 29 EuGVO das später angerufene Gericht für unzuständig zu erklären, wenn die Zuständigkeit des Erstgerichts feststeht. Die Klageerhebung vor einem ausländischen Gericht außerhalb des Anwendungsbereichs der EuGVO hat die Rechtshängigkeit nach dem dort geltenden Recht zur Folge, wenn mit der Anerkennung der Entscheidung zu rechnen ist.<sup>51</sup>
- 71 Die **Rechtshängigkeit endet** so wie auch der Prozess: mit Eintritt der formellen Rechtskraft eines Urteils (§ 705),<sup>52</sup> durch Vergleich, Klagerücknahme usw.
- 72 Der Rechtshängigkeitseinwand greift aber nur bei parallelen Verfahren, die auch wirklich den gleichen Streitgegenstand haben:
- ▶ **Fall 8:** K erhebt Leistungsklage auf Schadensersatz und Schmerzensgeld aus einem Unfall gegen B. B erhebt im Lauf dieses Verfahrens negative Feststellungsklage vor einem anderen Gericht, dass ihn aus dem Unfall keine Haftung trifft. Welche prozessuale Folge hat dies? ◀
- 73 Steht der nachfolgenden Feststellungsklage die Rechtshängigkeit der ersten Leistungsklage entgegen? Nach h.M. in Deutschland nicht, weil der Antrag ein anderer ist und somit ein anderer Streitgegenstand vorliegt. Allein die Tatsache, dass es sich um einen einheitlichen Lebenssachverhalt „Unfall“ zwischen denselben Parteien handelt, reicht nicht aus. Die nachfolgend erhobene negative Feststellungsklage ist aber trotzdem als unzulässig abzuweisen, weil das Feststellungsinteresse fehlt. Der gesamte Lebenssachverhalt wird richtigerweise vom zuerst angerufenen Gericht geklärt, das bei der Entscheidung über den Leistungsantrag auch die Feststellung trifft, wen die Schuld an dem Unfall trifft.
- 74 In europäischen Fällen unter Anwendung von Art. 29 EuGVO wäre die zweite Klage dagegen wegen anderweitiger Rechtshängigkeit abzuweisen.
- 75 Bei **Teilklagen** ist der Umfang der Rechtshängigkeit zweifelhaft. Das Problem stellt sich wegen der Einheitstheorie stärker noch beim Umfang der Rechtskraft, da der Sinn der Teilklage gerade in einer Nachforderung unter Kenntnis einer schon ergangenen Entscheidung des Gerichts besteht (§ 28 Rn. 34 ff.). Es ist davon auszugehen, dass nur der geltend gemachte Teil rechtshängig wird, da das Gericht auch nur über diesen entscheiden darf (§ 308).<sup>53</sup> Der Beklagte hat jedoch zumindest bei offenen Teilklagen die Möglichkeit, durch die Erhebung einer negativen Feststellungswiderklage zu reagieren und so den ganzen Anspruch rechtshängig zu machen. Diese Möglichkeit besteht bei verdeckten Teilklagen nicht, soweit der Beklagte nicht erkennt, dass die geltend gemachte Forderung offensichtlich nur eine Teilforderung ist.
- 76 Macht der Kläger unbegrenzt einen **Schmerzensgeldanspruch** geltend und stellt dessen Festsetzung in das Ermessen des Gerichts, so wird der gesamte Schmerzensgeldan-

---

51 BGH, Urteil vom 10.10.1985, Az.: I ZR 1/83 = NJW 1986, 2195; *Reuß*, Internationale Rechtshängigkeit im Zivilprozess, JURA 2009, 1.

52 BGH, Beschluss vom 1.2.1995, Az.: VIII ZB 53/94 = NJW 1995, 1095, 1096.

53 BGH, Urteil vom 15.6.1994, Az.: XII 128/93 = NJW 1994, 3165, 3166; *Thomas/Putzo/Reichold*, ZPO, § 261 Rn. 14; *R/S/G*, ZPR, § 99 Rn. 9.

spruch rechtshängig.<sup>54</sup> Beziffert er dagegen den Anspruch, so wird der Anspruch bis zu dieser Höhe rechtshängig, auch wenn er den Betrag übersteigt.<sup>55</sup>

Die **Stufenklage** (§ 254) erlaubt ausnahmsweise die Stellung eines zunächst unbestimmten Antrags, der erst dann bestimmt wird, wenn der Auskunftsanspruch erster Stufe beschieden ist (Rn. 14). Der Zahlungsantrag wird gleichwohl schon mit Erhebung der Stufenklage rechtshängig.<sup>56</sup>

77

### b) Fortbestehen der Zuständigkeit – *perpetuatio fori*

► **Fall 9:** K erhebt Klage gegen B auf Zahlung von 6.000 € vor dem LG. Später reduziert er seine Forderung auf 4.000 €. Ändert sich die Zuständigkeit und muss der Richter am LG den Rechtsstreit an ein anderes Gericht verweisen? ◀

Die Zuständigkeit des Prozessgerichts wird durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt (§ 261 Abs. 3 Nr. 2; § 17 Abs. 1 S. 1 GVG). Wird also Klage am Beklagtenwohnsitz (§§ 12, 13) erhoben und verzieht der Beklagte im Lauf des Prozesses, bleibt es bei der örtlichen Zuständigkeit des erst angerufenen Gerichts. Klagt der Kläger wie in Fall 9 erst 6.000 € ein und reduziert später seine Forderung auf 4.000 €, bleibt die sachliche Zuständigkeit des LG (§§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG) erhalten.

78

Die Wirkung der *perpetuatio fori* gilt nur für die Zuständigkeit, nicht für die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts. Wird dieses erst im Lauf des Verfahrens nach Rechtshängigkeit zuständig, so schadet das nichts, da die Zuständigkeit als Sachentscheidungsvoraussetzung erst am Schluss der mündlichen Verhandlung gegeben sein muss.

79

### c) Verbot der Klageänderung

Durch die Klageerhebung wird ein bestimmter Streitgegenstand zur Entscheidung durch das Gericht gestellt. Auf diesen lassen sich die Beteiligten ein. Ständige Änderungen durch den grds. dispositionsbefugten Kläger würden viele Ergebnisse im Lauf des Verfahrens wertlos werden lassen. Trotzdem kann es durchaus notwendig werden, dass der Streitgegenstand im Lauf des Verfahrens geändert wird. Der Gesetzgeber steht daher einer Änderung des Streitgegenstands und damit einer Änderung der Klage offener gegenüber, als es das Schlagwort vom „Verbot der Klageänderung“ aussagt. Die Vorschriften sind in §§ 263, 264, 267 enthalten. Die Darstellung erfolgt gesondert (§ 13).

80

### d) Veräußerung der streitbefangenen Sache

**Literatur:** *Fervers*, Die Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 2022; *Huber*, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Die Abtretung der eingeklagten Forderung, JuS 2010, 582; *Lye*, Der gutgläubige Erwerb der streitbefangenen Sache, 2017; *Stamm*, Das Mysterium der gesetzlichen Prozessstandschaft bei Abtretung oder Veräußerung der streitbefangenen Sache, ZZP 2018, 143.

► **Fall 10:** K klagt eine Forderung gegen B ein. Nach Rechtshängigkeit tritt K die Forderung an Z ab. Wie wird der Prozess fortgesetzt? ◀

54 R/S/G, ZPR, § 99 Rn. 9.

55 BGH, Urteil vom 10.10.1961, Az.: VI ZR 40/61 = NJW 1961, 2347.

56 BGH, Beschluss vom 18.1.1995, Az.: XII ZR 36/94 = NJW-RR 1995, 513.

- 81 An sich müsste der Richter die Klage als unbegründet abweisen, da dem K nach Abtretung der Forderung die Aktivlegitimation fehlt. Der Gesetzgeber hat sich jedoch dazu entschieden, die Veräußerung der streitbefangenen Sache zuzulassen (§ 265). Der neue Berechtigte, hier Z, hat nicht die Möglichkeit, ohne Zustimmung des „Gegners“ den Prozess fortzuführen. Gegner wäre vorliegend B. Aber auch K muss zustimmen, weil er nicht aus dem Prozessrechtsverhältnis ohne seine Zustimmung ausscheiden muss (mit Zustimmung erfolgt eine Parteiänderung, § 7 Rn. 82). K verbleibt daher, obwohl er nicht mehr Forderungsinhaber ist, in der Rolle als Kläger. Prozessuale Parteienstellung und materielle Berechtigung fallen auseinander. K führt als Partei im eigenen Namen in gesetzlicher Prozessstandschaft den Prozess fort. Er ist aber wegen seiner fehlenden Sachlegitimation nach h.M. trotz des Wortlauts von § 265 Abs. 2 S. 1 gezwungen, seinen Antrag umzustellen: Er muss Zahlung an Z beantragen (sog. **Relevanztheorie**). Tue er dies nicht, müsse die Klage abgewiesen werden.<sup>57</sup>
- 82 Das zwischen K und B ergehende Urteil entfaltet allerdings Rechtskraft gegen Z, so dass dieser nach ungünstigem Prozessausgang zwischen K und B nicht erneut klagen kann (§ 325 Abs. 1). Dies ist letztlich die direkte Konsequenz der zulässigen Trennung von Parteistellung und materiellrechtlicher Sachlegitimation. Wollte Z während des Verfahrens zwischen K und B seinerseits den B verklagen, so wäre diese zweite Klage wegen anderweitiger Rechtshängigkeit abzuweisen.

## 2. Materielle rechtliche Wirkungen

- 83 Die materiellrechtlichen Wirkungen der Klageerhebung sind die Hemmung der Verjährung, die Haftungsverstärkung und die Prozesszinsen:

### a) Hemmung der Verjährung

- 84 Nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB hemmt die Klageerhebung die Verjährung. Die Hemmung setzt die materielle **Berechtigung** (Aktivlegitimation) des Klägers voraus, weil die Klage eine Warnfunktion für den Schuldner hat, der erkennen soll, dass er vom Berechtigten verklagt wird.<sup>58</sup> Dabei kommt es auf die materiell-rechtliche Verfügungsbefugnis an und nicht auf die Rechtsinhaberschaft: sowohl der Rechtsinhaber (auch der Zessionar nach Abtretung) als auch der gesetzliche oder gewillkürte Prozessstandschafter sind Berechtigte. Für den Umfang der Hemmung ist auf den Streitgegenstand abzustellen, nicht auf die einzelnen Anspruchsgrundlagen.<sup>59</sup> Auch eine unzulässige Klage führt zur Hemmung.<sup>60</sup> Bei einer **Teilklage** wird die Verjährung nur für den eingeklagten Teil gehemmt. Die Erhebung einer **negativen Feststellungsklage** durch den Schuldner oder die Verteidigung des Gläubigers dagegen, hemmt nach aktueller Rechtsprechung des BGH die Verjährung nicht, weil eine aktive Betreibung der Feststellung oder Durchsetzung des Anspruchs erforderlich ist.<sup>61</sup> Die Erhebung der **Stufenklage** hemmt die Verjährung, weil sie die Rechtshängigkeit aller damit erhobener

57 Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 265 Rn. 13; a.A. R/S/G, ZPR, § 101 Rn. 31f.; *Fervers*, Die Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 178.

58 *Grothe*, NJW 2022, 1962, 1963.

59 BGH, Urteil vom 24.2.2022, Az.: VII ZR 13/20 = NJW 2022, 1959 Rn. 44.

60 St. Rspr., zuletzt BGH, Urteil vom 9.12.2010, Az.: III ZR 56/10 = NJW 2011, 2193; *Althammer*, Verjährungshemmung durch Klage, NJW 2011, 2172.

61 BGH, Urteil vom 15.8.2012, Az.: XII ZR 86/11 = NJW 2012, 3633; *Tolani*, Verjährungshemmung durch Feststellungsklage, NJW 2019, 2751, 2752; kritisch *Thole*, Aktuelle Entwicklungen bei der negativen Feststellungsklage, NJW 2013, 1192.

Ansprüche zur Folge hat (s.o. § 8 Rn. 14).<sup>62</sup> Die **Auskunftsklage** bewirkt dagegen für den Leistungsanspruch keine Hemmung, auch wenn eine Leistungsklage angekündigt wird. Die Hemmung endet nach § 204 Abs. 2 S. 1 BGB erst sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitiger Beendigung des Verfahrens.

► **Klausurhinweis:** Prüfungsstandort der prozessualen Kenntnisse des Kandidaten ist in diesem Fall die Ebene der Durchsetzbarkeit, nachdem die Entstehung des Anspruchs und sein fehlendes Erlöschen durch rechtsvernichtende Einreden bejaht wurden. Bei der Prüfung der rechtshemmenden Einrede der Verjährung ist dann diese Wirkung der Rechtshängigkeit zu erörtern. In Klausuren ist die Frage häufig mit der **Vorwirkung nach § 167** kombiniert. Die Hemmung der Verjährung nach § 204 BGB erfolgt gem. § 167 bereits mit Eingang des Antrags, wenn die Zustellung *demnächst* erfolgt. Sie wird also, wenn es zur Zustellung kommt, rückwirkend auf den Tag des Eingangs fingiert. Die Unwirksamkeit der Zustellung an eine prozessunfähige Person (§ 170 Abs. 1 S. 2) kann gem. § 189 dadurch geheilt werden, dass das zuzustellende Schriftstück dem gesetzlichen Vertreter der prozessunfähigen Person tatsächlich zugeht.<sup>63</sup>

§ 167 erfasst auch die erst durch eine – insgesamt noch „demnächst“ erfolgende – Heilung wirksam gewordene Zustellung.

Ziel des § 167 ist es, dem Zustellungsveranlasser insoweit Rechtssicherheit zu gewähren, als es nicht auf Verzögerungen ankommt, die außerhalb seines Verantwortungsbereichs liegen. Bei der Frage, wann eine Zustellung noch demnächst erfolgt ist, darf nach Ansicht des BGH nicht auf eine rein zeitliche Komponente abgestellt werden.<sup>64</sup> Es gibt keine zeitliche Grenze für Verzögerungen, so dass selbst mehrmonatige Verzögerungen noch zu einer Zustellung demnächst führen können. Die Zustellung ist nicht demnächst, wenn der Zustellungsveranlasser zumutbare Handlungen unterlässt, die die Zustellung in einem angemessenen Zeitraum verzögern (z.B. falsche Zustellungsanschrift) bzw. selbst noch nicht alles getan hat, was das Verfahrensrecht ihm zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Zustellung abverlangt (z.B. Zahlung des Gerichtskostenvorschusses nach Aufforderung innerhalb von grob zwei Wochen<sup>65</sup> oder Nachfrage, wenn Gerichtskostenvorschuss nicht angefordert wird).<sup>66</sup> Hat die Partei aber alles getan und liegt die Verzögerung allein im Verantwortungsbereich des Gerichts, so sind Verzögerungen der Partei nicht zuzurechnen, die Zustellung erfolgt demnächst.<sup>67</sup> Verzögerungen im Zustellungsverfahren, die durch eine fehlerhafte Sachbehandlung des Gerichts verursacht sind, muss sich die Partei, der die Fristwahrung obliegt, grundsätzlich nicht zurechnen lassen.<sup>68</sup> Es besteht auch keine Nachfrageobliegenheit nach sechs Monaten.<sup>69</sup> ◀

62 BGH, Urteil vom 24.5.2012, Az.: IX ZR 168/11 = NJW 2012, 2180.

63 BGH, Urteil vom 12.3.2015, Az.: III ZR 207/14 = NJW 2015, 1760.

64 BGH, Urteil vom 21.03.2022, Az.: VIa ZR 275/21 = NJW 2022, 2196; BGH, Urteil vom 3.2.2012, Az.: V ZR 44/11 = NJW-RR 2012, 527.

65 BGH, Urteil vom 3.2.2012, Az.: V ZR 44/11 = NJW-RR 2012, 527.

66 Zur Konkretisierung der Rechtsprechung in diesen Kostenvorschussfällen s. BGH, Urteil vom 10.7.2015, Az.: V ZR 154/14 = NJW 2015, 2666 (im Anschluss an BGH, Urteil vom 10.2.2011, Az.: VII ZR 185/07 = NJW 2011, 1227; Aufgabe von BGH, Urteil vom 30.3.2012, Az.: V ZR 148/11, ZMR 2012, 643). Dazu *Elzer*, FD-ZVR 2015, 371304.

67 BVerfG, Beschluss vom 30.5.2012, Az.: 1 BvR 509/11 = NJW 2012, 2869; BGH, Urteil vom 12.7.2006, Az.: IV ZR 23/05 = NJW 2006, 3206.

68 BGH, Urteil vom 25.2.2021, Az.: IX ZR 156/19 = NJW 2021, 1598 Rn. 18.

69 BGH, Beschluss vom 7.4.2022, Az.: V ZR 165/21 = NJW-RR 2022, 1167.

**Merke:** Durch § 167 erfolgt die Hemmung der Verjährung gem. § 204 BGB bereits mit Eingang des Antrags bei Gericht und nicht erst mit Zustellung. § 167 gilt nicht für die sonstigen Wirkungen der Zustellung.

- 85 Die Hemmung der Verjährung tritt nur ein für den eingeklagten Teil des Anspruchs.<sup>70</sup> Erfolgt später eine Klageänderung, so wird die Verjährung für den neu eingeklagten Anspruch erst dann gehemmt.

### b) Haftungsverschärfung

- 86 Von besonderer Bedeutung ist die Haftungsverschärfung (§§ 292, 818 Abs. 4, 987, 989, 991, 994 Abs. 2, 996 BGB). Meist sind im Sachverhalt die Ausführungen zum Verschulden so geschildert, dass sich nur bei Berücksichtigung der Haftungsverschärfung eine Haftung des Gläubigers bejahen lässt.

### c) Prozesszinsen

- 87 Nach § 291 BGB hat der Schuldner eine fällige Geldschuld vom Eintritt der Rechtshängigkeit an zu verzinsen. § 291 BGB verweist für die Höhe des Zinses auf die Regelung des Verzugszinses in § 288 BGB. Die Vorwirkung durch Einreichung der Klage nach § 167 gilt für diese materiellrechtliche Wirkung nicht.

## V. Die Klagehäufung

**Literatur:** *Gottwald/Adolphsen*, Zur Zulässigkeit der eventuellen subjektiven Klagenhäufung, (Linzer) Beiträge zum Zivilprozessrecht, Bd. VI, 2002, S. 19; *Lüke/Kerwer*, Eine „neuartige“ Klagenhäufung, NJW 1996, 2121; *Wendtland*, Die Verbindung von Haupt- und Hilfsantrag im Zivilprozess, 2001.

► **Fall 11:** K klagt gegen B auf Herausgabe seines Autos aus § 985 BGB. Zugleich verlangt er Herausgabe der Nutzungen gem. § 987 BGB.

Kann oder muss K dies in einem Verfahren tun? ◀

- 88 K macht gegen B mehrere Ansprüche geltend. Diese resultieren vorliegend aus einem Lebenssachverhalt. Damit liegen aber trotzdem zwei Streitgegenstände vor, da es auf der Grundlage des zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriffs ausreicht, wenn sich ein Element – Antrag oder Lebenssachverhalt – ändert (Rn. 59 f.). Möglich ist es auch, dass ein Kläger gegen einen Beklagten mehrere Ansprüche aus ganz unterschiedlichen Lebenssachverhalten in Streit stellt. Es handelt sich um eine objektive Klagehäufung.

► **Hinweis:** Der Ausdruck Klagehäufung ist ungenau: Es liegt eine Klage (ein einheitliches Verfahren) vor, in der mehrere Ansprüche geltend gemacht werden. Wegen der Verbreitung des Begriffs Klagehäufung wird dieser hier trotzdem verwendet. ◀

**Merke:** Eine objektive Klagehäufung liegt vor, wenn derselbe Kläger gegen denselben Beklagten in einem Verfahren mehrere Ansprüche geltend macht. **Klagehäufung ist Streitgegenstandshäufung.**

- 89-90 Die Geltendmachung mehrerer Ansprüche ist streng von der mehrfachen Anspruchsbe-  
gründung im Fall von Anspruchsgrundlagenkonkurrenz zu unterscheiden. Auch bei

70 BGH, Urteil vom 5.5.2005, Az.: VIII ZR 93/04 = NJW 2005, 2004; BGH, Urteil vom 16.3.1988, Az.: VIII ZR 184/87 = BGHZ 104, 6, 12; BGH, Urteil vom 27.3.1996, Az.: IV ZR 185/95 = BGHZ 132, 240, 243; BGH, Urteil vom 17.10.1995, Az.: VI ZR 246/94 = WM 1996, 125 = NJW 1996, 117; *Grüneberg/Heinrichs*, BGB, § 204 Rn. 13.

mehrfacher Anspruchsbegründung liegt nur ein Streitgegenstand, also gerade keine Klagehäufung vor, den der Kläger prozessual geltend macht (Rn. 52, bei Streitgegenstand).

Die objektive Klagehäufung kann daraus resultieren, dass ein Kläger von vornherein oder nachträglich mehrere Klagen erhebt oder daraus, dass ein Kläger mehrere Klagen getrennt erhebt, das zuständige Gericht diese aber zur gleichzeitigen Verhandlung nach § 147 verbindet. 91

Als Folge der Verbindung der einzelnen Klagen erfolgt eine gemeinsame Verhandlung, eine gemeinsame Beweisaufnahme und eine gemeinsame Entscheidung in einem Urteil. Nur wenn eine Klage von mehreren schon entscheidungsreif ist, kann das Gericht insoweit ein Teilurteil erlassen (§ 301, § 26 Rn. 8). 92

### 1. Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung

Die Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung beurteilt sich nach § 260. Danach können mehrere Ansprüche des Klägers gegen einen Beklagten in einer Klage verbunden werden, wenn 93

- Kläger und Beklagter hinsichtlich aller Ansprüche identisch sind
- das Prozessgericht für alle Ansprüche zuständig ist

Dies betrifft die sachliche und die örtliche Zuständigkeit. Gem. § 5 Hs. 1 werden zur Bestimmung des zuständigkeitsrelevanten Streitgegenstands mehrere Ansprüche zusammengerechnet (§ 6 Rn. 36). Fehlt für einen Anspruch die sachliche oder die örtliche Zuständigkeit, so hat das Gericht den Streit über diesen Anspruch an das zuständige Gericht zu verweisen (§ 281 Abs. 1 S. 1). Das verweisende Gericht muss danach noch für den verbliebenen Anspruch sachlich zuständig sein. Eine Addition der Streitwerte findet dann nicht statt, da keine zulässige Klagehäufung vorliegt. Ist eine der erhobenen Klagen aus einem anderen Grund unzulässig, ist diese durch Prozessurteil als unzulässig abzuweisen.

- dieselbe Prozessart gegeben ist

Es dürfen insbesondere nicht ein Urkundsprozess und ein normaler Prozess verbunden werden. Ein Vermieter ist also gehindert, im Urkundsprozess unter Vorlage des Mietvertrages auf Zahlung von Mietzins (zu dieser Möglichkeit § 34 Rn. 6) und gleichzeitig auf Schadensersatz wegen Beschädigung der Mietsache zu klagen. Werden Ansprüche, die in verschiedenen Prozessarten geltend gemacht werden müssen, gehäuft in einem Verfahren erhoben, so hat das Gericht die Ansprüche zu trennen (§ 145, neu gefasst durch das Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung.<sup>71</sup> Die Neufassung der Vorschrift soll verdeutlichen, dass eine Trennung der Verfahren nur zulässig ist, wenn dafür sachliche Gründe bestehen. Sachliche Gründe können insbesondere die Vermeidung einer verzögerten Erledigung einzelner abtrennbarer Teile des Rechtsstreits, die Förderung der Übersichtlichkeit des Prozessstoffes sowie die Ermöglichung einer Teilaussetzung sein).

71 BGBl. I, 2418.

- kein Verbindungsverbot besteht

Das ist äußerst selten der Fall (z.B. §§ 126 Abs. 2 S. 1; 179 Abs. 2 FamFG). Werden Ansprüche trotz eines Verbindungsverbots gehäuft in einem Verfahren erhoben, so hat das Gericht die Ansprüche zu trennen (§ 145).

Nach der Trennung muss das Gericht noch für die einzelnen Ansprüche sachlich zuständig sein. Sonst muss es verweisen.

▶ **Klausurhinweis:** Probleme bereitet in einer Klausur allenfalls die erste Voraussetzung. Die anderen sollten aber grundsätzlich knapp erwähnt werden. ◀

- 94 Auch wenn die Voraussetzungen der objektiven Klagehäufung vorliegen, steht es im Ermessen des Gerichts, die Klagen gemeinsam zu verhandeln oder die Verbindung zu unterlassen (§ 147) bzw. die Trennung herbeizuführen (§ 145).
- 95 Im obigen Fall 11 kann K daher beide Klagen zusammen erheben, wenn das Gericht für beide zuständig ist. Ein Zwang hierzu besteht nicht. Das Gericht würde aber wohl aus prozessökonomischen Gründen die Klagen verbinden (§ 147).

## 2. Die nachträgliche objektive Klagehäufung

- 96 Diese Klagenhäufung entsteht, wenn der Kläger erst nach Rechtshängigkeit des einen Anspruchs einen weiteren geltend macht. Dies kann in der mündlichen Verhandlung oder durch Zustellung eines Schriftsatzes geschehen (§ 261 Abs. 2). Der Kläger kann z.B. bei einer Herausgabeklage, die er auf § 985 BGB stützt, eine Zwischenfeststellungsklage erheben (§ 256 Abs. 2), damit sein Eigentum rechtskräftig festgestellt wird, um den Umfang der Rechtskraft zu erweitern (§ 28 Rn. 45 ff.).
- 97 Der BGH wendet in ständiger Rechtsprechung im Fall der nachträglichen Klagehäufung die Regeln der Klageänderung an.

**Merke:** Bei einer nachträglichen objektiven Klagehäufung sind neben den Regeln der objektiven Klagehäufung auch die der Klageänderung zu prüfen.

- 98 Die Folge ist in einer Klausur ein relativ komplexer Aufbau, der leider examenstypisch ist, obwohl es in der Praxis meist nur darum geht, die Sachdienlichkeit der Klageänderung (§ 13 Rn. 12) zu prüfen.

▶ **Klausurhinweis:** In der nachfolgenden Abb. 17 wird entgegen dem sonst verwendeten Schema ein anderer Aufbau gewählt. Es wird die Bestimmung des Antrags voran gestellt. Dies ist immer dann sinnvoll, wenn sich der Antrag im Lauf des Verfahrens in irgendeiner Form ändert. Das Gericht darf nur etwas zusprechen was (noch) beantragt ist (§ 308 Abs. 1). Deshalb empfiehlt es sich, gleich zu Beginn klarzustellen, was zuletzt beantragt wurde. Ein **historischer Aufbau**, der in materiellrechtlichen Klausuren sinnvoll sein kann, um die Übersicht zu behalten, ist in ZPO-Klausuren unbedingt zu **vermeiden**. Nach der Antragsänderung kommt es auf zuvor gestellte Anträge gar nicht mehr an, das Gericht darf darüber nicht befinden und Sie sich dazu nicht auslassen. ◀

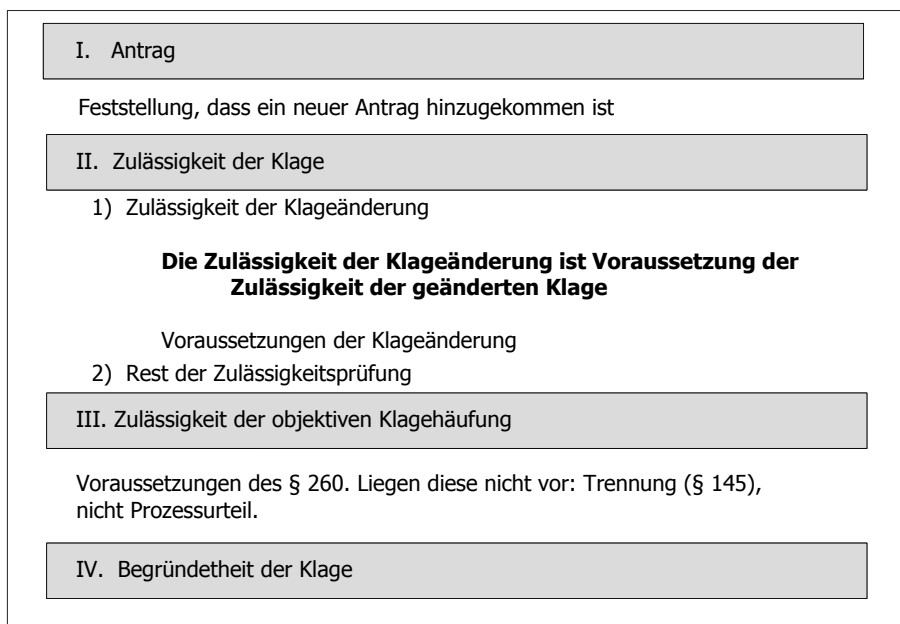


Abb. 17 Aufbau bei nachträglicher objektiver Klagehäufung

### 3. Kumulative und eventuelle Klagehäufung

Im Fall 11 will K sowohl eine Entscheidung des Gerichts über die Herausgabe als auch über die Nutzungen. Es liegt ein Fall der **kumulativen Klagehäufung** vor. Zu beachten ist, dass bei einer kumulativen Klagehäufung die einzelnen Streitwerte addiert werden (§ 39 Abs. 1 GKG), so dass sich daraus die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten ergeben, die der Unterliegende trägt (§ 91).

99

Anders ist dies in folgendem Fall:

100

► **Fall 12:** K verlangt von B Auskunft, Rechnungslegung und Vorlage von Belegen, weil er geltend macht, B habe sein Patent verletzt. Gleichzeitig verlangt er Zahlung des sich daraus ergebenden Gewinns des B. ◀

Es liegt eine **eventuelle Klagehäufung** vor. Von einer solchen spricht man, wenn der Kläger zwar mehrere Ansprüche erhebt, die Entscheidung darüber aber von einer innerprozessualen Bedingung abhängig macht. Anschauliches Beispiel ist das Verhältnis von Haupt- und Hilfsantrag (§ 11 Rn. 37 ff.). Das Gericht darf über den Hilfsantrag nur entscheiden, wenn die vom Kläger gestellte innerprozessuale Bedingung eingetreten ist. Im Fall der **Stufenklage** liegt eine objektive Klagehäufung vor. Der zweite Anspruch auf Zahlung ist davon abhängig, dass das Gericht dem ersten Anspruch stattgibt. Es ist sukzessiv über jede Stufe zu entscheiden, auch wenn bereits mit Klageerhebung alle Ansprüche rechtshängig sind. Für die Stufenklage enthält § 44 GKG eine spezielle Regelung der Berechnung der Gerichtskosten. Ansonsten sind bei einer eventuellen Klagehäufung Haupt- und Hilfsanspruch zu addieren, soweit über den Hilfsanspruch entschieden wird (§ 45 Abs. 1 S. 2 GKG).

101



- 102 Die Zulässigkeit der eventuellen Klagehäufung wird dann bejaht, wenn Haupt- und Hilfsantrag in einem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang stehen.

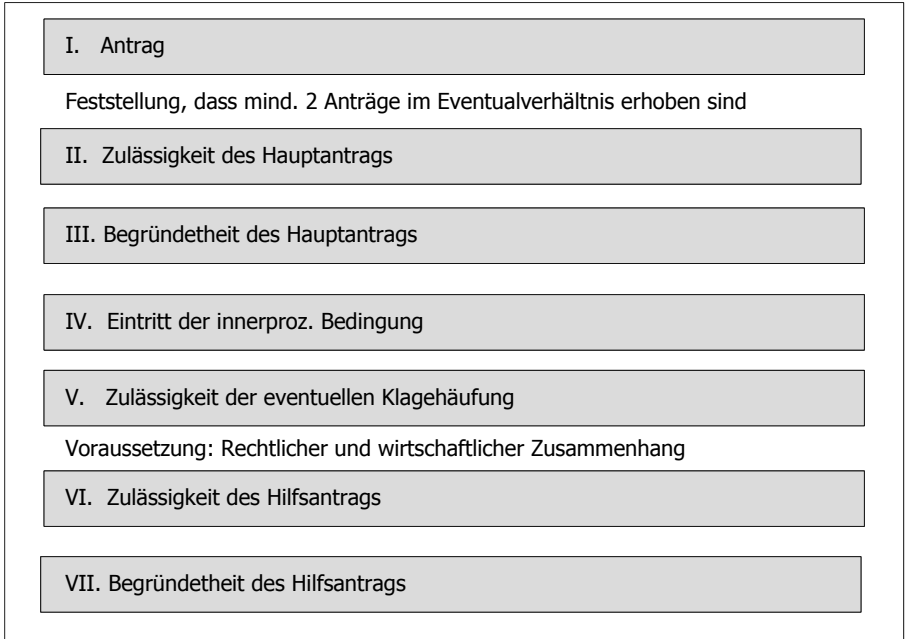


Abb. 18 Aufbau bei eventueller Klagehäufung

► **Vertiefung:** Bei einer **alternativen Klagehäufung** macht der Kläger den einen oder den anderen Anspruch geltend. Dies ist grds. unzulässig, da der Antrag nicht ausreichend bestimmt ist.<sup>72</sup> Auch die alternative Klageerhebung gegen verschiedene Beklagte ist unzulässig. Zulässig ist die alternative Klagehäufung nur in Fällen der Wahlschuld, wenn der Schuldner die Ausübung des Wahlrechts verzögert. Der Gläubiger kann dann Leistungsklage mit alternativem Antrag stellen (§ 264 Abs. 1 BGB). Auch bei einer Ersetzungsbefugnis des Schuldners (z.B. § 251 Abs. 2 BGB) ist eine alternative Klagehäufung zulässig. ◀

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- > Wodurch erfolgt die Klageerhebung?
- > Welche Klagearten kennen Sie?
- > Ist die Erhebung von Teilklagen zulässig? Welcher Teil wird rechtshängig?
- > Wie wird der Streitgegenstand im deutschen und im europäischen Zivilprozessrecht bestimmt?
- > Wofür ist der Streitgegenstand relevant?
- > Wodurch wird die Rechtshängigkeit begründet? Welche Wirkungen hat sie?
- > Welche Funktion hat § 167?

72 BGH, Hinweisbeschluss vom 24.3.2011, Az.: I ZR 108/09 = GRUR 2011, 521.

- > Was sind die Voraussetzungen der objektiven Klagehäufung?
- > Wie hat das Gericht zu entscheiden, wenn die Voraussetzungen der objektiven Klagehäufung nicht gegeben sind?

## C. Der Fortgang des Verfahrens

- 1 Es besteht eine Verpflichtung des Staates, für eine rasche und richtige Entscheidung und damit für eine Erledigung von Privatrechtsstreitigkeiten Sorge zu tragen. Eine Interessenlosigkeit des Staates an der Durchsetzung privater Rechtspositionen besteht heute keinesfalls mehr.
- 2 In der Entwicklung der Zivilprozessordnungen in ganz Europa ist heute eine Zurückdrängung der Verhandlungsmaxime zugunsten einer stärkeren Stellung des Richters und die Einführung eines *active case managements* zu erkennen, das den am Prozessrechtsverhältnis Beteiligten Pflichten auferlegt, um eine effiziente Erledigung von Privatrechtsstreitigkeiten zu ermöglichen (§ 4 Rn. 18).
- 3 Diese Anforderungen versucht auch das deutsche Prozessrecht zu verwirklichen. Im Grundsatz hat sich die überwiegende Zahl der Reformen der letzten Jahrzehnte in sich häufig wiederholenden Varianten damit beschäftigt, den Zivilprozess effektiver zu gestalten.

### § 9 Die Vorbereitung der Hauptverhandlung

**Literatur:** *Bischof*, Der Zivilprozess nach der Vereinfachungsnovelle, 1980; *Grunsky*, Die Straf- fang des Verfahrens durch die Vereinfachungsnovelle, JZ 1977, 201; *Huber*, Verfahren und Urteile erster Instanz nach dem Zivilprozessreformgesetz, JuS 2002, 483; *Lange*, Der frühe erste Termin als Vorbereitungstermin, NJW 1986, 1728; *Leipold*, Prozessförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZZZ 93 (1980), 237; *Putzo*, Die Vereinfachungs- novelle, NJW 1977, 1; *Schreiber*, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Zivilprozess, JURA 2011, 601; *Walchshöfer*, Die Auswirkungen der Vereinfachungs- novelle in der gerichtlichen Praxis, ZZZ 94 (1981), 179.

- 4 Die Vorbereitung der Hauptverhandlung beginnt, sobald der Richter eine Klageschrift auf den Tisch bekommt.
- 5 Diese ist nach dem Eingang in der Postannahmestelle des Gerichts in der Geschäfts- stelle mit einem Aktenzeichen versehen<sup>1</sup> und dann an den nach der Geschäftsvertei- lung zuständigen Richter weitergeleitet worden. Dieser prüft als erstes, ob bereits die Gebühr für das Verfahren nach dem Gerichtskostengesetz (§ 12 Abs. 1 S. 1 GKG) entrichtet wurde oder ob PKH bewilligt ist. Nach § 12 Abs. 1 S. 1 GKG soll die Klage erst zugestellt werden, wenn die Zahlung der Gerichtskosten erfolgt ist.
- 6 Sodann wird geprüft, ob landesrechtlich erforderliche Schlichtungsverfahren (Öf- fnungsklausel in § 15 a EGZPO) durchlaufen wurden (§ 2 Rn. 23 f.). Danach prüft der Richter, ob die Klageschrift den für eine Zustellung an den Beklagten erforderlichen Mindestinhalt aufweist (s. Schema B I).

#### I. Ladung, Zustellung, Fristen

- 7 Für die weitere Tätigkeit des Gerichts sind einige technische Grundlagen vorab zu erörtern, die die Verfahrensorganisation betreffen.

1 Zu Struktur und Aufbau der Aktenzeichen s. [www.gerichtsaktenzeichen.de](http://www.gerichtsaktenzeichen.de) (abgerufen am 12.6.2023).

## 1. Ladung

Ladung ist die Aufforderung zum Erscheinen in einem vom Gericht bestimmten Termin. Dies kann der Termin zur mündlichen Verhandlung, zur Beweisaufnahme oder zur Verkündung einer Entscheidung sein. Die Ladung muss das ladende Gericht, die geladene Person, den Terminsort, den Zweck und den Rechtsstreit bezeichnen. Sie kann an die Parteien oder an Zeugen (§ 377) gerichtet sein. Die Frist, die in einer anhängigen Sache zwischen der Zustellung der Ladung zur mündlichen Verhandlung und dem Terminstag liegen soll, wird als **Ladungsfrist** bezeichnet. Sie beträgt im Anwaltsprozess mindestens eine Woche, sonst drei Tage (§ 217). Die Ladung der Parteien erfolgt von Amts wegen durch Zustellung an die Parteien (§ 214). Die Zeugenladung erfolgt unter Bezugnahme auf den Beweisbeschluss mit dem Inhalt des § 377 Abs. 2 durch Mitteilung.

8

## 2. Zustellung

**Merke:** Zustellung ist die Bekanntgabe eines Dokuments an eine Person in der jeweiligen gesetzlich vorgeschriebenen Form (§ 166 Abs. 1).

Der **Begriff des Dokuments** ersetzt den aufgrund neuer Kommunikationstechnologien veralteten Begriff des Schriftstücks. Die Zustellung wird in Deutschland als staatlicher Hoheitsakt angesehen. Das Zustellungsrecht ist in den §§ 166 ff. geregelt.

9-10

Für europäische Zivilprozesse gelten die Regelungen der EuZustVO.

11

Die Zustellung soll dem Zustellungsadressaten Kenntnis vom Inhalt des Dokuments verschaffen (Anspruch auf rechtliches Gehör) und dem Zustellungsveranlasser einen Nachweis der Zustellung ermöglichen. Dabei steht die Zustellung im Spannungsfeld verschiedener, ja konträrer **Interessen**:

12

- dem Justizgewährungsanspruch des Klägers, der nach einer schnellen, nicht überkomplizierten Gestaltung der Zustellung verlangt und
- dem Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör, der rechtzeitig und sicher von der gegen ihn erhobenen Klage Kenntnis erlangen muss.

Die Zustellung ist an zahlreichen Stellen im Gesetz vorgeschrieben, häufig erfolgt die Anordnung einer Zustellungsnotwendigkeit, wenn Fristen in Gang gesetzt, die Effektivität des Verfahrens gesteigert und der Zugang eines Dokuments gesichert werden sollen. Beispiele sind die Zustellung der Klageschrift (§ 253), des Urteils (§ 317 Abs. 1 S. 1) oder des Mahnbescheids (§ 693 Abs. 1). Alle zustellungsbedürftigen Sachanträge und Erklärungen der Parteien werden als Dokument bei Gericht eingereicht und dann **von Amts wegen** zugestellt (§ 166 Abs. 2).

13

**Zustellungsadressat** ist die Partei selbst bzw. der Dritte (der Zeuge, der Nebenintervenient oder der Sachverständige). In einem schon anhängigen Verfahren muss die Zustellung an den für den Rechtszug bestellten Prozessbevollmächtigten erfolgen (§ 172 Abs. 1). Die Zustellung an die Partei ist unwirksam. Durch Zustellung an die Partei kann auch keine Heilung gem. § 189 erfolgen, da für die Heilung die Zustellung an den Prozessbevollmächtigten erforderlich wäre.<sup>2</sup> Bei nicht Prozessfähigen erfolgt die Zustellung an den gesetzlichen Vertreter. Die Zustellung an den Prozessunfähigen ist unwirksam (§ 170 Abs. 1). Bei nicht natürlichen Personen ist an den Leiter zuzustellen (§ 170 Abs. 2).

14

2 BVerfG, Beschluss vom 16.7.2016, Az.: 2 BvR 1614/14 = NJW 2017, 318.

- 15 Der **Zustellungsweg** betrifft die Art der Zustellung des Schriftstücks. Die Zustellung kann erfolgen durch Aushändigung an der Amtsstelle (§ 173), gegen Empfangsbescheinigung bei Rechtsanwälten, Notaren und den weiteren in § 174 genannten Personen, bei denen von einer erhöhten Zuverlässigkeit ausgegangen werden kann. An diese Personen kann auch ein Telefax (§ 174 Abs. 2) oder ein elektronisches Dokument zugestellt werden. Nach § 175 kann durch Einschreiben mit Rückschein zugestellt werden.
- 16 Wird die Person, an die zugestellt werden soll, nicht angetroffen (§ 178 Abs. 1) oder weigert sie die Annahme des zuzustellenden Schriftstücks (§ 179), so kann eine **Ersatzzustellung** erfolgen. Das Schriftstück kann, wenn die Person nicht in ihrer Wohnung angetroffen wird, in der Wohnung einem erwachsenen Familienangehörigen, einer in der Familie beschäftigten Person oder einem erwachsenen ständigen Mitbewohner zugestellt werden (§ 178 Abs. 1 Nr. 1). Wenn der Adressat Geschäftsräume hat, kann an eine dort beschäftigte Person zugestellt werden (§ 178 Abs. 1 Nr. 2). Ist beides (Nr. 1 und 2) nicht ausführbar, kann das Schriftstück in einen zur Wohnung oder dem Geschäftsraum gehörenden Briefkasten oder eine ähnliche Vorrichtung (Briefschlitz) eingelegt werden, die der Adressat für den Postempfang eingerichtet hat. Mit der Einlegung gilt das Schriftstück als zugestellt (§ 180 S. 2). Das Datum wird auf dem Briefumschlag vermerkt (§ 180 S. 3). Auf die Kenntnis des Adressaten kommt es nicht an.

### 3. Fristen

- 17 Eine Frist ist ein begrenzter bestimmter oder bestimmbarer Zeitraum. In der ZPO kann man die zahlreich enthaltenen Fristen in solche unterteilen, die sich an die Parteien oder das Gericht wenden. Z.B. muss die Partei Berufung in der Berufungsfrist (§ 517) einlegen. Das Gericht muss bei der Terminbestimmung die Ladungsfrist beachten (§ 217).
- ▶ **Hinweis:** Die von den Parteien zu beachtenden Fristen werden wenig anschaulich als **eigentliche Fristen** bezeichnet. Uneigentliche Fristen sind solche, bei den für den Gesetzgeber der Ablauf einer Zeitspanne entscheidend ist. Die Vorschriften in der ZPO über Fristen gelten nur für die **eigentlichen Fristen**. ◀
- 18 Bei den Fristen, die die Parteien zu beachten haben, unterscheidet man zwischen Fristen, deren Dauer das Gesetz selbst festlegt (z.B. alle Rechtsmittelfristen) und solchen, die der Richter festsetzt (z.B. die Bestimmung einer Frist zur schriftlichen Klageerwidmung, § 275 Abs. 1 S. 1).
- 19 Fristen können grundsätzlich durch Vereinbarung der Parteien abgekürzt, nicht aber verlängert werden (§ 224 Abs. 1). Das Gericht kann dagegen auf Antrag Fristen abkürzen und verlängern (§ 224 Abs. 2).
- 20 Die **Versäumung von Fristen** zur Vornahme einer Prozesshandlung hat zur Folge, dass die Partei mit der vorzunehmenden Prozesshandlung ausgeschlossen wird (§ 230). Angriffs- und Verteidigungsmittel, die erst nach einer hierfür gesetzten Frist vorgenommen werden, können nach § 296 als verspätet zurückgewiesen werden.
- 21 Besondere Bedeutung haben die **Notfristen**. Sie sind im Gesetz immer als solche bezeichnet (§ 224 Abs. 1 S. 2) und können nicht abgekürzt werden, weder durch Parteivereinbarung noch auf Antrag durch das Gericht (§ 224 Abs. 1 S. 1).

**Merke:** Notfristen sind im Gesetz als solche bezeichnet und unabänderlich.

Die Fristberechnung richtet sich gem. § 222 Abs. 1 nach den §§ 187–193 BGB.

22

#### 4. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

**Literatur:** *Brand*, Fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, NJW 2022, 2150; *Koch*, Die Glaubhaftmachung beim Antrag auf Wiedereinsetzung, NJW 2016, 2994; *Rohwetter*, Die Rechtsprechung des BGH zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, NJW 2022, 1990 (jährlich wiederkehrende Rechtsprechungsübersicht); *Schreiber*, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Zivilprozess, JURA 2011, 601.

Wird eine Notfrist zur Vornahme einer Prozesshandlung unverschuldet versäumt, so findet Wiedereinsetzung in den vorigen Stand statt (§ 233), weil die Versäumung erhebliche Rechtsnachteile nach sich zieht (zur Versäumung der Berufungsfrist bei Einreichung beim Ausgangsgericht s.u. § 30 Rn. 12). Ein Fehlen des Verschuldens wird vermutet, wenn eine Rechtsbehelfsbelehrung (§ 232) unterblieben oder fehlerhaft ist (§ 233 S. 2). Die fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung muss aber einen unvermeidbaren oder zumindest entschuldbaren Rechtsirrtum auf Seiten des Beteiligten hervorgerufen und die Fristversäumnis darauf beruht haben.<sup>3</sup> Schwierig ist die Anwendung des § 233 S. 2, wenn die Partei anwaltlich vertreten ist. Hier kann die Wiedereinsetzung mangels Schutzbedürftigkeit ausgeschlossen sein. Allerdings darf auch ein Rechtsanwalt grundsätzlich auf die Richtigkeit einer durch das Gericht erteilten Rechtsbehelfsbelehrung vertrauen, soweit die inhaltlich fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung zu einem unvermeidbaren, zumindest aber zu einem nachvollziehbaren und daher verständlichen Rechtsirrtum geführt hat.<sup>4</sup>

23

Wird die Wiedereinsetzung zu Unrecht verweigert, ist das Verfahrensgrundrecht des Klägers auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip) verletzt. Anwaltsverschulden wird der Partei zugerechnet (§ 85 Abs. 2), so dass Wiedereinsetzung ausscheidet. Die Partei kann den Anwalt auf Schadensersatz verklagen (s.o. § 5 Rn. 9).

Wiedereinsetzung muss grds. innerhalb einer zweiwöchigen Frist beantragt werden (§ 234 Abs. 1 S. 1). Zu Form und Inhalt des Antrags s. § 236. Ein Wiedereinsetzungsantrag braucht nicht ausdrücklich gestellt zu werden. Er kann vielmehr konkludent in einem Schriftsatz enthalten sein.<sup>5</sup> Innerhalb der Antragsfrist muss die versäumte Prozesshandlung nachgeholt werden (§ 236 Abs. 2 S. 2). Über die Wiedereinsetzung entscheidet das Gericht, dem die Entscheidung über die nachgeholte Prozesshandlung zusteht (§ 237). Bei versäumter Berufungsfrist ist dies z.B. das Berufungsgericht. Die Frist beginnt mit dem Tag, an dem das Hindernis behoben ist (§ 234 Abs. 2). Nach Ablauf eines Jahres, gerechnet vom Ende der versäumten Frist, kann Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt werden (§ 234 Abs. 3).

24

3 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.12.2013, Az.: 18 WF 324/13 = BeckRS 2014, 02062; vgl. bereits die Begründung zu § 17 FamFG, Bt.Drs. 16/6308, S. 183; BGH, Beschluss vom 27.2.2013, Az.: XII ZB 6/13 = BeckRS 2013, 05657 = NJW 2013, 1308; BGH, Beschluss vom 23.6.2010, Az.: XII ZB 82/10 = NJW-RR 2010, 1297.

4 BGH, Beschluss vom 15.7.2021, Az.: IX ZB 73/19 NJW 2022, 199 Rn. 15; BGH, Beschluss vom 28.1.2021, Az.: III ZB 86/19 = NJW 2021, 503 (zur Unterschriftenkontrolle); BGH, Beschluss vom 18.12.2013 – Az.: XII ZB 38/13 = NJW-RR 2014, 517; BGH, Beschluss vom 27.2.2013, Az.: XII ZB 6/13 = BeckRS 2013, 05657 = NJW 2013, 1308; BGH, Beschluss vom 23.6.2010, Az.: XII ZB 82/10 = NJW-RR 2010, 1297; Thomas/Putzo/Hüfstege, ZPO, § 233 Rn. 31; *Brand*, Fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, NJW 2022, 2150, 2151.

5 BGH, Beschluss vom 17.1.2006, Az.: XI ZB 4/05 = NJW 2006, 1518.

- 25 Durch Wiedereinsetzung wird die Vornahme der verspäteten Prozesshandlung als rechtzeitig fingiert, so dass z.B. Rechtsmittel zulässig sind. Es erfolgt keine Fristverlängerung.

## II. Früher erster Termin und schriftliches Vorverfahren

- 26 Wenn der Richter eine Akte auf den Tisch bekommt, die Prozessvoraussetzungen und die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens geprüft hat, erfolgt noch keine Zustellung der Klageschrift, weil sich der Richter noch entscheiden muss, wie er den Haupttermin vorbereiten will. Von dieser Entscheidung hängt es ab, ob zusammen mit der Klageschrift gleich eine Ladung zugestellt wird.
- 27 In der Regel soll der Rechtsstreit in einem umfassend vorbereiteten Termin zur mündlichen Verhandlung, dem sog. **Haupttermin**, erledigt werden (§ 272 Abs. 1). In der mündlichen Verhandlung soll der Sach- und Streitstand mit den Parteien erörtert werden, es sollen Beweise erhoben werden und es soll bei Entscheidungsreife ein Urteil ergehen. Damit dieses Ziel erreicht werden kann, muss der Haupttermin sorgfältig vorbereitet werden. Hierzu hat der Richter nach § 272 Abs. 2 die Möglichkeit,
- einen frühen ersten Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen
  - oder
  - ein schriftliches Vorverfahren zu veranlassen.
- 28 Beim frühen ersten Termin kommt es frühzeitig zu einer mündlichen Erörterung des Rechtsstreits mit allen am Prozessrechtsverhältnis Beteiligten. Ist dieser frühe erste Termin durch Klageschrift und Klageerwiderung vorbereitet, konnte sich der Richter immerhin schon einmal ein Bild vom vorliegenden Streit machen und kann auf dieser Grundlage eine aus Schiedsverfahren bekannte<sup>6</sup> **Konferenz zum Verfahrensmanagement** oder einen **Organisationstermin** durchführen.<sup>7</sup> Beim schriftlichen Vorverfahren erfolgt erst der umfangreiche Austausch von Schriftsätzen. In einem Organisationstermin kann der Streitstoff abgeschichtet werden, Schwerpunkte der Streitigkeiten festgelegt und auch ein Verfahrenskalender vereinbart werden. Dies gibt den Parteien aber auch dem Gericht Planungssicherheit. Gem. § 621 ZPO-E ist für das Verfahren vor dem Commercial Court (s.o. § 6 Rn. 26) ein solcher Organisationstermin vorgesehen. Die Regelung, die auch noch ziemlich rudimentär ausgefallen ist, hätte man besser in die Vorschriften zum landgerichtlichen Verfahren aufgenommen.<sup>8</sup>

### 1. Früher erster Termin

- 29 Der frühe erste Termin ist ein vollwertiger Verhandlungstermin, in dem auch schon bei Entscheidungsreife eine Entscheidung ergehen kann. In diesem Fall ist der frühe erste Termin der Haupttermin. Der Richter wird einen frühen ersten Termin ansetzen, wenn der Rechtsstreit einfach aussieht oder besonders eilig ist, kein Anwaltszwang besteht und ein Güteversuch in der Verhandlung (§ 278) möglich erscheint.

---

6 Art. 24 ICC Schiedsordnung; Art. 27 DIS Schiedsordnung. Zur Verfahrenskonferenz *Salger/Trittmann*, Internationale Schiedsverfahren, 2019, S. 286.

7 *Gaier*, Erweiterte Prozessleitung im zivilgerichtlichen Verfahren, NJW 2020, 177.

8 Ebenso *Grunwald*, Das Justiz-Stärkungsgesetz (RefE): Wird der Gerichtsstandort Deutschland attraktiver für internationale Wirtschaftsstreitigkeiten, DB 2023, 1459, 1460.

Diese Prognosen und Einschätzungen hat der Richter allein anhand der Klageschrift vorzunehmen, ohne dass der Beklagte sich schon zu der Sache äußern konnte. Deshalb ist die Entscheidung des Richters häufig ausgesprochen pauschal oder ganz grundsätzlich in dem Sinne, dass er (fast) immer den einen oder den anderen Weg wählt. Inzwischen wird vorgeschlagen, dass der Richter die Entscheidung zwischen beiden Wegen erst dann treffen soll, wenn eine Klageerwiderung des Beklagten vorliegt. Zu diesem Zeitpunkt kann er sich unter Berücksichtigung des Einzelfalls entscheiden, welcher Weg ihm sinnvoll erscheint.<sup>9</sup> 30

Wählt der Richter als Vorbereitung des Haupttermins den frühen ersten Termin, so stellt er dem Beklagten die Klage zu und lädt gleichzeitig zum Termin. Beides wird zusammen zugestellt (§ 274 Abs. 2). Der Termin soll so früh wie möglich stattfinden (§ 272 Abs. 3), darf allerdings erst zwei Wochen nach der Zustellung der Klageschrift angesetzt werden (§ 274 Abs. 3). 31

Damit der frühe erste Termin effektiv vorbereitet wird, hat der Richter drei Möglichkeiten: 32

- Er kann dem Beklagten mit der Ladung zum Termin eine Frist zur Klageerwiderung setzen (§ 275 Abs. 1 S. 1). Hier werden also Elemente des schriftlichen Vorverfahrens in das zunächst weitgehend mündliche Verfahren integriert.
- Er kann aber auch dem Beklagten nur aufgeben, seine Verteidigungsmittel dem Gericht schriftlich mitzuteilen (§ 275 Abs. 1 S. 2).
- Der Richter kann von den in § 273 Abs. 2 vorgesehenen Möglichkeiten Gebrauch machen.

Derart vorbereitet ist der frühe erste Termin durchzuführen.

Kommt es in diesem Termin nicht zu einer Entscheidung, so ist danach der Haupttermin vorzubereiten (§ 275 Abs. 2), u.a. dadurch, dass der Beklagte aufgefordert wird, auf die Klage schriftlich zu erwidern, soweit das nicht schon zum frühen ersten Termin erfolgt ist oder nicht ausreichend war (§ 275 Abs. 3). 33

## 2. Schriftliches Vorverfahren

Bei einem schriftlichen Vorverfahren wird dem Beklagten die Klage zugestellt und er wird unter Beifügung der entsprechenden Belehrungen aufgefordert, innerhalb der gesetzlich zwingenden Notfrist von zwei Wochen seine Verteidigungsbereitschaft anzuzeigen. Weiterhin wird dem Beklagten eine Frist zur Erwiderung auf die Klage gesetzt, die mindestens zwei weitere Wochen betragen muss (§ 276 Abs. 1). 34

Die **Anzeige der Verteidigungsbereitschaft** hat durch einen bei dem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt zu erfolgen, soweit Anwaltszwang besteht. Der Beklagte hat dann innerhalb der Klageerwiderungsfrist eine **Klageerwiderung** einzureichen. Bei dieser Frist handelt es sich um eine normale richterliche Frist, nicht um eine Notfrist. Das Gericht kann dem Kläger wiederum nach Eingang der Klageerwiderung eine Frist zu einer schriftlichen Stellungnahme auf die Klageerwiderung (**Replik**) des Klägers setzen (§ 276 Abs. 3). 35

<sup>9</sup> *Gottwald*, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle, Berichte A zum 65. Deutschen Juristentag 2004, S. A107, A110.



### III. Entscheidung des Richters

- 36 Welchen Weg der Vorbereitung der Richter wählt, liegt in seinem Ermessen. Seine Entscheidung ist nicht anfechtbar. Der Kläger hat keinen Anspruch darauf, dass ein früher erster Termin angesetzt wird, um ein schnelles Endurteil zu erlangen. Bedenkenswert wäre ein solches Recht zumindest in den Fällen, in denen der Beklagte keine tragfähigen Einwände gegen den Anspruch hat. In seltenen Ausnahmefällen ist kraft Gesetz das schriftliche Vorverfahren ausgeschlossen, so dass die Durchführung eines frühen ersten Termins zwingend ist. Solange der frühe erste Termin nicht durchgeführt ist, kann der Richter auf das schriftliche Vorverfahren übergehen.

### IV. Reaktionen des Beklagten und Verfahrensfortgang

#### 1. Schriftliches Vorverfahren

- 37 Zeigt der Beklagte seine Verteidigungsbereitschaft innerhalb der Notfrist von zwei Wochen schriftlich an, hat er (mindestens) zwei weitere Wochen Zeit, auf die Klage zu erwidern.
- 38 Zeigt der Beklagte nach Zustellung der Klageschrift nicht innerhalb der Notfrist von zwei Wochen schriftlich an, dass er sich verteidigen will, so ergeht gegen ihn auf Antrag des Klägers, den dieser schon in der Klage stellen kann (das ist gängige Praxis), ein **Versäumnisurteil** im schriftlichen Verfahren (§§ 276 Abs. 2, 331 Abs. 3), soweit die Klage schlüssig ist (vor § 17 Rn. 1).

#### 2. Früher erster Termin

- 39 Bei der Wahl des frühen ersten Termins gibt es keine Notfrist zur Anzeige der Verteidigungsbereitschaft, daher kann es auch vor dem Termin kein schriftliches Versäumnisurteil geben. Erscheint der Beklagte im frühen ersten Termin nicht, so kann gegen ihn Versäumnisurteil ergehen, wenn die Klage schlüssig ist.

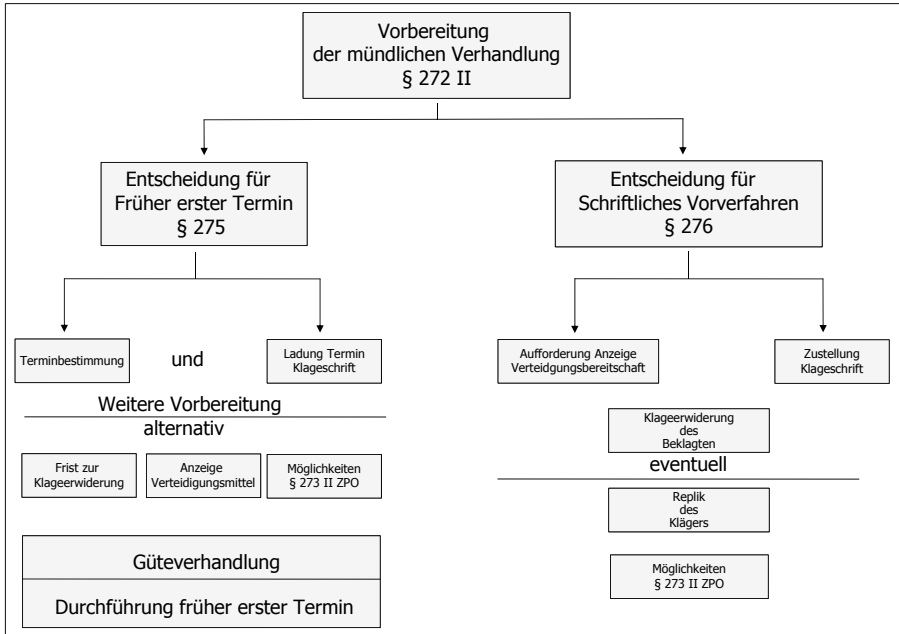


Abb. 19 Vorbereitung des Haupttermins

**Wiederholungs- und Vertiefungsfragen**

- > Was verstehen Sie unter dem Begriff Zustellung? Welche Funktionen hat diese?
- > Was sind Notfristen? Welche Regelung gibt es, wenn diese versäumt werden?
- > Welche Möglichkeiten hat das Gericht zur Vorbereitung des Haupttermins?

## § 10 Das weitere Verfahren vor dem Gericht

### I. Obligatorische Güteverhandlung

**Literatur:** *Foerste*, Die Güteverhandlung im künftigen Zivilprozess, NJW 2001, 3103; *Gottwald*, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle, Berichte A zum 65. Deutschen Juristentag 2004, S. A107; *Huber*, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle, Berichte A zum 65. Deutschen Juristentag 2004, S. A5; *ders.*, Verfahren und Urteile erster Instanz nach dem Zivilprozessreformgesetz, JuS 2002, 483; *Stickelbrock*, Gütliche Streitbeilegung, JZ 2002, 633; *Wieser*, Rechtliche Probleme der Güteverhandlung nach § 278 ZPO n.F., MDR 2002, 10.

- 1 Durch die Zivilprozessreform wurde 2002 die obligatorische Güteverhandlung in die ZPO nach dem Vorbild des § 54 ArbGG eingeführt. Ziel war es, durch stärkere Nutzung der einvernehmlichen Konfliktregelung die Streitschlichtungskultur in Deutschland zu verbessern. Im arbeitsgerichtlichen Verfahren betrug 1997 die Vergleichsquote 39,6 %. Die erstinstanzliche Vergleichsquote vor dem AG betrug vor der Reform im Jahr 1998 9,4 %, vor dem LG 16,4 %. Der Gesetzgeber hoffte, diese Quote durch Einführung der Güteverhandlung deutlich zu erhöhen. Dies war zunächst nicht gelungen. Für das Jahr 2002 ergab sich nur eine Quote von 12,3 % (AG) und 20 % (LG).<sup>1</sup> Der durch die Güteverhandlung erfolgte Versuch wurde denn auch als gescheitert angesehen („Flop“),<sup>2</sup> da die Güteverhandlung zu einem reinen Formalismus werde, und der Aufwand zu dem Ertrag in keinem Verhältnis stehe. Allerdings ist die Zahl der Prozessvergleiche in den letzten Jahren in erster Instanz angestiegen. Im Jahre 2010 wurden bei den AG 14,6 %, bei den LG 24 % der Fälle durch einen Vergleich beendet.<sup>3</sup> Im Jahr 2021 wurden in der ersten Instanz vor den AG 14,5 % vor den LG 22,9 % der Verfahren durch Vergleich beendet. In der zweiten Instanz waren dies bei den LG 12,1 % und bei den OLG ebenfalls 12,1 %.<sup>4</sup>
- 2 Die Durchführung dieser Güteverhandlung ist zwingend, von ihr kann nur abgesehen werden, wenn
  - bereits ein Einigungsversuch vor einer außergerichtlichen Gütestelle stattgefunden hat (der Voraussetzung für die Klage ist (Schema B I 5)) oder
  - die Güteverhandlung erkennbar aussichtslos erscheint (§ 278 Abs. 2 S. 1).
- 3 In einem streitigen Verfahren nach Durchführung eines Mahnverfahrens ist keine Güteverhandlung durchzuführen (§ 15 a Abs. 2 Nr. 5 EGZPO).
- 4 Die mündliche Verhandlung (das kann der frühe erste Termin oder der Haupttermin sein) schließt sich an die Güteverhandlung unmittelbar an, wenn es nicht zu einer gütlichen Einigung kommt (§ 279 Abs. 1 S. 1).

1 Zahlen nach *Huber*, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle, Berichte A zum 65. Deutschen Juristentag 2004, S. A5, A6.

2 *Gottwald*, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle, Berichte A zum 65. Deutschen Juristentag 2004, S. A107, A110.

3 [https://www.destatis.de/GPStatistik/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft\\_derivate\\_00010099/2100210107004.pdf;jsessionid=1A72806B91768643DE2CA689484E485C](https://www.destatis.de/GPStatistik/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00010099/2100210107004.pdf;jsessionid=1A72806B91768643DE2CA689484E485C) (abgerufen 12.6.2023).

4 [https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/zivilg\\_erichte-2100210217004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/zivilg_erichte-2100210217004.pdf?__blob=publicationFile) (abgerufen am 12.6.2023).

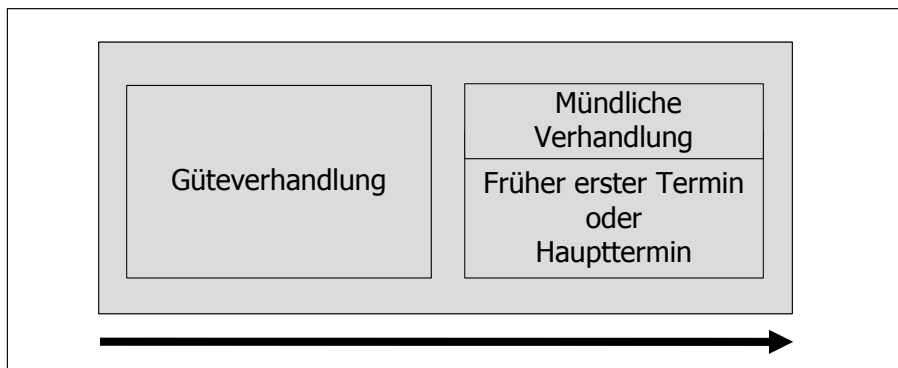


Abb. 20 Güteverhandlung und mündliche Verhandlung

Zur Güteverhandlung ist grundsätzlich das **persönliche Erscheinen der Parteien** anzuordnen (§ 278 Abs. 3 S. 1). Kommt eine Partei dieser Pflicht nicht nach und entsendet nur einen Vertreter, so kann gegen sie ein Ordnungsgeld verhängt werden, aber kein Versäumnisurteil ergehen, da sie wegen der Vertretung nicht säumig ist. Erscheinen beide Parteien in der Güteverhandlung nicht, ist das Ruhen des Verfahrens anzuordnen (§ 278 Abs. 4).

**Merke:** Der Fall, dass eine Partei in der Güteverhandlung entgegen einer entsprechenden richterlichen Anordnung nicht persönlich erscheint, ist kein Fall der Säumnis.

Erscheint eine Partei gar nicht, oder im Verfahren mit Anwaltszwang ohne Anwalt, so ist sie, da sich der Anwaltszwang auch auf die Güteverhandlung erstreckt, säumig. Trotzdem ergeht in der Güteverhandlung kein Versäumnisurteil, da diese ja einer gütlichen Einigung dient. Vielmehr wird in die sich unmittelbar anschließende mündliche Verhandlung (früher erster Termin oder Haupttermin) übergeleitet. In diesem Termin ergeht Versäumnisurteil.

In der Güteverhandlung erörtert das Gericht mit den Parteien den Sach- und Streitstand. Kommt es zu einer Einigung, wird i.d.R. ein Vergleich geschlossen oder es wird der Anspruch anerkannt (§ 307) bzw. auf ihn verzichtet (§ 306).

Das Gericht kann den Parteien in der Güteverhandlung in geeigneten Fällen eine außergerichtliche Streitschlichtung, z.B. eine **Mediation**, also eine Vermittlung durch eine neutrale Person, vorschlagen (sog. gerichtsnaher Mediation, § 278 Abs. 5 S. 2).<sup>5</sup> Entscheiden sich die Parteien hierfür (was derzeit in der Praxis kaum vorkommt), wird das Ruhen des Verfahrens angeordnet (§ 278 a Abs. 2). Eine gerichtsinterne Mediation gibt es nicht, stattdessen hat das neue Mediationsgesetz dem Güterichter alle Methoden der Konfliktbeilegung „einschließlich der Mediation“ zur Verfügung gestellt (s.o. § 2 Rn. 25).

Die Parteien können dem Gericht auch einen **schriftlichen Vergleichsvorschlag** unterbreiten oder einen solchen des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen.<sup>6</sup> Das Gericht stellt dann Zustandekommen und Inhalt des Vergleichs durch Beschluss fest (§ 278 Abs. 6).

5 S. dazu Greger, Justiz und Mediation, NJW 2007, 3258.

6 Dazu Abramenko, Kein Rechtsmittel gegen richterliche Feststellung eines Vergleichs nach § 278 VI ZPO?, NJW 2003, 1356.

II. Mündliche Verhandlung

- 10 Mündlich verhandelt wird im frühen ersten Termin und im Haupttermin. Die Regeln für den Ablauf der mündlichen Verhandlung sind wenig übersichtlich vor allem in den §§ 136 ff. und §§ 220, 279 ff. enthalten.

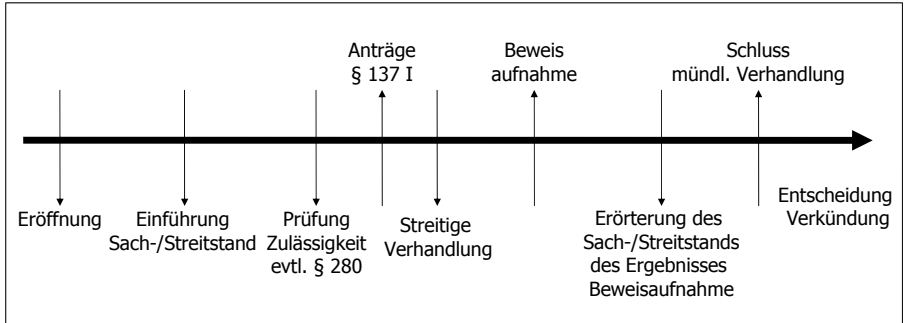


Abb. 21 Ablauf der mündlichen Verhandlung

1. Eröffnung

- 11 Jeder Termin beginnt mit dem Aufruf zur Sache (§ 220 Abs. 1). Wie dies erfolgt, hängt von den örtlichen und organisatorischen Gegebenheiten des Gerichts ab. Die Parteien können per Lautsprecher hereingerufen werden, ein Justizwachtmeister fordert zum Eintreten in den Sitzungsraum auf usw. Sodann ruft der Richter die Sache im Gerichtssaal auf. Dies ist die Eröffnung der Verhandlung i.S. von § 136 Abs. 1. Von diesem Zeitpunkt an beginnen die Rechte der Prozessbeteiligten während des Termins und die Leitungsgewalt des Gerichts. Das Gericht stellt sodann fest, wer in welcher Eigenschaft erschienen ist und vermerkt dies im Protokoll (§ 160 Abs. 1 Nr. 4).

2. Einführung in den Sach- und Streitstand

- 12 Soweit dies nicht bereits in der gerade beendeten Güteverhandlung erfolgt ist (z.B. wegen ihrer Entbehrlichkeit), führt das Gericht in den Sach- und Streitstand ein. Eine entsprechende Bestimmung fehlt seit der Einführung der Güteverhandlung, weil der Gesetzgeber von dem Regelfall der vorgeschalteten Güteverhandlung ausging. Die Einführung in den Sach- und Streitstand dient dazu, den Beteiligten frühzeitig die aktuelle Einschätzung des Rechtsstreits durch das Gericht zu verdeutlichen und zur Stellung sachdienlicher Anträge beizutragen. Dabei erfolgt die Einführung in den Sach- und Streitstand regelmäßig vor dem Stellen der Anträge. Dies ist deshalb sinnvoll, weil es durchaus schon zu einer Einigung kommen kann. Allerdings kann es zur Prüfung bestimmter Zulässigkeitsfragen (vor allem der Prüfung der örtlichen Zuständigkeit, die vom Antrag bzw. Streitgegenstand abhängen kann) nötig sein, das Stellen der Anträge vorzuziehen.

3. Prüfung der Zulässigkeit

Literatur: Harms, Reihenfolge der Prüfung von Prozessvoraussetzungen, ZJP 83 (1970), 167; Hau, Was versteht man unter Zulässigkeit und Begründetheit, und wie verhält sich das eine zum anderen?, ZJS 2008, 33; Jauernig, Zum Prüfungs- und Entscheidungsvorrang von Prozessvoraussetzungen, FS Schiedermaier, 1976, S. 289; Lindacher, Die Reihenfolge der Prüfung von Zu-

lässigkeit und Begründetheit einer Klage im Zivilprozess, ZZZ 90 (1977), 131; *Rimmelspacher*, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, 1966; *Sauer*, Die Reihenfolge der Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage, 1974; *Schlosser*, Die Sachurteilsvoraussetzungen, JURA 1981, 648; *Spohnheimer/Deutschmann*, Die Zulässigkeitsvoraussetzungen im Zivilprozess, Ad Legendum 2020, 9; *Wieser*, Zulässigkeit und Begründetheit der Klage, ZZZ 84 (1971), 304.

Nach der Einführung in den Sach- und Streitstand tritt das Gericht in die Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen ein. 13

### a) Reihenfolge Zulässigkeit und Begründetheit

Das Fehlen der Prozessvoraussetzungen führt dazu, dass schon kein Prozessrechtsverhältnis zustande kommt (Schema B I). 14

Die Sachentscheidungsbedingungen müssen vorliegen, damit das Gericht über die Klage entscheiden kann. Sie sind damit Voraussetzung für jede Sachverhandlung und Beweisaufnahme. Das Gericht muss die Klage also für zulässig halten, wenn es sich mit der Sache inhaltlich beschäftigt. Diese Lehre vom strikten Zulässigkeitsvorrang ist zwar in der Wissenschaft nicht völlig unangefochten. So wird seit langem diskutiert, ob es einem Gericht aus prozessökonomischen Gründen erlaubt sein sollte, bestimmte Fragen der Zulässigkeit (unter Berücksichtigung ihres spezifischen Zwecks), die noch nicht entscheidungsreif und/oder schwierig zu klären sind, offenzulassen, weil die Klage in jedem Fall offensichtlich unbegründet sei. Für die Fallbearbeitung im Examen sollte aber ohne weitere Diskussion an dem strikten Vorrang der gesamten Zulässigkeitsprüfung vor der Begründetheitsprüfung sowohl bei abweisenden als auch stattgebenden Sachentscheidungen festgehalten werden. 15

Damit bleibt der häufig missverstandene Satz zu erklären, die Sachentscheidungsbedingungen müssen **am Schluss der mündlichen Verhandlung** vorliegen. Dies heißt keineswegs, dass das Gericht bei der Reihenfolge der Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit frei wäre. Das Vorliegen der Sachentscheidungsbedingungen muss aber in jeder Lage des Verfahrens erneut geprüft werden. Relevant wird dies, wenn das Gericht zunächst von der Zulässigkeit ausgeht und sich später, während oder nach der sachlichen Prüfung ergibt, dass die Klage doch unzulässig war oder unzulässig geworden ist. Auch in diesem Fall ist die Klage als unzulässig durch Prozessurteil abzuweisen.<sup>7</sup> Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bilden allerdings die Vorschriften über den richtigen Rechtsweg (§ 17 GVG), die sachliche und die örtliche Zuständigkeit: Es genügt, wenn diese bei Rechtshängigkeit einmal gegeben waren, spätere Änderungen bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung sind unbeachtlich gem. § 261 Abs. 3 Nr. 2 (*perpetuatio fori*). 16

► **Klausurhinweis:** Prüfen Sie die Begründetheit der Klage in der Richterklausur nur, nachdem Sie die Zulässigkeit bejaht haben. ◀

Unzulässig ist es, die Prüfung problematischer Zulässigkeitsfragen offen zu lassen, weil die Klage sowieso unbegründet ist, oder die Klage entweder als unzulässig oder unbegründet abzuweisen. Hintergrund dieses Verbots ist der unterschiedliche Umfang der Rechtskraft von Prozess- und Sachurteilen (§ 28). 17

7 Zum Streit um den maßgeblichen Zeitpunkt, an dem die Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben sein müssen R/S/G, ZPR, § 94 Rn. 37.

b) Zulässigkeitsrügen

aa) Einteilung der Zulässigkeitsvoraussetzungen

- 18 Die Einteilung der Zulässigkeitsvoraussetzungen in Prozessvoraussetzungen, Sachentscheidungs-voraussetzungen und Prozesshindernisse kennen Sie aus dem diesem Lehrbuch zugrunde gelegten Schema.
- 19 Für die Zulässigkeitsrüge in einem Rechtsstreit verbleiben nur die Sachentscheidungs-voraussetzungen und Prozesshindernisse, da bei Fehlen einer Prozessvoraussetzung schon kein Prozessrechtsverhältnis zustande kommt.

bb) Bedeutung des Rügeerfordernisses

- 20 Das Gesetz ordnet an, dass der Beklagte Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage geltend machen muss. Für ihn ist es erforderlich, Rügen, die die Zulässigkeit der Klage betreffen, gleichzeitig (d.h. alle Rügen zusammen) und vor der Verhandlung zur Hauptsache vorzubringen (§ 282 Abs. 3 S. 1). Ist ihm bereits im schriftlichen Vorverfahren eine Frist zur Klageerwiderung gesetzt worden, so muss er die Rügen innerhalb dieser Frist vorbringen (§ 282 Abs. 3 S. 2).

(1) Bei Sachentscheidungs-voraussetzungen

- 21 Die Rügeobliegenheit bei Sachentscheidungs-voraussetzungen könnte insofern verwundern, als die Sachentscheidungs-voraussetzungen von Amts wegen zu prüfen sind. Das betrifft alle Sachentscheidungs-voraussetzungen, auch wenn in §§ 56, 589 nur eine partielle Regelung für die Prüfung von Amts wegen getroffen wurde. Was also soll hier eine Rüge durch den Beklagten?
- 22 Bei von Amts wegen zu beachtenden Sachentscheidungs-voraussetzungen ist die Rüge durch eine Partei nur eine Anregung und ansonsten prozessual unerheblich. Das Ausbleiben einer solchen Rüge kann demnach auch keine prozessuale Konsequenz haben. Die Rüge kann als Anregung während des gesamten Verfahrens erhoben werden. Eine Sonderregelung besteht nur für die internationale, örtliche und sachliche Zuständigkeit. Auch diese werden zwar von Amts wegen geprüft, das Ausbleiben einer **Zuständigkeitsrüge** führt aber zur rügelosen Einlassung nach § 39 (§ 6 Rn. 89 f.).

(2) Bei Prozesshindernissen

- 23 Nur die sog. Prozesshindernisse, das sind die verzichtbaren Rügen gegen die Zulässigkeit der Klage i.S. von § 296 Abs. 3, werden nicht von Amts wegen, sondern ausschließlich auf Rüge der Beteiligten hin berücksichtigt.
- 24 Der Beklagte kann z.B. die Einrede der Schiedsgerichtsbarkeit erheben (§ 1032 Abs. 1), so dass das Gericht die Klage als unzulässig abweisen muss. Er kann dies aber auch lassen, mit der Folge, dass das Gericht nicht allein aufgrund der Schiedsvereinbarung unzuständig ist. Wird die Rüge eines Prozesshindernisses versäumt, so kann diese nur unter der Voraussetzung des § 296 Abs. 3 nachgeholt werden; das Fehlen muss durch den Beklagten genügend entschuldigt sein.

► **Vertiefung:** Bei der Einrede der Schiedsgerichtsbarkeit (§ 1032 Abs. 1) muss aber beachtet werden, dass diese nach Ansicht des BGH nicht in einer Klageerwiderungsfrist (§ 282 Abs. 3 S. 2) erhoben werden muss, da § 1032 Abs. 1 die Einrede bis zum Beginn der mündli-

chen Verhandlung vorsieht und insoweit eine Spezialregelung gegenüber § 282 Abs. 3 S. 2 ist.<sup>8</sup> ◀

### c) Abgesonderte Verhandlung § 280

Über die Zulässigkeit der Klage kann auf Antrag oder auf Anordnung durch das Gericht von Amts wegen abgesondert verhandelt werden (§ 280 Abs. 1). Stellt sich dabei heraus, dass die Klage unzulässig ist, so wird die Klage durch Prozessurteil als unzulässig abgewiesen. Die Instanz ist beendet, das Urteil kann mit den normalen Rechtsmitteln angefochten werden. 25

Stellt sich dagegen die Zulässigkeit der Klage heraus, so dass die Zulässigkeitsrüge zurückzuweisen ist, kann ein **Zwischenurteil** über die Zulässigkeit ergehen. Dieses Zwischenurteil ist (ausnahmsweise) selbstständig, d.h. nicht nur mit dem Endurteil, anfechtbar (§ 280 Abs. 2) mit dem Rechtsmittel, das gegen ein entsprechendes Endurteil gegeben wäre. Grundidee des abgesonderten Streits ist es, eine nachfolgende aufwendige Begründetheitsprüfung zu vermeiden, wenn das Urteil in der nächsten Instanz doch wegen der fehlenden Zulässigkeit aufgehoben wird. 26

Das Gericht kann aber auf Antrag einer Partei auch anordnen, dass nach Erlass des Zwischenurteils zur Hauptsache verhandelt wird (§ 280 Abs. 2 S. 2). 27

### d) Reihenfolge der Prüfung von Sachentscheidungsvoraussetzungen

Eine rechtlich verbindliche Reihenfolge, in der die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Klage zu prüfen sind, gibt es nicht. Eine verbindliche Aussage gibt es gleichwohl: Es sind nur die problematischen Zulässigkeitsfragen zu erörtern. Ausführungen z.B. zur internationalen Zuständigkeit sind völlig neben der Sache, wenn ein Rechtsstreit keinerlei Auslandbezug hat. 28

**Merke:** Vermeiden Sie unbedingt das Runterbeten von Sachentscheidungsvoraussetzungen!

Es gibt aber eine innere Logik der Zulässigkeitsprüfung, die sich zunächst in der Trennung in Prozessvoraussetzungen, Sachentscheidungsvoraussetzungen und Prozesshindernissen niederschlägt. Innerhalb der Sachentscheidungsvoraussetzungen bietet es sich an, nach gerichtsbezogenen, parteibezogenen und streitgegenstandsbezogenen Voraussetzungen zu unterscheiden (s. Schema). 29

► **Klausurhinweis:** Klausurtaktisch kann die Frage auftreten, ob man eine Zulässigkeitsprüfung sofort beendet, wenn man zu Beginn das Fehlen einer erforderlichen Sachentscheidungsvoraussetzung feststellt und möglicherweise weitere Zulässigkeitsprobleme erörterungsbedürftig sind. In solchen Fällen ist es zu empfehlen, die Prüfungsreihenfolge der Sachentscheidungsvoraussetzungen so zu variieren, dass zunächst die erörterungsbedürftigen Sachentscheidungsvoraussetzungen geprüft werden, die im konkreten Fall gegeben sind, und dann am Ende die Sachentscheidungsvoraussetzung, die nicht gegeben ist mit der Folge, dass ein Prozessurteil zu erlassen ist. ◀

## 4. Stellen der Anträge

Das Stellen der Anträge regelt die ZPO in § 137 und § 297. Dieses leitet die streitige Verhandlung (und nicht wie in § 137 Abs. 1 missverständlich ausgedrückt die eigentli- 30

8 BGH, Urteil vom 10.5.2001, Az.: III ZR 262/00 = NJW 2001, 2176.



che mündliche Verhandlung) ein. Hierdurch wird der Streitgegenstand zu Beginn der streitigen Verhandlung fixiert.

**Merke:** Anträge im Sinne dieser Vorschriften sind nur **Sachanträge**, die den Inhalt der vom Gericht gewünschten Sachentscheidung bestimmen und dessen Entscheidungskompetenz nach § 308 begrenzen. Dagegen betreffen **Prozessanträge** nur das Verfahren (z.B. Beweisantrag, Antrag auf Verweisung des Rechtsstreits nach § 281).

- 31 Die Form, in der die Parteien die Anträge stellen können, ist in § 297 geregelt. Hier unterscheiden sich Gesetzesinhalt und Gerichtspraxis erheblich. Das Gesetz geht von der Verlesung der Anträge aus den vorbereiteten Schriftsätzen durch die Parteien aus (§ 297 Abs. 1 S. 1). Die Anträge können auch aus einem Schriftstück vorgelesen werden, wenn dieses den Akten anschließend beigefügt wird. Das Gericht kann es auch gestatten, dass die Anträge zu Protokoll erklärt werden. Eine bloße Bezugnahme kann die Verlesung ersetzen. Dies ist gängige Praxis: Der Vorsitzende liest die in den Schriftsätzen enthaltenen Anträge vor oder verweist nur auf die Fundstellen in den Akten und fragt, ob die Parteien bei den schriftsätzlich gestellten Anträgen bleiben.

### 5. Streitige Verhandlung

- 32 In der streitigen Verhandlung soll es zu einer erschöpfenden Erörterung der Sache kommen. Dabei sind die Vorträge der Parteien in freier Rede zu halten (§ 137 Abs. 2). In der Praxis erfolgt schon aus Zeitgründen regelmäßig die nicht als Regelform konzipierte Bezugnahme auf Schriftsätze (§ 137 Abs. 3, § 4 Rn. 21).

### 6. Beweisaufnahme

- 33 Die Beweisaufnahme, soweit sie erforderlich ist, soll der streitigen Verhandlung unmittelbar nachfolgen (§ 279 Abs. 2) (zu den Ausnahmen s. § 23 Rn. 25). Es erfolgt also keine Vertagung und nachfolgende Ladung etwaiger Zeugen usw. erst aufgrund der Ergebnisse der streitigen Verhandlung zu einem späteren Termin. Das Gericht muss Zeugen und Sachverständige schon geladen haben. Ziel ist eine Beschleunigung des Prozesses und eine Konzentration auf regelmäßig einen Haupttermin (§ 272 Abs. 1). Nun zeigt sich, ob das Gericht den Haupttermin wirklich so vorbereitet hat, dass die Erledigung in einem Termin möglich ist.

### 7. Erörterung des Sach- und Streitstands, des Ergebnisses der Beweisaufnahme

- 34 Nach der Beweisaufnahme hat das Gericht erneut den Sach- und Streitstand mit den Parteien und, soweit das schon möglich ist, auch das Ergebnis der Beweisaufnahme zu erörtern. Dies dient der Gewährung rechtlichen Gehörs vor der Beweiswürdigung durch das Gericht nach § 286. In diesem Verfahrensstadium kann es zu einer gütlichen Einigung (§ 278 Abs. 1) kommen.

### 8. Schluss der mündlichen Verhandlung

- 35 Wenn möglich wird sodann die mündliche Verhandlung geschlossen (§ 136 Abs. 4). Ist die Sache noch nicht vollständig erörtert, ist die Verhandlung zu vertagen (§ 227 Abs. 1), eventuell erforderliche Zeugen sind zu laden usw.
- 36 Nach Schluss der mündlichen Verhandlung können Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht mehr vorgebracht werden (§ 296 a). Eine Ausnahme ist dann gegeben, wenn das Gericht einer Partei das Recht einräumt, einen weiteren Schriftsatz einzureichen,

um sich zum Vortrag der anderen Partei zu äußern. Man spricht insoweit von **nachgelassenen Schriftsätzen**. Die mündliche Verhandlung *kann* unter den in § 156 Abs. 1 genannten bzw. *muss* unter den in § 156 Abs. 2 genannten Gründen wiedereröffnet werden.

### III. Entscheidung und Verkündung

Jedes Urteil, das aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergeht, ist zu verkünden. 37  
Eine Ausnahme besteht bei Anerkenntnis- und Versäumnisurteilen, die im schriftlichen Verfahren ergehen (§§ 307 S. 2, 331 Abs. 3) und bei Urteilen, mit denen ein Einspruch gegen ein Versäumnisurteil verworfen wird (§ 341 Abs. 2). Hier ersetzt die Zustellung des Urteils seine Verkündung (§ 310 Abs. 3).

Die Verkündung hat erst die Existenz des Urteils zur Folge. Sie erfolgt entweder noch 38  
in dem Termin, in dem die mündliche Verhandlung geschlossen wird (sog. **Stuhlurteil**), oder in einem gesondert angesetzten **Verkündungstermin**. Dieser soll regelmäßig nicht später als drei Wochen nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung angesetzt sein. Nur bei Vorliegen wichtiger Gründe darf diese Frist überschritten werden (§ 310 Abs. 1).

Die Verkündung erfolgt öffentlich (§ 173 Abs. 1 GVG) durch Verlesung der Urteilsformel, des sog. Tenors (§ 311 Abs. 2 S. 1). Eine Verkündung der Entscheidungsgründe 39  
kann erfolgen (§ 311 Abs. 3). Die Anwesenheit der Parteien ist nicht erforderlich (§ 312). Seit 2018 können Medien über die Verkündung von BGH-Entscheidungen durch Ton- oder Bildaufnahmen berichten (§ 169 Abs. 3 GVG (§ 4 Rn. 38)).<sup>9</sup>

Während es vor der Verkündung ein Urteil noch nicht gibt, sondern nur einen änderbaren Urteilsentwurf, ist das Urteil für das erlassende Gericht nach der Verkündung inhaltlich unabänderbar (§ 318). Danach können nur Schreib-, Rechenfehler und offenkundige Unrichtigkeiten durch das erkennende Gericht korrigiert werden. 40

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- > Kann in der Güteverhandlung ein Versäumnisurteil ergehen, wenn eine Partei nicht erscheint?
- > Kann im frühen ersten Termin ein Urteil ergehen?
- > Welche Folgen hat das Fehlen der Prozessvoraussetzungen? Welche das Fehlen der Sachentscheidungsvoraussetzungen?
- > In welcher Reihenfolge sind Zulässigkeit und Begründetheit zu prüfen?
- > Was ist ein Stuhlurteil?
- > Wie ist zu verfahren, wenn eine Partei im Verkündungstermin nicht erscheint?

9 Hoeren, Medienöffentlichkeit im Gericht – die Änderungen des GVG, NJW 2017, 3339.

## D. Fortführung des Verfahrens durch die Parteien

Der Prozess als dynamische Entwicklung des Verfahrens muss von den Beteiligten betrieben werden, damit es zu einer Entscheidung kommen kann (Ausfluss des Dispositionsgrundsatzes, § 4 Rn. 7 ff.). Dazu nehmen alle am Prozess Beteiligten Handlungen vor, mit denen sie auf das Verfahren einwirken.

Das Gericht handelt, indem es den Prozess leitet und ihn letztendlich entscheidet. Die Parteien handeln im und außerhalb des Prozesses in vielfältiger Form.

### § 11 Prozesshandlungen der Parteien

**Literatur:** *Arens*, Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozess, 1968; *Baumgärtel*, Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess, 2. Aufl. 1972; *Bruns*, Der Begriff der Parteiprozesshandlung, JZ 1959, 204; *Niese*, Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, 1950; *Nußbaum*, Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, 1908; *Schwab*, Probleme der Prozesshandlungslehre, FS Baumgärtel, 1990, S. 503.

- 1 Jedem Studenten ist der Begriff des materiellen Rechtsgeschäfts gegenwärtig. Dies ist ein auf dem Parteiwillen beruhender Gesamtatbestand, der eine mit einer Willenserklärung angestrebte Rechtsfolge herbeiführt. Es gibt einseitige (z.B. Kündigung) und mehrseitige (z.B. Vertrag/Beschluss) Rechtsgeschäfte im materiellen Recht.
- 2 Handlungen der Parteien, die der Führung eines Prozesses durch dessen Einleitung, Fortführung oder Beendigung dienen, sind dagegen ausschließlich Gegenstand des Prozessrechts. Auch ihre Bewertung unterliegt den Regeln des Prozessrechts. Sie werden im Unterschied zu den Rechtsgeschäften des materiellen Rechts **Prozesshandlungen** der Parteien genannt. Während das BGB in den §§ 104–185 eine umfassende Regelung der Voraussetzungen von Rechtsgeschäften enthält, fehlt eine vergleichbare Regelungstiefe in der ZPO für Prozesshandlungen.

#### I. Abgrenzung von materiellen Rechtsgeschäften und Prozesshandlungen

- 3 Die Abgrenzung von Rechtsgeschäften und Prozesshandlungen ist mitunter schwierig, weil materielle Rechtsgeschäfte auch im Rahmen eines Prozesses vorgenommen werden können und weil Prozesshandlungen materiellrechtliche Wirkungen haben können.
- 4 Außer dem Prozessvergleich, der sowohl materielles Rechtsgeschäft als auch Prozesshandlung ist (§ 16 Rn. 43), ist eine Handlung entweder als materielles Rechtsgeschäft oder Prozesshandlung zu qualifizieren.

#### 1. Voraussetzungen und Wirkungen im Prozessrecht

- 5 Keine Abgrenzungsfragen entstehen, wenn Voraussetzungen und Wirkung einer Handlung im Prozessrecht geregelt sind.

**Merke:** Prozesshandlungen liegen vor, wenn Voraussetzungen und Wirkung im Prozessrecht geregelt sind.

Dieser eindeutige Fall ist leider selten gegeben. Das Geständnis (§ 288) ist hierfür ein Beispiel ebenso wie die Einlegung von Rechtsmitteln. 6

## 2. Unterscheidung nach der Hauptwirkung

Diese Definition reicht demnach nicht aus, um Prozesshandlungen und Rechtsgeschäfte voneinander abgrenzen zu können. Auch ein rein zeitliches Element etwa derart, dass Prozesshandlungen nur in einem bereits rechtshängigen Verfahren gegeben sein können, ist nicht hilfreich, weil z.B. eine Prozessvollmacht bereits vor diesem Zeitpunkt gegeben wird, aber doch ganz klar im Hinblick auf einen Prozess. Eine rein materiellrechtliche Einordnung wäre also sicher nicht richtig. 7

Heute wird daher nach der Zielrichtung der Handlungen unterschieden. 8

**Merke:** Danach sind Prozesshandlungen die von einem Handlungswillen getragenen Verhaltensweisen, die ihre **Hauptwirkung** im prozessualen Bereich entfalten.

Nebenwirkungen im Prozess bzw. im materiellen Recht führen nicht zu einer abweichenden Qualifikation. Die Prozessvollmacht ist daher Prozesshandlung und unterliegt in Voraussetzungen und Wirkungen den Regeln des Prozessrechts. Die Klageerhebung hat ihre Hauptwirkung im prozessualen Bereich, wenn sie auch materiellrechtliche Wirkungen hat (§ 8 Rn. 83 ff.). Die Veräußerung der streitbefangenen Sache (§ 265) ist ein materielles Rechtsgeschäft der Übertragung der Sache, um die im Prozess gestritten wird. Die Hauptwirkung aber liegt im materiellrechtlichen, nicht im prozessualen Bereich. 9

## 3. Vornahme materieller Rechtsgeschäfte im Prozess

Soweit materielle Rechtsgeschäfte wie Kündigung, Aufrechnung, Anfechtung usw. im Verlauf eines Prozesses vorgenommen werden, bleiben diese auch bei Vornahme im Prozess materielle Rechtsgeschäfte, deren Voraussetzungen und Wirkungen im materiellen Recht geregelt sind. Hiervon ist aber die **prozessuale Geltendmachung** als Angriffs- oder Verteidigungsmittel zu trennen. 10

**Merke:** Zwischen materiellrechtlichen Rechtsgeschäften und ihrer Geltendmachung im Prozess ist zu unterscheiden.

Die Geltendmachung materieller Rechtsgeschäfte im Prozess ist Prozesshandlung und untersteht den Normen des Prozessrechts.

Daher spielt es auch keine Rolle, ob eine Kündigung in der mündlichen Verhandlung erklärt wird oder außerhalb der mündlichen Verhandlung in einem rechtshängigen Verfahren. In beiden Fällen liegt in der Kündigung die Ausübung eines materiellen Gestaltungsrechts. Davon ist die prozessuale Geltendmachung zu unterscheiden, auch wenn bei der Kündigung in der mündlichen Verhandlung diese Trennung von außen nicht sichtbar ist, weil beides räumlich und zeitlich zusammenfällt. 11

► **Hinweis:** In Fällen des zeitlichen Zusammentreffens des materiellen Rechtsgeschäfts und der Prozesshandlung liegt ein **Doppeltatbestand** vor. Eine Handlung lässt sich gleichzeitig unter materielle und prozessuale Vorschriften subsumieren. Die Wirksamkeit des materiellen Rechtsgeschäfts ist aber rein nach materiellem Recht und die der Prozesshandlung allein nach Prozessrecht zu beurteilen. Keineswegs müssen für die Wirksamkeit kumulativ die Anforderungen des materiellen und des Prozessrechts erfüllt sein. Die Handlung hat nicht wie der Prozessvergleich eine **Doppelnatur**. ◀

## II. Arten der Prozesshandlungen

### 1. Ein- und zweiseitige Prozesshandlungen

*Literatur:* *Hellwig*, Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages, 1968; *Schlosser*, Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess, 1968; *Söhring*, Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozessverträgen, 1968; *Schiedermair*, Vereinbarungen im Zivilprozess, 1935; *Teubner/Künzel*, Prozessverträge, MDR 1988, 720; *Wagner*, Prozessverträge, 1998.

- 12 Die Mehrzahl der Prozesshandlungen richtet sich an das Gericht und ist einseitig. Prozesshandlungen können Angriff, Angriffsmittel, Verteidigung oder Verteidigungsmittel sein.
- 13 Die Klage ist der prozessuale Angriff, Angriffsmittel jedes Vorbringen zur Durchsetzung des geltend gemachten Anspruchs, z.B. eine Behauptung oder ein Beweismittel. Verteidigungsmittel ist das Vorbringen zur Abwehr des klägerischen Anspruchs.
- 14 Daneben gibt es aber auch zweiseitige Prozesshandlungen, die sog. **Prozessverträge**. Die bekanntesten Prozessverträge sind die Gerichtsstands- (dazu § 6 Rn. 83) und die Schiedsvereinbarung sowie der Prozessvergleich, der gleichzeitig Prozessvertrag und materiellrechtlicher Vertrag i.S. von § 779 BGB ist. Bei den Prozessverträgen zeigt sich die geringe Regelungsdichte, die das Prozessrecht im Bereich der Prozesshandlungen aufweist, am deutlichsten. Hier ist der Rückgriff auf Regeln des BGB, z.B. zur Beurteilung des Einigungstatbestandes, unumgänglich.

### 2. Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen

- 15 Verbreitet ist weiter die Unterscheidung nach Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen.
- 16 **Erwirkungshandlungen** sollen das Gericht zu einem bestimmten Handeln veranlassen, können dieses Verhalten aber nicht unmittelbar herbeiführen (z.B. Beweisantrag, Behauptungen, Bestreiten).  
▶ **Klausurhinweis:** Erwirkungshandlungen sind auf Zulässigkeit und Begründetheit zu prüfen. ◀
- 17 **Bewirkungshandlungen** haben dagegen eine unmittelbare, nicht von der Tätigkeit des Gerichts abhängige prozessuale Wirkung und gestalten die prozessuale Rechtslage um (z.B. Geständnis, Anerkenntnis, Verzicht, Klagerücknahme, Rechtsmittelverzicht).  
▶ **Klausurhinweis:** Bewirkungshandlungen sind auf ihre Wirksamkeit zu prüfen, nicht auf Zulässigkeit und Begründetheit. ◀
- 18 Je nach dem Ergebnis dieser Prüfung sind Bewirkungshandlungen für das weitere Verfahren beachtlich oder unbeachtlich.
- 19 In Einzelfällen kann eine Prozesshandlung zugleich Erwirkungs- und Bewirkungshandlung sein: Die Klage hat unmittelbar (Bewirkungshandlung) die Rechtshängigkeit des Streitgegenstands zur Folge, ist aber zugleich als Erwirkungshandlung an das Gericht gerichtet, es möge wie beantragt entscheiden.

## III. Regelung der Parteihandlungen

- 20 Auch wenn in der ZPO eine geschlossene Regelung der Voraussetzungen von Prozesshandlungen fehlt, gilt grundsätzlich, dass das Prozessrecht die Voraussetzungen

der Prozesshandlungen selbst regelt. Die umfassende Regelung des BGB für Rechtsgeschäfte (§§ 104–185 BGB) darf wegen der Unterschiede von Rechtsgeschäften und Prozesshandlungen keineswegs unbesehen in das Prozessrecht erstreckt werden. Da die Regelung im Prozessrecht lückenhaft ist, kann und muss jedoch in Einzelfällen auf übertragbare Regeln des materiellen Rechts zurückgegriffen werden.

### 1. Prozesshandlungsvoraussetzungen

Sowohl die Zulässigkeit von Erwirkungshandlungen (beachten Sie den Prüfungsaufbau) als auch die Wirksamkeit von Bewirkungshandlungen (beachten Sie den Prüfungsaufbau im Unterschied zu den Erwirkungshandlungen) erfordert das Vorliegen der Prozesshandlungsvoraussetzungen. 21

Diese sind Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit und Postulationsfähigkeit sowie die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters und die Vollmacht bei der gewillkürten Stellvertretung. Hierzu wird auf die obigen Ausführungen verwiesen (§ 7 Rn. 21 ff.). 22

### 2. Form und Wirksamwerden

**Literatur:** *Bacher*, Eingang von E-Mail-Sendungen bei Gericht, MDR 2002, 559; *Dästner*, Neue Formvorschriften im Prozessrecht, NJW 2001, 3469; *Fritzsche*, Die Pflicht zum elektronischen Rechtsverkehr – Chancen und Risiken, NZFam 2022, 1; *Jungbauer*, Einreichung elektronischer Dokumente via beA im Zivilprozess, DAR 2022, 52; *Krüger/Bütter*, „Justitia goes online!“ – Elektronischer Rechtsverkehr im Zivilprozess, MDR 2003, 181; *Rossnagel*, Beweiswert von E-Mail, NJW 2003, 1209; *Rühl/Horn*, Digitalisierung des Zivilprozesses, AnwBl 2023, 96; *Schultzky*, Elektronische Kommunikation im Zivilprozess, MDR 2022, 201; *Vollkommer*, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, 1973.

Form und Wirksamwerden von Prozesshandlungen regelt das Prozessrecht selbst. Es ist zu unterscheiden, ob eine Prozesshandlung in oder außerhalb der mündlichen Verhandlung vorgenommen wird. 23

#### a) Prozesshandlung in mündlicher Verhandlung

In mündlicher Verhandlung erfolgt die Prozesshandlung durch Erklärung gegenüber dem Gericht. Es kommt weder auf die Anwesenheit der anderen Partei (soweit diese ordnungsgemäß geladen ist) noch auf die Protokollierung an. 24

#### b) Prozesshandlung außerhalb der mündlichen Verhandlung

##### aa) Gegenüber dem Gericht

Gegenüber dem Gericht erfolgen Prozesshandlungen durch **Einreichung eines Schriftsatzes**. Dies ist der Fall bei der Einlegung des Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil (§ 340 Abs. 1), der Einlegung von Rechtsmitteln (§§ 519 Abs. 1 (Berufungsschrift), 549 Abs. 1 (Revisionschrift), 569 Abs. 2 S. 1 (Beschwerdeschrift)), der Begründung von Berufung und Revision (§§ 520 Abs. 3 S. 1, 551 Abs. 2 S. 1) und dem Antrag auf Wiedereinsetzung in diesen Fällen (§ 236 Abs. 1). 25

In Einzelfällen kann die Prozesshandlung auch **mündlich zum Protokoll der Geschäftsstelle** (z.B. nach § 117 Abs. 1 S. 1 (PKH-Antrag), § 496 (Verfahren vor AG), § 569 Abs. 3 (Beschwerdeschrift)) angebracht werden. 26

- 27 **Wirksam** wird die Prozesshandlung analog § 130 Abs. 1 BGB: Es muss der Gewahrsam des Gerichts in einer für die Entgegennahme von Schriftsätzen üblichen Weise begründet werden. Dazu richten die Gerichte Nachtbriefkästen aber auch Telefax ein, so dass Fristen bis 24 Uhr ausgenutzt werden können. Für E-Mail gilt § 130 a Abs. 5 S. 1: Danach ist das elektronische Dokument eingereicht, sobald die für den Empfang bestimmte Einrichtung des Gerichts es aufgezeichnet hat. Auf einen Ausdruck oder Kenntnis bestimmter Personen kommt es nicht an.
- 28 Die Urschriften der zuzustellenden oder einzureichenden Schriftstücke müssen vom Erklärenden, in Anwaltprozessen von einem zugelassenen Rechtsanwalt, eigenhändig unterschrieben sein. Durch den **Einsatz neuer Techniken** im Verfahren kam es hier zu gravierenden Neuerungen, die für die Einreichung der Klageschrift bereits erörtert wurden. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen (§ 8 Rn. 16 ff.).
- **Klausurhinweis:** Die Neuregelung der Schriftform im zivilprozessualen Verfahren muss als examensrelevant eingestuft werden. ◀

#### bb) Gegenüber dem Gegner

- 29 Gegenüber dem Gegner werden Prozesshandlungen durch Zustellung eines Schriftsatzes vorgenommen, teilweise auch durch formlose Mitteilung (z.B. §§ 134 Abs. 1, 270 S. 1, 364 Abs. 4). Auch der Verzicht auf Rechtsmittel kann durch formlose Mitteilung erklärt werden.
- 30 **Wirksam** wird die Prozesshandlung erst, wenn der Schriftsatz zugestellt wird, auch wenn die Zustellung unter Mitwirkung des Gerichts erfolgt. Wird eine formlose Mitteilung durch die Post versandt, gilt sie, falls der Adressat im Bereich des Ortsbestellverkehrs wohnt, an dem folgenden, sonst an dem zweiten Werktag nach der Aufgabe zur Post als zugegangen, außer wenn der Adressat glaubhaft macht, dass ihm die Mitteilung überhaupt nicht oder erst später zugegangen ist (§ 270 S. 2). Analog § 130 Abs. 1 S. 2 BGB soll bis zu diesem Zeitpunkt auch ein Widerruf möglich sein.

#### 3. Auslegung

- 31 Prozesshandlungen sind der Auslegung grundsätzlich zugänglich.<sup>1</sup> Vorrangig ist jedoch im Verfahren die richterliche Klärung gem. § 139. Für die Auslegung von Prozesshandlungen werden die Auslegungsregeln des BGB (§§ 133, 157) entsprechend herangezogen.<sup>2</sup> Empfangsbedürftige Erklärungen sind vom Standpunkt des Empfängers auszulegen, ein entgegenstehender innerer Wille ist unbeachtlich. Im Zweifel ist eine Auslegung vorzuziehen, die die Wirksamkeit der Prozesshandlung ergibt. Auch eine Umdeutung (§ 140 BGB analog) ist denkbar.<sup>3</sup>

#### 4. Bedingungen

**Literatur:** *Gottwald/Adolphsen*, Zur Zulässigkeit der eventuellen subjektiven Klagehäufung, (Linzer) Beiträge zum Zivilprozessrecht, Bd. V, 2003, S. 1; *Kion*, Eventualverhältnisse im Zivilprozess, 1971; *Merle*, Zur eventuellen Klagenhäufung, ZZZ 83 (1970), 436; *Wendtland*, Die Verbindung von Haupt- und Hilfsantrag im Zivilprozess, 2001.

1 BGH, Beschluss vom 7.11.1989, Az.: VI ZB 25/8 = NJW 1990, 1118; BGH, Beschluss vom 10.6.2003, Az.: VIII ZB 126/02 = NJW 2003, 3418.  
2 *Henke*, „Ein Mann – ein Wort?“ – Die Auslegung von Prozesshandlungen, ZZZ 112 (1999), 397, 430.  
3 BGH, Urteil vom 6.12.2000, Az.: XII ZR 219/98 = NJW 2001, 1217.

Bei der Regelung der Bedingung zeigen sich erhebliche und examensrelevante Unterschiede materieller Rechtsgeschäfte und Prozesshandlungen. 32

Der Prozess ist ein kontinuierliches Fortschreiten in einem Verfahren. Die einzelnen Schritte bauen aufeinander auf. Daher ist es zwingend, dass über den bisherigen Weg Klarheit herrscht und nicht eine von einer Bedingung abhängige Prozesslage entsteht, die ein weiteres Fortschreiten unmöglich macht. Unsicherheit entsteht bei außerprozessualen Bedingungen, weil der Eintritt dieses ungewissen Ereignisses nicht von den am Prozessrechtsverhältnis Beteiligten beherrscht wird. 33

**Merke:** Prozesshandlungen dürfen nicht von einer außerprozessualen Bedingung abhängig gemacht werden.

In diesem Bereich gibt es jedoch praxis- und prüfungsrelevante Ausnahmen. 34

Die wichtigste ist die **Zulässigkeit innerprozessualer Bedingungen**. Danach können die Parteien innerhalb eines bereits rechtshängigen Verfahrens eine Prozesshandlung davon abhängig machen, dass ein bestimmtes innerprozessuales Ereignis eintritt bzw. der Prozess sich in bestimmter Weise entwickelt. Da dieses in der Macht des Gerichts liegt, wird keine den Prozess beeinträchtigende Unsicherheit in das Verfahren hineingetragen. Relevant ist diese Fallgruppe ausschließlich für Erwirkungshandlungen, da darüber das Gericht – mangels unmittelbarer prozessualer Wirkung – zu befinden hat. 35

Der Bestand des Prozessrechtsverhältnisses darf dagegen nicht von einer innerprozessualen Bedingung abhängig sein, so dass eine bedingte Klageerhebung in jedem Fall unzulässig ist. 36

**Merke:** Innerhalb eines bereits rechtshängigen Verfahrens darf eine Prozesshandlung von der Entwicklung des Verfahrens (innerprozessuale Bedingung) abhängig gemacht werden.

### a) Haupt- und Hilfsantrag

Der Kläger ist befugt, eine **eventuelle objektive Klagehäufung** (§ 8 Rn. 101 f.) vorzunehmen. Er kann z.B. Klage auf Zahlung an sich, hilfsweise auf Zahlung an den Insolvenzverwalter erheben. In diesem Fall stellt er zwei Anträge, von denen einer unbedingt, der andere aber bedingt gestellt ist. Der bedingt erhobene Antrag ist **Hilfsantrag**. (Formulierung: „Hilfsweise wird beantragt...“). Dieser kann sowohl für den Fall, dass der Hauptantrag scheitert („eigentlicher Hilfsantrag“), gestellt werden als auch für den Fall des Erfolgs des Hauptantrags („uneigentlicher Hilfsantrag“). In jedem Fall muss aber einer von mehreren Anträgen unbedingt gestellt werden und die Anträge müssen auf das wirtschaftlich oder rechtlich gleiche Ziel gerichtet sein. Da die Entscheidung über den Hilfsantrag lediglich von der Entscheidung über den Hauptantrag abhängig ist, die das Gericht selbst trifft, wird keine Unsicherheit in den Prozess gebracht. 37

**Merke:** Hilfsanträge können von der Entscheidung über den Hauptantrag abhängig gemacht werden.

Das gleiche Recht hat auch der Beklagte. Er kann eine Hilfswiderklage erheben, z.B. wenn die Prozessaufrechnung gesetzlich oder vertraglich ausgeschlossen ist. 38

Bei der innerprozessualen Bedingung handelt es sich um eine **auflösende**, nicht um eine aufschiebende. Auch der Hilfsantrag wird mit Zustellung der Klage rechtshängig. Die Hemmung der Verjährung (§ 204 Abs. 1 BGB) erstreckt sich auch auf den hilfsweise 39



geltend gemachten Antrag.<sup>4</sup> Die Rechtshängigkeit erlischt mit Wirkung *ex tunc*, wenn die Bedingung nicht eintritt.

► **Vertiefung:** Dies hat Konsequenzen für die Verjährung, die während der Rechtshängigkeit der Klage gehemmt ist (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Wegen des Wegfalls *ex tunc* kann die Verjährungsfrist abgelaufen sein, wenn der Ausfall der Bedingung feststeht. Hier hilft § 204 Abs. 2 S. 4 BGB: Danach bleibt die verjährungshemmende Wirkung erhalten, wenn der Hilfsantrag binnen sechs Monaten erneut rechtshängig gemacht wird.<sup>5</sup> ◀

- 40 Das Gericht ist an das Verhältnis von Haupt- und Hilfsantrag gebunden (§ 308 Abs. 1). Es darf erst und nur dann über den Hilfsantrag entscheiden, wenn die innerprozessuale Bedingung eintritt. Beim eigentlichen Hilfsantrag also nur dann, wenn der Hauptantrag entweder unzulässig oder unbegründet ist. Tritt die Bedingung nicht ein, so beachtet das Gericht den Hilfsantrag nicht.
- 41 Da aber der Hilfsantrag selbst bereits rechtshängig ist, kann das Gericht über den Hilfsantrag schon vor der Entscheidung über den Hauptantrag verhandeln, was verfahrensökonomisch sein kann. Denn es ist nur an einer Entscheidung durch die Bedingung gehindert.
- 42 Unzulässig ist es, eine Klage vom Ausgang eines anderen Klageverfahrens oder vom positiven Ausgang des **PKH-Antrags** abhängig zu machen.<sup>6</sup> Wird gleichzeitig PKH beantragt und Klage erhoben, so ist i.d.R. von der unbedingten Klageerhebung auszugehen. In der Praxis wird die Klage meist als Entwurf gekennzeichnet oder nicht unterschrieben.

### b) Eventualaufrechnung

- 43 Auch die Eventualaufrechnung gehört in den Zusammenhang zulässiger Bedingungen. In der Regel erklärt der Beklagte im Verfahren die Aufrechnung immer nur hilfsweise für den Fall, dass er mit seiner Verteidigung gegen die klägerische Forderung nicht durchdringt, das Gericht also von einem klägerischen Anspruch ausgeht. Die Aufrechnung wird deshalb hilfsweise erklärt, weil der Beklagte, wenn die klägerische Hauptforderung zurückgewiesen wird, seinen Anspruch noch behält, während dieser ansonsten durch Aufrechnung erlischt. Hierbei muss man gleich zweifach der Bedingungsfeindlichkeit beugen:
- 44 Erstens sind Prozesshandlungen (die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess ist Prozesshandlung) an sich bedingungsfeindlich, allerdings liegt eine innerprozessuale Bedingung vor.

► **Vertiefung:** Zur Vertiefung sei darauf verwiesen, dass diese Annahme umstritten ist: Einige gehen davon aus, dass Voraussetzung jeder Aufrechnung das Bestehen der Forderung sei. Über das Bestehen der Forderung müsse das Gericht in jedem Fall Beweis erheben (sog. **Beweiserhebungstheorie**).<sup>7</sup> Aus diesem Grund sei die Prozesshandlung der Geltendmachung der Aufrechnung nicht bedingt.<sup>8</sup> ◀

4 BGH, Urteil vom 8.1.2014, Az.: XII ZR 12/13= NJW 2014, 920.

5 Gegenüber der bisherigen Unterbrechungsregelung hat sich daher nichts geändert. Rechtsprechung und Literatur bleiben verwertbar. S. BGH, Urteil vom 17.1.1968, Az.: VIII ZR 207/65 = NJW 1968, 692.

6 BGH, Beschluss vom 16.12.1987, Az.: IVb ZB 161/87 = NJW 1988, 2046, 2047.

7 BGH, Urteil vom 25.6.1956, Az.: II ZR 78/55 = ZPZ 69 (1956), 429.

8 R/S/G, ZPR, § 104 Rn. 15 ff.

Zweitens ist die Erklärung der Aufrechnung ein materielles Rechtsgeschäft und zwar ein Gestaltungsrecht und als solches ebenfalls bedingungsfeindlich gem. § 388 S. 2 BGB. Jedoch wird überwiegend angenommen, dass der Anwendungsbereich des § 388 S. 2 BGB in diesem Fall im Interesse des Beklagten teleologisch zu reduzieren sei. Sinn der Vorschrift ist es, den Empfänger der Aufrechnungserklärung vor der Unsicherheit zu schützen, ob die Forderungen durch Aufrechnung erloschen sind. Dies sei aber nicht erforderlich, wenn ein Gericht in einem Verfahren darüber entscheide. Werden mehrere Gegenforderungen von einem Beklagten hilfsweise zur Aufrechnung gestellt, so bestimmt sich die Tilgungsreihenfolge nach § 396 BGB. Maßgeblich ist die Reihenfolge, die der Aufrechnende bestimmt. 45

## 5. Fehler von Prozesshandlungen

Prozesshandlungen können verschiedenste Fehler aufweisen. Sie können außerhalb einer Frist vorgenommen worden sein, es können die Prozesshandlungsvoraussetzungen fehlen oder es mangelt an der Form bzw. dem erforderlichen Inhalt. 46

Soweit Parteiaktionen einen Fehler aufweisen, ist streng nach Bewirkungs- und Erwirkungshandlungen zu unterscheiden. 47

### a) Fehler bei Bewirkungshandlungen

Ist eine Bewirkungshandlung fehlerhaft, so ist sie nicht in der Lage, die prozessual erstrebte Rechtsfolge aus sich heraus herbeizuführen. Das Gericht entscheidet daher ohne Beachtung der fehlerhaften Handlung. Es liegt praktisch Unbeachtlichkeit vor. 48

### b) Fehler und ihre Heilung bei Erwirkungshandlungen

Bei fehlerhaften Erwirkungshandlungen liegt keine Unbeachtlichkeit vor. Eine einheitliche Regelung der Fehlerfolge bzw. der Möglichkeit der Heilung gibt es in der ZPO nicht. 49

#### aa) Neuvornahme

Zahlreiche Fehler können nachträglich dadurch geheilt werden, dass die Handlung fehlerfrei erneut vorgenommen wird. Wird eine nicht unterschriebene Klage nachträglich unterschrieben, ist sie insoweit fehlerlos. Soweit aber die Klageerhebung eine Frist hemmen sollte, tritt diese Wirkung erst mit der fehlerfreien Klageerhebung ein. 50

#### bb) Genehmigung

Mängel der persönlichen Parteivoraussetzungen können mit Wirkung *ex tunc* beseitigt werden, z.B. die Klageerhebung eines Parteiunfähigen durch Genehmigung des später parteifähig gewordenen. Gleiches gilt für die Parteiaktion eines Vertreters ohne Vertretungsmacht. Auch hier kann der Vertretene rückwirkend genehmigen. 51

#### cc) Rügeverzicht des Gegners

Die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozesshandlung betreffenden Vorschrift kann nach § 295 Abs. 1 nicht mehr gerügt werden, wenn der Gegner auf die Befolgung der Vorschrift ausdrücklich verzichtet oder den Mangel nicht rügt. Das Gericht hat in diesem Fall die fehlerhafte wie eine wirksame Prozess- 52

handlung zu behandeln. Voraussetzung ist aber in jedem Fall, dass es sich um die Verletzung einer verzichtbaren Verfahrensvorschrift handelt und nicht um eine, deren Befolgung im öffentlichen Interesse liegt (§ 295 Abs. 2). Wird z.B. eine Vorschrift über die funktionelle Zuständigkeit verletzt, so erfolgt keine Heilung durch Rügeverzicht, weil die Vorschriften über die funktionelle Zuständigkeit im öffentlichen Interesse bestehen.

## 6. Beseitigung vorgenommener Prozesshandlungen

**Literatur:** *Arens*, Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozess, 1968; *Gaul*, Willensmängel bei Prozesshandlungen, AcP 172 (1972), 342; *Orfanides*, Die Berücksichtigung von Willensmängeln im Zivilprozess, 1982.

- 53 Prozesshandlungen schaffen Prozesssituationen, die für alle am Prozessrechtsverhältnis Beteiligten als feste Grundlage ihrer eigenen Prozessführung dienen sollen. Das damit verbundene Postulat der Rechtssicherheit schließt es aus, einmal eingetretene Situationen wieder rückwirkend zu ändern.

**Merke:** Auf Prozesshandlungen sind die §§ 116 ff. BGB über die Wirksamkeit und die Beseitigung der Rechtsfolgen von Willenserklärungen nicht analog anwendbar.

- 54 Verstreut und unübersichtlich enthält die ZPO gleichwohl Regeln, die eine Berichtigung, Korrektur oder Beseitigung bestimmter Prozesshandlungen ermöglichen.

### a) Anfechtung

- 55 Eine Anfechtung von Prozesshandlungen in analoger Anwendung der §§ 119, 123, 142 Abs. 1 BGB ist nicht möglich.<sup>9</sup>

### b) Widerruf und Rücknahme

- 56 Ob Prozesshandlungen widerrufen oder zurückgenommen werden können, hängt davon ab, ob sie bereits die Prozesslage verändert haben.

- 57 Sobald eine **Bewirkungshandlung** vorgenommen wurde, hat diese die Prozesslage umgestaltet. Daher sind vorgenommene Bewirkungshandlungen unwiderruflich.

► **Vertiefung:** Dieser Grundsatz hat eine wichtige Ausnahme erfahren. Soweit ein Urteil wegen eines **Restitutionsgrundes** mit einer Wiederaufnahmeklage (§ 580) beseitigt werden könnte (§ 28 Rn. 73), ist es zulässig, den Restitutionsgrund vorzeitig zu berücksichtigen, was zu einem Widerruf auch einer Bewirkungshandlung führen kann.<sup>10</sup> Die Idee dieser Ausnahme ist es, einen Aufhebungsgrund schon im anhängigen Verfahren zu berücksichtigen, um nicht ein Urteil zu erlassen, das von vornherein mit der Aufhebungsmöglichkeit belastet ist. ◀

- 58 Auch eine **Klagerücknahme** soll mit Zustimmung des Beklagten aus prozessökonomischen Gründen widerrufen werden können.

- 59 Die ZPO bietet zahlreiche Möglichkeiten, um die Wirkung von **Erwirkungshandlungen** zu ändern oder zu beseitigen. Die Klage kann z.B. geändert oder zurückgenommen werden.

9 BGH, Urteil vom 27.5.1981, Az.: IVb ZR 589/80 = BGHZ 80, 389, 392 = NJW 1981, 2193. Die Literatur ist hier zum Teil anderer Ansicht, vgl. *Arens*, Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozess, S. 115 ff., 205 ff.

10 BGH, Urteil vom 8.12.1993, Az.: XII ZR 133/92 = NJW-RR 1994, 386; R/S/G, ZPR, § 65 Rn. 45.

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

---

- > Was sind Prozesshandlungen und wo sind sie geregelt?
- > Wie werden Rechtsgeschäfte und Prozesshandlungen abgegrenzt?
- > Können Rechtsgeschäfte prozessuale Wirkung erlangen?
- > Wie unterscheiden sich Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen und wie werden sie geprüft?
- > Können Prozesshandlungen mit einer Bedingung versehen werden?
- > Was sind Hilfsanträge?

## § 12 Selbstständige und unselbstständige Verteidigung des Beklagten

### I. Die Verteidigung des Beklagten

- 1 Der Beklagte kann sich gegen die Klage verteidigen. Eine entsprechende Pflicht besteht aber nicht. Er kann sich auch gänzlich passiv verhalten, womit er aber ein Versäumnisurteil im schriftlichen Verfahren (§§ 276 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 331 Abs. 3) oder spätestens, wenn er seine Verteidigungsbereitschaft doch anzeigt, in der mündlichen Verhandlung provoziert, wenn er nicht erscheint oder nicht verhandelt (§ 331 Abs. 1, siehe § 17).
- 2 Insofern spricht man im Gegensatz zu einer Verhandlungspflicht von einer **Verhandlungslast**, weil die Passivität für den Beklagten nachteilige Folgen hat.
- 3 Der Beklagte kann sich auch aktiv beteiligen, ohne dem Klageantrag zu widersprechen, indem er diesen anerkennt (§ 307). Er kann an einem Vergleich oder einer übereinstimmenden Erledigungserklärung mitwirken.
- 4 Wenn sich der Beklagte verteidigt und Klageabweisung beantragt, kommt es zur **kontradiktorischen Verhandlung**.
  - Dabei kann der Beklagte vorbringen, dass die Klage nicht schlüssig ist (dazu Rn. 11).
 

**Merke:** Schlüssig ist eine Klage, wenn der Klägervortrag, als wahr unterstellt, den gestellten Antrag rechtfertigt.
  - Er kann vorbringen, dass eine oder mehrere Sachentscheidungs Voraussetzungen fehlen oder
  - ein Prozesshindernis geltend machen.
- 5 In den beiden letzten Fällen erstrebt er ein **Prozessurteil**, also eine Abweisung der Klage als unzulässig.
  - Er kann aber auch die vom Kläger vorgetragene(n) Tatsachen bestreiten bzw. andere Tatsachen vortragen.
  - Er kann die vom Kläger vorgetragene(n) Tatsachen zugestehen (§ 288) oder nicht bestreiten (§ 138 Abs. 3) und lediglich die Rechtsansicht des Klägers in Frage stellen.
- 6 In den beiden letzten Fällen erstrebt er ein **Sachurteil** zulasten des Klägers, also eine Abweisung der Klage als unbegründet.
  - Er kann jedoch selbst aktiv werden, indem er gegen den klägerischen Anspruch (hilfsweise) aufrechnet oder selber durch eine Widerklage zum Angriff übergeht.

### II. Streit um Tatsachen

- 7 In vielen Verfahren ist nicht die Rechtsanwendung das Problem, sondern die Feststellung dessen, was sich wirklich zugetragen hat. Die Parteien können eine unterschiedliche Wahrnehmung des tatsächlich Geschehenen haben, sie können aber auch jeweils günstige Tatsachen vortragen und ungünstige Tatsachen möglichst zurückhalten wollen.

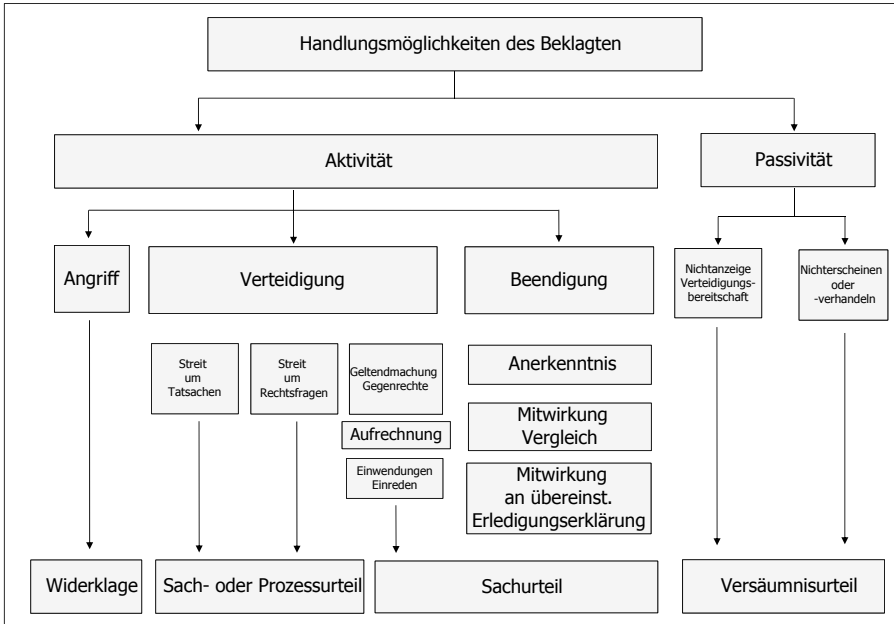


Abb. 22 Handlungsmöglichkeiten des Beklagten

1. Tatsachengrundlage im Prozess

Es ist Sache der Parteien, diejenigen Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, auf die das Gericht seine Entscheidung stützen soll. Diese Last der Parteien ist Ausfluss des Beibringungsgrundsatzes (§ 4 Rn. 12 ff.). Das Gegenstück hierzu bildet der Untersuchungsgrundsatz bzw. die Inquisitionsmaxime. Danach obliegt es dem Gericht, für die Beschaffung und den Beweis der der Entscheidung zugrunde zu legenden Tatsachen zu sorgen. Der Untersuchungsgrundsatz gilt überall dort, wo primär ein öffentliches Interesse an der Feststellung der Wahrheit besteht, etwa im Straf- und Verwaltungsprozess, aber auch in Teilen des Zivilprozesses, etwa in Kindschaftssachen (§§ 127, 113, 177 FamFG). Dort kommt es zur Geltung des Untersuchungsgrundsatzes und zu einer Einschränkung der Parteiherrschaft.

8

Als Ausfluss der Parteiherrschaft ist es dem Gericht verwehrt, andere Tatsachen als die von den Parteien in den Prozess eingeführten zu berücksichtigen, es sei denn, sie sind offenkundig (§ 291). Nicht vorgetragene Tatsachen werden als nicht bestehend im Verfahren behandelt.

9

Die **Prozessförderungspflicht** der Parteien verpflichtet diese dazu, den Tatsachenstoff zeitig und konzentriert, d.h. nicht stückweise in den Prozess einzuführen (§ 282). Ansonsten droht die Zurückweisung verspäteten Vorbringens gem. § 296.

10

2. Schlüssigkeit des klägerischen Tatsachenvortrags

In seiner Klageschrift schildert der Kläger einen bestimmten Tatsachenkomplex, aus dem sich seiner Ansicht nach ein bestimmter Anspruch ergibt. Zwar sind Rechtsausführungen an sich nicht erforderlich, weil das Gericht das Recht frei auf den vorgetra-

11

genen Sachverhalt anwendet. Regelmäßig wird jedoch nicht nur ein Tatsachenkomplex geschildert, sondern auch eine Subsumtion unter eine bestimmte Norm durchgeführt, ohne den Richter aber an diese Rechtsanwendung durch die Partei zu binden.

- 12 Der Richter prüft (nachdem er sich von der Zulässigkeit der Klage überzeugt hat, § 10 Rn. 15) auf der Grundlage dieser einseitigen Schilderung der klagebegründenden Tatsachen zunächst, ob diese den klägerischen Anspruch rechtfertigen. Nur dann ist die Klage schlüssig.
- 13 Dahinter verbirgt sich eine alltägliche Subsumtion unter ausschließlicher Zugrundelegung des klägerischen Vorbringens.

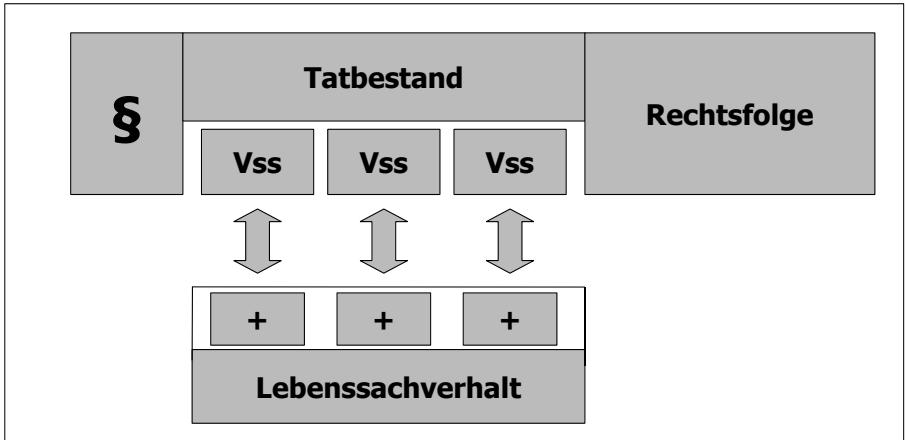


Abb. 23 Subsumtion

- 14 Und auch nur wenn die Klage schlüssig ist, ist die Tatsachenschilderung des Beklagten überhaupt relevant.  
**Merke:** Ist die Klage nicht schlüssig, weist sie der Richter als unbegründet ab, ohne dass es auf die Einlassung des Beklagten in irgendeiner Weise ankommt.

**3. Erheblichkeit des Beklagtenvorbringens**

- 15 Trägt der Beklagte seinerseits Tatsachen vor, so kommt es darauf an, ob diese etwas an dem schlüssigen Klägervorbringen ändern. Tun sie dies, handelt es sich um erhebliches Beklagtenvorbringen. Je nachdem, worauf sich die vom Beklagten eingeführten Tatsachen beziehen, begehrt er ein Prozess- oder ein Sachurteil. Das in der Praxis gebräuchliche Instrument ist die **Relationstechnik**, mit der der Richter für seine Subsumtion den Prozessstoff ordnet.<sup>1</sup> Ziel ist es, unnötige Beweiserhebungen zu vermeiden.

**a) Im Hinblick auf Sachentscheidungs Voraussetzungen und Prozesshindernisse**

- 16 Erhebt der Beklagte eine Zulässigkeitsrüge, d.h. trägt er eine Tatsache vor, die z.B. eine Sachentscheidungs Voraussetzung entfallen lässt (z.B. der Kläger sei im Anwaltsprozess

1 Dazu Schellhammer, Die Arbeitsmethode des Zivilrichters, 18. Aufl. 2019; mit dem Suchbegriff „Relationstechnik“ findet man eine Fülle von Treffern von z.T. wirklich guten Darstellungen und Bildern, u.a. auch YouTube Videos von Richtern, die in der Referendausbildung tätig sind.

nicht ordnungsgemäß vertreten), so prüft der Richter diese gleich zu Beginn in der Zulässigkeitsstation. Wird das erhebliche Beklagtenvorbringen nicht widerlegt, ergeht ein Prozessurteil.

► **Fall 1:** K klagt gegen B auf Zahlung von Werklohn. B macht geltend, er hätte mit K einen Schiedsvertrag geschlossen und legt diesen vor. ◀

In diesem Fall trägt B Tatsachen vor (Abschluss eines Schiedsvertrages), die ein Prozesshindernis begründen. Sein Vorbringen ist erheblich, weil das Gericht die Klage als unzulässig abzuweisen hätte (§ 1032 Abs. 1). 17

### b) Klageleugnen

Darüber hinaus kann der Beklagte die Richtigkeit des klägerischen Tatsachenvortrags ganz oder teilweise bestreiten, um ein klageabweisendes Sachurteil zu erlangen. Man nennt dies auch Klageleugnen. 18

► **Fall 2:** K verklagt B auf Zahlung des Kaufpreises aus einem am 1.10.2019 geschlossenen Kaufvertrag. B trägt vor, er habe mit K an diesem Tag nur Kaffee getrunken und keinen Vertrag geschlossen, außerdem habe an diesem Tag die Sonne geschienen. ◀

Die Klage des K ist schlüssig. Der Vortrag des B hinsichtlich des Kaffeetrinkens ist erheblich, weil er Tatsachen vorträgt, nach denen es nicht zu einem Vertragsschluss gekommen ist. Sein auf das Wetter bezogener Vortrag ist dagegen unerheblich, weil der Vortrag des K hiervon nicht betroffen ist. 19

### c) Anforderungen an das Vorbringen des Beklagten

B ist auch verpflichtet, die Tatsachen hinsichtlich des Vertragsschlusses vorzutragen, er darf nicht einfach den Vertragsschluss bestreiten. **Schlichtes Bestreiten** liegt vor, wenn der Beklagte gegenüber dem Tatsachenvortrag des Klägers nur vorbringt, dieser sei falsch. Dies ist nur dann zulässig, wenn auch der Kläger seine Klage nur pauschal begründet hat, z.B. ein Herausgabeverlangen stellt mit der bloßen Behauptung, er sei Eigentümer der Sache. 20

Sobald der Kläger seinerseits einen Vorgang substantiiert schildert, muss grundsätzlich auch der Beklagte **substantiiert bestreiten** (§ 138 Abs. 2).<sup>2</sup> Das gilt besonders dann, wenn diese Tatsachen aus dem Bereich des Beklagten stammen, zu dem der Kläger keinen Zugang, also auch keine weitere Aufklärungsmöglichkeit hat. Allein die anwaltliche Floskel, es werde sämtlicher Tatsachenvortrag bestritten, soweit er nicht ausdrücklich zugestanden wird, genügt dieser Anforderung nicht. 21

Eine **Erklärung mit Nichtwissen** ist nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind (§ 138 Abs. 4). 22

► **Fall 3:** K verlangt von B Herausgabe einer Sache mit der Begründung, er sei Eigentümer, da er die Sache von D erworben habe. ◀

B darf das Eigentum des K schlicht bestreiten, da er an der Übereignung nicht selbst beteiligt und diese auch nicht Gegenstand seiner Wahrnehmung war. Hätte K aber vorgetragen, er habe die Sache von B selbst erworben, so müsste B qualifiziert bestrei- 23

2 *Arz/Gemmer*, Substanziierung im Zivilprozess, JuS 2020, 935.



ten, indem er Tatsachen vorträgt, aus denen sich ergibt, dass der Erwerb des K nicht stattgefunden hat oder unwirksam ist.

- 24 Kommt der Beklagte der Pflicht zum substantiierten Bestreiten nicht nach, wird das klägerische Vorbringen als **zugestanden** fingiert (§ 138 Abs. 3). Es kann aber bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung das substantiierte Bestreiten nachgeholt werden.

#### d) Geltendmachen von Einreden

► **Hinweis:** In diesem Bereich herrscht ein erhebliches **Begriffswirrwarr**: In der ZPO werden die Begriffe Einwendungen und Einreden anders als im BGB verwendet und zudem nicht einheitlich. Vorliegend wird der Begriff **Einwendung** verwendet, wenn es um das Bestreiten des tatsächlichen Klägervortrags geht (s. dazu Klageleugnen). **Einreden** i.S. der ZPO meint demgegenüber das tatsächliche Vorbringen zu Gegenrechten, um das es im Folgenden geht.<sup>3</sup> ◀

► **Fall 4:** K verklagt B auf Zahlung des Kaufpreises aus einem am 1.2.2023 geschlossenen Kaufvertrags. B trägt vor, er sei erst 17, seine Eltern hätten in den Vertragsschluss weder zuvor eingewilligt noch diesen nachträglich genehmigt. ◀

- 25 Der Beklagte kann gegen eine schlüssige Klage derart vorgehen, dass er den klägerischen Tatsachenvortrag ganz oder teilweise zugesteht, aber ergänzend Tatsachen vorträgt, die rechtshindernde, rechtsvernichtende oder rechtshemmende Einreden begründen.
- 26 Im obigen Fall macht B seine beschränkte Geschäftsfähigkeit (§§ 106, 2 BGB) geltend. Dabei handelt es sich um eine **rechtshindernde** Einrede, weil schon die Entstehung des Anspruchs verhindert wird.
- 27 Trägt B vor, K habe ihn bei Vertragsschluss bedroht, so macht er eine **rechtsvernichtende** Einrede (§ 142 Abs. 1 BGB) geltend.
- 28 B könnte aber auch vortragen, der Vertragsschluss sei so lange her, dass der Anspruch bereits verjährt ist. In diesem Fall würde B eine **rechtshemmende** Einrede geltend machen. Diese lässt den Anspruch zwar nicht erlöschen, die Klage des K würde aber als unbegründet abgewiesen; eine klageweise Geltendmachung eines verjährten Anspruchs ist ausgeschlossen.
- 29 Die Geltendmachung aller Einreden hat, wenn der Kläger dem nichts entgegen zu halten hat, zur Folge, dass die Klage als unbegründet abgewiesen wird.

#### e) Replik des Klägers

- 30 Der Kläger kann auf dieses Vorbringen wiederum reagieren, indem er die vom Beklagten vorgetragene Tatsachen leugnet oder aber weitere Tatsachen vorträgt, die eine Gegeneinrede begründen.

### 4. Geständnis

**Literatur:** *Orfanides*, Probleme des gerichtlichen Geständnisses, NJW 1990, 3174; *ders.*, Das vorweggenommene Geständnis, FS Baumgärtel, 1990, S. 427; *Pawlowski*, Keine Bindung an „Geständnisse“ im Zivilprozess?, MDR 1997, 7; *Rosenberg*, Zur Lehre vom qualifizierten Geständnis, AcP 94 (1903), 1; *Schneider*, Das Geständnis im Zivilprozess, MDR 1991, 297.

---

3 Im Anschluss an R/S/G, ZPR, § 103 Rn. 2 ff.

Anders als das Anerkenntnis (§ 307), das sich auf den prozessualen Anspruch bezieht, betrifft das Geständnis Tatsachen. Allerdings kann sich ein Geständnis auch auf „juristisch eingekleidete“ Tatsachen beziehen, z.B. auf die Frage, wer Vertragspartei geworden ist.<sup>4</sup> Das Geständnis beinhaltet als Prozesshandlung die Erklärung einer Partei, dass ein ihr ungünstiges Vorbringen der anderen Partei wahr ist. Die andere Partei muss also eine Tatsache, für die sie beweispflichtig ist, zuvor behauptet haben. Diese Tatsache muss vom Richter – so wie zugestanden – der Entscheidung zugrunde gelegt werden, auch wenn er selbst vom Gegenteil überzeugt ist. Das Geständnis hat eine wahrheitsschaffende Wirkung.<sup>5</sup> Die Tatsache ist einer Beweisaufnahme entzogen (§ 288 Abs. 1). Diese Wirkung des Geständnisses ist die Konsequenz des Beibringungsgrundsatzes (s.o. § 4 Rn. 12 ff.). Nach Anerkenntnis ergeht dagegen Anerkenntnisurteil, so dass das Anerkenntnis eine Verfügung über den Streitgegenstand und damit Konsequenz des Dispositionsgrundsatzes ist.

Das Geständnis wird einseitig gegenüber dem Gericht erklärt (§ 288 Abs. 2). 31

► **Hinweis:** Das Geständnis muss vom nicht ausdrücklichen Bestreiten gem. § 138 Abs. 3 abgegrenzt werden: das nicht ausdrückliche Bestreiten hat zwar eine Geständnisfiktion zur Folge („... sind als zugestanden anzusehen...“), das Bestreiten kann jedoch, soweit es nicht präkludiert ist (§ 296), bis zum Ende der mündlichen Verhandlung nachgeholt werden (Rn. 24). ◀ 32

Die geständige Partei ist an das Geständnis in allen Instanzen gebunden (§§ 288, 535), es ist nur unter sehr engen Voraussetzungen ein **Widerruf** möglich (§ 290). Wenn die Partei nachweist, dass das Geständnis unwahr ist und durch einen Irrtum über die Wahrheit der Tatsache veranlasst wurde, verliert das Geständnis seine Wirkung. Mangels eines solchen Irrtums wird allgemein gefolgert, dass das **bewusst unwahre Geständnis** nicht widerrufbar ist. Trotz der Verpflichtung der Parteien zu wahrheitsgemäßen Erklärungen durch § 138 Abs. 1 kann also eine Partei derart über den Prozessstoff verfügen, dass sie dem Gericht eine bewusst unwahre Tatsachengrundlage zur Entscheidung stellt. Der BGH hat dies als mit der Wahrheitspflicht vereinbar angesehen, weil der Ausschluss des Widerrufs eine geeignete Sanktion für die Verletzung der Wahrheitspflicht sei.<sup>6</sup> 33

Eine Anfechtung wegen Irrtums (§§ 119 ff. BGB) ist ausgeschlossen, da das Geständnis Prozesshandlung und nicht Willenserklärung ist. 34

Anders als das gerichtliche Geständnis ist ein **außergerichtliches Geständnis** frei zu würdigen (§ 286, § 23 Rn. 36). Es wird als Indiz für die eingestandene Tatsache angesehen. So hat der BGH in einem Einzahlungsbeleg einer Bank eine Quittung gesehen, die ein außergerichtliches Geständnis hinsichtlich des Leistungsempfangs enthalte. Nach der Lebenserfahrung könne davon ausgegangen werden, dass die Bestätigung einer Bank, einen bestimmten Geldbetrag erhalten zu haben, richtig ist.<sup>7</sup> Der Gegenbeweis ist zwar möglich, aber regelmäßig ausgesprochen schwer zu führen. 35

4 BGH, Urteil vom 6.10.2005, Az.: III ZR 367/04 = MDR 2006, 408.

5 R/S/G, ZPR, § 113 Rn. 9.

6 BGH, Urteil vom 24.5.1962, Az.: VII ZR 465/61 = BGHZ 37, 154 = NJW 1962, 1395.

7 BGH, Urteil vom 28.9.1987, Az.: II ZR 35/87 = NJW 1988, 881.

### 5. Beweisbedürftigkeit

- 36 Richtiges Bestreiten des Beklagten führt dazu, dass die vorgetragene(n) Tatsachen des Beweises bedürfen.<sup>8</sup> Das heißt im Umkehrschluss, dass die Tatsachen, die wegen fehlenden qualifizierten Bestreitens als zugestanden gelten (§ 138 Abs. 3), keines Beweises bedürfen. Diese werden als unstrittig behandelt. Ausdrücklich zugestandene Tatsachen bedürfen ebenso wie offenkundige Tatsachen keines Beweises.

### III. Streit um Rechtsfragen

- 37 Natürlich kann in einem Prozess auch ausschließlich oder zusätzlich zum Streit um Tatsachen um die Rechtsanwendung gestritten werden. Der Beklagte kann sich dahin einlassen, dass schon die Klage nicht schlüssig sei, weil der vorgetragene Sachverhalt den vom Kläger geltend gemachten Anspruch nicht rechtfertigt. Er kann geltend machen, eine Rechtsnorm sei anders auszulegen als es der Kläger getan habe, eine andere Rechtsnorm sei zusätzlich anzuwenden oder eine bestimmte Rechtsnorm sei analog anzuwenden.

### IV. Aufrechnung des Beklagten

**Literatur:** *Büßler*, Die „Flucht“ des Beklagten vor der Präklusion seiner Prozessaufrechnung, JuS 2009, 319; *Eicker*, Die Aufrechnung in der Examensklausur – Teil I, JuS 2020, 48; Teil II JuS 2020, 132; *Gaa*, Die Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Gegenforderung, NJW 1997, 3343; *Habermeier*, Grundfragen der Aufrechnung, JuS 1997, 1057; *Huber*, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Prozessaufrechnung des Beklagten, JuS 2008, 1050; *Leichsenring*, Die Rücknahme der Prozessaufrechnung, NJW 2013, 2155; *Musielak*, Die Aufrechnung des Beklagten im Zivilprozess, JuS 1994, 817; *Schenke/Ruthig*, Die Aufrechnung mit rechtswegfremden Forderungen im Prozess, NJW 1992, 2505; *Skamel*, Verfahrensaussetzung bei Prozessaufrechnung mit rechtshängiger Gegenforderung, NJW 2015, 2460; *Wolf*, Die Prozessaufrechnung – Teil 1, JA 2008, 673, Teil 2, JA 2008, 753.

- 38 Gegenansprüche können im Prozess im Wege der Aufrechnung und durch Widerklage (dazu V.) geltend gemacht werden.
- 39 Bei der Darstellung der Prozesshandlungen ist die Aufrechnung bereits als materielles Rechtsgeschäft vorgestellt worden, von dem die Geltendmachung im Prozess zu trennen ist (§ 11 Rn. 10). Die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess ist Prozesshandlung, sie ist ein Verteidigungsmittel des Beklagten und unterliegt insoweit den Regelungen des Prozessrechts. Dieses Nebeneinander führt aber auch zu einigen dogmatischen Problemen.

---

8 Im Folgenden wird eine mögliche Replik des Klägers zur Vereinfachung der Darstellung außer Acht gelassen.

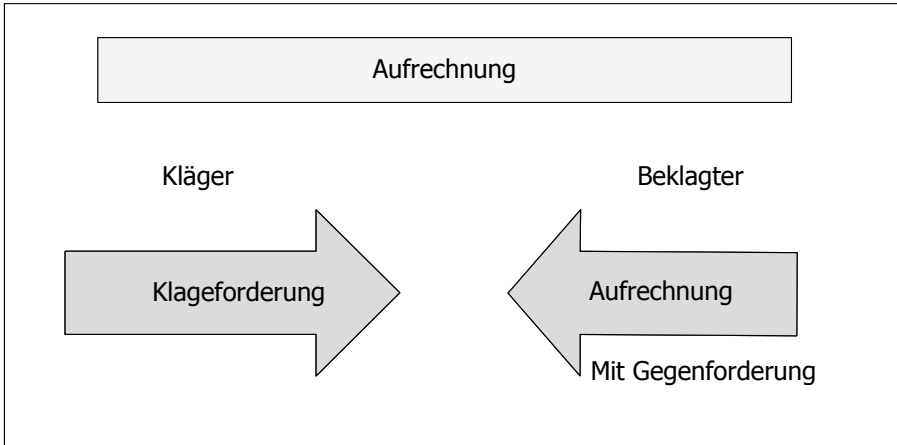


Abb. 24 Aufrechnung

### 1. Wirksamkeitsvoraussetzungen

Materiellrechtlich ist die Aufrechnung ein Gestaltungsrecht. Sie muss als solches durch Erklärung (§ 388 BGB) ausgeübt werden, mit der Folge, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber gestanden haben. Die Aufrechnung wirkt also so, als hätte der (aufrechnende) Schuldner erfüllt. Daher bezeichnet man sie auch als Erfüllungssurrogat. Als Gestaltungsrecht ist die Aufrechnung bedingungsfeindlich (§ 388 S. 2 BGB) und unwiderruflich.

40

Prozessual ist die Aufrechnung Prozesshandlung. Diese wird durch das Prozessrecht geregelt, so dass zunächst die allgemeinen Prozesshandlungsvoraussetzungen gegeben sein müssen. Das Prozessrecht verlangt für die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess, dass diese in analoger Anwendung des § 253 Abs. 2 hinreichend bestimmt geltend gemacht wird. Dazu müssen die Parteien der Forderung sowie Art und Umfang ihres Entstehens genannt werden. Da die Aufrechnung Verteidigungsmittel und nicht selbstständige Verteidigung in Form einer Gegenklage ist, muss das Gericht, vor dem die Aufrechnung erklärt wird, für die isolierte Geltendmachung der Forderung weder örtlich noch sachlich zuständig sein. Die Zulässigkeit des Rechtswegs und Zuständigkeit des Gerichts, bei dem die Klageforderung rechtshängig ist, ändert sich durch die Aufrechnung nicht. Eine Addition der Zuständigkeitsstreitwerte von Klage- und Aufrechnungsforderung erfolgt nicht. Für die Aufrechnungsforderung muss der ordentliche Rechtsweg gegeben sein (Rn. 45 ff.). Die Entscheidung über die Aufrechnungsforderung erwächst in Rechtskraft (§ 322 Abs. 2, § 28 Rn. 28 ff.).

41

### 2. Keine Rechtshängigkeit der Aufrechnungsforderung

► **Fall 5:** B aus Hamburg macht gegen K aus Düsseldorf eine Werklohnforderung i.H.v. 7.000 € vor dem LG Düsseldorf geltend. K klagt einige Zeit später gegen B auf Kaufpreiszahlung i.H.v. 6.000 € vor dem LG Hamburg. Gegen diese Klage rechnet B mit der Werklohnforderung, die bereits vor dem LG Düsseldorf Gegenstand des dortigen Rechtsstreits ist, auf. Ist er dazu befugt? ◀

- 42 Die Frage ist, ob der Zulässigkeit der Aufrechnung vor dem LG Hamburg die anderweitige Rechtshängigkeit der Forderung vor dem LG Düsseldorf entgegensteht. In diesem Fall wäre die Aufrechnung als unzulässig zurückzuweisen.
- 43 Die Teilnahme der Aufrechnung am Umfang der Rechtskraftwirkung (§ 322 Abs. 2) könnte voraussetzen, dass die Forderung zuvor rechtshängig geworden ist. Dies spräche für die Unzulässigkeit der Prozessaufrechnung, da dann der Aufrechnung der Einwand der Rechtshängigkeit der Forderung entgegenstünde (§ 261 Abs. 3 Nr. 1).
- 44 Die überwiegende Ansicht geht davon aus, dass die Aufrechnungsforderung nicht rechtshängig wird, da sie (anders als bei der Widerklage nach § 33) nur als Verteidigungsmittel in den Prozess eingeführt werde. Die Rechtskraftfähigkeit der Entscheidung stehe dem nicht entgegen, weil keine selbstständige Entscheidung über die Aufrechnungsforderung erstrebt ist.<sup>9</sup> Der Beklagte sei deshalb nicht nach § 261 Abs. 3 Nr. 1 gehindert, mit einer in einem ersten Prozess eingeklagten Forderung in einem zweiten Rechtsstreit (auch nur hilfsweise) aufzurechnen (eine Widerklage wäre dagegen wegen der anderweitigen Rechtshängigkeit nicht möglich! (Rn. 74)). Letztlich geht es bei dem Streit darum, die für den Aufrechnenden nachteiligen Folgen zu vermeiden. Dass der Beklagte mit einer anderweitig rechtshängigen Forderung aufrechnen kann, ist daher nahezu allgemein anerkannt. Um widerstreitende Entscheidungen und die doppelte Befassung mit denselben Sach- und Rechtsfragen zu vermeiden, bleibt die Möglichkeit, eines der Verfahren nach § 148 auszusetzen. Ob hierbei der zweite Aufrechnungsprozess oder aber der erste Klageprozess auszusetzen ist, regelt die Vorschrift nicht. Dies ist umstritten.<sup>10</sup> Das OLG Frankfurt a.M. hielt 2015 die Aussetzung des zweiten Aufrechnungsprozesses für grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>11</sup> Das OLG Dresden hatte sich 1994 noch für die Aussetzung des zweiten Aufrechnungsprozesses ausgesprochen. Lässt man den Aufrechnungseinwand im zweiten Verfahren zu und setzt dieses nicht aus, kann sich das erste Verfahren erledigen. Denn wenn das Verfahren vor dem LG Hamburg rechtskräftig abgeschlossen wird, ist die Forderung des B erloschen, so dass die Klage in Düsseldorf, wenn B nicht durch Erledigungserklärung oder durch Klagerücknahme reagiert, als unbegründet abgewiesen wird.

### 3. Aufrechnung mit rechtswegfremder Forderung

► **Fall 6:** K ist Fliesenlegermeister und verlegt im Rathaus seiner Gemeinde neue Fliesen. Als die Gemeinde nicht zahlt, erhebt K Klage auf Zahlung des Werklohns. Im Verfahren rechnet die Gemeinde mit rückständigen Gebühren wegen Anschluss des Grundstücks des K an die neue Kanalisation auf. Wie hat das Gericht zu entscheiden? ◀

- 45 Für die Werklohnforderung ist der Weg zu den Zivilgerichten gegeben (§ 13 GVG). Die Forderung der Gemeinde wäre klageweise vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen (§ 40 Abs. 1 VwGO). Ob eine Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Forderung zulässig ist, wird unterschiedlich beurteilt. Hintergrund dieses Streits ist die Regelung in § 17 Abs. 2 GVG: Danach entscheidet das Gericht des zulässigen Rechts-

9 BGH, Urteil vom 11.11.1971, Az.: VII ZR 57/70 = NJW 1972, 450; BGH, Urteil vom 17.12.1998, Az.: VII ZR 272/97 = NJW 1999, 1179, 1180; R/S/G, ZPR, § 104 Rn. 25.

10 Gesamtdarstellung bei *Skamel*, Verfahrensaussetzung bei Prozessaufrechnung mit rechtshängiger Gegenforderung, NJW 2015, 2460.

11 OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 26.1.2015, Az.: 6 W 107/14 = NJW 2015, 2512. Kritisch *Skamel*, Verfahrensaussetzung bei Prozessaufrechnung mit rechtshängiger Gegenforderung, NJW 2015, 2460 mit Rücksicht auf Zweckmäßigkeitserwägungen und einer Differenzierung zwischen Primär- und Hilfsaufrechnung.

weges (hier das Zivilgericht) den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden **rechtlichen Gesichtspunkten**. Ermöglicht bzw. erzwingt diese Regelung die Berücksichtigung einer Aufrechnungsforderung, die isoliert in einem anderen Rechtsweg einzuklagen wäre? Wäre dies der Fall, so hätte ein Gericht über Rechtsfragen aus einem anderen Rechtsweg zu entscheiden.

Ist in dem anderen Rechtsweg bereits rechtskräftig über die rechtswegfremde Forderung entschieden oder ist das Bestehen der rechtswegfremden Forderung unter den Parteien unstreitig, darf das Gericht nach allen Ansichten die Aufrechnungsforderung berücksichtigen.<sup>12</sup>

Die **h.M.** verneint die Zulässigkeit der Aufrechnung mit rechtswegfremden Forderungen, da dem Gericht keine rechtswegübergreifende Sachkompetenz durch § 17 Abs. 2 GVG eingeräumt werde, weil es sich bei der Aufrechnung nicht um einen rechtlichen Gesichtspunkt handele, sondern um die Geltendmachung eines eigenen Anspruchs.<sup>13</sup> Das Gericht müsse daher den Rechtsstreit um die Werklohnforderung aussetzen (analog § 148), bis das VerwG über die Klage der Gemeinde entschieden hat und dann dieses Ergebnis in seinem Verfahren bei der Aufrechnung berücksichtigen.

Die **Gegenmeinung** will das ordentliche Gericht auch über die rechtswegfremde Forderung entscheiden lassen.<sup>14</sup> Hierfür spricht sicherlich der Grundsatz der Prozessökonomie.

► **Vertiefung:** Wenn man der h.M. folgt, muss man dieses Ergebnis insgesamt auf alle Fälle der Aufrechnung mit rechtswegfremden Forderungen erstrecken, da die verschiedenen Rechtswege einander gleichgestellt sind. Daher gilt die Lösung der h.M. auch für das Verhältnis von ordentlichen und Arbeitsgerichten. Der Hinweis, die beiden Rechtswege seien sich „wesensähnlich“, verfängt nicht.<sup>15</sup> ◀

#### 4. Probleme der Doppelnatur der Prozessaufrechnung

► **Fall 7:** K klagt gegen B eine Werklohnforderung ein. Als B im Verlauf des Prozesses merkt, dass seine Chancen auf Klageabweisung nicht gut sind, entscheidet er sich dazu, mit einer Forderung aus einem Kaufvertrag aufzurechnen. Das Gericht hält den Aufrechnungseinwand für verspätet und weist ihn nach § 296 zurück. Kann B die Forderung noch in einem nachfolgenden Klageverfahren geltend machen? ◀

Die Aufrechnung ist Verteidigungsmittel und fällt unter § 296. Die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess war als Prozesshandlung daher unzulässig. Die materielle Aufrechnung aber nicht, da es im materiellen Recht keine (prozessuale) Rechtzeitigkeit gibt. Die Forderung wäre erloschen (§ 389 BGB). B würde also in voller Höhe der Klageforderung verurteilt und hätte trotzdem seine Forderung verloren. Dieses Ergebnis ist die unmittelbare Konsequenz der Trennung von materiellem Rechtsgeschäft Aufrechnung und der Geltendmachung als Prozesshandlung. Das Ergebnis wird allgemein als unbefriedigend und korrekturbedürftig angesehen.

12 So z.B. auch OLG Nürnberg, Beschluss vom 15.7.2015, Az.: 12 W 1374/15 = BeckRS 2015, 15037; BGH, Urteil vom 11.1.1955, Az.: I ZR 106/53 = NJW 1955, 497; BVerwG, Beschluss vom 31.3.1993, Az.: 7 B 5/93 = NJW 1993, 2255.

13 Stein/Jonas/Leipold, § 145 ZPO Rn. 35; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 145 Rn. 24.

14 Schenke/Ruthig, Die Aufrechnung mit rechtswegfremden Forderungen im Prozess, NJW 1992, 2505, 2510; Gaa, Die Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Gegenforderung, NJW 1997, 3343.

15 BAG, Beschluss vom 23.8.2001, Az.: 5 AZB 3/01 = NJW 2002, 317; R/S/G, ZPR, § 103 Rn. 30.

- 49 Eine Ansicht will § 139 BGB analog anwenden, wenn die Aufrechnung im Prozess erklärt wird:<sup>16</sup> Materielle Aufrechnungserklärung und Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess seien ein Doppeltatbestand, der Beklagte wolle sie nur zusammen vornehmen. Sollte die Aufrechnung als prozessual unzulässig zurückgewiesen werden, solle auch die materiellrechtliche Aufrechnung nicht wirksam werden. Damit stünde die materiellrechtliche Aufrechnungserklärung unter der Bedingung, dass diese prozessual zulässig ist.
- 50 Die Gegenansicht meint, dass unabhängig von § 139 BGB immer konkludent eine bedingte materiellrechtliche Aufrechnungserklärung gegeben sei. Daher behalte B seine Forderung, auch wenn die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess zurückgewiesen wird.<sup>17</sup>
- 51 Der Weg über § 139 BGB versagt dann, wenn die Aufrechnung außerhalb des Prozesses erklärt wird, da hier kein Doppeltatbestand vorliegt, der eine analoge Anwendung des § 139 BGB rechtfertigen könnte. Wird die Aufrechnung außerhalb des Prozesses erklärt und später im Prozess zurückgewiesen, soll der Verlust der Forderung in Kauf zu nehmen sein, wenn den Beklagten an der Verspätung ein Verschulden trifft.<sup>18</sup>

► **Hinweis:** Die Problematik ist nicht auf die Präklusion beschränkt. Die Frage stellt sich in allen Fällen, in denen die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess unzulässig, die Aufrechnung aber materiellrechtlich wirksam ist.<sup>19</sup>

B hätte aber statt der Aufrechnung Widerklage im laufenden Verfahren erheben können bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, da die Widerklage nicht Verteidigungsmittel und daher auch nicht präkludiert ist. Zur taktischen Auswahl zwischen Aufrechnung und Widerklage und zur Kombination s. Rn. 61, 88. ◀

### 5. Aufrechnung im Verfahren

- 52 Das Gericht ist nicht befugt, die Entscheidung über die Klageforderung deshalb offen zu lassen, weil es sie entweder für unbegründet oder jedenfalls durch die Aufrechnung für erloschen ansieht (so die früher vertretene **Klageabweisungstheorie**). In diesem Fall ist es unmöglich festzustellen, ob die Entscheidung über die Aufrechnungsforderung an der Rechtskraft teilnimmt (§ 322 Abs. 2). Ist das Gericht der Meinung, dass die Klageforderung nicht besteht, so muss es die Klage deshalb abweisen. Nur wenn das Gericht die Klageforderung bejaht, darf es überhaupt auf die Aufrechnungsforderung eingehen (**Beweiserhebungstheorie**).
- 53 Das Gericht hat auch die Möglichkeit, das Verfahren um Klageforderung und Gegenforderung gem. § 145 Abs. 3 zu trennen, wenn beide Forderungen in keinem rechtlichen Zusammenhang stehen. Dieser Zusammenhang entspricht dem des § 273 Abs. 1 BGB.

► **Vertiefung:** Es kann im Verfahren zu verschiedenen Zeitpunkten die **Entscheidungsreife** über die Klageforderung und über die Gegenforderung bestehen. In diesem Fall kann das Gericht ein **Vorbehaltsurteil** (§ 302 Abs. 1) erlassen, wenn es schon die Klageforderung für begründet hält. In diesem Urteil erfolgt ein normaler Ausspruch zur Klageforderung. Zusätz-

16 R/S/G, ZPR, § 103 Rn. 45.

17 Musielak/Voit, ZPO, Rn. 301.

18 R/S/G, ZPR, § 103 Rn. 49.

19 S. dazu R/S/G, ZPR, § 103 Rn. 35 ff.

lich behält sich das Gericht ausdrücklich die Entscheidung über die Aufrechnungsforderung vor. Diese Entscheidung ergeht in einem Nachverfahren (§ 302 Abs. 4). Zum Schluss wird insgesamt über die gesamte Klage entschieden. Dieses Endurteil kann, wenn die Gegenforderung nicht besteht, das Vorbehaltsurteil bestätigen (der Vorbehalt wird aufgehoben) oder aber, wenn die Gegenforderung besteht, das Vorbehaltsurteil aufheben und die Klage abweisen. Das Vorbehaltsurteil steht also unter der auflösenden Bedingung des Ausgangs des Nachverfahrens. Hat der Kläger aus dem Vorbehaltsurteil die Zwangsvollstreckung betrieben, so tut er dies auf eigenes Risiko: Er ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Beklagten durch die Vollstreckung des Urteils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist (§ 302 Abs. 4 S. 3). ◀

## 6. Aufrechnung in der Klausur

Aus den Anforderungen an das Verfahren ergeben sich für eine Richterklausur unmittelbare Konsequenzen. 54

Sie müssen zuerst die Zulässigkeit und die Begründetheit der Klageforderung prüfen. Ist diese unzulässig oder unbegründet, kommt es auf die Aufrechnung nicht an. 55

Nur wenn die Klageforderung begründet ist, dürfen Sie die Aufrechnung prüfen. Dabei ist zu ermitteln, ob die Geltendmachung im Prozess zulässig ist, insbesondere, ob die Prozesshandlungsvoraussetzungen gegeben sind. Hier ist bei einer Eventualaufrechnung auf das Problem der innerprozessualen Bedingung einzugehen. Die Frage der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des Gerichts für die Gegenforderung dürfen Sie nicht erörtern, weil die Aufrechnung eben nur Verteidigungsmittel ist. An dieser Stelle kann auch auf das Problem anderweitiger Rechtshängigkeit der Aufrechnungsforderung einzugehen sein. 56

Erst wenn Sie die Geltendmachung der Gegenforderung für zulässig halten, gehen Sie auf die Begründetheit der Gegenforderung ein. 57

## V. Widerklage des Beklagten

**Literatur:** *Koch*, Wider- und Drittwiderklage, JA 2013, 95; *Luckey*, Probleme der parteierweiternden Widerklage, JuS 1998, 499; *ders.*, Die Widerklage gegen Dritte – Zeugen zum Abschluss freigegeben?, MDR 2002, 743; *Lühl*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Drittwiderklage, JA 2015, 374; *Ott*, Die Parteiwiderklage, 1999; *Rimmelspacher*, Zur Bedeutung des § 33 ZPO, FS Lüke, 1997, S. 655; *Schneider*, Prozesstaktischer Einsatz der Widerklage, MDR 1998, 21; *Schöler*, Die isolierte Drittwiderklage als legitimes Instrument der Prozesstaktik, MDR 2011, 522; *Schreiber*, Die Widerklage, JURA 2010, 31; *Schröder*, Widerklage gegen Dritte?, AcP 164 (1964), 517; *Skusa*, Die isolierte Drittwiderklage gegen Zedenten – Zulässigkeit und anwaltliche Hinweispflichten, NJW 2011, 2697; *Wagner*, Die Widerklage, JA 2014, 655.

Die Regelung der örtlichen Zuständigkeit für die Widerklage ist in § 33 enthalten. 58

Einen entsprechenden Gerichtsstand findet man in Art. 8 Nr. 3 EuGVO, den meisten anderen nationalen Rechtsordnungen sowie in zahlreichen Staatsverträgen. 59

Ziel ist die Förderung der Prozessökonomie und die Vermeidung sich widersprechender Entscheidungen. Zusammengehörendes soll zumindest zusammen entschieden werden können. 60

Der Beklagte erhält durch die Widerklage die Möglichkeit, selber eine **eigenständige Klage** gegen den Kläger im laufenden Verfahren geltend zu machen. Er verteidigt sich also nicht nur, wie bei der Aufrechnung, gegen die gegnerische Klage, sondern er 61



erhebt selbst eine eigene Klage. Die Geltendmachung der und die Entscheidung über die Widerklage ist anders als bei der Prozessaufrechnung nicht von der gerichtlichen Entscheidung über die Klageforderung abhängig. Erhebt der Beklagte eine Widerklage, so hat das Gericht, wenn es diese für zulässig hält, darüber zu befinden, unabhängig davon, ob die Klage noch rechtshängig ist (z.B. durch Klagerücknahme) oder ob die Klage zulässig und begründet ist. Im Fall der Aufrechnung hängt wie gesehen (Rn. 55) die Entscheidung über die Gegenforderung davon ab, dass das Gericht die Klage für zulässig und begründet hält. Haben die Parteien ein Aufrechnungsverbot vertraglich vereinbart oder besteht ein gesetzliches Aufrechnungsverbot (§§ 390 ff. BGB), so kann dieses durch Erhebung einer Widerklage umgangen werden.

- 62 Die Widerklage ist im Grundsatz eine ganz normale Klage, die aber aus prozessökonomischen Gründen in mehrfacher Hinsicht privilegiert wird.
- 63 Der Beklagte wird dabei als **Widerkläger**, der Kläger als **Widerbeklagter** bezeichnet.

► **Hinweis:** In vielen Ländern kommt die Widerklage im 1. Staatsexamen überproportional häufig vor. Insofern erfolgt hier eine umfangreiche Darstellung. ◀

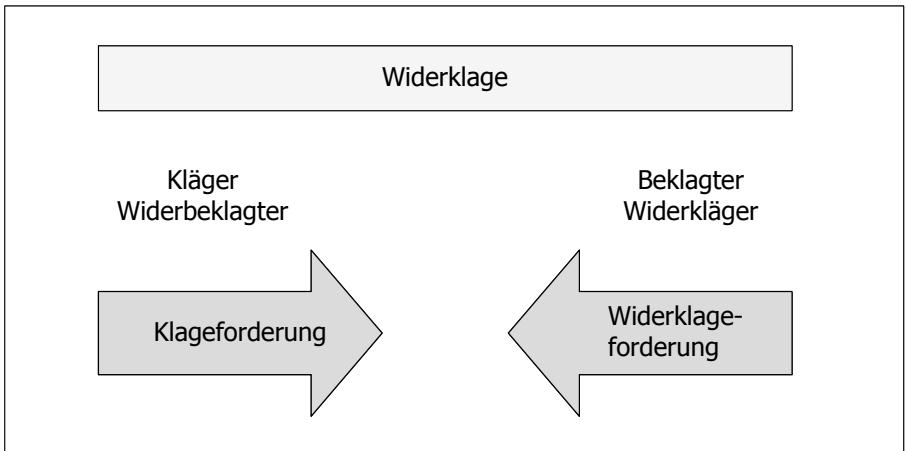


Abb. 25 Widerklage

### 1. Widerklage als normale Klage

- 64 Die Widerklage ist zunächst eine normale Klage, für die die für alle Klagen geltenden Vorschriften Anwendung finden, soweit keine Sonderregeln bestehen. Sie begründet einen neuen Streitgegenstand und ein neues Prozessrechtsverhältnis unter den Beteiligten, das vom Bestand der Klage grundsätzlich unabhängig ist.

► **Klausurhinweis:** Zulässigkeit und Begründetheit von Klage und Widerklage müssen immer getrennt geprüft werden. ◀

#### a) Prozess- und Sachentscheidungsvoraussetzungen

- 65 Es müssen alle Prozess- und Sachentscheidungsvoraussetzungen gegeben sein.

## b) Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit ist anhand der §§ 12 ff. zu prüfen. Ergibt sich daraus eine örtliche Zuständigkeit, kommt es auf § 33 nicht an. Um aber dem Korrektor zu zeigen, dass dieser Problemkreis verstanden und beherrscht wird, empfiehlt es sich, dies anzusprechen: 66

**Formulierungsvorschlag für die Klausur:** „Da sich die örtliche Zuständigkeit bereits aus §§ 12, 13 ergibt, kommt es auf eine Zuständigkeitsbegründung durch § 33 nicht an.“ 67

Ergibt sich die örtliche Zuständigkeit nicht aus §§ 12 ff., kommt es auf § 33 an. Danach ist ein **Zusammenhang** erforderlich. Dieser ist ein prozessualer, der aber in Anlehnung an den in § 273 BGB genannten bestimmt wird. Im Grundsatz muss daher ein einheitlicher Lebenssachverhalt vorliegen. 68

► **Fall 8:** K aus Kiel verklagt B aus Hamburg vor dem AG Hamburg auf Zahlung des Kaufpreises für eine Sache i.H.v. 1.000 €. B rechnet dagegen mit einer Forderung aus einem Werkvertrag auf. Hinsichtlich des Teils der Werklohnforderung, die die Klageforderung übersteigt, erhebt er Widerklage auf Zahlung i.H.v. 3.000 €.

Ist die Widerklage zulässig? ◀

Für die Klage des K ist das AG Hamburg örtlich zuständig. Für die Aufrechnung des B ist eine örtliche Zuständigkeit nicht zu prüfen, da die Aufrechnung Verteidigungsmittel und keine Klage ist. Für die Widerklage ist das AG Hamburg nicht nach den §§ 12 ff. örtlich zuständig. Es kommt auf § 33 an. Eine örtliche Zuständigkeit setzt also den in § 33 geforderten Zusammenhang voraus. Die Kaufpreisforderung und die Werklohnforderung stehen in keinem Zusammenhang, da sie auf völlig unterschiedlichen Lebenssachverhalten beruhen. Der Zusammenhang kann aber auch zwischen der Widerklageforderung und einem Verteidigungsmittel bestehen. Hier besteht der Zusammenhang zwischen Widerklageforderung und Aufrechnungsforderung (Verteidigungsmittel), da B einen Teil der Forderung zur Aufrechnung nutzt und den Restbetrag per Widerklage geltend macht. Die örtliche Zuständigkeit des AG Hamburg besteht daher auch für die Widerklageforderung. 69

## c) Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich nicht aus § 33. Das ist unstrittig. Hier bestimmt § 5 Hs. 2, dass der Streitwert von Klage und Widerklage nicht addiert wird. Dadurch kommt es zu examens- und klausurtypischen Fragestellungen, die im Grundsatz bereits bei der Erörterung der sachlichen Zuständigkeit angesprochen wurden (§ 6 Rn. 36). 70

► **Fall 9:** K klagt gegen B vor dem AG auf Kaufpreiszahlung von 4.000 €. B erhebt daraufhin Widerklage auf Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 7.000 €.

Ist das AG zuständig? ◀

Für die Widerklage ist das LG sachlich zuständig (§§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG). Das AG hat den Beklagten darauf hinzuweisen (§ 504). Beide Parteien können die Verweisung des gesamten Rechtsstreits (also Klage *und* Widerklage) an das sachlich zuständige LG beantragen (§ 506). Tun sie dies übereinstimmend nicht, so liegt eine Prorogation der sachlichen Zuständigkeit des AG vor. Erhebt der Beklagte keine Ein- 71

wände und verhandelt trotz Hinweises des Gerichts zur Hauptsache, liegt eine rügelose Einlassung vor (§ 39, dieser gilt auch für die sachliche Zuständigkeit! (§ 6 Rn. 89)).

▶ **Fall 10:** K klagt gegen B vor dem LG auf Kaufpreiszahlung i.H.v. 8.000 €. B erhebt daraufhin Widerklage auf Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 3.000 €.

Ist das LG zuständig? ◀

- 72 In diesem Fall ist das LG an sich für die Widerklage nicht zuständig, da diese sachlich zur Zuständigkeit des AG gehört. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt. Aus § 506 kann man aber mittelbar schließen, dass in diesem Fall das LG auch für die niedrigere Forderung, die durch die Widerklage erhoben wird, zuständig sein soll. Eine Abtrennung und Verweisung der Widerklage an das AG wäre nicht prozessökonomisch. Den für die Widerklage geltenden Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit kann man direkt § 33 entnehmen (der aber nicht die sachliche Zuständigkeit regelt!).

▶ **Vertiefung:** Wieweit dieser Grundsatz die sachliche Zuständigkeit des an sich sachlich unzuständigen Gerichts begründen kann, ist umstritten. ◀

▶ **Fall 11:** K klagt gegen B vor dem LG auf Kaufpreiszahlung von 3.000 €. B erhebt daraufhin Widerklage auf Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 6.000 €.

Ist das LG zuständig? ◀

- 73 Das LG ist für die Klage nicht sachlich zuständig. Die strittige Frage ist, ob es durch die Erhebung der Widerklage zuständig wird, die in die sachliche Zuständigkeit des LG fällt. Dies folgt nicht aus einer Addition der Streitwerte von Klage und Widerklage (9.000 €), weil dies durch § 5 Hs. 2 verboten ist, sondern nur daraus, dass die Widerklageforderung für sich allein in die sachliche Zuständigkeit des LG gehört. Die überwiegende Meinung nimmt hier zu Recht an, dass die sachliche Unzuständigkeit des LG für die Klage endet, wenn die Widerklage über 6.000 € erhoben ist.<sup>20</sup> Dies folgt wiederum aus dem Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit. Die Gegenmeinung müsste eigentlich annehmen, dass die Klage auf Rüge der Unzuständigkeit hin an das AG zu verweisen wäre, die Widerklage aber beim LG rechtshängig bleibt. Wäre aber die Klage gleich beim AG erhoben worden, so würde diese zusammen mit der zur sachlichen Zuständigkeit des LG gehörenden Widerklage an das LG verwiesen, wie dies in Fall 9 erfolgt ist. Die Gegenmeinung versucht, solche widersprüchlichen Ergebnisse mit erheblichem argumentativem Aufwand zu verhindern.<sup>21</sup> Folgt man der h.M., muss man aber zugestehen, dass hier der Grundsatz der Unabhängigkeit von Klage und Widerklage durchbrochen wird, da die Klage erst aufgrund der Erhebung der zulässigen Widerklage selbst zulässig wird.

**Merke:** Bei der Begründung der streitwertabhängigen sachlichen Zuständigkeit (§§ 23 Nr. 1, 71 VVG) ist der jeweils höhere Streitwert für die sachliche Zuständigkeit entscheidend.

#### d) Rechtshängigkeit

- 74 Der Widerklage darf, wie jeder anderen Klage auch, nicht der Einwand anderweitiger Rechtshängigkeit entgegenstehen (s. Schema B II 3 b). Dies kommt bei der Widerklage

20 MüKo-ZPO/Wöstmann, § 5 Rn. 31; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 5 Rn. 5 (ohne ausdrückliche Erörterung dieser Frage).

21 Stein/Jonas/Roth, ZPO, § 5 Rn. 44.

gelegentlich durch schlecht formulierte Anträge vor: Klagt K auf Feststellung seines Eigentums, so kann B nicht Widerklage mit dem Antrag stellen, K sei nicht Eigentümer (dies ist kein selbstständiger Angriff, sondern bloße Negierung des Antrags). Wohl aber kann B den Widerklageantrag stellen, dass er selbst Eigentümer sei (ansonsten würde dies auch bei Abweisung der Klage nicht rechtskräftig festgestellt).

► **Fall 12:** K klagt gegen B vor dem LG im Wege der (offenen) Teilklage auf Kaufpreiszahlung i.H.v. 3.000 €. B erhebt daraufhin Widerklage mit dem Antrag festzustellen, dass er dem K nichts, auch nicht die übrigen 10.000 € schulde.

Ist die Widerklage zulässig? ◀

Dieser **Zwischenfeststellungswiderklage** fehlt bis zu einer Höhe von 3.000 € an sich das Feststellungsinteresse. Dieser Fall wird in der Literatur z.T. als Rechtshängigkeitsproblem erörtert, was aber wegen des unterschiedlichen Streitgegenstands falsch ist.<sup>22</sup> Bezüglich des überschießenden Teils (7.000 €) liegt in jedem Fall ein neuer selbstständiger Streitgegenstand vor. Die Zwischenfeststellungswiderklage wird insofern auch allgemein in voller Höhe von 10.000 € als zulässig angesehen.

75

### e) Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis für die Widerklage entfällt nicht dadurch, dass der Beklagte auch die Möglichkeit hätte, gegen die Klageforderung aufzurechnen. Erweist sich nämlich die Klageforderung als unzulässig oder unbegründet, erreicht der Beklagte wegen der Abhängigkeit der Aufrechnung von der Klageforderung keine Entscheidung über die Forderung, mit der er aufrechnet. Durch die Widerklage bekommt er jedoch in jedem Fall die Entscheidung über die Widerklageforderung, da diese vom Ausgang des Verfahrens über die Klageforderung unabhängig ist.

76

## 2. Privilegierung der Widerklage

Die Widerklage ist in mehrfacher Hinsicht gegenüber einer normalen Klage privilegiert. Die Erhebung der Widerklage muss nicht durch Einreichung eines Schriftsatzes, sondern kann durch Erhebung eines Anspruchs im Laufe des Prozesses erfolgen (§ 261 Abs. 2). Es ist kein Kostenvorschuss (§ 12 Abs. 2 Nr. 1 GKG) zu zahlen und es muss keine Prozesskostensicherheit geleistet werden (§ 110 Abs. 2 Nr. 4).

77

Für die Widerklage ist eine örtliche Zuständigkeit nach § 33 dort eröffnet, wo die Klage rechtshängig ist. Es wird also durch § 33 ein zusätzlicher örtlicher Gerichtsstand begründet. Dies ist unstrittig und bedarf in einer Klausur keiner vertieften Erörterung. Die Privilegierung setzt sich aber nicht gegenüber ausschließlichen Gerichtsständen durch und auch nicht gegenüber einer Gerichtsstandsvereinbarung.

78

## 3. Zulässigkeit der Widerklage

### a) Rechtshängigkeit der Klage

Die Widerklage ist zulässig als Angriff gegen eine rechtshängige Klage. Deren Rechtshängigkeit ist damit Zulässigkeitsvoraussetzung der Widerklage. Wenn die Rechtshängigkeit der Klage später entfällt, ist das für die Zulässigkeit der Widerklage unerheb-

79

<sup>22</sup> So aber MüKo-ZPO/Patzina, § 33 Rn. 9 (das folgt auch nicht aus dem oft zitierten Fall BGH, Urteil vom 27.11.1969, Az.: X ZR 22/67 = BGHZ 53, 92 = NJW 1970, 425).

lich. Es muss nur bei Erhebung der Widerklage die Klage schon und noch rechtshängig sein.

**b) Gleiche Prozessart**

- 80 Die Widerklage kann nur in der gleichen Prozessart erhoben werden, ansonsten wäre der damit erstrebte prozessökonomische Zweck nicht zu erreichen. Im Urkundsprozess ist daher eine Widerklage nicht zulässig (§ 595 Abs. 1).

**c) Zusammenhang als Problem der Zulässigkeit?**

- 81 Ein mehr klausurrelevanter als praktischer Dauerbrenner ist die Frage, ob der in § 33 genannte Zusammenhang eine Zulässigkeitsvoraussetzung der Widerklage ist. Die Wissenschaft ist sich allerdings im Ergebnis weitgehend einig.
- 82 Zur Verdeutlichung: § 33 begründet unbestritten eine örtliche Zuständigkeit. Erschöpft sich die Vorschrift aber in dieser Funktion oder beinhaltet § 33 auch eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Widerklage?
- 83 Die Frage wird nur relevant, wenn die örtliche Zuständigkeit des Gerichts nicht nach § 33, sondern nach den §§ 12 ff. begründet wurde, da ansonsten der Zusammenhang schon für die Begründung der örtlichen Zuständigkeit geprüft und bejaht werden musste. Dies soll der folgende Fall verdeutlichen:
- **Fall 13:** K aus Berlin verklagt B aus München in München auf Zahlung eines Kaufpreises. B erhebt daraufhin Widerklage auf Zahlung von Schadensersatz, der ihm wegen eines von K verschuldeten Verkehrsunfalls in München zusteht. Beide Klagen stehen nicht in dem von § 33 geforderten Zusammenhang. Ist die Klage zulässig? ◀
- 84 Für die Klage des K gegen B ist das Gericht in München nach § 12 örtlich zuständig. Für die Widerklage des B gegen K ergibt sich eine örtliche Zuständigkeit der Gerichte in München aus § 32 (Gerichtsstand der unerlaubten Handlung). Auf § 33 kommt es nicht an und § 33 könnte hier auch keine (zusätzliche) örtliche Zuständigkeit begründen, da es an einem Zusammenhang fehlt.
- 85 In dieser Situation kommt es für die Prüfung der Zulässigkeit der Widerklage darauf an, ob der bis dahin noch nicht geprüfte Zusammenhang eine Zulässigkeitsvoraussetzung (so die Kumulationstheorie) ist. Die h.M. (Zuständigkeitstheorie) verneint das mit folgenden Argumenten:
- § 33 steht bei den Regeln der örtlichen Zuständigkeit (§§ 12–37). In der Begründung einer zusätzlichen örtlichen Zuständigkeit erschöpft sich seine Funktion.
  - Die ZPO setzt in § 145 Abs. 2 selbst die Existenz inkonnexer Widerklagen voraus, so dass der Schluss nahe liegt, dass der Zusammenhang keine notwendige Voraussetzung der Widerklage ist.
  - Inkonnexen Gegenklagen kann ausreichend mit dem Mittel der Prozesstrennung (§ 145) begegnet werden.
  - Der Kläger selbst kann durch Klagenhäufung die Verhandlung nicht zusammenhängender Ansprüche herbeiführen. Aus Gründen der Waffengleichheit sollte man dies auch dem Beklagten bei der Widerklage zubilligen.<sup>23</sup>

---

23 Stein/Jonas/Roth, ZPO, § 33 Rn. 5.

In der Literatur scheint sich die Waage zugunsten der Zuständigkeitstheorie zu neigen.<sup>24</sup> Nur der BGH hat bisher, jedenfalls meist beiläufig, den Zusammenhang als Zulässigkeitsvoraussetzung angesehen.<sup>25</sup>

86

Hintergrund der Diskussion ist die Einschätzung der Gefahr, die von derartigen zusammenhangslosen, sog. **inkonnexen Widerklagen** ausgeht. Wer der Ansicht ist, dass diese gefährlich sind und ihnen mit den Mitteln der ZPO nicht wirksam begegnet werden kann, wird dafür plädieren müssen, dass der Zusammenhang auch eine Zulässigkeitsvoraussetzung ist. Wer meint, die Mittel der ZPO, mit denen auf die Erhebung inkonnexer Widerklagen reagiert werden kann, seien ausreichend und effektiv, kann von einer solchen Einordnung des § 33 absehen.

87

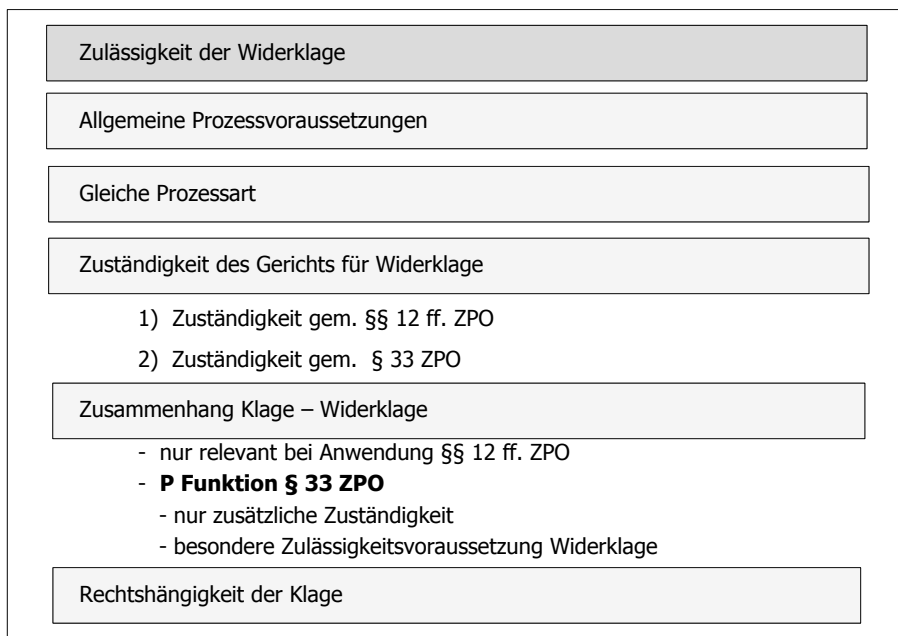


Abb. 26 Zulässigkeit der Widerklage

#### 4. Eventualwiderklage

Die Widerklage kann hilfsweise erhoben werden. In der Praxis ist dies häufig; z.T. wird die Widerklage auch kombiniert mit einer Aufrechnung erhoben. Dies hat z.T. Gründe im Kostenrecht, die hier nicht erörtert werden. Häufig wird hilfsweise für den Fall des Bestehens der Klageforderung die Aufrechnung erklärt und hilfsweise für den Fall des Nichtbestehens der Klageforderung die Widerklage.

88

Die Bedingungen sind in beiden Fällen innerprozessual und daher zulässig. Die Kombination ist hier sinnvoll, weil der Beklagte so in jedem Fall eine Entscheidung über seine Forderung erhält. Besteht die Klageforderung, macht er die Aufrechnung geltend,

89

24 R/S/G, ZPR, § 96 Rn. 21; a.A. *Rimmelspacher*, Zur Bedeutung des § 33 ZPO, FS Lücke, 1997, S. 655, 665 (ab Klageerwiderung soll § 33 auch eine Zulässigkeitsvoraussetzung enthalten).  
 25 BGH, Urteil vom 5.4.2001, Az.: VII ZR 135/00 = NJW 2001, 2094; BGH, Urteil vom 21.2.1975, Az.: V ZR 148/73 = NJW 1975, 1228 (beiläufig, ohne Problematisierung).

so dass die Forderungen erlöschen, soweit sie sich gegenüberstehen. Ist die Klage unzulässig oder unbegründet, tritt die Bedingung für die Erhebung der Widerklage ein; der Widerkläger erhält so eine rechtskraftfähige Entscheidung über die Widerklageforderung auch ohne dass eine Entscheidung über die Klage ergeht.

- 90 Bestehen Zweifel an der Zulässigkeit der Aufrechnung (z.B. wegen möglicher Aufrechnungsverbote), so wird die Widerklage hilfsweise für den Fall der Unzulässigkeit der Aufrechnung erhoben.
- 91 Übersteigt die Gegenforderung die Klageforderung, wird die Aufrechnung hilfsweise für den Fall der Begründetheit der Klageforderung erhoben und die Widerklage hilfsweise für den Fall, dass die Klageforderung wegen der Aufrechnung abgewiesen wird. Durch die Aufrechnung erhält der Beklagte nur eine Entscheidung über die Gegenforderung in Höhe der Klageforderung. Den überschießenden Teil erhält er durch die Widerklage.

5. Drittwiderklage

- 92 § 33 soll den Beklagten privilegieren, der sich mit der Widerklage wehren will. Aus dieser Perspektive erscheint es eigentlich ausgeschlossen, dem Beklagten zu erlauben, die Widerklage auch gegen bisher nicht beteiligte Dritte zu erheben und diese so in ein laufendes Verfahren hineinzuziehen, auf dessen bisherigen Verlauf diese ja keinen Einfluss hatten. Zudem würde dem Drittwiderbeklagten sein eigentliches Forum (Beklagtengerichtsstand) entzogen. Allerdings verringert die Drittwiderklage die Gefahr, dass mehrere Gerichte zu sich widersprechenden Entscheidungen in Bezug auf einen bestimmten Sachverhalt kommen.

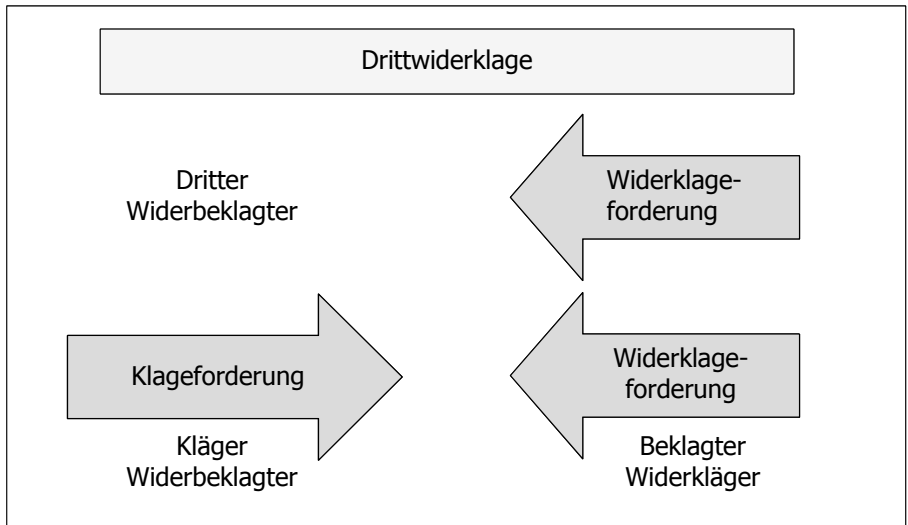


Abb. 27 Drittwiderklage

► **Fall 14:** K klagt gegen B und dessen Kfz-Haftpflichtversicherung (Direktanspruch gem. § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG i.V.m. § 3 a PflVG) aufgrund eines Autounfalls, bei dem beide Fahrzeuge erheblich beschädigt wurden. Im Verlauf des Prozesses stellt sich heraus, dass ein Verschulden des B eher unwahrscheinlich ist. B erhebt daraufhin Widerklage gegen K und

in gleicher Höhe auch gegen die bisher nicht beteiligte Haftpflichtversicherung des K. Diese widerspricht diesem Vorgehen. Wie hat das Gericht zu entscheiden? ◀

§ 33 regelt diesen Fall nicht, er lässt nur die Widerklage des Beklagten gegen den Kläger am vom Kläger ausgewählten Gericht zu. 93

Welches sind demnach die Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit ein bisher nicht Beteiligter Dritter im Wege einer Widerklage in das Verfahren hineingezogen werden kann? 94

#### a) Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung

Durch eine Widerklage gegen einen Dritten kommt es zur Beteiligung einer neuen weiteren Partei. Insofern liegt es nahe, als Maßstab die Regeln über die Parteiänderung heranzuziehen (§ 7 Rn. 78 ff.). Diese sind allerdings umstritten, so dass sich dieser Streit bei der Zulassung der Drittwiderklage mittelbar auswirkt. Der BGH betrachtet die gewillkürte Parteierweiterung als Klageänderung und wendet demzufolge § 263 an.<sup>26</sup> Als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung ist demnach nach der Rechtsprechung des BGH erforderlich, dass entweder der Drittwiderbeklagte in die Widerklage einwilligt oder das Gericht die Widerklage für sachdienlich erklärt.<sup>27</sup> Eine Einwilligung ist im Fall nicht gegeben, da die Haftpflichtversicherung widerspricht. Es ist aber Sachdienlichkeit zu bejahen, da der bisherige Streitstoff eine verwertbare Entscheidungsgrundlage bleibt, die Zulassung die endgültige Beendigung des Rechtsstreits fördert und einen weiteren Prozess gegen die Haftpflichtversicherung verhindert. 95

#### b) Keine isolierte Drittwiderklage

Als weitere Voraussetzung fordert der BGH, dass die Widerklage auch gegen den Kläger gerichtet ist. Eine isolierte Drittwiderklage ist damit (grundsätzlich, zur Ausnahme s. Rn. 102) nicht zulässig.<sup>28</sup> 96

#### c) Streitgenossenschaft zwischen den Widerbeklagten

Weiter müssten zunächst beide Widerbeklagten einfache Streitgenossen sein. Eine Widerklage setze – so der BGH – eine anhängige Klage voraus; der Widerkläger muss ein Beklagter und der Widerbeklagte ein Kläger sein. Daher sei eine Widerklage gegen einen bisher am Prozess nicht beteiligten Dritten grundsätzlich nur zulässig, wenn sie zugleich gegenüber dem Kläger erhoben wird. Dies ist bei K und seiner Haftpflichtversicherung der Fall (zur Aufweichung dieses Grundsatzes s. Rn. 102). 97

#### d) Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit kann nicht unmittelbar nach § 33 bestimmt werden, weil sich die Drittwiderklage nicht gegen den Kläger, sondern gegen einen Dritten richtet. Bisher war der BGH davon ausgegangen, dass sich eine örtliche Zuständigkeit entweder aus den §§ 12 ff. auch gegen den Drittwiderbeklagten ergeben muss oder durch rügelose Einlassung (§ 39) oder durch Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit gem. 98

26 BGH, Urteil vom 13.3.2007, Az.: VI ZR 129/06 = NJW 2007, 1753.

27 BGH, Urteil vom 21.2.1975, Az.: V ZR 148/73 = NJW 1975, 1228, 1229; BGH, Urteil vom 12.10.1995, Az.: VII ZR 209/94 = BGHZ 131, 76, 78.

28 BGH, Urteil vom 17.10.1963, Az.: II ZR 77/61 = BGHZ 40, 185 = NJW 1964, 44.



§ 36 Abs. 1 Nr. 3.<sup>29</sup> Von dieser Rechtsprechung ist der BGH 2010 abgewichen: Danach ist § 33 auf die streitgenössische Drittwiderklage entsprechend anwendbar.<sup>30</sup> Ziel ist es, eine Vervielfältigung von Streitigkeiten und die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen zu vermeiden.

e) Zusammenfassung Anforderungen des BGH an die Drittwiderklage

- 99
- Einhaltung der Regeln der gewillkürten Klageänderung (§ 263), also Einwilligung des Drittwiderbeklagten oder Sachdienlichkeit
  - Widerklage auch gegen Kläger, grds. nicht isoliert gg. Dritten
  - beide Widerbeklagten (Kläger und Dritter) müssen Streitgenossen sein (§§ 59, 60)
  - örtliche Zuständigkeit folgt aus § 33 analog

f) Abweichende Ansichten in der Literatur

- 100
- Die Literatur will mehrheitlich auf eine Einwilligung des Drittwiderbeklagten verzichten. Statt der Regeln der gewillkürten Klageänderung (§ 263) seien die Regeln der einfachen Streitgenossenschaft anzuwenden (§§ 59, 60). Damit ist aber im Ergebnis auch eine isolierte Drittwiderklage ausgeschlossen, weil ein einzelner Drittwiderbeklagter nicht in Streitgenossenschaft stehen kann. Zusätzlich fordern einige, dass sich die Rechtskraft des Urteils gegen den Widerbeklagten ohne Beteiligung des Drittwiderbeklagten am Prozess auf diesen erstrecke.<sup>31</sup>

Um den Schutz des Drittwiderbeklagten im Verhältnis zum privilegierten Widerkläger zu verbessern, wird ein Recht auf Ergänzung oder Wiederholung der bisher durchgeführten Beweisaufnahme gefordert.<sup>32</sup>

Ein Gerichtsstand wird nicht den §§ 33, 263 entnommen.

g) Zusammenfassung Anforderungen der Literatur an die Drittwiderklage

- 101
- Einhaltung der Regeln der Streitgenossenschaft (§§ 59, 60)
  - Widerklage auch gegen Kläger, grds. nicht isoliert gg. Dritten
  - Rechtskraft des Urteils gegen den Widerbeklagten muss sich auch ohne Beteiligung des Drittwiderbeklagten am Prozess auf diesen erstrecken (str.)
  - ggf. Recht auf Wiederholung Beweisaufnahme (str.)
  - örtliche Zuständigkeit folgt nicht aus § 33

h) Ausnahmsweise isolierte Drittwiderklage

► **Fall 15** (vereinfacht nach BGH, Urteil vom 13.3.2007, Az.: VI ZR 129/06 = NJW 2007, 1753): Bei einem Verkehrsunfall wurde die Mutter des Klägers tödlich verletzt, als sie mit

29 BGH, Beschluss vom 28.2.1991, Az.: I ARZ 711/90 = NJW 1991, 2838; anders BGH, Beschluss vom 4.3.1966, Az.: Ib ARZ 52/66 = NJW 1966, 1028.

30 BGH, Beschluss vom 30.9.2010, Az.: Xa ARZ 191/10 = NJW 2011, 460 (zur isolierten Drittwiderklage, das Ergebnis dürfte aber auch auf die streitgenössische Widerklage übertragbar sein, vgl. *Vossler*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 30.9.2010, Az.: Xa ARZ 191/10, NJW 2011, 462).

31 *Nieder*, Die Widerklage mit Drittbeteiligung, ZP 85 (1972), 437; *Greger*, Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Teilurteil vom 22.4.1975, Az.: 8 U 168/74, ZP 88 (1975), 452; *Bork*, Die Widerklage, JA 1981, 385, 389.

32 *Putzo*, Festgabe BGH, Bd. 3, S. 149, 155; im Anschluss auch R/S/G, ZPR, § 96 Rn. 28.

ihrem Fahrrad von dem Pkw des Beklagten erfasst wurde. Die Mutter des Klägers befand sich im Unfallzeitpunkt zusammen mit ihrem Ehemann, dem Vater des Klägers, auf einer Fahrradtour. Dieser ist Zeuge des Unfalls. Er hat seine Schadensersatzansprüche aus dem Unfallereignis an den Kläger abgetreten. Mit der Klage begehrt der Kläger aus abgetretenem Recht seines Vaters Schadensersatz, insbesondere Verdienstausschlag. Der Beklagte hat gegen den Vater des Klägers (Dritt-)Widerklage erhoben, mit der er Ersatz des ihm bei dem Unfall entstandenen Sachschadens begehrt. Ist die (Dritt-)Widerklage zulässig? ◀

Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine Drittwiderklage grundsätzlich unzulässig, wenn sie sich ausschließlich gegen einen am Prozess bislang nicht beteiligten Dritten richtet. Der Vater war am Verfahren nicht beteiligt. In besonders gelagerten Fällen kann eine Ausnahme von diesem Grundsatz geboten sein. Der BGH hatte einen Fall entschieden, in dem ein vom Zessionar auf Zahlung verklagter Schuldner allein gegen den noch nicht am Verfahren beteiligten Zedenten eine Drittwiderklage erhob.<sup>33</sup> Dort hatte der BGH die Zulässigkeit damit begründet, dass mit der Widerklage eine Schadensersatzforderung geltend gemacht wurde, die durch eine Hilfsaufrechnung bereits Gegenstand des Prozesses war. Der Drittwiderbeklagte war nur deshalb nicht selbst Kläger, weil er die Forderung abgetreten hatte. Hätte er selbst die Klage erhoben, wäre die Widerklage zulässig gewesen.

102

Im Fall 15 zugrundeliegenden Verfahren betont der BGH, dass es das Ziel der Widerklage ist, die Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen zu vermeiden; zusammengehörende Ansprüche sollen einheitlich verhandelt und entschieden werden. Dieses Ziel könne mit der Widerklage gegen einen bisher am Rechtsstreit nicht Beteiligten jedenfalls dann erreicht werden, wenn die Dinge tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft sind und keine schutzwürdigen Interessen des Widerbeklagten verletzt werden. Diese Anforderungen hat der BGH auch später wiederholt.<sup>34</sup> Hier beruhten die gegenseitigen Ansprüche der Unfallbeteiligten auf einem einheitlichen Schadensereignis, nämlich dem Verkehrsunfall, und ihre Haftungsquoten hingen voneinander ab. Schützenswerte Interessen des Drittwiderbeklagten werden durch die Erhebung der Widerklage nicht beeinträchtigt, weil der Vater ungeachtet der Abtretung an seinen Sohn Träger der bei dem Unfall verletzten Rechte sei, auf die sich der geltend gemachte Schadensersatzanspruch stützt. Er sei die eigentliche „materielle“ Partei auf Klägerseite. In diesem Fall ergibt sich die örtliche Zuständigkeit aus § 33 analog.<sup>35</sup>

33 BGH, Urteil vom 6.5.1993, Az.: VII ZR 7/93 = NJW 1993, 2120; s. auch BGH, Urteil vom 25.11.2020, Az.: VIII ZR 252/18 = BeckRS 2020, 40581 (Rn. 28).

34 BGH, Urteil vom 27.4.2022, Az.: IV ZR 344/20 = NJW-RR 2022, 781.

35 BGH, Beschluss vom 30.9.2010, Az.: Xa ARZ 191/10 = NJW 2011, 460 (offen ist aber, ob außerhalb dieser Zedentenfälle immer § 33 analog auf die isolierte Drittwiderklage Anwendung findet. Hier ist jedenfalls Zurückhaltung geboten, um nicht den Wohnsitzgerichtsstand auszuhebeln, vgl. *Vossler*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 30.9.2010, Az.: Xa ARZ 191/10, NJW 2011, 462 (463); *Skusa*, Die isolierte Drittwiderklage gegen Zedenten – Zulässigkeit und anwaltliche Hinweispflichten, NJW 2011, 2697).

6. Die Widerklage in der Klausur

103

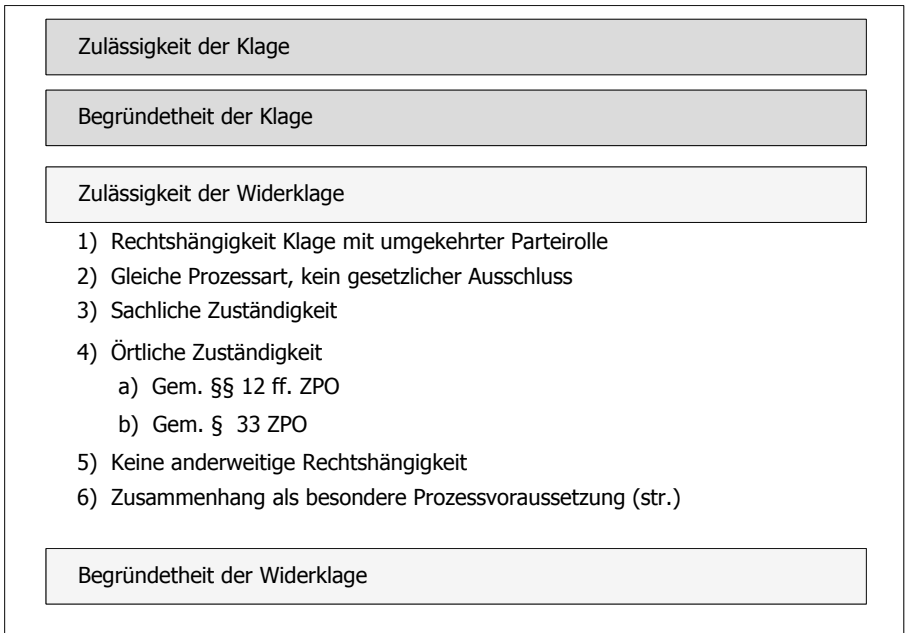


Abb. 28 Widerklage in der Richterklausur

**Wiederholungs- und Vertiefungsfragen**

- > Ist ein Beklagter zur Verteidigung verpflichtet?
- > Wann ist eine Klage schlüssig? Wie verfährt das Gericht bei einer unschlüssigen Klage?
- > Was versteht man unter erheblichem Beklagtenvorbringen? Wozu führt das?
- > Wie kann der Beklagte im Verfahren Gegenansprüche geltend machen?
- > Wann kommt es für die Begründung der örtlichen Zuständigkeit auf § 33 an?
- > Ist der in § 33 genannte Zusammenhang ein Zulässigkeitskriterium? Kann sich die Frage bei konnexen Widerklagen stellen?
- > Kann eine Widerklage hilfsweise als Eventualwiderklage erhoben werden?
- > Nach welchen Regeln ist eine Drittwiderklage zu behandeln?

## § 13 Die Klageänderung

**Literatur:** *Bernreuther*, Die Klageänderung, JuS 1997, 478; *Foerste*, Zur Notwendigkeit reziproker Anwendung des § 93 ZPO, FS Stürner 2013, S. 273; *U. Gottwald*, Die Klageänderung im Zivilprozess, JA 1998, 219; *Spickhoff*, Grenzen der Klageänderungsmöglichkeiten im Zivilprozess, JR 1998, 227; *Walther*, Klageänderung und Klagerücknahme, NJW 1994, 423; *Wendelstein*, Die Klageänderung im Zivilprozess, Jura 2020, 442.

► **Fall 1:** K fordert von B Herausgabe seines Autos gem. § 985 BGB. Nach Klageerhebung erfährt er, dass B betrunken einen Verkehrsunfall verursacht hat, bei dem der Wagen zerstört wurde. Wie kann K im Verfahren reagieren? ◀

Die ZPO enthält keineswegs ein Klageänderungsverbot nach Rechtshängigkeit. Vielmehr macht sie die Zulässigkeit der Klageänderung von Voraussetzungen abhängig, die in erster Linie den Beklagten davor schützen sollen, sich unversehens gegen einen neuen Anspruch in einem Verfahren verteidigen und dabei sein bisheriges Verteidigungskonzept umstellen zu müssen. 1

Andererseits ist eine Klageänderung in zahlreichen Fällen gerade deshalb nötig, weil sich die materiellrechtliche Lage zwischen den Parteien verändert hat. So im obigen Fall 1. Die Herausgabe ist dem B unmöglich geworden. Ließe man die Klageänderung daher im laufenden Verfahren nicht zu, so vernachlässigte man die Interessen des Klägers und provozierte ein weiteres Verfahren, wodurch unnötig Justizressourcen vergeudet würden. 2

Die §§ 263, 264, 267 stellen aus Sicht des Gesetzgebers den notwendigen Kompromiss zwischen den divergierenden Interessen der Parteien und der Prozessökonomie dar. 3

Die in der ZPO verwendete Terminologie ist ungenau, da innerhalb eines rechtshängigen Klageverfahrens der Streitgegenstand verändert wird. Eine Klageänderung liegt auf der Grundlage des zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriffes vor, wenn entweder der Antrag geändert wird oder der zugrunde liegende Lebenssachverhalt. 4

**Merke:** Klageänderung ist Streitgegenstandsänderung. 5

Die Klageänderung kann in erster Instanz bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorgenommen werden.<sup>1</sup> Sie ist Prozesshandlung und erfolgt durch Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung oder durch Zustellung eines Schriftsatzes (§ 261 Abs. 2). In der Berufungsinstanz ist § 533 Nr. 2 zu beachten: eine Klageänderung in zweiter Instanz ist nur zulässig, wenn die Klageänderung auf Tatsachen gestützt wird, die das Berufungsgericht nach § 529 seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung zugrunde zu legen hat.<sup>2</sup> Diese Einschränkung soll verhindern, dass die erstinstanzlichen Präklusionsvorschriften durch eine „Flucht in die Klageänderung“ umgangen werden. In der Berufungsinstanz erfolgt die Klageänderung ebenfalls durch Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung oder durch Zustellung eines Schriftsatzes (§ 525). In der Revisionsinstanz ist eine Klageänderung wegen des Ausschlusses neuer Tatsachen nicht möglich (§ 559). Im Musterfeststellungsverfahren können Feststellungsziele jedenfalls bis zum Ablauf der Anmeldefrist geändert werden, wenn es 6

1 BGH, Beschluss vom 7.11.2017, Az.: XI ZR 529/17 = BeckRS 2017, 133092.

2 BGH, Urteil vom 15.12.2022, Az.: I ZR 135/21 = NZI 2023, 259; *Kramer*, Neues Vorbringen bei Änderung der Klage im Berufungsrechtszug, MDR 2023, 333.

§ 13 D. Fortführung des Verfahrens durch die Parteien

um einen neuen Lebenssachverhalt geht (§ 263). Zulässig sind wohl Änderungen der Feststellungsziele bei gleichbleibendem Lebenssachverhalt (§ 264 Nr. 2).<sup>3</sup>

- 7 **Merke:** Die Zulässigkeit der Klageänderung ist Sachentscheidungsvoraussetzung der geänderten Klage.
- 8 Die geänderte Klage ist nur dann zulässig, wenn der alte wirksam in den neuen Streitgegenstand geändert wurde.

I. Vorliegen einer Klageänderung

- 9 Da Klageänderung Streitgegenstandsänderung ist, ist das Vorliegen einer Klageänderung zunächst unproblematisch festzustellen. Wird ein neuer Streitgegenstand anstelle des alten in der Klage geltend gemacht, so handelt es sich um eine **klageauswechselnde Klageänderung**. Durch die Klageänderung wird in einem einheitlichen Vorgang der alte Streitgegenstand fallen gelassen und der neue erhoben.

I. Antrag

Feststellung, was zuletzt beantragt wurde.  
Beginnen Sie mit dem neuen Streitgegenstand, kein historischer Aufbau

II. Zulässigkeit der neuen Klage

1) Zulässigkeit der Klageänderung

**Die Zulässigkeit der Klageänderung ist Voraussetzung der Zulässigkeit der geänderten Klage**

2) Rest der Zulässigkeitsprüfung der neuen Klage

III. Begründetheit der neuen Klage

Abb. 29 Aufbau bei klageauswechselnder Klageänderung

- 10 Die Rechtshängigkeit des zuerst erhobenen Streitgegenstandes ist durch die zulässige Klageänderung entfallen. Darüber ist nicht mehr zu entscheiden.
- 11 Eine Klageänderung liegt auch vor beim Übergang von einer Leistungs- zu einer Feststellungsklage oder beim Übergang von einem Anspruch aus eigenem Recht zu einem aus abgetretenem Recht, weil ein anderer Lebenssachverhalt zugrunde liegt, so dass eine Streitgegenstandsänderung vorliegt.<sup>4</sup>

3 Röß, Die Klageänderung im Musterfeststellungsverfahren, NJOZ 2021, 1569; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 610 Rn. 2.  
 4 BGH, Urteil vom 29.06.2021, Az.: VI ZR 566/19 = BeckRS 2021, 18246 Rn. 8; BGH, Urteil vom 27.9.2006, Az.: VIII ZR 19/04 = NJW 2007, 2414 Rn. 8; BGH, Urteil vom 5.5.2005, Az.: VIII ZR 93/04; Weißberger, Die „nachträgliche Anspruchsbegründung“, NJOZ 2022, 705, 706.

Der BGH sieht aber auch im Fall einer **nachträglichen objektiven Klagehäufung** eine Klageänderung und wendet insofern neben § 260 die §§ 263 ff. an. Der Aufbau ist bei der Klagehäufung dargestellt (§ 8 Rn. 98). Der umgekehrte Fall, also der nachträgliche Wegfall der Klagehäufung, soll aber nur als Klagerücknahme und nicht als Klageänderung zu beurteilen sein (§ 14 Rn. 23). 12

## II. Ohne Weiteres zulässige Klageänderungen § 264

Keine Klageänderung ist gegeben, wenn ohne Änderung des Klagegrundes die tatsächlichen oder rechtlichen Anführungen ergänzt oder berichtigt werden (§ 264 Nr. 1). Diese Bestimmung ist deklaratorisch, da bei § 264 Nr. 1 keine Klageänderung vorliegt, weil der Streitgegenstand nicht geändert wird. 13

Jede Änderung des Klageantrags ist eine Klageänderung, weil darin eine Veränderung des Streitgegenstandes liegt. Trotzdem soll nach dem Gesetzeswortlaut in den Fällen des § 264 Nr. 2 und Nr. 3 keine Klageänderung vorliegen. Da die Fälle Nr. 2 und Nr. 3 aber Antrags- und damit automatisch Streitgegenstandsänderungen beinhalten, liegen auch Klageänderungen vor. Richtigerweise sind die Nr. 2 und Nr. 3 als ohne Weiteres zulässige Klageänderungen einzustufen, die unabhängig von Einwilligung und Sachdienlichkeit möglich sind. 14

**Merke:** § 264 Nr. 2 und Nr. 3 sind entgegen dem Wortlaut Klageänderungen, die aber ohne Weiteres zulässig sind. 15

So könnte K in Fall 1 seine Klage dahin umstellen, dass er von B statt der Herausgabe des Autos Schadensersatz wegen dessen Zerstörung verlangt. Eine Einwilligung des B oder die Prüfung der Sachdienlichkeit ist wegen § 264 Nr. 3 nicht erforderlich, da es sich um eine ohne Weiteres zulässige Klageänderung handelt. 16

► **Klausurhinweis:** Es wäre falsch, Einwilligung oder Sachdienlichkeit zu prüfen. Sinnvoll ist es aber, darauf hinzuweisen, dass dies wegen § 264 Nr. 3 nicht erforderlich ist. ◀

## III. Einwilligung des Beklagten

Ist eine Klageänderung erfolgt, die nicht gem. § 264 Nr. 2, Nr. 3 ohne Weiteres zulässig ist, so ist die Einwilligung des Beklagten erforderlich, damit der Kläger den Streitgegenstand ändern kann. Die Einwilligung ist Prozesshandlung, nicht materielle rechtliche Willenserklärung, so dass sie in der mündlichen Verhandlung oder in einem Schriftsatz erklärt werden muss. 17

## IV. Vermutete Einwilligung

Nach § 267 wird die Einwilligung des Beklagten in die Klageänderung unwiderleglich vermutet, wenn dieser, ohne der Änderung zu widersprechen, sich in der mündlichen Verhandlung auf die geänderte Klage einlässt. Der Vorschrift liegt der gleiche Gedanke zugrunde wie § 39 (rügelose Einlassung, § 6 Rn. 90). 18

## V. Sachdienlichkeit

Willigt der Beklagte nicht ein, so kann das Gericht auch gegen seinen Willen die Klageänderung als sachdienlich zulassen. Die Sachdienlichkeit orientiert sich am **Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit**. Sie wird bejaht, wenn der bisherige Prozessstoff eine verwertbare Entscheidungsgrundlage bleibt, die endgültige Beilegung des Streits gefördert 19

und ein weiterer Prozess verhindert wird. Bei der Bejahung der Sachdienlichkeit sind die Gerichte großzügig. Dass eine weitere Beweisaufnahme erforderlich ist und die Entscheidungsreife hinausgeschoben wird, schadet nicht.

VI. Verhältnis von Klageänderung und Klagerücknahme

20

► **Vertiefung:** Umstritten ist, ob bei Klageänderungen, die auch den Charakter einer Klagerücknahme haben, zusätzlich zu den Vorschriften über die Klageänderung (§§ 263 ff.) auch die Vorschrift über die Klagerücknahme (§ 269) anzuwenden ist.<sup>5</sup> Bedeutung hat die Frage vor allem bei der quantitativen Beschränkung des Antrags im Fall des § 264 Nr. 2. Die Beschränkung des Antrags könnte gleichzeitig als teilweise Klagerücknahme angesehen werden. Bei der Frage der kumulativen Anwendung von Klageänderungsvorschriften und Klagerücknahmevorschrift geht es im Ergebnis um das Verhältnis beider Regelungskomplexe. Die Folge der Anwendung des § 269 neben § 264 Nr. 2 wäre, dass die Klageänderung nur mit Einwilligung des Beklagten, also nicht schon bei angenommener Sachdienlichkeit durch das Gericht zulässig wäre. Dies ist ein Ergebnis, das § 264 Nr. 2 aber gerade verhindern soll. Eine Ansicht wendet trotzdem bei jeder Antragsbeschränkung, die eine teilweise Klagerücknahme beinhaltet, neben § 264 Nr. 2 den § 269 an (Kumulationstheorie).<sup>6</sup> Willigt der Beklagte nicht ein, bleibt der alte Streitgegenstand rechtshängig und der Beklagte hat einen Anspruch darauf, dass über diesen ein Urteil ergeht. Die Gegenmeinung sieht in § 264 Nr. 2 eine Spezialregelung gegenüber § 269, die gerade einen Verzicht auf das Erfordernis einer Einwilligung beinhaltet.<sup>7</sup> ◀

Zusammenfassende Übersicht zu § 13

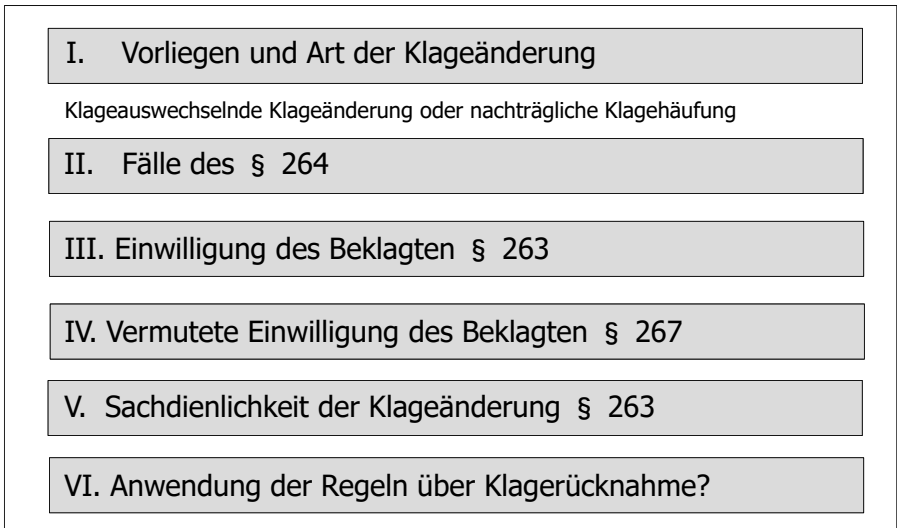


Abb. 30 Prüfung der §§ 263, 264, 267

5 Walther, Klageänderung und Klagerücknahme, NJW 1994, 423.  
6 Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 264 Rn. 6.  
7 R/S/G, ZPR, § 99 Rn. 27; Musielak/Foerste, ZPO, § 269 Rn. 4.

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

---

- > Was ändert sich genau, wenn eine Klage nach Rechtshängigkeit geändert wird?
- > Kann eine Klageänderung auch in der Berufungs- bzw. der Revisionsinstanz vorgenommen werden?
- > An welcher Stelle in einer Klausur ist die Zulässigkeit der Klageänderung zu prüfen?
- > Handelt es sich bei einer nachträglichen objektiven Klagehäufung um eine Klageänderung?
- > Sind auf Klageänderungen u.U. auch die Regeln über die Klagerücknahme anwendbar?
- > Wann ist eine Klageänderung sachdienlich?



## § 14 Prozessbeendigende Prozesshandlungen des Klägers

- 1 Möglichkeiten des Klägers, den Rechtsstreit einseitig zu beenden, sind die Klagerücknahme und die einseitige Erklärung der Erledigung der Hauptsache. Beide unterscheiden sich erheblich, vor allem hinsichtlich der Kosten. Im Fall der Klagerücknahme erkennt der Kläger, dass seine Klage keinen Erfolg haben wird und verzichtet auf den beantragten Rechtsschutz. Bei der Erledigung der Hauptsache begehrt der Kläger die Feststellung, dass ein erledigendes Ereignis eingetreten ist, das den Sinn der Klage entfallen lässt.

### I. Klagerücknahme

*Literatur:* *Becker*, Erledigung und Klagerücknahme im Zivilprozess, JuS 2018, 1050; *Elzer*, Einseitige Erledigerklärung vor Rechtshängigkeit nach dem ZPO-Reformgesetz, NJW 2002, 2006; *Scheikholeslami-Sabzewari*, Die Klagerücknahme – examensrelevante Fallgestaltungen, JuS 2023, 126; *Weißberg*, Besondere Möglichkeiten der Verfahrensbeendigung in der ZPO, JuS 2022, 27.

#### 1. Überblick

- 2 Die Klagerücknahme ist in § 269 geregelt. Danach kann die Klage ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen werden.
- 3 Die Klagerücknahme bildet das **Gegenstück zur Klageerhebung**. Mit der Klagerücknahme nimmt der Kläger das Gesuch um Rechtsschutz, das er mit der Klageerhebung an das Gericht gerichtet hat, wieder zurück. Das Institut ist damit die Konsequenz des Dispositionsgrundsatzes. Der Kläger verzichtet auf eine gerichtliche Entscheidung in diesem, nicht aber in einem potenziellen weiteren Prozess. Die Klagerücknahme hat keinen Einfluss auf den materiellrechtlichen Anspruch.
- 4 **Merke:** Der materiellrechtliche Anspruch wird durch die Klagerücknahme nicht berührt. Dieser bleibt erhalten und der Kläger kann ihn erneut gerichtlich geltend machen.
- 5 Abzugrenzen ist die Klagerücknahme vor allem vom **Klageverzicht** (§ 306). Der Verzicht betrifft den prozessualen Anspruch, also den Streitgegenstand, und beinhaltet die Erklärung an das Gericht, dass dieser nicht bestehe (Rn. 52 ff.). Er enthält eine endgültige Zurücknahme der in der Klage aufgestellten Rechtsbehauptung und nicht nur wie die Klagerücknahme den Verzicht auf die aktuelle Geltendmachung des Streitgegenstands im konkreten Verfahren. Bei einem Verzicht weist das Gericht die Klage als unbegründet ab, die Rechtskraft des Urteils steht einer erneuten Erhebung des Anspruchs entgegen.
  - ▶ **Fall 1:** K klagt gegen B auf Abnahme und Zahlung eines Autos. B bestreitet, dass es zu einem Kaufvertrag gekommen sei. Er habe sich nur unverbindlich über das Auto informieren, dieses aber nicht kaufen wollen. In der Klageschrift, die dem B zugestellt wird, benennt K die D als Zeugin für den Vertragsschluss. Als K mit D vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung Kontakt aufnimmt, erklärt ihm diese, sie könne sich an nichts Genaues erinnern. K erklärt darauf gegenüber dem Gericht, dass er die Klage zurücknehme. Könnte er später erneut klagen? ◀
- 6 K würde mit seiner Klage keinen Erfolg haben, da er die Voraussetzung seines Anspruchs, also den Abschluss des Vertrages, beweisen muss. Wenn D seine einzige Zeugin ist und keine sonstigen Beweismittel vorliegen (z.B. ein schriftlicher Kaufvertrag),

wird es zur Unauflösbarkeit (sog. *non liquet*-Situation, § 23 Rn. 59 f.) kommen, mit der Folge, dass die Klage zu Ungunsten des beweisbelasteten K abzuweisen ist. Sollte sich die D doch zu einem späteren Zeitpunkt wieder erinnern oder entdeckt K andere Beweismittel, so kann er jederzeit (soweit der Anspruch noch nicht verjährt ist) erneut Klage erheben.

## 2. Klagerücknahme als Prozesshandlung

Die Klagerücknahme ist eine Prozesshandlung, so dass die Prozesshandlungsvoraussetzungen vorliegen müssen. Als Bewirkungshandlung hat die Klagerücknahme, soweit sie zulässig ist, unmittelbar prozessgestaltende Wirkung, woraus sich ihre Bedingungsfeindlichkeit ergibt. Auch eine Anfechtung und ein Widerruf sind bei Bewirkungshandlungen ausgeschlossen (§ 11 Rn. 36, 53 ff.). Um einen weiteren Prozess zu vermeiden, soll es aber zulässig sein, mit Zustimmung des Beklagten die Klagerücknahme zu widerrufen und den Prozess fortzusetzen.<sup>1</sup> Diese Meinung ist zwar ein dogmatischer Bruch, da Bewirkungshandlungen bedingungsfeindlich sind, ist aber aus prozessökonomischen Gründen richtig und sinnvoll.

Da die Klagerücknahme nicht den Anspruch selbst betrifft, sondern seine Geltendmachung in diesem Prozess, ist die Klagerücknahme gegenüber dem Gericht in der mündlichen Verhandlung (§ 269 Abs. 2 S. 1) oder durch Einreichung eines Schriftsatzes (§ 269 Abs. 2 S. 2) zu erklären. Sie ist dem Gegner zuzustellen, soweit dieser einwilligen muss (§ 269 Abs. 2 S. 3).

## 3. Zulässigkeit der Klagerücknahme

Die Zulässigkeit der Klagerücknahme setzt eine Klage, also Rechtshängigkeit durch Zustellung voraus (§§ 261 Abs. 1, 253 Abs. 1). Der frühestmögliche Zeitpunkt für eine Klagerücknahme ist daher nach der Zustellung der Klage gegeben. Erklärt der Kläger zwischen Einreichung der Klage bei Gericht (Anhängigkeit) und vor Zustellung die Klagerücknahme oder kommt es gar nicht mehr zu einer Zustellung, so spricht dogmatisch alles dagegen, diese Handlung als Klagerücknahme anzusehen. Durch die Neufassung des § 269 Abs. 3 S. 3 a.E., der an sich nur die Kosten regelt, ist es jedoch erforderlich, auch die „Klagerücknahme“ vor Rechtshängigkeit als echte Klagerücknahme anzusehen (Rn. 20–23).

Die Klage kann während der gesamten Dauer ihrer Rechtshängigkeit zurückgenommen werden. Dies gilt in allen Instanzen vor Eintritt der Rechtskraft. Die Rechtshängigkeit endet mit Eintritt der formellen Rechtskraft (§ 28 Rn. 3). § 269 Abs. 3 S. 1 stellt klar, dass der Rechtsstreit, wenn die Klage zurückgenommen wird, als nicht anhängig geworden anzusehen ist und ein bereits ergangenes, noch nicht rechtskräftiges Urteil wirkungslos wird, ohne dass es seiner ausdrücklichen Aufhebung bedarf (Rn. 17–19).

Die Klagerücknahme muss nicht unverzüglich erfolgen.<sup>2</sup>

Die Klagerücknahme kann aufgrund eines **Klagerücknahmeversprechens** (oft als Bestandteil eines außergerichtlichen Vergleichs) erfolgen. Bei diesem Versprechen handelt es sich nach richtiger aber umstrittener Ansicht um einen Prozessvertrag. Dieser führt nicht automatisch zum Wegfall der Rechtshängigkeit, die Klagerücknahme muss dem

1 R/S/G, ZPR, § 129 Rn. 18; a.A. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 269 Rn. 32.

2 Der BGH hat im Urteil vom 26.7.2004, Az.: VII ZB 44/03 diese Änderung bereits vorweggenommen.

Gericht gegenüber erklärt werden. Der Vertrag beinhaltet nicht nur eine Verpflichtung zur Klagerücknahme, sondern begründet, wenn sich der Kläger nicht daran hält, eine prozessuale Einrede des Beklagten, so dass die Klage als unzulässig abzuweisen ist.<sup>3</sup> Die Gegenmeinung sieht im Klagerücknahmeverprechen einen materiellrechtlichen Vertrag, was die Annahme einer prozessualen Einrede ausschließt, kommt aber über die Anwendung von § 242 BGB ebenfalls dazu, dass die Fortsetzung des Verfahrens unzulässig ist.<sup>4</sup>

#### 4. Klagerücknahme mit und ohne Einwilligung des Beklagten

- 13 Die Klage kann ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen werden. Danach muss der Beklagte zustimmen. Dies kann auch konkludent erfolgen. Diese Regelung berücksichtigt die Interessen des Beklagten, die sich aus der mangelnden Rechtskraftwirkung der Klagerücknahme (Rn. 3, 5) ergeben. Der Beklagte erlangt durch die Klageerhebung grundsätzlich ein Recht auf eine (rechtskraftfähige) Entscheidung über den vom Kläger geltend gemachten Anspruch. Ließe man die Klagerücknahme jederzeit nach Belieben des Klägers zu, könnte dieser bei einer ungünstigen Prozessentwicklung die Klage zurücknehmen und wie bei einem Katz und Mausspiel wieder klagen.
- 14 Der Begriff „Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache“ entspricht dem in § 39 (§ 6 Rn. 90).
- 15 Wird die Klagerücknahme nicht in der mündlichen Verhandlung erklärt, sondern außerhalb durch Schriftsatz, so ist dieser dem Beklagten zuzustellen, wenn seine Einwilligung zur Wirksamkeit der Zurücknahme der Klage erforderlich ist (§ 269 Abs. 2 S. 3). Die Zustellung ist zur Berechnung der daran anknüpfenden Frist erforderlich. Denn wenn der Beklagte der Zurücknahme der Klage nicht innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen seit der Zustellung des Schriftsatzes widerspricht, gilt seine Einwilligung als erteilt, wenn der Beklagte zuvor auf diese Folge hingewiesen worden ist (§ 269 Abs. 2 S. 4, der Hinweis erfolgt durch ein Formular der Geschäftsstelle).
- 16 Verweigert der Beklagte die Einwilligung, ist der Prozess fortzusetzen.

#### 5. Wirkung

- 17 Durch die Klagerücknahme wird der Rechtsstreit beendet. Der Rechtsstreit ist als nicht rechtshängig geworden anzusehen; ein bereits ergangenes, noch nicht rechtskräftiges Urteil wird wirkungslos, ohne dass es seiner ausdrücklichen Aufhebung bedarf. Ergeht nach Klagerücknahme doch ein Urteil, so ist dieses wirkungslos.<sup>5</sup> Bestand zwischen zwei Gerichten zum Zeitpunkt der Klagerücknahme Streit, welches für die Klage zuständig ist und war ein Bestimmungsverfahren gem. § 36 Abs. 1 Nr. 6 eingeleitet, so kommt eine Gerichtsstandsbestimmung nicht mehr in Betracht, auch wenn das angerufene Gericht (das sich für unzuständig hält, bei dem die Klage aber rechtshängig ist) noch über die Kosten, auch nach billigem Ermessen im Falle des § 269 Abs. 3 s. 3 (dazu s.u. § 14 Rn. 20) zu entscheiden hat.<sup>6</sup>

3 BGH, Urteil vom 25.8.1988, Az.: VIII ZR 148/87 = NJW 1988, 39, 41; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 269 Rn. 2; R/S/G, ZPR, § 129 Rn. 8.

4 Stein/Jonas/Schumann, ZPO, § 269 Rn. 5.

5 R/S/G, ZPR, § 129 Rn. 26.

6 BGH, Beschluss vom 14.3.2023, Az.: X ARZ 586/22 = NJW-RR 2023, 703.

Für alle unselbstständigen Beteiligungen Dritter an diesem Rechtsstreit (Nebenintervention, Streitverkündung) entfällt durch die Klagerücknahme die Basis. Auf selbstständige Verfahren wie die Widerklage ist die Klagerücknahme dagegen ohne Einfluss, das Verfahren wird eigenständig weiterbetrieben (§ 12 Rn. 61). 18

Auch alle materiellrechtlichen Folgen der Rechtshängigkeit werden rückwirkend wieder beseitigt. Für die Verjährung kann sich damit die gleiche Problematik ergeben wie bei dem Wegfall der Rechtshängigkeit eines hilfsweise erhobenen Anspruchs, wenn die auflösende Bedingung des Hilfsantrags nicht eintritt (§ 11 Rn. 39). Hier hilft wiederum § 204 Abs. 2 S. 4 BGB: Die verjährungshemmende Wirkung bleibt erhalten, wenn der Hilfsantrag binnen sechs Monaten erneut rechtshängig gemacht wird. 19

## 6. Kosten

Wer eine Klage zurücknimmt begibt sich freiwillig in die Rolle des Unterliegenden. Die daraus folgende Pflicht des Klägers, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen (§ 269 Abs. 3 S. 2), wurde in jüngster Vergangenheit mehrfach modifiziert und muss daher als examensrelevant angesehen werden. 20

► **Fall 2 (vereinfacht nach BGH; Beschluss vom 17.12.2020, Az.: I ZB 38/20 = NJW 2021, 941)** Über den Internetanschluss der Beklagten wurden zwei Folgen einer Fernsehserie in einer Tauschbörse öffentlich zum Herunterladen angeboten. Die Klägerin mahnte die Beklagte ab unter Berufung auf ihre ausschließlichen Nutzungsrechte und verklagte sie auf Zahlung von Schadensersatz. Die Beklagte hat in der Klageerwidern mitgeteilt, sie habe die streitgegenständliche Rechtsverletzung nicht begangen, weil sie ihre Wohnung, in der sich der Internetanschluss befinde, in der fraglichen Zeit über das Portal Airbnb vermietet und sich andernorts aufgehalten habe. Nach Mitteilung der Mieterin habe vermutlich einer von deren Brüdern die Rechtsverletzung begangen. Sie (die Beklagte) habe nur über die Chatfunktion des Portals Airbnb Kontakt zur Mieterin gehabt und verfüge über keine weiteren Kontaktdaten von ihr. Die Klägerin hat ihre Klage daraufhin zurückgenommen und beantragte, der Beklagten die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. ◀

Der Kläger, der seine Klage zurückgenommen hat, muss die Kosten des Rechtsstreits tragen, soweit nicht bereits rechtskräftig über sie erkannt ist oder sie dem Beklagten aus einem anderen Grund aufzuerlegen sind (§ 269 Abs. 3 S. 2). Diese „Kostenautomatik“ gilt gem. § 269 Abs. 3 S. 3 nicht, wenn der Anlass zur Klage zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit wegfällt. Eine Erledigterklärung als Alternative zur Klagerücknahme scheidet in diesem Fall daran, dass die Klage nicht rechtshängig ist und sich daher nicht erledigen kann. Ohne die Regelung des § 269 Abs. 3 S. 3 wäre der Kläger gezwungen, die auferlegten Kosten als Verzugsschaden (§§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB = Geltendmachung eines materiellen Kostenerstattungsanspruchs in einem neuen Prozess) durch gesonderte Klage geltend zu machen. Um dieses komplizierte Verfahren zu vereinfachen, hat der Gesetzgeber 2002 § 269 Abs. 3 S. 3 eingeführt. Bei der Kostenentscheidung hat das Gericht den bisherigen Sach- und Streitstand nach billigem Ermessen zu berücksichtigen (wie im Falle des § 91 a, s.u. § 16 Rn. 13). Die Kosten sind der Partei aufzuerlegen, die ohne den Anlasswegfall nach gegenwärtigem Sach- und Streitstand im Prozess voraussichtlich unterlegen wäre. Dazu ist der Tatsachenvortrag der Parteien bis zur Klagerücknahme zu berücksichtigen. Eine summarische Prüfung reicht aus, eine Beweisaufnahme unterbleibt.<sup>7</sup> 21

7 Scheikholeslami-Sabzewari, JuS 2023, 126, 130.

- 22 Der vorliegende Fall weist zwei Besonderheiten aus: Erstens war die Klage nach Ansicht des BGH von vornherein unbegründet. Zweitens war der Anlass zur Erhebung der Klage nach Rechtshängigkeit weggefallen, nämlich durch die Mitteilung der Beklagten in der Klageerwidern, dass sie selbst ihren Internetanschluss in der fraglichen Zeit nicht genutzt habe. § 269 Abs. 3 S. 3 sei auf diesen Fall nicht, auch nicht analog anwendbar.<sup>8</sup> Das ist zutreffend, weil der Kläger ja die Möglichkeit übereinstimmender oder einseitiger Erledigterklärung hat, um zu einer für ihn günstigen Kostenentscheidung zu kommen.

Der BGH stützt seine Klageabweisung auf beide Argumente, das Letztere ist dogmatisch klarer. Die komplexere Frage ist aber, ob die Klage bei ihrer Einreichung zulässig und begründet sein muss, damit der Kläger von § 269 Abs. 3 S. 3 Gebrauch machen kann und nicht in die Kostenautomatik des S. 2 rutscht. Ein *Anlass zur Einreichung der Klage* i.S. des § 269 Abs. 3 Hs. 1 ZPO kann nach Ansicht des BGH nur angenommen werden, wenn die Klage bei ihrer Einreichung zulässig und begründet war. Dafür spricht der Sinn der Einfügung des § 269 Abs. 3 S. 3, eine Norm zu schaffen, die die gleiche Folge hat wie die einseitige Erledigterklärung, für die aber erst die Möglichkeit besteht, wenn die Klage rechtshängig ist. Die Erledigungsfeststellungsklage ist ja auch nur begründet, wenn die Klage zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war (s.u. § 14 Rn. 34).<sup>9</sup> Ist das der Fall, legt das Gericht dem Beklagten nach Klagerücknahme zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit die Kosten des Rechtsstreits auf.

- 23 Der Beklagte ist durch das Gericht über die Klagerücknahme zu informieren, um ihm rechtliches Gehör zu gewähren. Der Beklagte kann einwenden, er habe keinen Anlass zur Klageerhebung gegeben, um wiederum dem Kläger die Kosten auferlegen zu lassen.

► **Vertiefung:** 1. Weiter stellt sich die Frage, ob § 269 Abs. 3 S. 3 analog angewendet werden kann, wenn das erledigende Ereignis nicht zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit, sondern noch vor Anhängigkeit eintritt, dies dem Kläger aber nicht erkennbar war. Die wohl h.M. bejaht dies wegen der vergleichbaren Interessenlage und wegen des Gesetzeszwecks.<sup>10</sup>

2. Das Fallenlassen eines Streitgegenstandes bei Klagehäufung (**nachträglicher Wegfall der Klagehäufung**) soll ausschließlich nach den Regeln der Klagerücknahme und nicht nach Klageänderungsvorschriften zu beurteilen sein, obwohl der BGH auf die nachträgliche Klagehäufung die Regeln über die Klageänderung anwendet.<sup>11</sup> ◀

## II. Einseitige Erledigterklärung

*Literatur:* Becker, Erledigung und Klagerücknahme im Zivilprozess, JuS 2018, 1050; Hofmann, Einseitige und übereinstimmende Erledigterklärungen vor unzuständigem Gericht, NJW 2020, 1117; Klawonn/Rohner, Die Erledigung der Hauptsache in der zivilprozessrechtlichen Klausur, JuS 2019, 22; Knöringer, Die Erledigung der Hauptsache im Zivilprozess, JuS 2010, 569; von der Linden/Ogorek, Unzulässigkeit der hilfsweisen Erledigterklärung – auch im Beschlussmängelprozess, NZG 2011, 14.

<sup>8</sup> BGH; Beschluss vom 17.12.2020, Az.: I ZB 38/20 = NJW 2021, 941, Rn. 33 unter Hinweis auf seine st. Rspr.

<sup>9</sup> Ebenso Vossler, NJW 2021, 944; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 269 Rn. 16.

<sup>10</sup> R/S/G, ZPR, § 129 Rn. 37; Musielak/Foerste, ZPO, § 269 Rn. 13 b. Offen gelassen vom BGH, Beschluss vom 17.12.2020, Az.: I ZB 38/20 = NJW 2021, 941, 943 Rn. 23.

<sup>11</sup> Walther, Klageänderung und Klagerücknahme, NJW 1994, 423, 427; Musielak/Foerste, ZPO, § 269 Rn. 4.

## 1. Überblick

Eine einseitige Erledigungserklärung liegt vor, wenn der Beklagte einer Erklärung des Klägers, dass sich die Klage durch ein nach Rechtshängigkeit eingetretenes Ereignis erledigt habe, widerspricht. Die einseitige Erledigungserklärung soll zu einer Beendigung des Rechtsstreits durch die Feststellung des Gerichts führen, dass die Erledigung eingetreten ist. Der Beklagte trägt als Unterliegender die Kosten (§ 91). 24

Der Beklagte wird in vielen Fällen der Erklärung des Klägers, der Rechtsstreit habe sich durch ein nach Rechtshängigkeit eingetretenes Ereignis erledigt, nicht widersprechen. In diesem Fall kommt es zu einer **übereinstimmenden Erledigungserklärung**, die die Rechtshängigkeit der Hauptsache beendet und nur noch zu einer Kostenentscheidung des Gerichts nach dem Maßstab billigen Ermessens (§ 91 a), nicht aber zu einer Sachentscheidung führt (§ 16 Rn. 8). 25

Wenn der Beklagte aber der Ansicht ist, die Klage sei von vornherein unzulässig oder unbegründet gewesen, so wird er sich der Erledigungserklärung des Klägers nicht anschließen. Er hat dann Anspruch auf ein klageabweisendes Urteil, auch wenn die Klage durch ein nach Rechtshängigkeit eintretendes Ereignis nochmals unzulässig oder nochmals unbegründet wird. Der Beklagte wird also darauf bauen, dass das Gericht feststellt, dass die Klage im Zeitpunkt der einseitigen Erledigungserklärung nicht zulässig oder begründet war, so dass den Kläger die Kostenlast trifft (§ 91). 26

Die einseitige Erledigungserklärung ist in der ZPO nicht geregelt. § 91 a erfasst nur den Fall der übereinstimmenden Erledigungserklärung. Daher bietet die einseitige Erledigungserklärung reichlich Material für dogmatische Streitigkeiten und Examensklausuren. Umstritten ist vor allem, ob sich die einseitige Erledigungserklärung unter eines der bekannten Institute der ZPO, die zu einem Ende des Rechtsstreits führen, einordnen lässt oder es sich um ein eigenständiges, nicht im Gesetz geregeltes prozessuales Institut handelt. 27

## 2. Die einseitige Erledigung als nachträgliche Klageänderung

### a) Klageänderungstheorie

Die ganz h.M. sieht in der einseitigen Erledigungserklärung den Antrag an das Gericht, dieses solle feststellen, dass nach Rechtshängigkeit ein erledigendes Ereignis eingetreten ist und dass die Klage bis zu diesem Zeitpunkt zulässig und begründet war. Danach stellt die einseitige Erledigungserklärung eine Änderung der ursprünglichen Leistungsklage in eine Feststellungsklage dar.<sup>12</sup> Der Kläger muss nicht ausdrücklich die Änderung in eine Feststellungsklage erklären. Erklärt er nur die Klage für erledigt und widerspricht der Beklagte dem, so kann dies als Klageänderung in eine Feststellungsklage ausgelegt werden. Das Feststellungsinteresse ergibt sich aus der für den Kläger günstigen Kostenfolge, die der Kläger nur mit dem Feststellungsantrag erreichen kann.<sup>13</sup> 28

► **Klausurhinweis:** Die Klageänderungstheorie ist absolut herrschend, so dass es als ausreichend anzusehen ist, dass sich ein Examenskandidat im 1. Staatsexamen hiermit auseinandersetzt. Die weiteren vertretenen Theorien haben ihre dogmatische Berechtigung, führen aber nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen.<sup>14</sup> ◀

12 BGH, Beschluss vom 28.2.2019, Az.: III ZR 16/18 = BeckRS 2019, 3689.

13 BGH, Urteil vom 27.1.2022; Az.: I ZR 7/21 (KG) = GRUR 2022, 658 Rn. 7.

14 Zu den Theorien R/S/G, ZPR, § 131 Rn. 33 ff.

b) Zulässigkeit der Klageänderung

- 29 Nach h.M. liegt zunächst eine Klageänderung vor. Diese muss ihrerseits zulässig sein. Ist die Klage zulässig geändert, darf das Gericht gem. § 308 nur noch über den zuletzt gestellten Antrag entscheiden.

**Merke:** Die Zulässigkeit der Klageänderung ist Sachentscheidungsvoraussetzung der geänderten Klage.

- 30 Die Feststellungsklage ist also ihrerseits nur dann zulässig, wenn die Leistungsklage wirksam in eine Feststellungsklage geändert wurde. Ganz überwiegend wird angenommen, dass sich die Zulässigkeit der Klageänderung aus § 264 Nr. 2 ergibt.

c) Wirksamkeit der Erledigungserklärung

- 31 Die Erledigungserklärung muss als Prozesshandlung wirksam sein, insbesondere in der richtigen Form vorgenommen werden. Da § 91 a für die einseitige Erledigungserklärung nicht gilt, kann diese auch nicht zu Protokoll der Geschäftsstelle abgegeben werden, vielmehr muss sie schriftsätzlich (§ 261 Abs. 2) oder in der mündlichen Verhandlung erklärt werden. Daraus folgt, dass Anwaltszwang besteht, da § 78 Abs. 3 nicht anwendbar ist.

- 32 Die Erledigungserklärung ist der Antrag an das Gericht, es möge feststellen, dass nach Rechtshängigkeit der ursprünglichen Leistungsklage ein erledigendes Ereignis eingetreten ist und dass die Leistungsklage bis zu diesem Zeitpunkt zulässig und begründet war. Damit handelt es sich um eine **Erwirkungshandlung**, die solange frei widerruflich ist, als das Gericht nicht darüber befunden hat.

- 33 Zulässig sind auch innerprozessuale **Bedingungen**: In der Praxis wird die einseitige Erledigungserklärung häufig bedingt erklärt. Hiermit verhindert der Kläger eine Klageabweisung als unbegründet, wenn das Gericht der Ansicht ist, ein erledigendes Ereignis sei nicht eingetreten.

3. Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglichen Klage bei Erledigung

- 34 Das Gericht gibt der Feststellungsklage statt, wenn die ursprüngliche Klage im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war. Ansonsten ist die Klage abzuweisen, der Kläger unterliegt und trägt die Kosten (§ 91).

▶ **Klausurhinweis:** An dieser Stelle ist die gesamte ursprüngliche Klage zu prüfen. ◀

▶ **Vertiefung:** Ist die Feststellungsklage wegen Fehlens der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit unzulässig, so ist sie als unbegründet abzuweisen. Daran ändert auch ein später gestellter **Antrag auf Verweisung (§ 281)** nichts.<sup>15</sup> Ist der Antrag auf Verweisung an das zuständige Gericht aber bereits gestellt und erfolgt dann das erledigende Ereignis, so ist nach der Rechtsprechung des BGH die Erledigung der Hauptsache dann festzustellen, wenn die ursprüngliche Klage zum Zeitpunkt ihrer Erledigung zwar bei einem unzuständigen Gericht anhängig, ansonsten aber zulässig und auch begründet war (anders die Rechtsprechung zur übereinstimmenden Erledigung, s.u. § 16 Rn. 14).<sup>16</sup> ◀

---

15 BGH, Beschluss vom 21.6.2017 – XII ZB 231/17 = NJOZ 2018, 161.

16 BGH, Beschluss vom 28.2.2019, Az.: III ZR 16/18 = NJW-RR 2020, 125 (Rn. 11); Hofmann, NJW 2020, 1117, 1118.

#### 4. Eintritt eines erledigenden Ereignisses

Das Gericht prüft im Rahmen der Begründetheit der Feststellungsklage, ob ein nachträgliches Ereignis die ursprünglich zulässige und begründete Klage unzulässig oder unbegründet gemacht hat.<sup>17</sup> 35

Ein **erledigendes Ereignis** liegt vor, wenn ein tatsächlicher Vorgang dazu führt, dass eine zulässige und begründete Klage nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg weiter betrieben werden kann. Es kann sich um ein prozessuales oder um ein materielles Erledigungereignis handeln. Bsp.: Das Feststellungsinteresse kann entfallen, eine Partei kann ihre Parteifähigkeit verlieren, der Beklagte erfüllt die eingeklagte Forderung oder der Beklagte rechnet mit einer Forderung auf. 36

Kommt das Gericht zu der Ansicht, ein erledigendes Ereignis sei nicht eingetreten, weist es die Feststellungsklage als unbegründet ab, wenn der Kläger nicht den ursprünglichen Antrag hilfsweise aufrechterhalten hat. Hat er dies getan, ist er mit seiner ursprünglichen Klage erfolgreich, wenn sich das Gericht von der Zulässigkeit und der Begründetheit dieser Klage überzeugt und kein erledigendes Ereignis eingetreten ist, dass die erfolgreiche Klage in Frage stellen könnte. 37

#### 5. Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses

Nach h.M. setzt die Feststellung, der Rechtsstreit sei in der Hauptsache erledigt, voraus, dass die Klage nach Eintritt der Rechtshängigkeit unzulässig oder unbegründet geworden ist. Ein vor Rechtshängigkeit liegendes Ereignis kann die Hauptsache nicht erledigen.<sup>18</sup> Vorher besteht gar kein Rechtsstreit, der sich erledigen könnte. Hieran ist insbesondere nach der Neuregelung der Klagerücknahme durch § 269 Abs. 3 S. 3 festzuhalten. Der Kläger kann in diesen Fällen eine Klagerücknahme erklären, eine einseitige Erledigterklärung scheidet aus. 38

Zu Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Zeitpunktes kann es insbesondere bei dem Gestaltungsrecht der **Aufrechnung** kommen, wenn die Aufrechnungslage bereits vor Rechtshängigkeit besteht, die Aufrechnungserklärung aber erst nach Rechtshängigkeit erfolgt. Dieses Problem war Gegenstand einer BGH-Entscheidung, die hier in klausurtypischer Darstellung wiedergegeben wird. 39

► **Fall 3** (nach BGH, Urteil vom 17.7.2003, Az.: IX ZR 268/02 = NJW 2003, 3134): K klagt gegen B im Januar 2003 auf Zahlung eines seit Anfang 2002 fälligen Kaufpreisanspruchs i.H.v. 3.000 €. B rechnet im Verlauf des Verfahrens mit einer ihm gegen K seit März 2002 zustehenden Darlehensforderung ebenfalls i.H.v. 3.000 € auf. K hatte diese Schuld bisher bestritten. Das Gericht äußert sich jedoch in der mündlichen Verhandlung dahin gehend, dass es die Darlehensforderung als begründet ansieht. K erklärt daraufhin die Erledigung der Hauptsache, B widerspricht.

Wie hat das Gericht zu entscheiden? ◀

**Antrag:** K hat zuletzt die Erledigung der Hauptsache erklärt. Dies ist im Sinne einer Klageänderung auf Feststellung auszulegen, dass sich die bis dahin zulässige und begründete Klage auf Zahlung des Kaufpreises durch ein nach Rechtshängigkeit eingetre-

17 BGH, Urteil vom 6.12.1984, Az.: VII ZR 64/84 = NJW 1986, 588, 589.

18 BGH, Urteil vom 15.1.1982, Az.: V ZR 50/81 = BGHZ 83, 12, 14 = NJW 1982, 1598; BGH, Urteil vom 5.10.1994, Az.: XII ZR 53/93 = BGHZ 127, 156, 163 = NJW 1994, 3232.



tenes Ereignis erledigt hat. An diesen zuletzt gestellten Antrag ist das Gericht gebunden (§ 308).

#### Zulässigkeit der Feststellungsklage

- 41 Zulässigkeit der Klageänderung: Die Zulässigkeit der Klageänderung ist Sachentscheidungs voraussetzung der geänderten Klage. Die Zulässigkeit folgt aus § 264 Nr. 2.
- 42 Sachentscheidungs voraussetzungen der Feststellungsklage: Die sachliche und örtliche Zuständigkeit bestimmen sich wegen § 261 Abs. 3 Nr. 2 nach der Zuständigkeit der Leistungsklage; die Zuständigkeit wird durch die Klageänderung nicht berührt.
- 43 Begründetheit der Feststellungsklage: Die Feststellungsklage ist begründet, wenn sich die Hauptsache tatsächlich erledigt hat. Das ist zu bejahen, wenn sich die ursprüngliche Leistungsklage durch ein nach Rechtshängigkeit eingetretenes Ereignis erledigt hat und zu diesem Zeitpunkt zulässig und begründet war.
- 44 Zulässigkeit der Leistungsklage: Die Klage war zulässig. Insbesondere das Rechtsschutzbedürfnis entfiel nicht deshalb, weil K von der Möglichkeit einer Aufrechnung hätte Gebrauch machen müssen, statt seine Forderung klageweise geltend zu machen. Bei der Gegenforderung des B handelte es sich um eine von K zunächst bestrittene Forderung, die in keinem rechtlichen Zusammenhang mit der Kaufpreisforderung des K stand. Da K die Gegenforderung des B bestritt, war es K bis zu deren rechtskräftiger Feststellung auch nicht zuzumuten, von einer gerichtlichen Geltendmachung seiner eigenen Forderung abzusehen und sich stattdessen durch Aufrechnung zu befriedigen.
- 45 Begründetheit der Leistungsklage: Nach dem Sachverhalt ist der Kaufpreisanspruch als bestehend zu unterstellen.
- 46 Eintritt eines erledigenden Ereignisses nach Rechtshängigkeit: Wenn die Aufrechnungslage (§ 387 BGB) – wie hier – bereits vor Zustellung der Klage bestanden hat, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten, ob das erledigende Ereignis die Aufrechnungslage oder die Aufrechnungserklärung (§ 388 S. 1 BGB) ist.
- 47 a) Ein Teil der **jüngeren Rechtsprechung** und die überwiegende **Kommentarliteratur** sehen wegen der materiellrechtlichen Rückwirkung nach § 389 BGB die Aufrechnungslage als erledigendes Ereignis an. Die Folge wäre in **Fall 3**, dass eine Erledigung der Hauptsache nicht erfolgt ist, weil diese nur durch ein nach Klagezustellung liegendes Ereignis eintreten kann.<sup>19</sup>
- 48 b) Die **Gegenansicht** hält dagegen die durch § 389 BGB angeordnete Rückwirkung nur für eine materiellrechtliche Fiktion. Diese sei für die verfahrensmäßige Frage der Erledigung der Hauptsache bedeutungslos. Es sei auf den tatsächlichen Vorgang der Erledigungserklärung als erledigendes Ereignis abzustellen.<sup>20</sup>
- 49 c) Der **BGH** hat sich im Jahr 2003 der Gegenansicht angeschlossen: Auch für den Fall, dass die Aufrechnungslage bereits vor Rechtshängigkeit der Klageforderung bestanden hat, schließt sich der BGH der Auffassung an, dass nicht die Aufrechnungslage, sondern erst die Aufrechnung als solche, also die Aufrechnungserklärung, das erledigende

---

19 OLG Hamm, Urteil vom 6.12.1999, Az.: 22 U 81/99 = MDR 2000, 296, 297; MüKo-ZPO/Lindacher, § 91 a Rn. 134; Bamberger/Roth/Dennhardt, BGB, § 389 Rn. 3; MüKo-BGB/Schlüter, § 389 Rn. 11; Palandt/Heinrichs, BGB, § 389 Rn. 2.

20 BayObLG, Beschluss vom 7.6.2001, Az.: 22 Br 32/01 = NJW-RR 2002, 373; OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.6.1999, Az.: 9 U 217/98 = NJW-RR 2001, 432; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO § 91 a Rn. 4 a; Heistermann, Die Erledigung der Hauptsache bei Aufrechnung, NJW 2001, 3527 f.; Schneider, Erledigung der Hauptsache bei Aufrechnung des Beklagten, MDR 2000, 507, 508.

Ereignis darstellt. Insbesondere hat dies der BGH damit begründet, dass die materiellrechtliche Wirkung, die bei der Aufrechnung die Geltendmachung der Klageforderung berührt, deren Erlöschen ist. Dieser Erfolg wird aber, wie § 389 BGB eindeutig besagt, (erst) durch die Aufrechnung, d.h. durch die Aufrechnungserklärung (§ 388 S. 1 BGB) „bewirkt“ und nicht (bereits) durch die Aufrechnungslage. Das Vorliegen einer Aufrechnungslage führt, wenn und solange die Aufrechnung nicht erklärt wird, noch nicht zum Erlöschen der beiderseitigen Forderungen. Tritt die Erlöschenswirkung erst mit der Erklärung der Aufrechnung ein, so war die Klage bis dahin zulässig und begründet. Die von § 389 BGB angeordnete Fiktion („gilt“) der Rückwirkung des Erlöschens auf den Zeitpunkt der Aufrechnungslage ändert daran nichts.

Somit handelt es sich bei der Aufrechnungserklärung um ein nach Rechtshängigkeit eingetretenes erledigendes Ereignis. Der Feststellungsklage ist stattzugeben.

**Merke:** Erklärt der Beklagte nach Klagezustellung gegen eine bereits vor Klageerhebung der Klageforderung aufrechenbar gegenüberstehenden Forderung die Aufrechnung, so ist trotz der materiellrechtlichen Rückwirkung der Aufrechnung (§ 389 BGB) erst die Aufrechnungserklärung das „erledigende Ereignis“ für eine bis dahin zulässige und begründete Klage.

## 6. Die einseitige Erledigung in der Klausur

I. Antrag

Evtl. Auslegung des Parteiverhaltens, Abgrenzung zur Klagerücknahme

Wirksame Vornahme der Erledigungserklärung als Prozesshandlung

II. Zulässigkeit der Feststellungsklage

1. Zulässigkeit der Klageänderung
2. Sachurteilsvoraussetzungen der Feststellungsklage

III. Begründetheit der Feststellungsklage

1. Zulässigkeit der ursprünglichen Klage
2. Begründetheit der ursprünglichen Klage
3. Erledigendes Ereignis nach Rechtshängigkeit

Abb. 31 Einseitige Erledigung in der Richterklausur

## III. Verzicht

**Literatur:** *Hegler*, Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht, 1903; *Lent*, Der Klageverzicht, DRZ 1948, 9; *Weißberg*, Besondere Möglichkeiten der Verfahrensbeendigung in der ZPO, JuS 2022, 27.

### 1. Überblick

- 52 Der Verzicht ist in § 306 geregelt. Er bildet das prozessuale Gegenstück zum Anerkenntnis durch den Beklagten (§ 15 Rn. 1 ff.). Wie dieses bezieht er sich auf den prozessualen Anspruch. Der Verzicht beinhaltet die Erklärung des Klägers an das Gericht, dass der geltend gemachte Anspruch nicht besteht. Das Gericht ist an die Erklärung des Klägers gebunden, ohne dass es darauf ankommt, ob der Anspruch auch nach Ansicht des Gerichts nicht besteht.

### 2. Rechtsnatur

- 53 Der Verzicht ist **ausschließlich Prozesshandlung** und hat mit dem Verzicht bürgerlichen Rechts außer dem Namen keine Gemeinsamkeit.<sup>21</sup> Die Parteien schließen aber in der Praxis häufig auch einen materiellen Verzicht. Ohne eine solche weitergehende materiellrechtliche Vereinbarung bleibt der zugrundeliegende Anspruch vom prozessualen Verzicht unberührt.

**Merke:** Der Verzicht ist reine Prozesshandlung und hat keine Doppelnatur.

Grundlage ist die Dispositionsbefugnis der Parteien. Der Verzicht führt nicht automatisch zur Beendigung des Prozesses, gestaltet aber die Entscheidungsgrundlage für das Gericht unmittelbar um. Auf der Grundlage der Verzichtserklärung muss das Gericht ein Verzichtsurteil erlassen, das unabhängig ist von dem zunächst durch den Kläger geltend gemachten prozessualen Anspruch. Der Rechtsstreit wird durch den Verzicht unmittelbar entscheidungsreif (§ 300 Abs. 1). Daher ist der Verzicht als **Bewirkungshandlung** einzuordnen.

### 3. Voraussetzungen

- 54 Da der Verzicht auf der **Dispositionsbefugnis** des Klägers beruht, ist er nur zulässig, soweit der Kläger dispositionsbefugt ist. Grenzen ergeben sich vor allem aus dem materiellen Recht: z.B. kann der Kläger nicht auf Unterhalt für die Zukunft verzichten (§ 1614 Abs. 1 BGB).
- 55 Der Beklagte muss **keine Zustimmung** erteilen, der Verzicht ist ein einseitiger Akt, der sich nur an das Gericht richtet. Der Beklagte ist nicht schutzwürdig, weil eine erneute Klage unzulässig ist. Ein **Antrag des Beklagten** auf Erlass eines Verzichtsurteils ist trotz des Wortlauts des § 306 („wenn der Beklagte die Abweisung beantragt“) nicht erforderlich. Beantragt dieser kein Verzichtsurteil, sondern trotz der Verzichtserklärung des Klägers weiterhin Klageabweisung, so ergeht trotzdem Verzichtsurteil und nicht etwa ein Streitiges Endurteil über die ursprüngliche Klage, weil dem Beklagten insoweit das Rechtsschutzbedürfnis fehlt.<sup>22</sup> Für das Anerkenntnis ging man (umgekehrt) ebenfalls davon aus, dass dem Kläger das Rechtsschutzbedürfnis fehle, bis der Gesetzgeber dort 2002 ausdrücklich angeordnet hat, dass kein Antrag erforderlich ist (§ 15 Rn. 10).
- 56 Aus der Rechtsnatur als (reine) Prozesshandlung ergibt sich, dass für die Verzichtserklärung die **Prozesshandlungsvoraussetzungen** gegeben sein müssen, insbesondere unterliegt der Verzicht dem Anwaltszwang.

---

21 Gegenüberstellung von prozessualen und materiellem Verzicht bei R/S/G, ZPR, § 133 Rn. 75.

22 BGH, Urteil vom 21.12.1967, Az.: VII ZR 166/63 = BGHZ 49, 213 = NJW 1968, 503; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 306 Rn. 3; R/S/G, ZPR, § 133 Rn. 73.

Aufgrund des Verzichts ergeht **Verzichtsurteil**. Dieses ist Sachurteil, das der Rechtskraft fähig ist. Aus diesem Grunde muss die Klage zulässig sein, insbesondere müssen die **Sachentscheidungsvoraussetzungen** vorliegen. 57

Ob die Klage schlüssig oder begründet war, ist völlig unerheblich, da die Grundlage der gerichtlichen Entscheidung nicht mehr der geltend gemachte prozessuale Anspruch ist, sondern nur noch die Verzichtserklärung des Klägers. 58

#### 4. Wirkung

Der Verzicht enthält die endgültige Zurücknahme der durch die Klage aufgestellten Rechtsbehauptung. 59

**Merke:** Der Kläger verzichtet endgültig auf die prozessuale Durchsetzung seines Anspruchs.

Der Einwand der Rechtskraft steht einer erneuten Klagerhebung entgegen (s. Schema B II 3 e). Der unterliegende Kläger trägt nach § 91 die Kosten des Verfahrens. Die Klagerücknahme unterscheidet sich vom Verzicht dadurch, dass der Kläger nur auf eine gerichtliche Entscheidung in diesem, nicht aber in einem potenziellen weiteren Prozess verzichtet (Rn. 3). 60

#### 5. Der Verzicht in der Klausur

61

##### I. Erklärung des Klägers

- Evtl. Auslegung des Klägerverhaltens, Abgrenzung zur Klagerücknahme
- Wirksame Vornahme des Verzichts als Prozesshandlung
- Dispositionsbefugnis des Klägers

##### II. Zulässigkeit der Klage

Erfüllung aller Sachentscheidungsvoraussetzungen

**Keine Prüfung der Schlüssigkeit/Begründetheit der Klage**

Abb. 32 Die Prüfung des Verzichts in der Klausur

#### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- > Welche Möglichkeiten hat der Kläger, einen Rechtsstreit einseitig zu beenden?
- > Worin unterscheiden sich Klagerücknahme und Klageverzicht?
- > Was ist der frühestmögliche Zeitpunkt für eine Klagerücknahme?
- > Welche Wirkung hat ein Klagerücknahmeversprechen?
- > Wer trägt bei einer Klagerücknahme die Kosten des Verfahrens?
- > Nach welchen Regeln ist eine einseitige Erledigungserklärung zu beurteilen?
- > Wie ist der Prüfungsaufbau bei einer einseitigen Erledigung?

## § 14 D. Fortführung des Verfahrens durch die Parteien

---

- > Was ist der frühestmögliche Zeitpunkt für eine einseitige Erledigungserklärung?
- > Kann ein vor Rechtshängigkeit liegendes Ereignis zu einer Erledigung führen?
- > Was ist das erledigende Ereignis bei einer Aufrechnung?

## § 15 Prozessbeendigung durch Anerkenntnis des Beklagten

**Literatur:** *Fischer*, Anerkenntnisse im materiellen Recht und im Prozessrecht, JuS 1999, 998; *Huber*, Grundwissen-Zivilprozessrecht: Anerkenntnis, JuS 2008, 313; *Kirschbaum*, Flucht in das Anerkenntnis nach Schluss der mündlichen Verhandlung, NJOZ 2012, 681; *König*, Anerkenntnis statt Säumnis – Nach dem RVG vielfach ein anwaltlicher Kunstfehler, NJW 2005, 1243; *Metz*, Anerkenntnisurteil bei fehlender Zuständigkeit?, MDR 2020, 391; *Stamm*, Die Entzauberung von Anerkenntnis- und Verzichtsurteil – Das Sachurteil zum materiellrechtlichen Anerkenntnis und Erlass, JZ 2020, 494; *Thomas*, Zur Doppelnatur von Klageanerkennnis und Klageverzicht, ZZP 89 (1976), 80; *Weber*, Das sofortige Anerkenntnis bei der Stufenklage, NJOZ 2022, 737; *Weißberg*, Besondere Möglichkeiten der Verfahrensbeendigung in der ZPO, JuS 2022, 27; *Wolf*, Das Anerkenntnis im Prozessrecht, 1969.

### I. Überblick

Das Anerkenntnis ist in § 307 geregelt. Es bezieht sich ebenso wie der Verzicht auf den vom Kläger geltend gemachten Anspruch. Durch das Anerkenntnis erklärt der Beklagte, dass der Kläger den Anspruch zu Recht gerichtlich geltend macht und unterwirft sich dem Begehren des Klägers. Das Gericht ist daran gebunden, unabhängig davon, wie es die Chancen des Beklagten einschätzt. Dem Gericht ist keine materielle Rechtsanwendung mehr gestattet. Ob die Klage im Zeitpunkt des Anerkenntnisses zulässig und schlüssig ist, spielt keine Rolle.<sup>1</sup>

### II. Rechtsnatur

Das Anerkenntnis ist ausschließlich **Prozesshandlung**<sup>2</sup> und bildet das Gegenstück zum Verzicht (§ 306). Das Anerkenntnis ist Bewirkungshandlung: Zwar führt das Anerkenntnis nicht unmittelbar das Ende des Prozesses herbei, verpflichtet aber das Gericht, ein Anerkenntnisurteil zu erlassen. Der Rechtsstreit wird also unmittelbar entscheidungsreif. Das Anerkenntnis schafft unmittelbar eine neue Entscheidungsgrundlage: Nicht mehr die vom Kläger (oder auch schon vom Beklagten) vorgetragenen Tatsachen bilden die Entscheidungsgrundlage des Gerichts, sondern alleine die Erklärung des Anerkenntnisses. Da das Anerkenntnis Bewirkungshandlung ist und nicht Angriffs- oder Verteidigungsmittel, unterliegt es keinen Präklusionsvorschriften. Es kann daher zwischen Rechtshängigkeit und Erlass des Urteils erklärt werden und damit auch taktisch genutzt werden, um z.B. ein Präjudiz zu verhindern.

► **Hinweis:** Das prozessuale Anerkenntnis ist streng vom einem **Schuldanerkenntnis** (§§ 780, 781 BGB) zu unterscheiden. Letzteres ist ein gegenseitiger Vertrag, das Anerkenntnis aber eine einseitige an das Gericht gerichtete Prozesshandlung. Nur wenn der Beklagte ausnahmsweise auch dem Kläger ein Angebot auf Abschluss eines Schuldanerkenntnisses macht, können beide Tatbestände zusammentreffen. ◀

**Merke:** Das Anerkenntnis ist reine Prozesshandlung und hat keine Doppelnatur.

Abzugrenzen ist das Anerkenntnis vom Geständnis (§ 12 Rn. 31 ff.), das sich allein auf das Vorliegen klagebegründender Tatsachen als Anspruchsvoraussetzungen bzw. das Nichtvorliegen von rechtsvernichtenden bzw. rechtshemmenden Einwendungen bezieht, während das Anerkenntnis seinen Bezugspunkt im prozessualen Anspruch hat.

1 BGH, Beschluss vom 16.1.2020, Az.: V ZB 93/18 = NJW 2020, 1442 (Vossler 1444).

2 H.M. dagegen *Stamm*, JZ 2020, 494.

Bei einem Geständnis bleibt das Gericht zu einer materiellen Rechtsanwendung berufen und verpflichtet. Bei einem Anerkenntnis scheidet ein Widerruf nach § 290 aus. Als zulässig wird aber ein Widerruf mit Zustimmung des Gegners und bei Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes bis zum Erlass des Anerkenntnisurteils angesehen.<sup>3</sup>

### III. Voraussetzungen

- 4 Da das Anerkenntnis Ausfluss der **Dispositionsbefugnis** der Parteien im Prozess ist, reicht es nur soweit wie diese. In Ehe- und Abstammungssachen ist ein Anerkenntnis ausgeschlossen (§§ 113 Abs. 4 Nr. 6; 169; 177; 29 FamFG).
- 5 Die anerkannte Rechtsfolge muss im materiellen Recht vorgesehen sein und sie darf nicht strafbar oder sonst verboten sein. Dass die eingeklagte Forderung dagegen einer Formvorschrift nicht genügt oder gesetzes- oder sittenwidrig ist, ist unerheblich, da mit dem Anerkenntnis die Grundlage des Urteils wechselt, so dass die Prüfung des zugrundeliegenden Streitstoffs ausgeschlossen ist.<sup>4</sup>
- 6 Das Anerkenntnisurteil ist Sachurteil. Der Beklagte wird dem Antrag des Klägers entsprechend verurteilt, ohne dass das Gericht in der Sache prüfen dürfte, ob dem Kläger das geltend gemachte Recht tatsächlich zusteht. Aus diesem Grund müssen sämtliche **Sachentscheidungs voraussetzungen** gegeben sein, die Klage muss also zulässig sein.

#### 1. Erklärung des Beklagten

- 7 Der Beklagte muss eine entsprechende Erklärung an das Gericht richten. Diese ist zwar auslegungsfähig, muss aber eindeutig sein. Aussagen des Beklagten wie „Einwendungen werden nicht erhoben“ oder er „werde sich nicht verteidigen“ sind als Anerkenntnis anzusehen. Bedingungen sind unzulässig. Keine Bedingung liegt vor, wenn der Beklagte erklärt, er verwahre sich gegen die Kosten. Dies ist nur der in der Praxis übliche Hinweis auf die Kostenvorschrift des § 93. Ein teilweises Anerkenntnis ist möglich.
- 8 Das Anerkenntnis kann im schriftlichen Vorverfahren auf Aufforderung des Gerichts hin erklärt werden (§ 276 Abs. 1 S. 1).
- 9 Allein die Erklärung beendet das Verfahren nicht; erst wenn das Gericht ein Anerkenntnisurteil erlässt, wird der Prozess beendet.

#### 2. Kein Antrag des Klägers

- 10 Der Erlass eines Anerkenntnisurteils setzt keinen Antrag des Klägers voraus. In der Revisionsinstanz gilt das allerdings nicht (§ 555 Abs. 3; § 31 Rn. 32).

#### 3. Form

- 11 Das Anerkenntnis kann in der mündlichen Verhandlung oder schriftsätzlich schon im schriftlichen Vorverfahren erklärt werden. Die Aufnahme in das Protokoll (§ 160 Abs. 3 Nr. 1) sowie die nach § 162 Abs. 1 erforderliche Vorlesung und die Genehmi-

---

3 R/S/G, ZPR, § 133 Rn. 63; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 307 Rn. 8.

4 R/S/G, ZPR, § 133 Rn. 48; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 307 Rn. 7.

gung sind erforderlich, aber *nicht* Wirksamkeitsvoraussetzung (anders beim Vergleich, s.u. § 16 Rn. 49).<sup>5</sup>

#### 4. Prozesshandlungsvoraussetzungen

Alle Prozesshandlungsvoraussetzungen müssen erfüllt sein, insbesondere muss der Erklärende prozess- und parteifähig sein. Das Anerkenntnis unterliegt insbesondere dem Anwaltszwang. 12

#### IV. Wirkung/Kostenregelung

Aufgrund des Anerkenntnisses ist das Gericht verpflichtet, dem Antrag gemäß zu **verurteilen**. Der Prozess ist entscheidungsreif. Das Anerkenntnisurteil enthält weder Tatbestand noch Entscheidungsgründe (§ 313 b Abs. 1 S. 1). 13

**Merke:** Im Falle eines Anerkenntnisses erfolgt weder eine Schlüssigkeitsprüfung noch eine Begründetheitsprüfung.

Wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt, und er nicht durch sein Verhalten Anlass zur Erhebung der Klage gegeben hat, hat der Kläger die **Prozesskosten** zu tragen (§ 93). Auch im Rahmen dieser Kostenentscheidung hat das Gericht nicht die Zulässigkeit und Schlüssigkeit der Klage zu prüfen. Sonst würde die Kostenentscheidung umfassend die Beurteilung der materiellen Rechtslage erfordern, was dem Gericht ja aufgrund des Anerkenntnisses für das Anerkenntnisurteil gerade verwehrt ist.<sup>6</sup> § 93 soll leistungswillige Beklagte entgegen dem Grundsatz, dass der Unterlegene die Kosten trägt, schützen. Einem Leistungswilligen gegenüber ist es nicht erforderlich, den Justizapparat in Anspruch zu nehmen. 14

**Anlass zur Klageerhebung** bietet ein Schuldner, der sich vorprozessual so verhält, dass der Gläubiger annehmen darf, er werde nur durch einen Prozess seine Forderung realisieren können. Das ist nach h.M. schon der Fall, wenn der Schuldner nach § 286 Abs. 2 BGB (in diesen Fällen bedarf es einer Mahnung nicht) in Verzug ist.<sup>7</sup> Bei Geldforderungen gibt der Schuldner Anlass zur Klage, wenn er die fällige Forderung nicht alsbald nach deren Fälligkeit begleicht. Erkennt der Beklagte eine noch nicht fällige Forderung an, so hat er keinen Anlass zur Klage gegeben. 15

**Sofortiges Anerkenntnis** heißt, dass der Beklagte unabhängig von der Art der Verfahrensgestaltung (schriftliches Vorverfahren oder früher erster Termin) mit Ablauf der Klageerwidierungsfrist anerkannt haben muss.<sup>8</sup> Wenn das Gericht nach § 272 Abs. 2 Fall 2, § 276 ein schriftliches Vorverfahren anordnet, so muss das Anerkenntnis auch erst in der Klageerwidерung erfolgen. Dem voraus ist aber eine Verteidigungsanzeige gegangen. Daher war streitig, ob das Anerkenntnis noch sofort erfolgt, wenn der Beklagte in der Verteidigungsanzeige einen Antrag auf Klageabweisung gestellt hat. Der BGH entschied 2019, dass nur dann ein sofortiges Anerkenntnis im Sinne von § 93 gegeben ist, wenn der Beklagte in seiner Verteidigungsanzeige (§ 276 Abs. 1 S. 1) keinen Antrag auf Klageabweisung angekündigt hat und dem Klageanspruch auch 16

5 Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 307 Rn. 3; R/S/G, ZPR, § 132 Rn. 51; a.A. OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 721.

6 BGH, Beschluss vom 16.1.2020, Az.: V ZB 93/18 = NJW 2020, 1442 (Vossler 1444).

7 Beispielsfälle bei R/S/G, ZPR, § 84 Rn. 20 ff.

8 BGH, Beschluss vom 21.3.2019, Az.: IX ZB 54/18 = NJW 2019, 1525; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 93 Rn. 9; Huber, Schriftliches Vorverfahren und sofortiges Anerkenntnis, JuS 2003, 698; Vossler, Das sofortige Anerkenntnis im Zivilprozess nach Inkrafttreten des Ersten Justizmodernisierungsgesetzes, NJW 2006, 1034.



## § 15 D. Fortführung des Verfahrens durch die Parteien

---

nicht auf sonstige Weise entgegengetreten ist.<sup>9</sup> Daher sollte innerhalb der Frist für die Verteidigungsanzeige nur die Verteidigungsbereitschaft angezeigt werden und nicht auch schon bereits ein Klageabweisungsantrag angekündigt werden, was ja erst in der Klageerwiderung notwendig ist.

- 17 Das Anerkenntnisurteil ist wie ein jedes Endurteil der Rechtskraft fähig, es wird mit den normalen Rechtsmitteln, Berufung und Revision, angefochten.

### V. Das Anerkenntnis in der Klausur

18

#### I. Erklärung des Beklagten

- Evtl. Auslegung des Beklagtenverhaltens, Abgrenzung zum Geständnis
- Wirksame Vornahme des Anerkenntnisses als Prozesshandlung
- In mündlicher Verhandlung oder schriftsätzlich
- Dispositionsbefugnis des Beklagten

#### II. Zulässigkeit der Klage

Erfüllung aller Sachentscheidungsvoraussetzungen

**Keine Prüfung der Schlüssigkeit/Begründetheit der Klage**

*Abb. 33 Die Prüfung des Anerkenntnisses in der Klausur*

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

---

- > Wie sind Anerkenntnis und Geständnis abzugrenzen?
- > Was hat das Gericht im Falle eines Anerkenntnisses zu prüfen?
- > Wann ist ein Anerkenntnis ein sofortiges Anerkenntnis i.S. v. § 93?

---

9 BGH, Beschluss vom 21.3.2019, Az.: IX ZB 54/18 = NJW 2019, 1525 (Rn. 7).

## § 16 Prozessbeendigende Prozesshandlungen von Kläger und Beklagtem

### I. Die übereinstimmende Erledigungserklärung

**Literatur:** *Althammer/Löhnig*, Billige Kostentragung bei Erledigung der Hauptsache nach Aufrechnung durch den Beklagten, NJW 2004, 3077; *Becker-Eberhard*, Entwicklung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zur Erledigung in der Hauptsache im Zivilprozess, Festgabe BGH, Bd. 3, 2000, S. 273; *Bonifacio*, Klagerücknahme und Erledigungserklärung nach der Zivilprozessreform, MDR 2002, 499; *Hofmann*, Einseitige und übereinstimmende Erledigungserklärungen vor unzuständigem Gericht, NJW 2020, 1117; *Knöringer*, Die Erledigung der Hauptsache im Zivilprozess, JuS 2010, 569; *Löhnig*, Erledigung der Hauptsache, JA 2004, 122; *Stückert*, Die Erledigung in der Rechtsmittelinstanz, 2007; *Weißberg*, Besondere Möglichkeiten der Verfahrensbeendigung in der ZPO, JuS 2022, 27.

► **Fall 1:** K klagt gegen B auf Zahlung eines Kaufpreises. In der mündlichen Verhandlung erörtert das Gericht mit den Parteien die Sach- und Rechtslage. B erkennt, dass er der Klage nichts Substantielles entgegenzusetzen hat und überweist anschließend die eingeklagte Summe an K.

Wie kann dieser reagieren? ◀

#### 1. Überblick

Im Verfahren des K gegen B hat sich durch die Zahlung des B eine Änderung ergeben. B hat sich letztlich in sein Schicksal gefügt und K gewinnt, ohne dass es noch zu einer gerichtlichen Entscheidung kommen muss. Der Streit der Parteien ist zu Ende, wie aber endet der durch die Klageerhebung in Gang gesetzte Rechtsstreit? Der Kläger könnte seine Klage zurücknehmen (§ 269 Abs. 1), allerdings trifft ihn dann die „Kostenautomatik“ des § 269 Abs. 3 S. 2. Er wäre danach verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Das wäre ungerecht, denn K setzt sich im Ergebnis mit seiner Forderung durch. Für die Klagerücknahme wurde oben ausgeführt, dass sich der Kläger freiwillig in die Rolle des Unterliegenden begibt (s.o. § 14 Rn. 20). Das ist hier gerade nicht der Fall. 1

Der Kläger könnte auch passiv bleiben, dann aber müsste die Klage als unbegründet abgewiesen werden, weil der geltend gemachte Anspruch durch Erfüllung erloschen ist (§ 362 Abs. 1 BGB). Auch in diesem Fall hätte der Kläger die Kosten zu tragen (§ 91). 2

In einem solchen Fall können die Parteien die Klage übereinstimmend für erledigt erklären. Die übereinstimmende Erledigungserklärung ist ein Akt der einvernehmlichen Prozessbeendigung. Erklären die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt, so entscheidet das Gericht nur über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen durch Beschluss (§ 91 a Abs. 1). Dies ist die gleiche Kostenfolge, die sich im Falle einer Klagerücknahme vor Rechtshängigkeit nach § 269 Abs. 3 S. 3 ergibt. Dem Gericht ist es verwehrt, die Klage in der Sache zu prüfen. 3

Eine umfassendere Regelung der Erledigung fehlt in der ZPO. Mit der Kostenfolge (§ 91 a) ist jedoch ein Hauptproblem der übereinstimmenden Erledigung geklärt. 4

## 2. Erledigungsergebnis und Erledigungserklärung

- 5 Man muss streng zwischen erledigendem Ereignis und Erledigungserklärung unterscheiden. Die Hauptsache erledigt sich, wenn die Klage als Folge eines nachträglichen Ereignisses unbegründet oder unzulässig wird. Das Erledigungsergebnis ist eine Tatsache, die in das Verfahren eingeführt werden muss. Das Verfahren erledigt sich also nicht automatisch, wenn ein erledigendes Ereignis eintritt.
- 6 Um eine prozessuale Gestaltungswirkung zu erreichen, muss die Erledigung in der mündlichen Verhandlung oder durch Einreichung eines Schriftsatzes oder zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden.
- 7 Durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz hat der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 91 a erweitert, indem er die Kostenfolge auch an ein normiertes **Schweigen des Beklagten** knüpft. Voraussetzung ist, dass der Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers nicht innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen seit der Zustellung des Schriftsatzes, in dem die Erledigung erklärt wird, widerspricht und der Beklagte zuvor auf diese Folge hingewiesen wurde. Versäumt der Beklagte die Notfrist, kann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden (§ 233).

## 3. Wirkung

- 8 Aufgrund der übereinstimmenden Erledigungserklärung der Parteien endet die Rechtshängigkeit der Hauptsache, bereits ergangene Entscheidungen werden rückwirkend wirkungslos (§ 269 Abs. 3 S. 1 analog). Dem Gericht ist es verwehrt, über den Streitgegenstand sachlich zu entscheiden. Es darf nur noch über die Kosten des Rechtsstreits (insofern bleibt die Rechtshängigkeit bestehen) befinden. Dies ist Ausfluss der Dispositionsmaxime der Parteien. Aus diesem Grund ist es unerheblich, ob die Klage im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses (im Fall 1 ist dies die Zahlung durch B) zulässig und begründet war. Dem Gericht ist somit auch die Prüfung der eigenen Zuständigkeit entzogen, so dass eine übereinstimmende Erledigungserklärung auch vor einem unzuständigen Gericht abgegeben werden kann.  
**Merke:** Nach einer übereinstimmenden Erledigungserklärung darf weder die Zulässigkeit noch die Begründetheit der Klage geprüft werden.
- 9 Ob ein Erledigungsergebnis wirklich eingetreten ist, ist unerheblich. Es reicht aus, dass die Parteien übereinstimmend ein erledigendes Ereignis behaupten. Konsequenterweise kommt es deshalb auch nicht darauf an, wann das erledigende Ereignis eingetreten ist. Dieses kann deshalb sogar vor Anhängigkeit<sup>1</sup> oder auch zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit<sup>2</sup> liegen.
- 10 Ob die Erklärung der Erledigung als Prozesshandlung aber erst nach Rechtshängigkeit oder auch bereits ab Anhängigkeit erfolgen kann, ist umstritten. Für das Erfordernis der Rechtshängigkeit und damit der Notwendigkeit einer Zustellung spricht, dass vorher ein Prozessrechtsverhältnis, das für erledigt erklärt werden kann, nicht besteht. Prozessökonomische Gründe sprechen aber dafür, die Erklärung bereits ab Anhängigkeit zuzulassen, da damit eine sinnlose Zustellung vermieden werden kann. Die Frage

1 OLG Nürnberg, Beschluss vom 27.5.1975, Az.: 6 W 31/75, NJW 1975, 2206.

2 BGH, Urteil vom 14.7.1956, Az.: III ZR 29/55 = BGHZ 21, 298 = NJW 1956, 1517; BGH, Urteil vom 15.1.1982, Az.: V ZR 50/81 = NJW 1982, 1598 f.; *Becker-Eberhard*, Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Erledigung in der Hauptsache im Zivilprozess, Festgabe BGH, S. 273, 280; MüKo-ZPO/*Lindacher*, § 91 a Rn. 29; Stein/*Jonas/Bork*, ZPO, § 91 a Rn. 10; R/S/G, ZPR, § 131 Rn. 10.

ist praktisch deshalb nicht relevant, weil die Gerichte in der Zustimmung des Beklagten in der Phase der Anhängigkeit einen Verzicht auf eine Zustellung sehen. Zudem soll die Erledigungserklärung zwar ab Anhängigkeit abgegeben werden können, aber ihre Wirkung erst nach Rechtshängigkeit entfalten.<sup>3</sup>

Vor Rechtshängigkeit hat der Kläger auch die Möglichkeit, die Klage zurückzunehmen, wobei das Gericht nach § 269 Abs. 3 S. 3 ebenfalls über die Kostentragungspflicht unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen zu entscheiden hat (§ 14 Rn. 20 ff.).

11

#### 4. Erledigungserklärung als Prozesshandlung

Das erledigende Ereignis hat für den Prozess keine direkte Relevanz. Erst die Erledigungserklärung hat prozessuale Auswirkungen. Die übereinstimmende Erledigungserklärung ist **Bewirkungshandlung**, weil der Prozess durch die Erklärungen der Parteien und nicht durch richterliche Tätigkeit gestaltet wird.

12

#### 5. Kostenentscheidung

Das Gericht hat nach § 91 a von Amts wegen, ohne dass ein Antrag der Parteien erforderlich ist, über die Kosten zu entscheiden. Die Entscheidung ergeht durch Beschluss, wobei der bisherige Sach- und Streitstand nach billigem Ermessen zu berücksichtigen ist. Das Leitprinzip dieser Kostenverteilung ist das Veranlassungsprinzip: Die Kosten sind der Partei aufzuerlegen, die sie hätte tragen müssen, wenn das erledigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Dies ist grundsätzlich die Partei, die auf der Grundlage des bisherigen Sach- und Streitstands den Prozess verloren hätte.

13

► **Klausurhinweis:** Damit eignet sich die übereinstimmende Erledigungserklärung sehr gut, um einen Einstieg in eine materiellrechtliche Klausur zu ermöglichen. An der Kostenentscheidung „hängt“ bei der Prüfung des bisherigen Sach- und Streitstands die Klausur (s. Abb. 34, Rn. 17). ◀

Abhängig vom Zeitpunkt der Erledigungserklärung kann die Basis für die Prüfung des Gerichts sehr unterschiedlich sein. Erklären die Parteien die Erledigung unmittelbar nach Rechtshängigkeit, so stehen nur die kontroversen Schilderungen der Parteien zur Sach- und Rechtslage zur Verfügung. Erfolgt die Erklärung in einem späteren Verfahrensstadium, ist möglicherweise der Sachverhalt bereits weitgehend aufgeklärt und die Parteien haben bereits die Rechtslage erörtert. Grundlage der richterlichen Kostenentscheidung ist damit oft ein unaufgeklärter Sachverhalt. Daher ist es ausgesprochen umstritten, ob das Gericht (obwohl die Rechtshängigkeit der Hauptsache entfallen ist) nur für die Kostenentscheidung den Sachverhalt weiter aufklären, insbesondere neuen Tatsachenvortrag berücksichtigen darf, oder ausschließlich auf der Grundlage des bisher Vorgebrachten entscheiden muss. Einigkeit scheint dahin zu bestehen, dass neuer Tatsachenvortrag zulässig ist, um einer Partei überhaupt rechtliches Gehör zu gewähren (soweit dies noch nicht geschehen ist). Auch neuer unstreitiger Tatsachenvortrag sollte der Entscheidung zugrunde gelegt werden dürfen. Darüber hinaus muss der Sinn des § 91 a gewahrt bleiben, eine komplizierte Aufklärung des Sachverhalts nur für die Kostenfrage zu vermeiden. Zudem können die Parteien im Zeitpunkt der

14

3 Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 91 a Rn. 14; Musielak/Wolst, ZPO, § 91 a Rn. 15.

Abgabe der Erledigungserklärungen beurteilen, wie sich zu diesem Zeitpunkt die Sach- und Rechtslage darstellt. Das schließt eine weitere Aufklärung aus.

► **Vertiefung:** Umstritten ist, wie das Gericht zu entscheiden hat, wenn das Gericht sich für unzuständig hält.<sup>4</sup> Nach einer Ansicht sind dann die Kosten dem Kläger aufzuerlegen, weil er den Prozess verloren hätte. Nach anderer Ansicht muss die Verweisungsmöglichkeit des § 281 berücksichtigt werden. Ein Kläger, der ein unzuständiges Gericht anruft, habe immer die Möglichkeit, den Fehler zu korrigieren und zu einer für ihn positiven Sachentscheidung zu kommen. Dieser Ansicht folgt der BGH.<sup>5</sup> Dies stimmt aber nicht überein mit der Lösung bei einseitiger Erledigterklärung (dazu § 14 Rn. 34). ◀

### 6. Zulässigkeit einer erneuten Klage

- 15 Da durch die übereinstimmende Erledigungserklärung nur die Rechtshängigkeit beseitigt wird, stellt sich die Frage, ob eine erneute Klage in der gleichen Sache möglich ist. Bei der Klagerücknahme ist dies ohne Weiteres möglich, da damit nur die Geltendmachung des Rechts im konkreten Prozess unterbleibt (s.o. § 14 Rn. 3). Die Rechtskraft der Kostenentscheidung (§ 91 a) bewirkt keine Unzulässigkeit einer erneuten Klage, da nicht in der Hauptsache entschieden wird.
- 16 Eine wirklich tragfähige dogmatische Begründung, warum eine erneute Klage unzulässig ist, fehlt. Dies liegt auch an der schwierigen Ermittlung der Rechtsnatur der übereinstimmenden Erledigungserklärung.<sup>6</sup> Wer hier stärker Parallelen zur Klagerücknahme sieht, wird eher für die Zulässigkeit einer erneuten Klage plädieren als der, der Anleihen beim Klageverzicht macht. Einige sehen in der erneuten Klage ein widersprüchliches Verhalten, aufgrund dessen die erneute Klage unzulässig sei. Hierfür spricht, dass sich der Beklagte einer Kostenentscheidung des Gerichts am Maßstab des § 91 a nur unterwirft, damit der Rechtsstreit endgültig beendet wird.

---

4 Gute Übersicht bei *Hofmann*, Einseitige und übereinstimmende Erledigungserklärungen vor unzuständigem Gericht, NJW 2020, 1117.

5 BGH, Beschluss vom 18. 3. 2010 – I ZB 37/09 = GRUR 2010, 1037.

6 Dazu R/S/G, ZPR, § 132 Rn. 8.

## 7. Übereinstimmende Erledigung in der Klausur

17

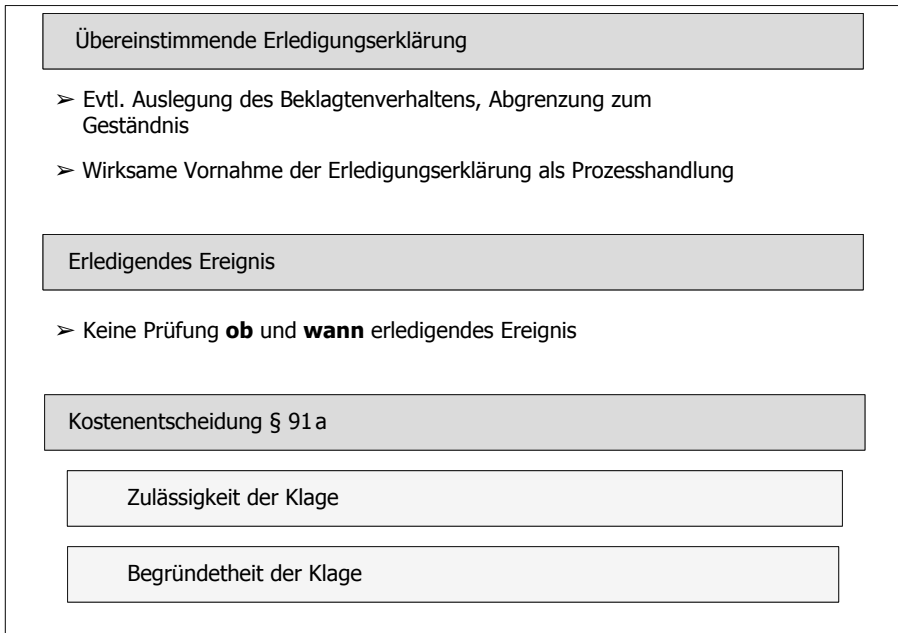


Abb. 34 Beiderseitige Erledigung in der Richterklausur

## II. Der Vergleich

**Literatur:** *Bork*, Der Vergleich, 1988; *Duve*, Mediation und Vergleich im Prozess, 1999; *Eisenreich*, Der Prozessvergleich, JuS 1999, 797; *Häsemeyer*, Zur materiellrechtlich-prozessrechtlichen Doppelnatur des außergerichtlichen Vergleichs, ZZP 108 (1995), 289; *Hendel*, Strategien des Anwalts beim zivilrechtlichen Vergleich, AnwBl 1997, 509; *Huber*, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Der Prozessvergleich, JuS 2017, 1058; *Lindacher*, Der Prozessvergleich, Festgabe BGH, Bd. 3, 2000, S. 253; *Mayr*, Der gerichtliche Vergleichsversuch, 2002; *Schultheiß*, Der Prozessvergleich – typische Fallkonstellationen im Assessorexamen, JuS 2015, 318; *Treffer*, Der Prozessvergleich, MDR 1999, 520.

## 1. Überblick

Ein Vergleich kann zu einer gütlichen Beilegung eines Rechtsstreits führen (§ 278 Abs. 1). Das Verfahren kann mit meist geringeren (z.B. durch Vermeidung einer Beweisaufnahme), zumindest aber mit kalkulierbaren **Kosten** beendet werden. Beide Parteien können das Risiko ausschließen, als Verlierer vom Platz zu gehen und sie können auf der Grundlage des Prozesses weiter zusammen agieren. Dies ist immer dann von Bedeutung, wenn der Streit einer bestehenden und nach dem Streit noch fortbestehenden Rechtsbeziehung entspringt, etwa einem familiären, nachbarschaftlichen oder auch gesellschaftsrechtlichen Verhältnis. Im Vergleich kann das Rechtsverhältnis umfassend geregelt werden, ohne dass die Entscheidungsbefugnis des Gerichts auf den Streitgegenstand begrenzt ist (§ 308). Es ist sogar möglich, am Rechtsstreit nicht beteiligte Dritte am Vergleich zu beteiligen, z.B. die übrigen Gesellschafter einer Gesellschaft im Streit zweier Gesellschafter.

18

- 19 Ein weiterer Vorteil des Vergleichs ist die **Arbeitsersparnis für das Gericht**. Die weitere Fortsetzung des Verfahrens wird obsolet und der Richter braucht kein Urteil zu schreiben. Er hat mit einem Vergleich die Sache vom Tisch. Dies führt in der Praxis dazu, dass das Gericht nicht nur auf eine gütliche Einigung bedacht ist, wie es § 278 Abs. 1 formuliert, sondern die Parteien zum Vergleichsschluss drängt. Ein derartiges Vorgehen kann nicht zu dauerhaftem Rechtsfrieden führen; vielmehr entsteht bei den Parteien so leicht der Eindruck, abgewiegelt und mit ihrem Rechtsproblem nicht ernst genommen worden zu sein.
- 20 Der Vergleich ist in der jüngsten Vergangenheit auch deshalb in den Blickpunkt des rechtspolitischen Interesses gerückt, weil er ein klassisches Mittel der Streitbehandlung ist und sich als solches in die stärkere Nutzung der Streitschlichtungsmechanismen einfügen kann (§ 2 Rn. 21 ff.). Im Jahr 2021 wurden in der ersten Instanz vor dem AG 14,5 %, vor dem LG 22,9 % der insgesamt erledigten Verfahren durch Vergleich beendet. In der zweiten Instanz waren dies bei den LG 12,1 % und bei den OLG 12,1 %.<sup>7</sup>

## 2. Außergerichtliche und gerichtliche Vergleiche

- 21 Die Parteien können sich in- und außerhalb von gerichtlichen Verfahren vergleichen. Nach der materiellrechtlichen Vorschrift des § 779 BGB liegt ein Vergleich vor, wenn durch einen Vertrag ein Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird. Dieser materiellrechtliche Vergleich hat zunächst mit einem Prozess als einem gerichtlichen Streit nichts zu tun. Auch die Regeln für den materiellrechtlichen Vergleich i.S. von § 779 BGB können sich deshalb nur aus dem materiellen Recht ergeben. Jedoch kann ein Vergleich im Vorfeld eines Prozesses zu seiner Vermeidung oder während eines Prozesses zu dessen Beendigung getroffen werden.
- 22 Nach der prozessrechtlichen Vorschrift des § 794 Abs. 1 Nr. 1 sind Vergleiche, die zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfang nach oder in Betreff eines Teils des Streitgegenstandes getroffen werden, **Vollstreckungstitel**. Der Vergleich kann also prozessrelevant sein.
- **Klausurhinweis:** In diesem Fall stellt sich die Frage, ob die Regeln für den prozessrelevanten Vergleich dem materiellen Recht, dem Prozessrecht oder beiden zu entnehmen sind. Dies ist eine der klassischen und examensrelevanten Fragestellungen des Prozessrechts. Es bietet sich an, die verschiedenen Erscheinungsformen des Vergleichs nach außergerichtlichen und gerichtlichen Vergleichen zu trennen. ◀

### a) Außergerichtliche Vergleiche

- 23 Außergerichtliche Vergleiche müssten das Prozessrecht eigentlich nicht interessieren. Der materiellrechtliche Vergleich (§ 779 BGB) muss mit einem Prozess nichts zu tun haben. Er ist lediglich in der Lage, die materielle Rechtslage zu verändern.<sup>8</sup> Trotzdem

---

7 [https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publicationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210217004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publicationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210217004.pdf?__blob=publicationFile) (abgerufen am 2.6.2023).

8 BGH, Urteil vom 7.3.2002, Az.: III ZR 73/01 = NJW 2002, 1503, 1504.

muss sich das Prozessrecht mit außergerichtlichen Vergleichen befassen. Dies hat mehrere Gründe:

- Erstens wird der Prozessvergleich als Vergleich mit **Doppelnatur** angesehen, seine Wirksamkeitsvoraussetzungen sind damit auch dem materiellen Recht zu entnehmen (dazu 3., Rn. 40 ff.).
- Zweitens kann der außergerichtliche Vergleich im Prozess geltend gemacht werden. Es stellt sich dann die Frage, welche Wirkung der außergerichtliche Vergleich auf den Prozess hat (dazu 2.a.bb, Rn. 28).
- Drittens kann der Anwaltsvergleich als außergerichtlicher Vergleich das Erkenntnisverfahren komplett ersetzen (dazu Rn. 38).
- Viertens kann aus dem materiellrechtlichen Vergleich Klage erhoben werden, wenn eingegangene Verpflichtungen nicht erfüllt werden.

#### aa) Der materiellrechtliche Vergleich gem. § 779 BGB

Der Vergleich nach § 779 BGB beseitigt einen Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens. Er wird als ein gegenseitiger Vertrag im Sinne eines Feststellungsgeschäfts angesehen, durch das die Rechtslage zwischen den Parteien festgelegt wird, ohne Rücksicht auf die wirkliche Rechtslage. Die Parteien müssen dazu hinsichtlich des Vergleichsgegenstands **dispositionsbefugt** sein (z.B. nicht bei Ehe- und Statussachen). Für das Zustandekommen und die Wirksamkeit gelten die allgemeinen Vorschriften des BGB, also §§ 104 ff., 119 ff., 133, 134, 138, 145 ff., 157 BGB. 24

Der materiellrechtliche Vergleich ist grds. **formfrei** möglich, allerdings kann sich in Einzelfällen aufgrund des Vergleichsgegenstands ein Formzwang ergeben (z.B. bei Grundstücksgeschäften). 25

Während der Vergleichsverhandlungen ist die **Verjährung** des Anspruchs gehemmt bis eine Partei die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Die Verjährung tritt frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung ein (§ 203 BGB). Diese Hemmung ist jedoch nicht unbegrenzt. Der BGH fordert ein aktives Verhandeln. Eine Beendigung der Hemmung erfolgt, wenn der Gläubiger die Verhandlungen „einschlafen“ lässt. Ein Abbruch der Verhandlungen durch ein solches „Einschlafenlassen“ ist dann anzunehmen, wenn der Berechtigte den Zeitpunkt versäumt, zu dem eine Antwort auf die letzte Anfrage des Ersatzpflichtigen spätestens zu erwarten gewesen wäre, falls die Regulierungsverhandlungen mit verjährungshemmender Wirkung hätten fortgesetzt werden sollen.<sup>9</sup> 26

Werden die schuldrechtlichen Pflichten, die im Vergleich eingegangen werden, nicht erfüllt, so muss der Gläubiger darauf Klage erheben. Der Vergleich schafft **keinen Vollstreckungstitel**. Trotzdem erleichtert der materiellrechtliche Vergleich die Prozessführung erheblich: Hat sich ein Schädiger in einem Vergleich zur Begleichung des Schadens in bestimmter Höhe verpflichtet, kann der Geschädigte aus dem Vergleich Klage erheben. Beweisen muss er nur, dass der Vergleich wie von ihm behauptet abgeschlossen wurde. Den häufig schwierigeren Beweis des schädigenden Ereignisses muss er nicht führen. 27

9 BGH, Urteil vom 6.11.2008, Az.: IX ZR 158/07 = NJW 2009, 1806, 1807.



bb) Der Vergleich vor der Gütestelle nach § 15 a EGZPO

- 28 Ist landesrechtlich vor Klageerhebung ein obligatorisches Verfahren vor einer Gütestelle angeordnet (Öffnungsklausel in § 15 a EGZPO, § 10 Rn. 1 ff.), kann es auch dort zu einem Vergleich kommen. Dieser Vergleich ist ein außergerichtlicher, da eine Klage noch nicht rechtshängig ist. Das Verfahren vor der Gütestelle ist aber insofern prozessrelevant, als es eine **Prozessvoraussetzung** für eine Klage darstellt (s. Schema B I 5). In § 794 Abs. 1 Nr. 1 werden diese Vergleiche was ihre Vollstreckbarkeit angeht den Prozessvergleichen gleichgestellt. Der Vergleich vor einer Gütestelle macht daher ein Erkenntnisverfahren komplett entbehrlich, er schafft einen **Vollstreckungstitel**, so dass sogleich die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich betrieben werden kann.

cc) Der Vergleich während eines rechtshängigen Verfahrens

- 29 Der Vergleich kann außerhalb der mündlichen Verhandlung zu irgendeinem Zeitpunkt nach Rechtshängigkeit und vor Rechtskraft der Entscheidung geschlossen werden. Dieser ist zunächst ausschließlich materielles Rechtsgeschäft i.S. von § 779 BGB und nicht etwa Prozesshandlung bzw. Prozessvergleich. Denn zum Wesen des Prozessvergleichs gehört es, dass dieser vor einem deutschen Gericht oder vor einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle zur (vollständigen oder teilweisen) Beilegung eines Rechtsstreits abgeschlossen wird (§ 794 Abs. 1 Nr. 1). Der Abschluss des Vergleichs ist nicht unmittelbar prozessrelevant; Prozessrelevanz erlangt er nur dadurch, dass sich eine Partei, die Rechte aus dem Vergleich herleiten will, vor Gericht darauf beruft.

**Merke:** Von dem Abschluss des außergerichtlichen Vergleichs ist die **Geltendmachung** des materiellen Vergleichs im Prozess zu unterscheiden.

- 30 Durch die Geltendmachung im Prozess erlangt der außergerichtliche Vergleich Relevanz für den Prozess. Welche konkrete Wirkung der Vergleich auf den Prozess hat, richtet sich danach, was die Parteien materiellrechtlich vereinbart haben.
- 31 Häufiger Inhalt eines außergerichtlichen Vergleichs während eines gerichtlichen Verfahrens ist ein **Klagerücknahmeversprechen**, das der Kläger für den Fall abgibt, dass der Beklagte eine bestimmte Leistung erbringt.

▶ **Beispiel** für eine entsprechende Formulierung eines außergerichtlichen Vergleichs:

1. X (Beklagte) zahlt wegen ihrer Provisionsverpflichtung aus der Provisionsvereinbarung vom 5.11.2018 42.730 € zuzüglich Mehrwertsteuer an die Y-GmbH (Klägerin).

2.-6. des Vergleichs

7. Nachdem sämtliche Forderungen beglichen sind, wird die Klägerin die Klage zurücknehmen. ◀

- 32 Der Vergleich beendet das Verfahren nicht unmittelbar, sondern begründet nur eine entsprechende Verpflichtung. Nimmt der Kläger die Klage entgegen der Vereinbarung nicht zurück, so ist die Fortsetzung des Verfahrens unzulässig, wenn sich der Beklagte im Verfahren auf die Verpflichtung des Klägers aus dem Vergleich beruft.<sup>10</sup>

▶ **Vertiefung:** Eine gesetzliche Regelung dieser (unstreitigen) Rechtsfolge in der ZPO fehlt. Überwiegend geht man davon aus, dass das Klagerücknahmeversprechen Prozessvertrag

10 BGH, Urteil vom 7.3.2002, Az.: III ZR 73/01 = NJW 2002, 1503, 1504.

ist. Andere, die das Klagerücknahmeversprechen als materiellrechtlichen Vertrag ansehen, sehen in der vertragswidrigen Fortsetzung ein *venire contra factum proprium*, das gem. § 242 BGB zur Unzulässigkeit der Fortführung des Prozesses führt.<sup>11</sup> ◀

Ist die geltend gemachte Forderung aufgrund des Vergleichs erloschen, so kann der Kläger die Klage einseitig für erledigt erklären. Tut er dies nicht, kann sich der Beklagte auf den materiellrechtlichen Vergleich als Verteidigungsmittel berufen und Abweisung der Klage beantragen. 33

Kommt eine Partei den im Vergleich eingegangenen Verpflichtungen nicht nach, so muss die andere Partei auf Erfüllung dieser Pflichten Klage erheben, da der außergerichtliche Vergleich kein Vollstreckungstitel, sondern eben nur materielles Rechtsgeschäft ist. 34

► **Fall 2** (nach BGH, Urteil vom 7.3.2002, Az.: III ZR 73/01 = NJW 2002, 1503): In einem Prozess nahm die Klägerin die Beklagte auf Zahlung einer Maklerprovision i.H.v. 150.000 € in Anspruch. Die Parteien schlossen außergerichtlich eine privatschriftliche Vereinbarung, in der es heißt: „Zur Beilegung des unter dem Aktenzeichen xy beim LG Leipzig anhängigen Rechtsstreits zwischen den Parteien sind sich diese darüber einig, dass B 100.000 € (netto) in der Verteilung, wie unten aufgeführt, zahlt.

1. B zahlt wegen ihrer Provisionsverpflichtung aus der Provisionsvereinbarung vom 1.4.2000 100.000 € zuzüglich Mehrwertsteuer an K.

2. Nachdem sämtliche Forderungen beglichen sind, wird K die Klage zurücknehmen.

Als B dieser Verpflichtung nicht nachkommt, erhebt K Klage auf Zahlung von 100.000 € aus dem Vergleich.

B beruft sich auf die anderweitige Rechtshängigkeit der Streitsache.

Zu Recht? ◀

Nach § 261 Abs. 3 Nr. 1 kann während der Dauer der Rechtshängigkeit die Streitsache von keiner Partei anderweitig rechtshängig gemacht werden. Dies setzt die Identität der Streitgegenstände voraus. Ordnen die Parteien ihr in einem anhängigen Rechtsstreit streitiges Rechtsverhältnis im Vergleichswege außergerichtlich neu, so ist nach Ansicht des BGH zu unterscheiden: 35

Ein anderer Lebenssachverhalt und Klagegrund liegt vor, wenn die Beteiligten unter Aufhebung des alten Schuldverhältnisses ein neues vereinbaren (**Novation**) und hierdurch ihre beiderseitigen Forderungen ohne Rücksicht auf die früheren Streitigkeiten auf eine völlig neue Grundlage stellen. Enthält der Vergleich nur eine die Identität des ursprünglichen Schuldverhältnisses wahrende **Modifikation** des Streitverhältnisses, so gehört der Vergleichsschluss als unselbstständiges Element zu dem einheitlichen Lebenssachverhalt, aus dem der Kläger seinen ursprünglichen Anspruch hergeleitet hat und mit dem er jetzt seinen – modifizierten – Klageanspruch begründet. Unter diesen Umständen sind die Streitgegenstände vorher und nachher identisch. Dies ist in Fall 2 gegeben, da die Parteien nach wie vor von einer Verpflichtung zur Zahlung einer Maklerprovision ausgehen und eine Novation nicht ersichtlich ist. 36

Die Identität beider Streitgegenstände darf ausnahmsweise dann nicht zur Unzulässigkeit der zweiten Klage führen, wenn infolge des außergerichtlich geschlossenen 37

11 Nachweise bei R/S/G, ZPR, § 130 Rn. 8.

Vergleichs eine Fortführung des Ursprungsverfahrens nicht mehr zulässig wäre. So verhält es sich aber nicht, da der außergerichtliche Vergleich den Rechtsstreit nicht unmittelbar beendet und eine Verpflichtung zur Klagerücknahme erst besteht, wenn sämtliche Verpflichtungen aus dem Vergleich erfüllt sind, was hier gerade nicht der Fall ist.

► **Hinweis:** Damit ist der Streit über die Wirksamkeit eines außergerichtlichen Vergleichs und die Erfüllung der darin geregelten Ansprüche grundsätzlich dem Gericht des Ausgangsverfahrens zugewiesen. Dies entspricht dem Gebot der Prozesswirtschaftlichkeit, da ein solches Verfahren kostengünstiger ist und auch dazu führt, dass in der Mehrzahl der Fälle die beteiligten Richter den Prozessstoff bereits kennen. ◀

#### dd) Der Anwaltsvergleich

*Literatur:* *Ersfeld*, Rechtsfragen des vollstreckbaren Anwaltsvergleichs, MittRhNotK 1992, 229; *Keller*, Der vollstreckbare Anwaltsvergleich, MittBayNot 1992, 313; *Leutner/Hacker*, Zu Unrecht verschmäht: Der vollstreckbare Anwaltsvergleich, NJW 2012, 1318; *Münzberg*, Einwendungen gegenüber vollstreckbaren Anwaltsvergleichen, NJW 1999, 1357; *Veese*, Der vollstreckbare Anwaltsvergleich, 1996; *Ziege*, Der vollstreckbare außergerichtliche Vergleich, NJW 1991, 1580.

38 Der Anwaltsvergleich (§ 796 a) ist ebenfalls außergerichtlicher Vergleich i.S. des § 779 BGB, der vor aber auch während der Rechtshängigkeit eines Prozesses geschlossen werden kann. Er bietet jedoch zum normalen materiellen Vergleich den Vorteil, dass die Parteien in die Lage versetzt werden, unter Mitwirkung ihrer Anwälte außergerichtlich einen **Vollstreckungstitel** zu schaffen, ohne dass ein Gericht überhaupt tätig wird. Es muss daher, wenn eine Partei ihrer Verpflichtung aus dem Anwaltsvergleich nicht nachkommt, nicht erst Klage erhoben werden, sondern es kann sogleich das Zwangsvollstreckungsverfahren durchgeführt werden. Der Anwaltsvergleich ist damit eine Form des Gerichtersatzes, der der Prozesswirtschaftlichkeit dienen soll. Der Verzicht auf jede gerichtliche Tätigkeit wird deshalb für vertretbar gehalten, weil auf beiden Seiten Rechtsanwälte beteiligt sind. Im Interesse der Rechtssicherheit muss vor Beginn der Zwangsvollstreckung aus dem Anwaltsvergleich die Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen nachgeprüft werden. **Wirksamkeitsvoraussetzungen** eines Anwaltsvergleichs, die vor Beginn der Vollstreckung im Vollstreckbarerklärungsverfahren nachgeprüft werden, sind:

- Außergerichtlicher Vergleich
- Von Rechtsanwälten im Namen und mit Vollmacht (§ 164 BGB) der von ihnen vertretenen Parteien schriftlich abgeschlossen
- Unterschrift beider Rechtsanwälte (str. ist, ob die Parteien den Vergleich selber schließen können und den Vergleich sodann von ihren Rechtsanwälten nur unterschreiben lassen dürfen)
- Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung im Vergleich selbst
- Niederlegung beim AG unter Angabe des Vergleichsdatums

#### b) Gerichtliche Vergleiche

39 Gerichtliche Vergleiche sind alle Vergleiche, die vor einem deutschen Gericht geschlossen werden. Dazu zählen der Prozessvergleich, auch der Vergleich in der obligatorischen Güteverhandlung (§ 278 Abs. 2), der Vergleich im unselbstständigen Beweisver-

fahren (§ 492 Abs. 3), ein Vergleich im Bewilligungsverfahren der Prozesskostenhilfe (§ 118 Abs. 1) und ein Vergleich im schriftlichen Verfahren (Vorverfahren) durch Beschluss.

### 3. Der Prozessvergleich

**Literatur:** *Zeising*, Der Prozessvergleich und sein Bestand vor der Rechtsordnung, WM 2011, 774.

Voraussetzungen und Wirkungen des Prozessvergleichs sind in der ZPO nicht geschlossen geregelt. Der Prozessvergleich hat in § 160 Abs. 3 Nr. 1 und § 794 Abs. 1 Nr. 1 eine Teilregelung erfahren und wird in zahlreichen anderen Vorschriften vorausgesetzt (z.B. §§ 118 Abs. 1, 278 Abs. 6, 492 Abs. 3). Aus diesen vereinzelt Vorschriften lassen sich aber die Voraussetzungen und Wirkungen eines Prozessvergleichs herleiten. 40

Aus § 794 Abs. 1 Nr. 1 ergibt sich, dass ein Prozessvergleich ein Vergleich ist, der „zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfang nach oder in Betreff eines Teils des Streitgegenstands vor einem deutschen Gericht abgeschlossen wird“. Der entscheidende Unterschied zum außergerichtlichen Vergleich liegt darin, dass der Abschluss während der Rechtshängigkeit des Verfahrens vor einem Gericht, d.h. in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht erfolgt, um einen Prozess (zumindest teilweise, sog. Teilvergleich) zu beenden. Der Prozessvergleich ist, soweit er seinem Inhalt nach vollstreckungsfähig ist, **Vollstreckungstitel** (§ 794 Abs. 1 Nr. 1). 41

Seit 2002 kann ein Prozessvergleich auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien einen **schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts** durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen (§ 278 Abs. 6). Es ist dann keine Güteverhandlung und auch keine mündliche Verhandlung erforderlich. Die **Annahme** des Vergleichsvorschlags müssen die Parteien – soweit Anwaltszwang herrscht durch ihre Rechtsanwälte – gegenüber dem Gericht erklären. Das Gericht stellt durch **Beschluss** fest, dass und mit welchem Inhalt der Vergleich zustande gekommen ist. Der Beschluss ersetzt die Protokollierung und führt zum Entstehen eines Vollstreckungstitels nach § 794 Abs. 1 Nr. 1. Umstritten ist, ob das Gericht, wenn die Parteien übereinstimmend den Vergleichsvorschlag ändern, diesen bestätigen kann<sup>12</sup> oder zunächst erneut auf dieser neuen Grundlage einen Vergleichsvorschlag machen muss.<sup>13</sup> 42

#### a) Rechtsnatur

Der Prozessvergleich hat nach ganz h.M. eine **Doppelnatur**: Er ist sowohl materiellrechtlicher Vertrag i.S. von § 779 BGB als auch Prozessvertrag.<sup>14</sup> Beide Bestandteile bilden eine untrennbare Einheit. Durch den Prozessvertrag wird unmittelbar der Rechtsstreit (beim Teilvergleich zumindest teilweise) beendet. Durch den materiellrechtlichen Vergleich (§ 779 BGB) wird das Verhältnis der Parteien zum Streitgegenstand geregelt. 43

12 OLG Naumburg, Beschluss vom 26.5.2002, Az.: 1 U 13/0 = NJW 2002, 3786.

13 Musielak/*Foerste*, ZPO, § 278 Rn. 17.

14 BGH, Urteil vom 21.3.2000, Az.: IX ZR 39/99 = NJW 2000, 1942, 1943; R/S/G, ZPR, § 131 Rn. 33; Thomas/*Putzo/Seiler*, ZPO, § 794 Rn. 3.

► **Klausurhinweis:** Diese Einordnung des Prozessvergleichs ist absolut herrschend, so dass es als ausreichend anzusehen ist, dass sich ein Examenkandidat im 1. Staatsexamen hiermit auseinandersetzt.<sup>15</sup> ◀

### b) Voraussetzungen

44 Aus der Einordnung des Prozessvergleichs als ein Institut mit Doppelnatur folgt unmittelbar, dass die Wirksamkeitsvoraussetzungen sowohl dem materiellen Recht als auch dem Prozessrecht zu entnehmen sind.

Wirksam ist der Prozessvergleich nur, wenn alle prozessualen und materiellrechtlichen Voraussetzungen eingehalten sind.

#### aa) Materiellrechtliche Voraussetzungen

45 ■ Als materiellrechtlicher Vertrag unterliegt der Prozessvergleich den Wirksamkeitsvoraussetzungen des BGB. Der Vertragsschließende muss also etwa nach §§ 104 ff. BGB geschäftsfähig sein, der Prozessvergleich darf nicht gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder die guten Sitten (§ 138 BGB) verstoßen. Er darf nicht nach §§ 119, 123 BGB mit der Wirkung des § 142 Abs. 1 BGB angefochten sein. Die Auslegung der Erklärungen der Parteien erfolgt gem. §§ 133, 157 BGB und geht der Anfechtung vor. Für das Zustandekommen gelten die §§ 145 ff. BGB.

■ Eine Besonderheit gilt für die Beachtung von **Formanforderungen**.

**Merke:** Soweit das materielle Recht eine notarielle Beurkundung verlangt, wird die notarielle Beurkundung bei einem gerichtlichen Vergleich durch die Aufnahme der Erklärungen in ein nach den Vorschriften der ZPO errichtetes Protokoll ersetzt (§ 127 a BGB i.V.m. § 160 Abs. 3 Nr. 1).

■ Weiter müssen die Parteien nach materiellem Recht berechtigt sein, über den Vergleichsgegenstand zu disponieren. Das ist vor allem in Status-, Unterhalts- und Ehesachen nicht, bei vermögensrechtlichen Ansprüchen aber regelmäßig der Fall.

■ Aus § 779 BGB wird gefolgert, dass die Parteien ihren Streit durch **gegenseitiges Nachgeben** beenden müssen. Für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals reicht aber jede Form des Nachgebens aus (z.B. Vereinbarung von Ratenzahlung). Ausreichend ist schon, dass die Parteien auf den Erlass eines Urteils verzichten.<sup>16</sup>

46 In der Praxis wird die Wirksamkeit des Prozessvergleichs regelmäßig unter einen **Widerrufsvorbehalt** gestellt, häufig, weil eine Rückfrage bei der Rechtsschutzversicherung einer Partei erforderlich ist oder nur der Prozessbevollmächtigte anwesend ist und dieser mit der von ihm vertretenen Partei Rücksprache halten muss. Dabei handelt es sich regelmäßig um eine **aufschiebende Bedingung** i.S. des § 158 Abs. 1 BGB, so dass der Prozessvergleich erst durch Verstreichen der Widerrufsfrist ohne Widerruf zustande kommt. Die Parteien können im Vergleich bestimmen, wem gegenüber der Widerruf zu erklären ist. Ist eine solche Bestimmung nicht erfolgt, kann der Widerruf des Prozessvergleichs sowohl dem Gericht als auch der anderen Partei gegenüber erklärt werden.<sup>17</sup>

15 Zu den weiteren vertretenen Theorien vgl. R/S/G, ZPR, § 131 Rn. 29 ff.

16 R/S/G, ZPR, § 131 Rn. 20.

17 BGH, Urteil vom 30.9.2005, Az.: V ZR 275/04 = JZ 2006, 625 (mit Anmerkung *Würdinger*, JZ 2006, 627).

► **Fall 3** (vereinfacht nach BGH, Urteil vom 4.5.2005, Az.: VIII ZR 93/04): K und B streiten um einen Schadensersatzanspruch wegen Schönheitsreparaturen. K macht den Anspruch aus eigenem Recht geltend. Die Parteien schließen in der obligatorischen Güteverhandlung einen Widerrufsvergleich, in dem sich B zur Zahlung von 10.000 € in zwei Raten verpflichtet: „Die Parteien sind sich dahin gehend einig, dass mit Abschluss dieses Vergleichs sämtliche gegenseitigen Ansprüche abgegolten sind betreffend das Wohnverhältnis über die Wohnung K. Str. in Berlin.“ B widerruft diesen Vergleich am letzten Tag der Frist und macht geltend, K sei noch gar nicht im Grundbuch eingetragen, so dass ihm ein Schadensersatzanspruch nicht zustehe. K gesteht dies zu, legt aber daraufhin eine Bestätigung vor, dass die wahre Eigentümerin ihm sämtliche Ansprüche abgetreten hat. B erhebt die Einrede der Verjährung unter Hinweis auf § 548 Abs. 1 BGB. Die Rückgabe der Mietsache ist zu diesem Zeitpunkt mehr als sechs Monate her. Wie hat das Gericht zu entscheiden? ◀

Die Verjährung hat mit Rückgabe der Mietsache begonnen. Sie ist nicht durch die Klagerhebung gehemmt worden (§§ 204 Abs. 1 Nr. 1, 209 BGB), weil sich die Hemmung der Verjährung nur auf Ansprüche in der Gestalt und in dem Umfang, wie sie mit der Klage geltend gemacht werden, also nur auf den streitgegenständlichen prozessualen Anspruch, erstreckt. K hat zunächst aus eigenem Recht geklagt, dann aber die Klage umgestellt auf eine aus abgetretenem Recht. Dies ist eine Klageänderung. Der Anspruch, der mit der geänderten Klage geltend gemacht wurde, wäre jedoch zu diesem Zeitpunkt schon verjährt, da die Klageänderung mehr als sechs Monate nach Rückgabe der Wohnung erfolgte. Nach Ansicht des BGH haben jedoch die Vergleichsverhandlungen die Verjährung nach § 203 S. 1 BGB gehemmt. Dem steht nicht entgegen, dass der von K zuletzt aus abgetretenem Recht verfolgte Anspruch nicht Streitgegenstand der ursprünglich erhobenen und zum Zeitpunkt des Vergleichschlusses noch nicht geänderten Klage gewesen ist. Der Vergleich erfasse, wie eine Auslegung seines Wortlauts ergebe („...sämtliche gegenseitigen Ansprüche...“), auch diesen Anspruch. Die Hemmung der Verjährung endete nach § 203 S. 1 BGB mit dem Widerruf des Vergleichs durch B. Gem. § 203 S. 2 BGB tritt die Verjährung frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung ein. Zuvor und damit in unverjährter Zeit hat K jedoch den Schadensersatzanspruch aus abgetretenem Recht geltend gemacht. Die Einrede der Verjährung greift nicht durch. K hat einen Anspruch auf Schadensersatz.

47

► **Hinweis:** Dieser Fall ist sicher schwer, aber dies sind die Fälle, die im Examen drankommen können. ◀

### bb) Prozessrechtliche Voraussetzungen

Wesentliche Voraussetzungen enthält zunächst § 794 Abs. 1 Nr. 1: Der Prozessvergleich muss:

48

- **vor einem deutschen Gericht** geschlossen werden: Dieses muss nicht zuständig sein, auf seine vorschriftsmäßige Besetzung kommt es nicht an. Es kann auch nur im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens oder PKH-Verfahrens tätig sein.
- **zwischen den Parteien** geschlossen werden, da nur sie über den Streitgegenstand verfügen können.

Bei einfacher Streitgenossenschaft schließen die Streitgenossen je für sich Vergleiche mit dem Gegner, die auch nur dieses Verfahren betreffen (§ 61); tun dies nicht alle, wird der Prozess mit den übrigen normal fortgeführt. Bei notwendiger Streit-

genossenschaft ist der Vergleichsschluss durch einen notwendigen Streitgenossen regelmäßig ohne Wirkung, es sei denn, dieser ist nach materiellem Recht über den Streitgegenstand allein verfügungsbefugt.<sup>18</sup> Dritte können in den Vergleich einbezogen werden, wenn sie damit einverstanden sind. Da sie dadurch nicht Prozesspartei werden, besteht kein Anwaltszwang.

- während eines rechtshängigen Verfahrens geschlossen werden, ansonsten liegt ein außergerichtlicher Vergleich vor.
- zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfang nach oder wegen eines Teiles des Streitgegenstands getroffen werden.

49 Zusätzlich gilt aufgrund der Einordnung des Prozessvergleichs als Prozesshandlung:

- Die **Prozesshandlungsvoraussetzungen** müssen erfüllt sein. Die Parteien müssen daher postulationsfähig sein, es gilt für sie, nicht aber für einbezogene Dritte im Anwaltsprozess **Anwaltszwang**.
- Der Vergleich muss gem. § 160 Abs. 3 Nr. 1 im gerichtlichen **Protokoll** ordnungsgemäß beurkundet sein, das Protokoll muss unterschrieben, den Parteien vorgelesen und von ihnen genehmigt worden sein. Dies ist im Protokoll zu vermerken. Sind diese Anforderungen nicht erfüllt, ist der Prozessvergleich unwirksam (anders beim Anerkenntnis, s.o. § 15 Rn. 11), auch ein Verzicht der Parteien auf die Einhaltung dieser prozessualen Formvorschriften kann den Mangel nicht heilen.<sup>19</sup> Ob ein wegen Formmangels unwirksamer Prozessvergleich in einen wirksamen außergerichtlichen Vergleich umgedeutet (§ 140 BGB) werden kann oder sich gem. § 139 BGB eine Gesamtnichtigkeit ergibt, ist umstritten.<sup>20</sup> Durch Protokollierung kann ein außergerichtlicher Vergleich in einen Prozessvergleich umgewandelt werden, so dass dieser unmittelbar prozessuale Wirkungen entfalten kann.<sup>21</sup>

### c) Wirkungen

50 Entsprechend der Doppelnatur des Prozessvergleichs hat dieser materiellrechtliche und prozessuale Wirkungen.

#### aa) Materiellrechtliche Wirkungen

- 51 Der Prozessvergleich gestaltet die materielle Rechtslage um. Dabei ist zu unterscheiden zwischen einer **Modifikation** des bisherigen Schuldverhältnisses (z.B. durch einen Teilverzicht auf eine Forderung oder die Vereinbarung von Ratenzahlung) und einer **Novation**. Dabei wird das alte Schuldverhältnis durch ein neues ersetzt und die beiderseitigen Forderungen der Parteien ohne Rücksicht auf die früheren Streitigkeiten auf eine völlig neue Grundlage gestellt (s.o. Rn. 36 f.).
- 52 Ein Vergleich wirkt nach ständiger Rechtsprechung des BGH regelmäßig nicht schuldumschaffend, d.h. er begründet keine gänzliche neue Rechtsbeziehung der Parteien

18 R/S/G, ZPR, § 131 Rn. 14.

19 R/S/G, ZPR, § 131 Rn. 10.

20 Für Umdeutung BGH, Urteil vom 24.10.1984, Az.: IVb ZR 35/83 = NJW 1985, 1962; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 794 Rn. 34; a.A. MüKo-ZPO/Wolfsteiner, § 794 Rn. 43.

21 Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 794 Rn. 11.

gegenüber dem ursprünglichen Rechtsverhältnis. Novierende Wirkung hat er nur bei einem durch Auslegung zu ermittelnden entsprechenden Parteiwillen.<sup>22</sup>

► **Vertiefung:** Bedeutung erlangt die Abgrenzung von Modifikation und Novation bei der Frage der entgegenstehenden Rechtshängigkeit, wenn eine Partei aus dem Vergleich klagt und der ursprüngliche Prozess, in dessen Verlauf der Prozessvergleich geschlossen wurde, noch rechtshängig ist, wie oben im Fall 2 (Rn. 34). ◀

### bb) Prozessuale Wirkungen

Die wesentliche prozessuale Wirkung des Prozessvergleichs besteht darin, dass der **Prozess endet**, indem die Rechtshängigkeit beseitigt wird. Dies ist in der ZPO nirgends ausdrücklich angeordnet, wird aber aus §§ 81, 83 hergeleitet („Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich“). Die **Rechtshängigkeit erlischt *ex nunc*** ohne dass es einer gerichtlichen Entscheidung bedarf. Gerichtliche Entscheidungen, die vor dem Prozessvergleich ergangen sind, werden analog § 269 Abs. 3 S. 1 wirkungslos. 53

Soweit der Prozessvergleich einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat, ist er nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 **Vollstreckungstitel**. 54

Der Prozessvergleich entfaltet, da er seine Grundlage in den Erklärungen der Parteien hat und nicht in einer gerichtlichen Entscheidung, keine Rechtskraftwirkung.<sup>23</sup> 55

► **Vertiefung:** Hält eine Partei den Vergleich für unwirksam, bestreitet sie also seine prozessbeendende Wirkung, so muss sie beantragen, dass der Prozess fortgesetzt wird (das geschieht durch Antrag auf Anberaumung eines Termins (§ 216 Abs. 1), zugleich empfiehlt es sich, die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich analog § 707 Abs. 1 zu beantragen). Im fortgesetzten alten Prozess wird dann zunächst geklärt, ob der Vergleich seine prozessbeendende Wirkung entfaltet hat. Das ist keine Frage der Zulässigkeit der Klage, sondern davor zu erörtern. Wird das bejaht, ist das Verfahren beendet. Diese Entscheidung ergeht durch Prozessurteil.<sup>24</sup> Wird die prozessbeendende Wirkung verneint, ist der Prozess fortzuführen. In einer Richterklause sind dann Zulässigkeit und Begründetheit der Klage zu prüfen.

Zieht eine Partei die prozessbeendende Wirkung nicht in Zweifel, sondern meint, sie müsse den Vergleich nicht erfüllen (z.B. weil die Parteien den Vergleich aufgehoben haben), so geht es nicht um die prozessbeendende Wirkung des Vergleichs, sondern um die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich. Hierzu dient die Vollstreckungsgegenklage (§ 767).<sup>25</sup> ◀

### d) Fehler, Anfechtung, Aufhebung und Rücktritt

Fehler, die zur Unwirksamkeit des Prozessvergleichs führen und diesem damit seine Wirkungen nehmen, können sich aufgrund seiner Doppelnatur aus dem materiellen und dem Prozessrecht ergeben. Jeder Verstoß gegen materiellrechtliche und prozessrechtliche Vorschriften, die Voraussetzungen für den Prozessvergleich bilden, führt zu dessen Unwirksamkeit. 56

22 BGH, Urteil vom 25.6.1987, Az.: VII ZR 214/86 = NJW-RR 1987, 1426, 1427; BGH, Urteil vom 7.3.2002, Az.: III ZR 73/01 jeweils m.w.Nw.

23 R/S/G, ZPR, § 131 Rn. 27; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 794 Rn. 29.

24 BGH, Urteil vom 3.12.1980, Az.: VIII ZR 274/79 = BGHZ 79, 71 = NJW 1981, 823.

25 Musielak/Lackmann, ZPO, § 794 Rn. 24.



- 57 Der Prozessvergleich kann, da er auch materiellrechtlicher Vergleich ist, gem. §§ 119, 120, 123, 142, 143 BGB angefochten werden. Die Anfechtung führt wegen ihrer *ex tunc*-Wirkung dazu, dass der Prozessvergleich von vornherein keine prozessbeendende Wirkung entfaltet.
- 58 Werden die Leistungen aus dem Vergleich nicht erbracht, so kann die leistungsberechtigte Partei gem. § 323 BGB vom Vergleich zurücktreten. Auch der Rücktritt beseitigt den Vergleich, allerdings nur mit Wirkung *ex nunc*. Die Auswirkungen bei einer Fortsetzung des Prozesses sind str. (Rn. 63).
- 59 Die Parteien können den Vergleich auch nach Beendigung des Prozesses wieder aufheben.<sup>26</sup> Strittig ist insoweit, ob sie damit nur die materielle Rechtslage beeinflussen oder auch zusätzlich die prozessbeendende Wirkung des Prozessvergleichs beseitigen und die Rechtshängigkeit der Klage wieder aufleben lassen können (Rn. 63).

**e) Fortsetzung des alten oder neues Verfahren**

- 60 Von der Frage, ob der Prozessvergleich fehlerhaft ist oder durch Handlungen der Parteien beseitigt wird, muss streng die Frage getrennt werden, ob dies im Prozess, der durch den Vergleich beendet wurde bzw. beendet werden sollte, oder in einem neuen Prozess zu prüfen ist.

**aa) Unwirksamkeit des Vergleichs**

- 61 Ist der Vergleich unwirksam, kann er seine prozessbeendende Wirkung nicht entfalten, die Rechtshängigkeit des alten Prozesses bleibt bestehen. Daher steht einer neuen Klage der Einwand der Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1) entgegen. Der Streit um die Wirksamkeit des Vergleichs muss daher im alten Prozess geklärt werden.

**bb) Der angefochtene Vergleich**

- 62 Wird der Vergleich wirksam angefochten, konnte er wegen der *ex tunc*-Wirkung der Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB) seine prozessbeendende Wirkung nicht entfalten. Dieser Fall ist wie der Fall der anfänglichen Unwirksamkeit zu behandeln.

**cc) Rücktritt und Aufhebung**

- 63 Rücktritt und Aufhebung wirken nur *ex nunc*, sie können also nichts daran ändern, dass der Prozessvergleich zunächst wirksam war und damit seine prozessbeendende Wirkung entfaltet hat. Mangels Rechtshängigkeit des alten Verfahrens stünde einem neuen der Einwand der Rechtshängigkeit nicht entgegen. Die Unwirksamkeitsgründe müssten im Streitfall in einem neuen Verfahren geklärt werden. Diese Ansicht wird vom BGH<sup>27</sup> vertreten. Das BAG<sup>28</sup> und das zivilprozessuale Schrifttum<sup>29</sup> gehen auch hier davon aus, dass die Unwirksamkeitsgründe im alten Verfahren zu klären sind. Dogmatisch ist dieses Ergebnis nicht ohne Weiteres begründbar, da das alte Verfahren durch den Vergleich beendet wurde. Prozessökonomische Gründe sprechen jedoch

---

26 Lüke, Die Beseitigung des Prozessvergleichs durch Vereinbarung, JuS 1965, 482.

27 BGH, Urteil vom 10.3.1955, Az.: II ZR 201/53 = NJW 1955, 705; BGH, Urteil vom 6.6.1966, Az.: II ZR 4/64 = NJW 1966, 1658.

28 BAG, Urteil vom 30.5.1956, Az.: 2 AZR 178/54 = NJW 1956, 1215.

29 R/S/G, ZPR, § 131 Rn. 58; Lindacher, Der Prozessvergleich, Festgabe BGH, Bd. 3 (2000), S. 253, 261; Lüke, Die Beseitigung des Prozessvergleichs durch Vereinbarung, JuS 1965, 482, 485.

dafür, da das mit dem alten Verfahren befasste Gericht den Streit bereits kennt und am ehesten über die Frage der Fortsetzung entscheiden kann.

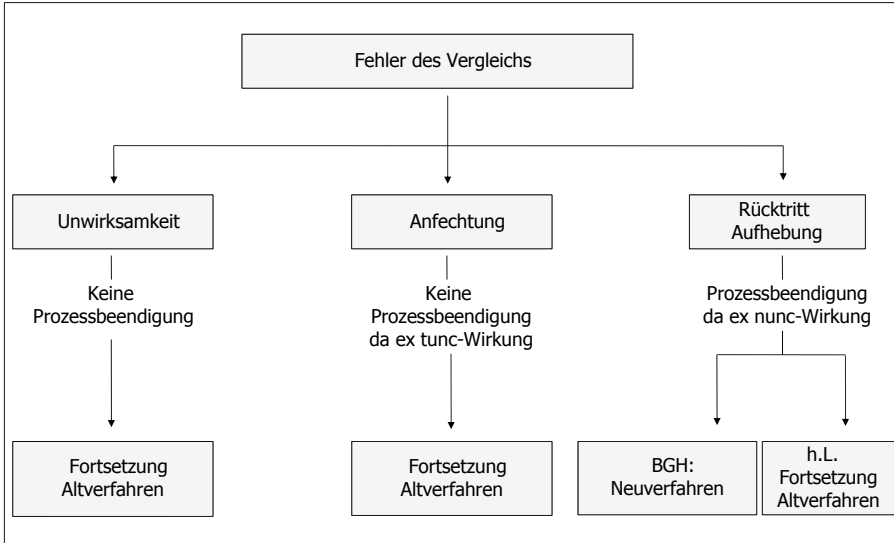


Abb. 35 Auswirkung von Fehlern, Anfechtung, Rücktritt und Aufhebung beim Vergleich

Zusammenfassende Übersicht zum Prozessvergleich

Außergerichtlicher Vergleich				Gerichtlicher Vergleich		
Mat. rechtl. Vergleich § 779 BGB		Vergleich vor Gütestelle § 15a EGZPO	Vergleich während Rechtshängigkeit	Anwaltsvergleich	Prozessvergleich	Schriftlicher Vergleich § 278 VI
Voraussetzungen	<ul style="list-style-type: none"> <li>Nur mat. rechtliche Vss. Vss. § 779 BGB</li> <li>§ § 104 ff., 119 ff., 134, 138, 145 ff.</li> <li>Dispositionsbefugnis der Parteien</li> <li>Ggs. Nachgeben</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Nach landesrechtlichen Vorgaben</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>nur mat. rechtliche Vss. Vss. § 779 BGB</li> <li>§ § 104 ff., 119 ff., 134, 138, 145 ff.</li> <li>Dispositionsbefugnis der Parteien</li> <li>Ggs. Nachgeben</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Kann vor oder während Rechtshängigkeit geschlossen werden</li> <li>Beteiligung bei der RA</li> <li>Unterschrift bei der RA</li> <li>Unterwerfung unter Zwangsvollstreckung</li> <li>Niederlegung bei AG</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Doppelnatur</li> <li>Jederzeit wdh rechts-hängigem Verfahren, auch in Güteverhandlung (§ 278 II) zur Beilegung Rechtsstreit</li> <li>alle mat. rechtl. Vss. Form aber § 127a BGB vor deutschem Gericht wdh Rechtshängigkeit</li> <li>Prozesshandlungsvss.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Schriftl. Vorschlag des Gerichts</li> <li>Zustimmung d. Parteien str.</li> <li>Änderungen der Parteien</li> <li>Feststellungsbeschluss</li> </ul>
	Wirkung	<ul style="list-style-type: none"> <li>grds. <b>nur materiell. rechtl. Wirkung</b></li> <li>Umgestaltung materiellen Rechtlage</li> <li>Regelmäßig Modifikation</li> <li>ausnahmssw. Navation</li> <li>Bei Vereinbarung Klagerücknahme</li> <li>Unzulässigkeit Fortsetzung Klage</li> <li>bei Nichterfüllung Klage</li> <li><b>kein Vollstr. titel</b></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Sachurteilsvss. Der Klage</li> <li>zur Vermeidung Klage</li> <li>gibt Titel ohne Erkenntnisverfahren § 794 I Nr. 1</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>grds. <b>nur materiell. rechtl. Wirkung</b></li> <li>je nach Vereinbarung häufig Pflicht Kl.-rücknahme</li> <li>Prozessuale Wirkung nur bei Geltendmachung</li> <li><b>kein Vollstr. titel</b></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>gibt <b>Titel</b> ohne Erkenntnisverfahren § 794 I Nr. 1</li> <li>Bei Nichterfüllung direkt Zw. vollstr.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li><b>Prozessbeendigung</b></li> <li>Wegfall Rechtshängigkeit</li> <li><b>Vollstr. titel</b></li> <li>Keine Rechtskraft</li> <li>Änderung materieller Rechtslage</li> </ul>

Abb. 36 Vergleiche und ihre Wirkungen

**Wiederholungs- und Vertiefungsfragen**

---

- > Wozu führt ein erledigendes Ereignis?
- > Wie hat das Gericht vorzugehen, wenn der Beklagte auf eine Erledigungserklärung des Klägers nicht reagiert?
- > Ist nach einer übereinstimmenden Erledigungserklärung eine neue Klage in der gleichen Sache möglich?
- > Welche Rechtsnatur hat ein Prozessvergleich?
- > Welche Wirkung hat der Abschluss eines außergerichtlichen Vergleichs auf einen Prozess?
- > Welches Gericht ist zuständig, wenn sich die Parteien eines außergerichtlichen Vergleichs über dessen Wirksamkeit streiten?
- > Was sind die Voraussetzungen eines Anwaltsvergleichs? Ist dieser ein Vollstreckungstitel?

## E. Versäumnisverfahren

**Literatur:** *Ebner*, Ausgewählte Probleme des Versäumnisverfahrens, JA 1996, 583; *Gomille/Frenzel*, Die Säumnis in der Verhandlung nach § 128 a ZPO, NJOZ 2022, 1185; *Hau*, Zur Rechtskraftwirkung des klageabweisenden Versäumnisurteils, JuS 2003, 1157; *Loyal*, Prozesskostenlast bei unverschuldeter Säumnis, ZZZ 126 (2013), 491; *Schur*, Versäumnisurteil gegen den Beklagten und Widerkläger, JURA 2003, 488; *Schreiber*, Das Versäumnisurteil gegen den Beklagten, JURA 2000, 276; *Stoffel/Strauch*, Versäumnisurteil gegen den Beklagten im schriftlichen Verfahren nach Verteidigungsanzeige?, NJW 1997, 2372; *Timmel/Hülk*, Zweites Versäumnisurteil und Berufungsmöglichkeiten gemäß § 513 II ZPO, JA 2000, 788.

Die ZPO musste eine Lösung finden, um den Fortgang des Verfahrens nicht durch die Passivität der Beteiligten unmöglich zu machen. Diese Möglichkeit bietet das Versäumnisverfahren.

Die Passivität kann darin bestehen,

- dass der Kläger nicht im Termin zur mündlichen Verhandlung erscheint. Dann ergeht ein **Versäumnisurteil (VU) gegen den Kläger** (§ 330, § 19).
- dass der Beklagte im Termin nicht erscheint. Dann ergeht ein **VU gegen den Beklagten** (§ 331, § 18).
- dass der Beklagte im schriftlichen Vorverfahren schon nicht auf die Klage reagiert, die ihm das Gericht unter Aufforderung zur Anzeige der Verteidigungsbereitschaft zugestellt hat (§ 276 Abs. 1 S. 1). Dann ergeht ein **VU gegen den Beklagten schon im schriftlichen Vorverfahren** (§ 331 Abs. 3).

Auf diese Weise wird gewährleistet, dass das Verfahren auch dann fort- und zu Ende geführt werden kann, wenn eine Partei nicht willens ist, daran aktiv teilzunehmen. Der säumigen Partei muss jedoch in einem fairen Verfahren das Recht gewährt werden, die nachteiligen Folgen der Säumnis wieder zu beseitigen. Dies geschieht durch den **Einspruch** (§ 338).

► **Hinweis:** Soll im vereinfachten Verfahren nach § 495 a auch bei Säumnis einer Partei durch kontradiktorisches Urteil entschieden werden, muss der schriftsätzliche Vortrag der säumigen Partei bei der Entscheidung berücksichtigt werden.<sup>1</sup> ◀

### § 17 Säumnis

Säumnis der nicht erschienenen Partei liegt nur vor, wenn die Partei ordnungsgemäß geladen war und im Termin zur mündlichen Verhandlung (nicht im Güetermin/Termin zur Beweisaufnahme) bei Aufruf der Sache bis zum Schluss des Termins nicht erscheint oder verhandelt (§§ 333, 220 Abs. 2). Führt das Gericht eine Videoverhandlung gem. § 128 a durch, ist eine Partei säumig, wenn sie weder physisch im Sitzungszimmer noch in der eingerichteten Videokonferenz erscheint und verhandelt.<sup>1</sup> Erstreckt sich die mündliche Verhandlung über mehrere Termine (§ 332), so kann in jedem einzelnen

1

1 BVerfG, Beschluss vom 6.5.2015, Az.: 1 BvR 2724/14 = BeckRS 2015, 47774.

1 *Gomille/Frenzel*, Die Säumnis in der Verhandlung nach § 128 a ZPO, NJOZ 2022, 1185 (dort auch Berücksichtigung von Verbindungsproblemen etc.

Termin ein VU ergehen. Die Partei ist nicht säumig, wenn sie sich im Verfahren ohne Anwaltszwang durch einen Bevollmächtigten vertreten lässt (§ 79).

**Merke:** Säumnis liegt vor, wenn die Partei nicht erscheint (§§ 330, 331), trotz Erscheinens nicht verhandelt (§ 333) oder im Prozess mit Anwaltszwang nicht durch einen Anwalt vertreten ist. Im schriftlichen Vorverfahren ist der Säumnis die nicht rechtzeitige Anzeige der Vertretungsbereitschaft gleichgestellt.

► **Fall 1:** K verklagt den Bauunternehmer B und die Subunternehmer C und D. K beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 20.000 € zu verurteilen. Im Termin vor dem LG erscheint B ohne Anwalt. Der RA des K beantragt, den B durch Versäumnisurteil zur Zahlung von 20.000 € als Gesamtschuldner zu verurteilen. Wie hat das Gericht zu entscheiden? ◀

- 2 Fraglich ist, ob das Gericht ein VU erlassen muss. Ein Antrag des K (§ 331) liegt vor, dieser ist auch durch einen RA gestellt (§ 78). Fraglich ist, ob B säumig ist. B ist erschienen, aber ohne Anwalt. Da vor dem LG Anwaltszwang herrscht, ist B dort nicht postulationsfähig (§ 7 Rn. 30 ff.). Dies steht dem Nichterscheinen gleich und begründet Säumnis.<sup>2</sup> Fraglich ist, ob die Vertretungsfiktion gem. § 62 Abs. 1 eingreift. B könnte durch die anderen Beklagten vertreten und deshalb nicht säumig sein. Dies wäre der Fall, wenn es sich bei B, C und D um notwendige Streitgenossen handelte (dazu § 7 Rn. 66 ff.). Ein Fall der prozessual notwendigen Streitgenossenschaft liegt nicht vor. Ein Fall der materiell notwendigen Streitgenossenschaft läge vor, wenn die Beklagten über den Streitgegenstand nur gemeinsam verfügen können bzw. wenn die Entscheidung zwingend einheitlich ausfallen muss. B, C und D sind Gesamtschuldner. Gesamtschuldner bilden keinen Fall der notwendigen, sondern einen der einfachen Streitgenossenschaft. Die Wirkung richtet sich nach § 61, nicht nach § 62 Abs. 1. Einfache Streitgenossen vertreten sich nicht gegenseitig. B ist nicht durch die anderen Beklagten vertreten worden, er ist säumig. Liegen die weiteren Voraussetzungen vor, hat das LG ein VU gegen B zu erlassen.

**Merke:** Der notwendige Streitgenosse (nicht der einfache) vertritt die Partei (§ 62 Abs. 1). Ein Fall der Säumnis liegt in diesem Fall nicht vor, ein VU darf nicht ergehen.

► **Hinweis:** Dies ist eine völlig gängige Klausurvariante im Examen, die Sie unbedingt beherrschen müssen. Hier werden Kenntnisse über Streitgenossenschaft und VU gefordert. ◀

**Merke:** Erscheint die Partei im Verfahren mit Anwaltszwang (§ 78) ohne einen Rechtsanwalt, so ist sie nicht postulationsfähig und wird daher als säumig behandelt.

- 3 Das **Nichtverhandeln** ist durch § 333 der Säumnis gleichgestellt. Unvollständiges Verhandeln rechtfertigt dagegen nicht den Erlass eines VU (§ 334). Verhandeln setzt das Stellen eines Antrags voraus.

2 BGH, Urteil vom 6.5.1999, Az.: V ZB 1/99 = NJW 1999, 2599.

## § 18 Das Versäumnisurteil gegen den Beklagten

**Literatur:** *Huber*, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Säumnis des Beklagten, JuS 2013, 18; *Lüneborg*, Referendarexamensklausur – Zivilrecht: Kaufrecht und Gesellschaftsrecht – Das Versäumnisurteil, JuS 2013, 434.

► **Fall 1:** K verlangt von B die Zahlung von 5.000 € aus einem Kaufvertrag. In der Klageschrift sind Tatsachen zum Vertragsschluss genannt. B hat in der Klageerwiderung vorgebracht, an diesem besagten Tag hätten zwar Verhandlungen stattgefunden, zum Vertragsschluss sei es aber nicht gekommen. Im Termin zur mündlichen Verhandlung erscheint B nicht.

Wie muss das Gericht entscheiden, wenn K Erlass eines VU gegen B beantragt? ◀

Ist der Beklagte in der mündlichen Verhandlung säumig, so ist auf Antrag (§ 331 Abs. 1) gegen ihn ein VU zu erlassen, soweit die Prozess- und Sachentscheidungs-voraussetzungen gegeben sind, der Klageantrag dies rechtfertigt (§ 331 Abs. 2), kein Versagungsgrund nach § 335 und kein Erlasshindernis nach § 337 vorliegt. § 495 a erlaubt unter seinen engen Voraussetzungen eine Verfahrensgestaltung nach billigem Ermessen. Hierdurch wird von der Bindung an §§ 331 f. befreit (s.o. § 4 Rn. 30).<sup>1</sup>

Ohne einen **Antrag** darf das Gericht kein VU erlassen. Da das VU ein Sachurteil ist, müssen alle **Prozess- und Sachentscheidungs-voraussetzungen** vorliegen. Liegen diese nicht vor, wird die Klage ganz normal durch Prozessurteil als unzulässig abgewiesen. Dies ist kein VU, Rechtsmittel ist die Berufung, nicht der Einspruch.

► **Hinweis:** Diese Urteile werden häufig irreführend als **unechte VU** bezeichnet. Sie sind aber gar keine, weil sie ergehen, ohne dass es auf die Säumnis ankommt. ◀

Das tatsächliche Vorbringen des Klägers gilt als zugestanden (§ 331 Abs. 1 S. 1, **Ge-ständnisfiktion**). Auf dieser Grundlage hat das Gericht zu prüfen, ob die Klage schlüssig ist. Nur das tatsächliche Vorbringen des Klägers wird beachtet, nicht dagegen das des Beklagten in der Klageerwiderung.

Im Fall 1 muss daher das Gericht B durch VU zur Zahlung von 5.000 € verurteilen.

**Merke:** Ein VU gegen den Beklagten darf nur ergehen, wenn die Klage zulässig und schlüssig ist.

Ist die Klage nicht schlüssig, wird sie durch Sachurteil als unbegründet abgewiesen. Die Instanz ist beendet. Dieses klageabweisende Urteil ist wiederum kein VU, Rechtsmittel ist die Berufung, nicht der Einspruch.

1 BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 7.8.2007, Az.: 1 BvR 685/07 = NJW 2007, 3486.



*Abb. 37 Prüfungsschema VU gegen den Beklagten*

## § 19 Das Versäumnisurteil gegen den Kläger

Die Säumnis des Klägers ist in der Praxis seltener. Ist der Kläger in der mündlichen Verhandlung säumig, wird die Klage auf Antrag des Beklagten hin durch VU als unbegründet abgewiesen (§ 330). Der Antrag auf Erlass eines VU kann auch im Antrag auf Klageabweisung liegen. 1

Da dieses VU Sachurteil ist, muss die Klage zulässig sein. Ist sie das nicht, so weist das Gericht die Klage durch Prozessurteil ab. Dieses ist kein VU, die Instanz wird durch das Urteil beendet und es besteht keine Möglichkeit mehr, diese im Wege des Einspruchs fortzusetzen. Statthaftes Rechtsmittel ist die Berufung.<sup>1</sup> 2

**Merke:** Die Schlüssigkeit der Klage bzw. von Einwendungen des Beklagten wird beim VU gegen den Kläger nicht geprüft.

Die Klageabweisung erfolgt allein aufgrund der Säumnis. Auch das Ergebnis einer möglicherweise schon vorangegangenen Beweisaufnahme in einem früheren Termin (§ 332) wird nicht berücksichtigt. Selbst wenn es offensichtlich ist, dass im Falle eines kontradiktorischen Urteils der Klage stattzugeben wäre, ist diese als unbegründet abzuweisen. Dieses VU entfaltet Rechtskraftwirkung wie ein normales Endurteil. 3

I. Antrag des Beklagten auf Erlass VU

II. Säumnis des Klägers

III. Ordnungsgemäße Ladung

IV. Zulässigkeit der Klage

Abb. 38 Prüfungsschema VU gegen den Kläger

1 BGH, Urteil vom 13.3.1986, Az.: I ZR 27/84 = NJW-RR 1986, 1041; R/S/G, ZPR, § 105 Rn. 29; a.A. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 330 Rn. 5.



## § 20 Der Einspruch

- 1 Der **Rechtsbehelf** im Versäumnisverfahren ist der Einspruch (§ 338). Die Berufung ist gegen ein VU nicht statthaft (§ 514 Abs. 1). Durch den Einspruch stellt der vorher Säumige bei dem Gericht, das das VU erlassen hat, den Antrag, dass der Rechtsstreit doch verhandelt werde. Da das gleiche Gericht über den Einspruch entscheidet, das auch das VU erlassen hat, fehlt der Devolutiveffekt; die Instanz wird fortgesetzt. Der Einspruch hemmt die Rechtskraft des VU (§ 705 S. 2), das VU wird dadurch aber nicht beseitigt, es kommt auch nicht zu einer Nachprüfung des VU, sondern zur Nachholung der Verhandlung. Durch Einlegung des Einspruchs wird der Rechtsstreit in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Eintritt der Säumnis befand (§ 342). Das VU kann nach erneuter Prüfung durch das Gericht aufrechterhalten oder aufgehoben werden (§ 343).
- 2 Der Säumige hat jedoch in jedem Fall, also auch wenn das VU infolge des Einspruchs abgeändert wird, die durch seine Säumnis entstandenen **Kosten** zu tragen (§ 344).<sup>1</sup>

### I. Zulässigkeit des Einspruchs

- 3 Der Einspruch ist **statthaft** gegen ein VU, er steht nur der säumigen Partei zu. Gegen Prozess- oder Sachurteile, die nicht aufgrund der Säumnis ergehen, sind die normalen Rechtsmittel statthaft, nicht der Einspruch. Das VU kann auch nur zum Teil angefochten werden (arg. ex. § 340 Abs. 2 S. 2). Ist der Einspruch nicht statthaft, so ist er durch Prozessurteil als unzulässig zu verwerfen (§ 341 Abs. 1). Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung ergehen (§ 341 Abs. 2). Dagegen sind die normalen Rechtsmittel gegeben.
- 4 Der Einspruch wird durch Einreichung einer **Einspruchsschrift** bei dem Gericht eingelegt, das das VU erlassen hat (§ 340 Abs. 1). Der notwendige Inhalt ergibt sich aus § 340 Abs. 2. Der Einspruch ist innerhalb einer **Notfrist** von zwei Wochen seit der wirksamen Zustellung des VU einzulegen (§ 339). Er muss gem. § 340 Abs. 3 begründet werden.

### II. Wirkung des Einspruchs

- 5 Wird der Einspruch nicht als unzulässig verworfen, so ist der Termin zur mündlichen Verhandlung über den Einspruch und die Hauptsache zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen (§ 341 a). Durch den Einspruch wird der Prozess in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor Eintritt der Säumnis befand (§ 342). Alle Prozesshandlungen der Parteien, die wegen § 330/§ 331 i.V.m. § 332 keine Berücksichtigung im VU finden konnten, werden wieder wirksam.

► **Klausurhinweis:** Im Einspruchstermin wird nicht die Rechtmäßigkeit des Erlasses des ersten VU nachgeprüft. Sie dürfen in einer Klausur also nie nach der Begründetheit des Einspruchs fragen. Das Gericht prüft nach einem zulässigen Einspruch, ob die Klage zulässig und begründet ist. ◀

<sup>1</sup> Dazu *Schneider*, Zu erstattende Kosten der Säumnis – Häufige Irrtümer, NJW-Spezial 2023, 91; *Schneider*, Erstattungsfähige Kosten der Säumnis, NJW-Spezial 2019, 91.

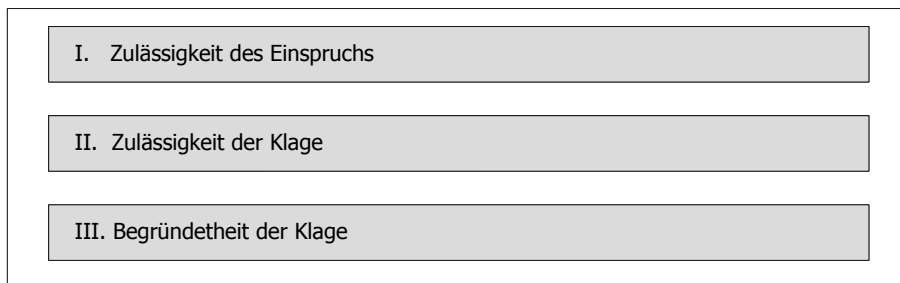


Abb. 39 Prüfungsschema Einspruch gegen ein VU

### III. Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts

► **Klausurhinweis:** Die Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts nach einem Einspruch sind eine häufige Klausurproblematik. ◀

#### 1. Beide Parteien erscheinen

Wenn beide Parteien im Termin zur mündlichen Verhandlung erscheinen und verhandeln, ergeht nach Verhandlung ein streitiges Endurteil, das mit den normalen Rechtsmitteln angefochten werden kann. 6

Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass das Urteil, das zu ergehen hat, mit dem Inhalt des VU übereinstimmt, so wird dieses aufrechterhalten (§ 343 S. 1). 7

Ist das Gericht der Ansicht, dass das zu erlassende Urteil mit dem VU nicht übereinstimmt, so hat es dieses zunächst aufzuheben (§ 343 S. 2, das erfolgt nicht schon durch den Einspruch) und neu zu entscheiden. 8

#### 2. Erneute Säumnis der Partei im Einspruchstermin

Ist die Partei, die Einspruch eingelegt hat, in dem Termin zur mündlichen Verhandlung wieder säumig, so ergeht gegen sie ein **zweites VU** (§ 345), mit dem ihr Einspruch verworfen wird. Die Vorschrift dient der Prozessökonomie und ist von dem Gedanken getragen, dass der unmittelbar wiederholte Säumnis keinen weiteren Schutz verdient. 9

**Merke:** Nur bei aufeinanderfolgender wiederholter Säumnis darf ein zweites VU ergehen. Wird dazwischen mündlich verhandelt, darf kein zweites VU ergehen, sondern es ergeht ein weiteres erstes VU.<sup>2</sup>

Der **Prüfungsumfang** des Gerichts bei Erlass des zweiten VU war lange umstritten. Nach Ansicht des BGH und der jetzt wohl h.M. hat das Gericht vor Erlass des zweiten VU nur zu prüfen, ob die Partei, die den Einspruch eingelegt hat, in dem auf den Einspruch bestimmten Termin zur mündlichen Verhandlung wiederum nicht erscheint, nicht vertreten ist oder nicht verhandelt, also säumig ist. 10

**Merke:** Die Zulässigkeit der Klage, ihre Schlüssigkeit und die Voraussetzungen des Erlasses des ersten VU hat das Gericht nach Ansicht der h.M. bei Erlass des zweiten VU nicht zu prüfen.

2 Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 345 Rn. 2; R/S/G, ZPR, § 106 Rn. 71.

- 11 Dies ist einmal vor Erlass des ersten VU erfolgt. Ansonsten wäre die gegenteilige Anordnung in § 700 Abs. 6 für den Erlass des zweiten VU, wenn ein Vollstreckungsbescheid vorausgegangen ist, nicht zu erklären (§ 33 Rn. 27).<sup>3</sup>
- 12 Die Gegenansicht hatte aus § 342 gefolgert, dass das Verfahren durch den Einspruch in die Lage zurückversetzt wird, in der es sich vor der (ersten) Säumnis befand. Dann wären Zulässigkeit und Schlüssigkeit der Klage zu prüfen.

### 3. Säumnis des Einspruchsgegners im Einspruchstermin

- 13 Ist der Einspruchsgegner im Einspruchstermin säumig, so ist dies eine erstmalige Säumnis. Es kann ein VU aufgrund der Voraussetzungen der §§ 330, 331 ergehen. Dieses ist ein erstes VU, nicht ein zweites i.S. von § 345.

### 4. Berufung gegen zweites Versäumnisurteil

- 14 Gegen ein zweites VU gibt es keinen Einspruch mehr, sondern nur die Berufung gem. § 514 Abs. 2. Danach unterliegt ein zweites VU, gegen das der Einspruch an sich nicht statthaft ist (§ 345), der Berufung insoweit, als sie darauf gestützt wird, dass ein Fall der schuldhaften Versäumung nicht vorgelegen hat.

**Merke:** Bei der Berufung gegen ein zweites VU (§ 514 Abs. 2) wird weder die Gesetzmäßigkeit der vorangehenden VU, noch die Zulässigkeit und die Schlüssigkeit der Klage geprüft.

- 15 Zulässigkeit und Schlüssigkeit der Klage sind bei Erlass des ersten VU durch das Gericht geprüft worden und werden nicht wiederholt ein zweites Mal in der Berufungsinstanz geprüft. Der Prüfungsumfang des Richters im Einspruchstermin und der des Richters in der Berufung stimmen damit überein.
- 16 Bei einem **Vollstreckungsbescheid** ist dies nach herrschender Auffassung anders, weil bedingt durch die Besonderheiten des Mahnverfahrens zuvor noch keine Prüfung der Klage erfolgt sei (§ 33 Rn. 28). Nach der hier vertretenen Mindermeinung bleibt es hingegen auch in diesem Fall bei der wortlautgetreuen engen Auslegung des § 514 Abs. 2 (§ 33 Rn. 30).

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

---

- > In welchen Fällen ergeht ein VU? Kann auch ein Prozess- oder Sachurteil ergehen, wenn eine Partei säumig ist?
- > Wird bei einem VU gegen den Beklagten dessen Vorbringen in den Schriftsätzen berücksichtigt?
- > Ist der Einspruch Rechtsmittel oder Rechtsbehelf?
- > Was wird aufgrund des Einspruchs geprüft? Gibt es eine Begründetheit des Einspruchs?
- > In welchen Fällen darf ein zweites VU ergehen, in welchen muss dagegen ein weiteres erstes VU ergehen?
- > Was hat das Gericht bei einer Berufung gegen ein zweites VU zu prüfen?

---

3 BGH, Beschluss vom 6.5.1999, Az.: V ZB 1/99 = NJW 1999, 2599; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 345 Rn. 4; jetzt ebenso R/S/G, ZPR, § 106 Rn. 73.

## F. Beweisrecht

**Literatur:** *Kaiser*, Beweisrecht in der zivilrechtlichen Urteilklausur, JA 2004, 390; *Klose*, Das Beweisverfahren – das Zentrum des Zivilprozesses, NJ 2023, 243; *Musielak/Stadler*, Grundfragen des Beweisrechts, 1984; *Prütting*, Grundprobleme des Beweisrechts, JA 1985, 313; *Schreiber*, Die Beweismittel im Zivilprozess, JURA 2009, 269.

Aus dem materiellen Recht ist Ihnen der Subsumtionsvorgang vertraut (s. Abb. 23): Nur wenn alle Merkmale der abstrakt im Gesetz formulierten Norm im Realen vorliegen, gilt die jeweilige Rechtsfolge. Im Prozess darf demnach das Gericht einem gestellten Antrag nur stattgeben, wenn es überzeugt ist, dass die für die Anwendung einer Rechtsnorm erforderlichen Tatsachen vorliegen. Diese sind anders als in materiellrechtlichen Klausuren in der Praxis regelmäßig streitig. In geschätzt 70 % aller Verfahren sind die Gerichte mit voneinander abweichenden Sachverhaltsdarstellungen konfrontiert.<sup>1</sup>

Die Überzeugung vom Vorliegen bestimmter Tatsachen gewinnt das Gericht durch den Beweis. Die Beweisaufnahme ist zentraler Bestandteil des Erkenntnisverfahrens.

### § 21 Die Informationsbeschaffung für das Verfahren

**Literatur:** *Drenckbahn*, Urkundsvorlagepflichten im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren nach der ZPO-Reform, 2007; *Goldkamp*, Akteneinsicht beim Gegner? Die Urkundenvorlegung nach § 142 ZPO, ZAP 2019, 355; *Gottwald*, Aufklärung über die Aufklärungspflicht der Parteien, FS Stürner, 2013, S. 301; *Katzenmeier*, Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei, JZ 2002, 533; *Kapoor*, Die neuen Vorlagepflichten für Urkunden und Augenscheinsgegenstände in der Zivilprozessordnung, 2009; *Kuhn/Löhr*, Die Urkundenvorlage nach § 142 ZPO im Spannungsfeld zwischen Sachverhaltsaufklärung und Beibringungsgrundsatz, JR 2011, 369; *Stadler*, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im Zivilprozess und im Rechtsmittelverfahren, 1989; *Stürner*, Die Aufklärungspflicht im Zivilprozess, 1976; *Yoshida*, Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess, 2001.

Der Kläger braucht für eine erfolgreiche Klage (z.B. bei der Formulierung der Klageschrift gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2) und bei der Stellung von Beweisanträgen, der Beklagte für eine erfolgreiche Verteidigung umfassende Informationen über den der Klage zugrundeliegenden Sachverhalt. Das Gericht, das mit der Klage als einer **Rechtsbehauptung** konfrontiert ist, benötigt ebenfalls Informationen, um seiner Rolle als neutraler Entscheider nachkommen zu können. 1

Die ZPO überlässt die Beweisbeschaffung den Parteien, sieht allerdings vor, dass die Beweisaufnahme im Verfahren selbst (§ 279 Abs. 2) unter richterlicher Leitung und Kontrolle, z.T. auch aufgrund richterlicher Initiative (z.B. §§ 142 Abs. 1, 143 Abs. 1) erfolgt. Dies entspricht der Dispositionsbefugnis der Parteien: Wenn es ihnen überlassen ist, einen Streit überhaupt vor Gericht zu bringen, ihn fortzuführen oder zu beenden, so ist es schlüssig, ihnen auch die Informationsbeschaffung zu überlassen. Das jeweils am positiven Ausgang des Verfahrens orientierte eigennützige Verhalten der Parteien fördert nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Beibringung von Infor- 2

<sup>1</sup> *Nack*, Der Indizienbeweis, MDR 1986, 366.

mationen durch die Parteien, die ihnen günstig sind. Die Folge ist jedoch, dass der Zivilprozess nicht an der Ermittlung einer objektiven, sondern nur einer formellen **subjektiven Wahrheit** orientiert ist.

- 3 Die ZPO enthält **keine allgemeine Aufklärungspflicht** als prozessuale Pflicht einer Partei, der anderen alle relevanten Informationen zu vermitteln, die diese nicht hat.<sup>2</sup> Diese Entscheidung ist schon in Deutschland nicht unumstritten<sup>3</sup> und auch keineswegs zwingend, wie der Blick auf das wohl bekannteste Gegenstück zur deutschen Beweisaufnahme, das *pretrial-discovery*-Verfahren, zeigt. Im US-amerikanischen Prozessrecht besteht eine umfassende Garantie des Zugangs zu Informationen und Beweisen der Gegenseite. Das *discovery*-Verfahren ist der eigentlichen Hauptverhandlung vorgeschaltet und dient dazu, die notwendigen Tatsachen in Erfahrung zu bringen. Das Verfahren obliegt den Anwälten unter geringster richterlicher Kontrolle und führt zur Preisgabe auch interner Informationen und Geschäftsgeheimnisse durch die Vorlagepflicht von Aktenmaterial und Dokumenten.<sup>4</sup>
- 4 In Deutschland enthält das materielle Recht zahlreiche **materiellrechtliche Ansprüche** auf Auskunft, Rechnungslegung und Vorlage von Belegen, nicht nur in BGB und HGB, sondern auch in dem Studenten weniger bekannten Gesetzen wie dem Arzneimittelgesetz, dem PatG und dem MarkenG.<sup>5</sup> Zusätzlich erkennt die Rechtsprechung gewohnheitsrechtlich einen **Auskunftsanspruch nach Treu und Glauben** (§ 242 BGB) an.<sup>6</sup>
- 5 Das Gericht kann unabhängig von einem Vorlageanspruch nach materiellem Recht anordnen, dass eine Partei oder ein Dritter Urkunden oder andere Unterlagen in ihrem Besitz, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorzulegen hat (§ 142 Abs. 1). § 142 Abs. 1 räumt dem Gericht Ermessen ein. Die Handhabung des durch § 142 Abs. 1 eingeräumten Ermessens ist einer revisionsgerichtlichen Kontrolle weitgehend entzogen. Das Revisionsgericht hat aber anhand des Urteilsspruchs zu prüfen, ob der Tatrichter überhaupt von dem Ermessen Gebrauch gemacht hat.<sup>7</sup> Dritte sind zur Vorlegung nicht verpflichtet, soweit ihnen diese nicht zumutbar ist oder sie zur Zeugnisverweigerung gem. §§ 383–385 berechtigt sind. 2019 versuchten zwei internationale Investmentfonds die Robert Bosch GmbH zu verpflichten, Dokumente vorzulegen. Diese benötigten sie in einem Schadensersatzprozess gegen Porsche im Zusammenhang mit dem Dieselabgaskandal. Das OLG Stuttgart nahm an, dass sich Bosch auf ein Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 384 Nr. 1 berufen könne.<sup>8</sup>
- 6 Prozessual fördert die Pflicht der Parteien zum substantiierten Vortrag (§ 138 Abs. 3) die Informationsvermittlung. Auch das selbstständige Beweisverfahren (§ 485) kann

2 BGH, Urteil vom 7.12.1999, Az.: XI ZR 67/99 = NJW 2000, 1108, 1109; BGH, Urteil vom 17.10.1996, Az.: IX ZR 293/95 = NJW 1997, 128, 129; R/S/G, ZPR, § 110 Rn. 8.

3 *Gottwald*, Aufklärung über die Aufklärungspflicht der Parteien, FS Stürner, S. 301, 313 im Anschluss an *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien, S. 85 ff.

4 *Stadler*, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im Zivilprozess und im Rechtshilfeverfahren, S. 66 ff.; rechtsvergleichend *Gottwald*, Aufklärung über die Aufklärungspflicht der Parteien, FS Stürner, S. 301 ff.

5 §§ 259, 260, 371, 402, 666, 667, 681, 687, 713, 716, 809 (dazu BGH, Urteil vom 8.1.1985, Az.: X ZR 18/84, BGHZ 93, 191, 198), 810, 985 mit 952, 1144, 1840, 2130, 2218, 2314 BGB; §§ 87 c, 101 f., 118, 166, 233 HGB; § 84 a AMG; § 140 b PatG; § 19 MarkenG.

6 Seit RG, Urteil vom 4.5.1923, Az.: II 310/22, RGZ 108, 1, 7; BGH, Urteil vom 24.3.1994, Az.: I ZR 42/93 = BGHZ 125, 322 = NJW 1994, 1958; BGH, Urteil vom 7.6.1971, Az.: I ZR 32/70 = BGHZ 56, 256 = NJW 1971, 2021; BGH, Urteil vom 23.2.1995, Az.: I ZR 75/93 = NJW 1995, 1965.

7 BGH, Urteil vom 26.6.2007, Az.: XI ZR 277/05 = ZIP 2007, 1543, 1546.

8 OLG Stuttgart, Beschluss vom 1.3.2019, Az.: 1 W 41/18 = BeckRS 2019, 3952.

zur Klärung der Tatsachengrundlage beitragen (s.u. § 23 Rn. 47 ff.). Nach § 144 Abs. 1 S. 1 kann das Gericht die Einnahme des Augenscheins sowie die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

## § 22 Notwendigkeit und Gegenstand des Beweises

- 1 Gegenstand des Beweises sind **Tatsachen**, grds. nicht Rechtsverhältnisse und auch nicht Rechtssätze.<sup>1</sup>
- 2 Nicht streitige, zugestandene und nicht wirksam bestrittene Tatsachen bedürfen des Beweises nicht. Sie hat der Richter seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Grundsätzlich müssen alle entscheidungserheblichen bestrittenen Tatsachen bewiesen werden. Das gilt **nicht** bei

- offenkundigen Tatsachen (§ 291)

Offenkundige Tatsachen sind allgemeinkundige und gerichtskundige Tatsachen: Allgemeinkundig sind z.B. historische Ereignisse, Entfernungen und Börsenkurse. Gerichtskundig sind alle Tatsachen, die das erkennende Gericht selbst amtlich wahrgenommen hat. Das gilt also nicht für privates Wissen des Richters (s.o. § 4 Rn. 16).

- Tatsachen, für die eine gesetzliche Vermutung besteht (§ 292)

Das Gesetz schließt von bestimmten Tatsachen (die bewiesen werden müssen!) auf das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals (z.B. Schluss vom Besitz des Hypothekenbriefs auf dessen Übergabe, § 1117 Abs. 3 BGB) oder auf einen Rechtszustand (z.B. Schluss vom Besitz auf das Eigentumsrecht, § 1006 BGB). Dieses Tatbestandsmerkmal oder dieser Rechtszustand muss nicht bewiesen werden. Die andere Partei kann aber das Gegenteil beweisen.

- dem Beweis des ersten Anscheins (*prima facie*-Beweis)

Ergibt sich aufgrund der festgestellten Umstände ein für die zu beweisende Tatsache typischer Geschehensablauf, so kann von der feststehenden Ursache auf einen bestimmten Erfolg geschlossen werden (s.u. § 23 Rn. 38 ff.).

- Tatsachen, die präkludiert sind (§ 296)

Nach § 296 Abs. 2 kann das Gericht Beweismittel zurückweisen, wenn diese entgegen § 282 Abs. 1, 2 nicht rechtzeitig vorgebracht wurden, so dass die Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde, und die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht. Eine Verzögerung ist z.B. gegeben, wenn ein Zeuge nicht geladen werden konnte, so dass das Gericht statt eines Urteils einen Beweisbeschluss erlassen müsste, um den Zeugen erst noch zu laden.

- Tatsachen, die einer richterlichen Schätzung zugänglich sind (§ 287)

Im Anwendungsbereich dieser Norm darf der Richter unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung entscheiden. Dabei braucht er angebotene Beweise nicht zu erheben (s.u. § 23 Rn. 43 ff.).

- Tatsachen, deren Beweis der Gegner vereitelt hat

Eine Beweisvereitelung liegt vor, wenn eine Partei der anderen schuldhaft und pflichtwidrig die Beweisführung unmöglich macht, z.B. durch Vernichtung von Beweismitteln. Anschaulich ist der Tupferfall, in dem ein Arzt einen in einer früheren Operation vergessenen Tupfer nach einer zweiten Notoperation einfach wegschmeißt, obwohl der Kläger Informationen über die Beschaffenheit des Tupfers

1 Anders ist dies nach § 293 S. 1 für ausländisches Recht, R/S/G, ZPR, § 111 Rn. 14; Geisler, Zur Ermittlung ausländischen Rechts durch „Beweis“, ZJP 91 (1978), 176; Schilken, Zur Rechtsnatur der Ermittlung ausländischen Rechts nach § 293 ZPO, FS Schumann, 2001, S. 373; Spickhoff, Fremdes Recht vor inländischen Gerichten, ZJP 112 (1999), 265.

für seine Beweisführung im nachfolgenden Arzthaftungsprozess benötigte.<sup>2</sup> Für die Beweisvereitelung gibt es z.T. gesetzliche Regelungen (§§ 371 Abs. 3, 427, 441 Abs. 3), in denen die zulässige Reaktion des Gerichts festgelegt ist. Ansonsten ist es str., ob die Folge der Beweisvereitelung eine Beweislastumkehr oder eine flexiblere Berücksichtigung im Rahmen freier Beweiswürdigung ist.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 16.4.1955, Az.: VI ZR 72/54 = VersR 1955, 344.

<sup>3</sup> R/S/G, ZPR, § 116 Rn. 20.



## § 23 Grundbegriffe des Beweisrechts

### I. Beweismittel

- 1 Das Gesetz enthält in den §§ 371 ff. einen abschließenden Katalog von Beweismitteln. Dies sind der Augenschein (§§ 371 ff.), der Zeugenbeweis (§§ 373 ff.), der Sachverständigenbeweis (§§ 402 ff.), der Urkundsbeweis (§§ 415 ff.) und die Parteivernehmung (§§ 445 ff.).

**Merke:** Merken kann man sich als Anfänger die Beweismittel mit der Eselsbrücke SAUZP.

#### 1. Augenscheinsbeweis

- 2 Der Augenscheinsbeweis ist in § 371 bis § 372 a geregelt. Die Einnahme des Augenscheins kann durch jeden Sinn (also nicht nur durch das Auge) des Richters erfolgen. Immer dann, wenn der Richter selbst äußerlich feststellbare Tatsachen durch seine eigenen Sinnesorgane ermittelt, handelt es sich um einen Augenschein. Ein Augenscheinsbeweis liegt z.B. vor, wenn der Richter einen Ortstermin wahrnimmt und sich einen Unfallort ansieht oder Emissionen feststellt. Anders ist dies beim Zeugen- und Urkundsbeweis: Hier nimmt der Richter eine Tatsache nicht unmittelbar wahr, sondern die Beweismittel vermitteln ihm eine Wahrnehmung.
- 3 **Augenscheinsobjekt** können Gegenstände und Personen sein. Gem. § 371 Abs. 1 S. 2 sind auch elektronische Dokumente Gegenstand des Augenscheins. Diese unterliegen aufgrund ihrer leichten Veränderbarkeit nicht den Regeln des Urkundsbeweises.<sup>1</sup> Zur Regelung der Beweiskraft elektronischer Dokumente wurde 2005 § 371 a eingeführt. Inzwischen wird das elektronische Beweismittel in Form einer der elektronischen Datei diskutiert (s.o. § 8 Rn. 16).<sup>2</sup>
- 4 Gem. § 144 Abs. 1 kann das Gericht die Einnahme des Augenscheins und deren **Duldung** anordnen. Gegenüber den **Parteien** kann diese Duldung aber nicht durch das Gericht erzwungen werden, da § 144 und § 371 keine Zwangsmittel zur Verfügung stellen (zu § 372 a sogleich). Es können sich aber an eine Weigerung beweisrechtliche Folgen im Rahmen der freien Beweiswürdigung (§ 286) knüpfen. Weigert sich die beweisbelastete Partei den Augenschein zu dulden, so wird sie mit diesem Angriffs- oder Verteidigungsmittel präkludiert. Weigert sich der Gegner der beweisbelasteten Partei, so liegt ein Fall der Beweisvereitelung vor. Dazu sieht § 371 Abs. 3 vor, dass die zu beweisenden Behauptungen als bewiesen angesehen werden können. Gegenüber **Dritten** kann die nach § 144 getroffene Duldungsanordnung dagegen zwangsvollstreckt werden. Dritte sind nur dann nicht zur Vorlage des Augenscheinsobjekts oder zur Duldung der Augenscheinsnahme verpflichtet, wenn ihnen dies unzumutbar ist oder ihnen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht (§ 144 Abs. 2 S. 1). Bei unberechtigter Weigerung kann das Gericht gem. § 144 Abs. 2 S. 2 Ordnungsgeld bzw. Ordnungshaft gem. § 390 verhängen.
- 5 Für die **Abstammungsbegutachtung** regelt § 372 a einen Sonderfall, der eine prozessuale Duldungspflicht jeder Person (also nicht nur Prozessbeteiligter) zu Untersuchungen, insbesondere der Entnahme von Blutproben zum Zwecke der Blutgruppenuntersuchung anordnet. Fälle sind die Vaterschaftsvermutung im Anfechtungsverfahren

<sup>1</sup> Umfassend *Berger*, Beweisführung mit elektronischen Dokumenten, NJW 2005, 1016.

<sup>2</sup> S. auch *Brand/Skowronek*, Die Herausforderungen der Digitalisierung für das zivilprozessuale Beweisverfahren, RDt 2021, 178.

(§ 1600 c BGB) und die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft (§ 1600 d BGB). Dabei erlaubt § 372 a Eingriffe in das Recht auf körperliche Integrität (Art. 2 GG) und schränkt dieses Grundrecht verfassungskonform ein (Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG).<sup>3</sup> Heimliche Vaterschaftstests haben den BGH beschäftigt und waren Gegenstand z.T. heftiger rechtspolitischer Diskussion (s.u. § 24 Rn. 8).

## 2. Zeugenbeweis

Zeugen sind Personen, die im Prozess über ihre Wahrnehmungen vergangener außerprozessualer Tatsachen und Zustände berichten. Der Zeugenbeweis ist in § 373 bis § 401 geregelt. Er ist das praktisch am häufigsten genutzte Beweismittel und gilt als das unzuverlässigste. Die Unzuverlässigkeit des Zeugenbeweises hat weniger den Grund, dass Zeugen absichtlich lügen, sondern dass ihre Fähigkeit zur Wahrnehmung und Erinnerung aber auch ihre sprachlichen Fähigkeiten zur Wiedergabe des Erlebten nur begrenzt sind. Ihre Befragung und die Beurteilung ihrer Aussagen stellen höchste Anforderungen an die Kompetenzen des Richters. Der Richter muss bei der Vernehmung eine einfache Sprache anwenden und nur eine Frage auf einmal stellen, um die Aussage zu erleichtern. 6

Der Zeugenbeweis setzt immer einen Beweisantritt durch eine Partei voraus (§ 373). Die Partei muss also einen Zeugen benennen, es gibt keine Zeugenvernehmung von Amts wegen.<sup>4</sup> Das Gericht kann die Ladung eines Zeugen (§ 377) davon abhängig machen, dass ein Auslagenvorschuss eingezahlt wird (§ 379). 7

Zeuge kann grundsätzlich jeder sein, der im Zeitpunkt der Vernehmung zeugnisfähig ist. Geisteskrankheit und geringes Alter schließen dies nicht aus. Er muss nur die nötige Verstandesreife haben, um Wahrnehmungen zu machen und wiederzugeben. 8

Wer als Partei vernommen wird kann nicht gleichzeitig Zeuge sein (§ 445). 9

Zeugen werden einzeln in Abwesenheit der anderen Zeugen vernommen. Zu Beginn der Vernehmung werden sie entsprechend § 395 Abs. 1 belehrt. 10

Den Zeugen treffen die sog. drei **Zeugenpflichten** als öffentlich-rechtliche Pflichten gegenüber dem Staat. 11

■ Die Pflicht bei Gericht an dem in der Ladung genannten Terminsort zu **erscheinen**.

Tut er dies nicht, werden ihm zunächst die durch das Ausbleiben verursachten Kosten auferlegt. Zugleich wird gegen ihn ein Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft festgesetzt (§ 380). Die Erscheinenspflicht besteht nicht für die in § 386 Abs. 3 genannten. Dies sind Personen, denen ein Aussageverweigerungsrecht zusteht. Der Zeuge, der das Zeugnis verweigert, hat vor dem zu seiner Vernehmung bestimmten Termin schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle oder in diesem Termin die Tatsachen, auf die er die Weigerung gründet, anzugeben und glaubhaft zu machen (§ 386 Abs. 1). Hat der Zeuge seine Weigerung schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt, so ist er nicht verpflichtet, in dem zu seiner Vernehmung bestimmten Termin zu erscheinen (§ 386 Abs. 3). Nicht zum Erscheinen verpflichtet sind Personen, die durch Krankheit am Erscheinen verhindert sind (§ 375 Abs. 1 Nr. 2).

3 BVerfG, Beschluss vom 25.5.1956, Az.: 1 BvR 190/55 = BVerfGE 5, 13 = NJW 1956, 986.

4 Zur Frage der Vorbereitung des Zeugen durch den Rechtsanwalt vgl. *Hoffmann*, Voraussetzungen und Grenzen anwaltlicher Zeugenvorbereitung, NJW 2018, 257.

- Die Pflicht zur vollständigen, subjektiv wahrheitsgemäßen **Aussage**.

Nach § 377 Abs. 3 kann das Gericht eine schriftliche Beantwortung der Beweisfrage anordnen, wenn es dies im Hinblick auf den Inhalt der Beweisfrage und die Person des Zeugen für ausreichend erachtet. Der Zeuge muss Fragen zu seiner Person (§ 395) und zum Beweisthema beantworten (§ 396). Nicht zur Aussage verpflichtet sind Personen, denen ein **Zeugnisverweigerungsrecht** zusteht. Dieses kann auf persönlichen Gründen (nahe Angehörige, Verlobte und Lebenspartner der Partei (§ 383 Abs. 1 Nr. 1–3), Geistliche (§ 383 Abs. 1 Nr. 4), Mitarbeiter von Presse und Rundfunk (§ 383 Abs. 1 Nr. 5) und Personen, denen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist (§ 383 Abs. 1 Nr. 6)) beruhen. Ferner kann das Zeugnisverweigerungsrecht auf sachlichen Gründen (§ 384) vor allem zum Schutz eigener berechtigter Interessen beruhen. Verweigert der Zeuge ohne ein entsprechendes Recht die Aussage, so werden ihm die durch die Weigerung verursachten Kosten auferlegt. Zugleich wird gegen ihn ein Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft festgesetzt (§ 390). Macht der Zeuge eine falsche Aussage, macht er sich nach § 153 StGB strafbar.

- Die Pflicht zur **Beeidigung** der Aussage (§ 391).

In der Praxis bleiben Zeugen meist unbeeidigt, weil die Parteien darauf verzichten (§ 391). Ansonsten steht die Beeidigung im Ermessen des Gerichts.

### 3. Sachverständigenbeweis

- 12 Der Sachverständigenbeweis ist in § 402 bis § 414 geregelt. Die Hinzuziehung von Sachverständigen kann auf Antrag einer der Parteien durch Beweisantritt (§ 403) oder auch von Amts wegen erfolgen (§ 144 Abs. 1). Der Sachverständigenbeweis muss vom Zeugenbeweis, vom sachverständigen Zeugen und vom Privatgutachter abgegrenzt werden.
- 13 Anders als der Zeuge, der über die Wahrnehmung vergangener Tatsachen berichtet, teilt der Sachverständige **Erfahrungssätze** mit. Er ist damit grundsätzlich austauschbar durch andere Sachverständige, die über die gleiche Kompetenz verfügen. Daher kann der Sachverständige abgelehnt werden (§ 406).
- 14 Der **sachverständige Zeuge** ist nicht ersetzbar. Er ist Zeuge, da er über eine eigene Wahrnehmung berichtet, diese Wahrnehmung aber eine besondere Sachkunde voraussetzt. Ein Beispiel ist ein TÜV- oder DEKRA-Gutachter, der ein Auto anlässlich von Kaufverhandlungen begutachtet hat und im Prozess um einen Mangel klären soll, ob der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorlag oder erst später aufgetreten ist. Konsequent ordnet § 414 die Geltung der Vorschriften über den Zeugenbeweis an.
- 15 Wird von einer Partei ein **Privatgutachten** zum Beweis einer behaupteten Tatsache vorgelegt, so handelt es sich um Parteivortrag. Das Parteigutachten kann im Prozess nur dann als Sachverständigengutachten verwertet werden, wenn beide Parteien zustimmen.<sup>5</sup> Wird die Richtigkeit eines Privatgutachtens vom Gegner angezweifelt oder präsentieren beide Parteien widersprüchliche Gutachten, hat das Gericht einen gerichtlichen Gutachter, sprich einen Sachverständigen, zu bestellen. Mit Abweichungen zwi-

5 BGH, Urteil vom 11.5.1993, Az.: VI ZR 243/92 = NJW 1993, 2383.

schen Privatgutachten und Sachverständigengutachten muss sich das Gericht auseinandersetzen.<sup>6</sup>

Der Sachverständige ist Hilfsperson (**Berater**) des Richters. Er ersetzt keineswegs die richterliche Entscheidung, sondern soll dem Richter helfen, dessen fehlende Kompetenz auszugleichen. Der Richter muss das Gutachten am Maßstab logischer Geschlossenheit und Schlüssigkeit nachprüfen und selbst würdigen, um es dann seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Eine Bindung an das Gutachten besteht nicht. In der Praxis gibt es jedoch meist eine erhebliche Abhängigkeit vom Gutachten des Sachverständigen.

16

Das Sachverständigenrecht wurde 2016 geändert. Die Bundesregierung sah es als reformbedürftig an. Kritikpunkte waren die Qualität der Gutachten und die lange Dauer ihrer Erstellung, die zur Verzögerung der Verfahren führt. Die Neuregelung soll die Beteiligungsrechte der Parteien bei der Auswahl des Sachverständigen stärken, indem diese vor Bestellung des Sachverständigen angehört und ihre Einwände bei der Auswahlentscheidung berücksichtigt werden können (§ 404 Abs. 2). Die Erhebung des Sachverständigenbeweises soll beschleunigt werden, indem das Gericht dem Sachverständigen eine Frist zur Übermittlung des Gutachtens setzt (§ 411 Abs. 1). Bei unentschuldigter Fristüberschreitung soll ein Ordnungsgeld von bis zu 3.000 € festgesetzt werden (§ 411 Abs. 2).<sup>7</sup>

Seit 2002 ist die **Haftung** des Sachverständigen in § 839 a BGB geregelt: Erstattet ein vom Gericht ernannter Sachverständiger vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, die auf diesem Gutachten beruht. Hierin liegt eine Haftungsbegrenzung auf grob fahrlässig verursachte Schäden, die nach dem Willen des Gesetzgebers als abschließende Regelung konzipiert ist.

17

#### 4. Urkundsbeweis

**Literatur:** *Abel*, Urkundenbeweis durch digitale Dokumente, MMR 1998, 644; *Ahrens*, Elektronische Dokumente und technische Aufzeichnungen als Beweismittel, FS Geimer, 2002, S. 1; *Akca*, Moderne Kommunikationsmittel im Verfahren, 2000, S. 125 ff.; *Schreiber*, Die Urkunde im Zivilprozess, 1982; *Zekoll/Bolt*, Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess – Amerikanische Verhältnisse in Deutschland?, NJW 2002, 3129; *Zöller*, Die Mikro-, Foto- und Telekopie im Zivilprozess, NJW 1993, 429.

Der Urkundsbeweis ist in § 415 bis § 444 geregelt. **Urkunden** im Sinne der ZPO sind schriftliche Verkörperungen von Gedankenerklärungen durch übliche oder vereinbarte Lautzeichen, die einer objektiven Deutung allein aufgrund ihrer Wahrnehmung zugänglich sind. Das betrifft grundsätzlich nur Originale; Kopien bzw. Abschriften usw. sind nach Beglaubigung als Urkunde tauglich, da sie dann das Original vertreten sollen. Material und Schreibtechnik der Urkunden sind unerheblich. Zeichnungen, Baupläne, Tonbandaufnahmen, Fotos usw. sind keine Urkunden. Keine Urkunden

18

6 BGH, Beschluss vom 17.5.2017, Az.: VII ZR 36/15 = NJW 2017, 3661.

7 Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts und zur weiteren Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes, der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und des Gerichtskostengesetzes vom 11.10.2016, BGBl. I S. 2222. Dazu *Lüblinghoff*, Das Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts, NJW 2016, 3329; *Blendinger*, Reform des Sachverständigenrechts in Verfahren nach der ZPO und dem FamFG, DS 2015, 211.

sind auch **elektronische Dokumente**. Diese sind als Augenscheinsobjekte einzuordnen (§ 371 Abs. 1 S. 2).

- 19 Der Urkundsbeweis ist in der Praxis von enormer Bedeutung und gilt als ziemlich verlässliches Beweismittel. Obwohl die Schriftform materiellrechtlich nur selten vorgeschrieben ist, werden gerade im Handels- und Geschäftsverkehr Verträge schriftlich abgefasst und sind damit Gegenstand des Urkundsbeweises.

### 5. Parteivernehmung

- 20 Die Parteivernehmung ist in den § 445 bis § 455 geregelt.<sup>8</sup> Häufig weiß (zumindest) eine der Parteien über die streitentscheidenden Tatsachen am besten Bescheid. Andererseits wird sie leicht versucht sein, das Geschehene zumindest so zu schildern, dass der Vortrag ihr günstig ist. Die Parteivernehmung ist daher ein unzuverlässiges Beweismittel. Trotzdem wollte der Gesetzgeber darauf nicht verzichten, sondern hat die **subsidiäre Zulässigkeit** angeordnet (§ 445 Abs. 1). Die Parteivernehmung ist nur zulässig, wenn die anderen Beweismittel erschöpft sind. Sie erfolgt wie der Zeugenbeweis (§ 451 verweist auf die Vorschriften über den Zeugenbeweis). Die Partei ist der Wahrheit verpflichtet (§ 451 i.V.m. § 395) und kann beeidigt werden (§ 452). Bei der Eidespflicht handelt es sich um eine nicht erzwingbare Pflicht, da bei Verweigerung der Eidesleistung kein Zwang ausgeübt wird, sondern § 453 Abs. 2 greift: Das Gericht kann nach freier Überzeugung entscheiden, ob es die behauptete Tatsache als erwiesen ansehen will.

## II. Beweisverfahren

- 21 Die genannten Beweismittel sind in einem in der ZPO detailliert geregelten Verfahren zu nutzen (§ 284 S. 1 i.V.m. §§ 355 bis 484).

### 1. Strengbeweis und Freibeweis

- 22 Im **Strengbeweisverfahren** ist das Gericht an die genannten Beweismittel und an das vorgeschriebene Verfahren gebunden (§ 284 S. 1). Dagegen ist das Gericht im sog. **Freibeweisverfahren** weder an das in den § 355 bis § 484 geregelte Beweisverfahren noch an den Katalog der Beweismittel gebunden. Auch im Freibeweisverfahren muss die volle Überzeugung des Gerichts herbeigeführt werden.

► **Hinweis:** Bisher war das Freibeweisverfahren gesetzlich nicht geregelt, zugelassen wurde es für die Feststellung von Prozessvoraussetzungen und Rechtsmittelvoraussetzungen, für die Ermittlung ausländischen Rechts (§ 293) sowie im Verfahren zur Bewilligung von Prozesskostenhilfe (§ 118). Gem. § 284 S. 2 gilt nunmehr: Das Gericht kann mit Einverständnis der Parteien alle Beweise in der ihm geeignet erscheinenden Form nutzen. Die gesetzliche Zulassung des Freibeweises soll die Erledigung von Rechtsstreitigkeiten beschleunigen und z.B. eine Zeugenbefragung durch Telefon oder per E-Mail ermöglichen. ◀

---

8 Näher zu Umfang und Grenzen der Pflicht zur Parteianhörung oder -vernehmung s. *Dutta*, Die Parteiaussage im Zivilprozess, FS Coester-Waltjen, 2015, 1083; *Retzlaff/v. Kiedrowski*, Prozessuale Waffengleichheit durch Parteivernehmung, BRAK-Mitt. Sonderdruck zum 6. ZPR-Symposium der Bundesrechtsanwaltskammer vom 15. bis 17.3.2012 in Potsdam, S. 31.

## 2. Beweisantritt

Die Initiative zur Beweisaufnahme kann von einer Partei ausgehen oder die Beweisaufnahme kann durch das Gericht von Amts wegen erfolgen. Die Einführung eines Beweismittels in den Prozess zum Beweis einer bestimmten Behauptung (Beweisthema) durch die Partei wird als **Beweisantritt** bezeichnet. Der Verhandlungsgrundsatz würde es nahe legen, dass es grundsätzlich Sache der Parteien ist, die Erhebung eines Beweises zu beantragen. Dies ist jedoch nur noch im Falle des Zeugenbeweises so: Hier ist immer der Beweisantritt durch eine Partei erforderlich, eine Beweiserhebung von Amts wegen ist ausgeschlossen (§ 373). In den Fällen des Augenscheinsbeweises, des Sachverständigenbeweises (§ 144 Abs. 1),<sup>9</sup> der Parteivernehmung (§ 448) und des Urkundsbeweises (§§ 142, 143) kann eine Beweiserhebung von Amts wegen erfolgen. Auch wenn das Gericht den Beweis von Amts wegen erhebt, verbleibt die Beweisführungslast bei den Parteien (Rn. 58). Der Beweisantritt soll nach § 282 in der mündlichen Verhandlung so zeitig erfolgen, wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht. Verspätete Beweisanträge können abgelehnt werden (§ 296 Abs. 2).

23

Die den Beweis antretende Partei muss eine konkrete Behauptung aufstellen und hierzu in detaillierter Form Beweis anbieten. Das Gericht muss auf dieser Grundlage in der Lage sein, die Entscheidungserheblichkeit des Beweises für das konkrete Verfahren zu prüfen. **Beweisermittlungsanträge**, die erst dazu dienen sollen, einen konkreten Beweisantrag zu formulieren, sind nicht zulässig (auch als **Ausforschungsbeweis** bezeichnet).<sup>10</sup>

24

## 3. Anordnung der Beweisaufnahme

Das Gericht ordnet die Beweisaufnahme an. Diese prozessleitende Beweisanordnung ist immer erforderlich. Die Beweisanordnung muss nur dann (kann aber immer) in Form eines formellen Beweisbeschlusses erfolgen, wenn das Gesetz dies anordnet. Dies ist der Fall, wenn die Beweisaufnahme schon vor (§ 358 a) der mündlichen Verhandlung erfolgen soll, oder wenn ein besonderes Verfahren notwendig ist (§ 358), wie bei einer Parteivernehmung (§ 450 Abs. 1 S. 1), aber z.B. auch, wenn das Gericht die Einholung eines schriftlichen Gutachtens anordnet. Der Inhalt des formellen Beweisbeschlusses ist § 359 zu entnehmen. Es sind Beweisthema, Beweismittel und Beweisführer zu nennen.

25

## 4. Durchführung der Beweisaufnahme

Die Beweisaufnahme erfolgt als Konsequenz des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (§ 4 Rn. 31) vor dem Prozessgericht (§ 355). Damit soll sichergestellt werden, dass das Gericht die Beweise aufgrund persönlicher Anschauung würdigen kann. Die Beweisaufnahme erfolgt grds. in der mündlichen Verhandlung, kann aber in den gesetzlich angeordneten Fällen außerhalb erfolgen. Erfolgt die Beweisaufnahme im Haupttermin, so folgt sie der streitigen mündlichen Verhandlung unmittelbar nach (§ 279 Abs. 2).

26

Gem. § 128 a Abs. 2 ist eine Beweisaufnahme in Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes durch eine **Videokonferenz** möglich. Diese kann seit 2013 von Amts

27

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 27.2.2019, Az.: VIII ZR 255/17 = NJW-RR 2019, 719.

<sup>10</sup> R/S/G, ZPR, § 117 Rn. 16 ff.; Stöhr, Der Ausforschungsbeweis im Zivilprozess, JA 2020, 688.

wegen angeordnet werden (s.o. § 4 Rn. 33). Sinnvoll kann dies vor allem bei der Vernehmung von Sachverständigen und Zeugen sein, wenn der unmittelbare persönliche Eindruck nicht zwingend erforderlich ist.

- 28 Die Beweisaufnahme kann in Abweichung vom Unmittelbarkeitsgrundsatz auch durch einen beauftragten (§ 361) oder ersuchten Richter durchgeführt werden (§ 362).

**a) Der beauftragte Richter**

- 29 Der beauftragte Richter ist ein Mitglied des Prozessgerichts, der an dessen Stelle handelt. Nach § 375 Abs. 1 a ist die Beweisaufnahme durch den Einzelrichter immer schon dann zulässig, wenn dies aus Vereinfachungsgründen zweckmäßig erscheint und anzunehmen ist, dass das Prozessgericht das Beweisergebnis auch ohne unmittelbaren Eindruck von dem Verlauf der Beweisaufnahme sachgemäß zu würdigen vermag. Aufgrund der Ausdehnung des Einsatzes des Einzelrichters durch §§ 348, 348 a erfolgt regelmäßig nur eine Beweisaufnahme vor dem Einzelrichter.

**b) Der ersuchte Richter**

- 30 Der ersuchte Richter ist nicht Mitglied des Prozessgerichts. Er wird im Wege inländischer Rechtshilfe tätig (§ 156 GVG). Das Ersuchen um Rechtshilfe ist an das AG zu richten, in dessen Bezirk die Beweisaufnahme erfolgen soll (§ 157 GVG). Ersuchter Richter ist demnach immer ein Amtsrichter. Nach der Beweisaufnahme übersendet der ersuchte Richter die Beweisverhandlungen an das Prozessgericht (§ 362 Abs. 2).

**c) Beweiserhebungen im Ausland**

- 31 In internationalen Verfahren ist es selbstverständlich, dass Beweismittel im Ausland belegen sein können bzw. Beweiserhebungen im Ausland notwendig werden können. In diesem Fall muss entweder dort die Beweisaufnahme erfolgen oder das Beweismittel muss in das Inland geschafft werden. Da die staatliche Souveränität an der Staatsgrenze endet und die Beweisaufnahme zu den hoheitlichen Tätigkeiten auf der Grundlage der Gerichtsgewalt gerechnet wird, muss die Beweisaufnahme im Ausland unter Mitwirkung des Staates erfolgen, in dem sie stattfinden soll, sobald fremde Staatsangehörige betroffen sind. Dies geschieht im Wege der **Rechtshilfe** (§ 363 Abs. 1). Daneben besteht die Möglichkeit der **extraterritorialen Beweisbeschaffung**, also des Imports der Beweismittel in den Gerichtsstaat. Der im Ausland wohnhafte Zeuge wird geladen, die im Ausland befindliche Urkunde im Inland vorgelegt.<sup>11</sup>
- 32 Die Beweisaufnahme ist in der Europäischen Beweisverordnung (**EuBVO**), auf die § 363 Abs. 3 verweist (Durchführungsvorschriften in §§ 1072, 1073),<sup>12</sup> im Haager Beweisübereinkommen von 1970 (HBÜ), im Haager Übereinkommen über den Zivilprozess von 1954 und in zahlreichen bilateralen Verträgen und im autonomen deutschen Recht geregelt. Nach Art. 10 Abs. 4 EuBVO ist der Einsatz von Kommunikationstechnologie, wie **Video- und Telefonkonferenzen**, zu fördern.

---

11 *Daoudi*, Extraterritoriale Beweisbeschaffung im deutschen Zivilprozess, 2000; *Mössle*, Extraterritoriale Beweisbeschaffung im internationalen Wirtschaftsrecht, 1990.

12 Dazu *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kap. 9.

## 5. Beweiswürdigung

Nach Erhebung des Beweises muss das Gericht die mündliche Verhandlung zur nochmaligen Erörterung des Sach- und Streitstandes und, soweit bereits möglich, des Ergebnisses der Beweisaufnahme fortsetzen (§§ 285 Abs. 1, 279 Abs. 3). Ein Verstoß gegen diese Erörterungspflicht wird überwiegend als Verfahrensfehler und Verletzung des rechtlichen Gehörs eingestuft.<sup>13</sup> Die Folge ist, dass das Rechtsmittelgericht das Urteil auf Rüge hin aufzuheben hat, wenn die Erörterung unterbleibt und kein wirksamer Verzicht vorliegt. 33

Danach hat das Gericht den Beweis zu würdigen. Grundlage der Beweiswürdigung ist der gesamte Inhalt der Verhandlung, also nicht nur der Beweisaufnahme. Dazu gehören Handlungen und Unterlassungen der Prozessbeteiligten, der persönliche Eindruck, den das Gericht von den Beteiligten gewonnen hat, usw. 34

Dabei kann es nicht das Ziel sein, dass das Gericht eine bestimmte Tatsache als wahr feststellt. Eine absolute objektive Wahrheit gibt es selbst dann nicht, wenn das Gericht einen Sachverständigen herangezogen hat, der mit wissenschaftlicher Genauigkeit hilft, eine Tatsache festzustellen. 35

### a) Grundsatz freier Beweiswürdigung

§ 286 Abs. 1 S. 1 ordnet daher konsequent ein subjektives Erfordernis der individuellen Überzeugung des Richters an. Der Richter muss nach freier Überzeugung entscheiden, ob er eine tatsächliche Behauptung für wahr oder unwahr hält. Nur ausnahmsweise bestehen feste Beweisregeln (§ 286 Abs. 2). Diesen Vorrang richterlicher Subjektivität bezeichnet man als Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Soweit gesetzliche Beweisregeln bestehen (z.B. Akteninhalt § 139 Abs. 4 S. 3, Protokoll § 165, Urkunden §§ 415–418), schließen sie den Grundsatz der freien Beweiswürdigung aus. 36

Als Ausgleich muss das Gericht jedoch angeben, von welchen Gründen es sich bei seiner Entscheidung hat leiten lassen (§ 286 Abs. 1 S. 2). Nur so ist eine Nachprüfung der individuellen Überzeugungsbildung durch einen Dritten möglich. 37

### b) Anscheinsbeweis

**Literatur:** *Ante*, Der Zugangsnachweis bei Einwurf-Einschreiben, NJW 2020, 3487; *Engels*, Der Anscheinsbeweis der Kausalität, 1994; *Gottwald*, Sonderregeln der Beweislastverteilung, JURA 1980, 303; *Günther*, Beweiserschütterung und -vereitelung beim Bankkarten-Anscheinsbeweis, WM 2013, 496; *Schulte am Hülsen/Welcherling*, Der Anscheinsbeweis bei missbräuchlicher Bargeldabhebung an Geldautomaten mit Karte und Geheimzahl, NJW 2012, 1262; *Uth/Barthen*, Der Anscheinsbeweis von Einwurf-Einschreiben, NJW 2021, 685.

► **Fall 1** (nach BGH, Urteil vom 29.11.2011, Az.: XI ZR 370/10 = NJW 2012, 1277): Die klagende Bank begehrt vom Bekl. Ausgleich für Bargeldabhebungen an Geldautomaten mit einer auf den Bekl. ausgestellten Kreditkarte. An Geldautomaten der Bank wurden unter Verwendung der persönlichen Identifikationsnummer (PIN) des Bekl. in insgesamt sechs Fällen jeweils 500 Euro abgehoben. Die Kl. zog daraufhin vom Girokonto des Bekl. diese Beträge ein. Der Bekl. widersprach der Lastschriftbuchung und berief sich auf einen

13 R/S/G, ZPR, § 117 Rn. 40; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 285 Rn. 1; a.A. Schulz/Sticken, Die Erörterung der richterlichen Beweiswürdigung mit den Parteien, MDR 2005, 1, 4.



Missbrauch der Kreditkarte. Hat die Bank einen Anspruch auf Ausgleich der Belastungsbuchungen durch den Bekl.? ◀

- 38 Der Anscheinsbeweis (*prima facie*-Beweis) ist kein besonderes Rechtsinstitut, sondern die Anwendung bestimmter standardisierter Erfahrungssätze auf einen bestimmten Sachverhalt im Rahmen der freien Beweiswürdigung. Dabei wird regelmäßig von einer feststehenden Tatsache auf eine bestimmte Ursache oder eine Kausalität geschlossen. Aus dem Auffinden eines Operationsbestecks in der Bauchhöhle wird auf das Verschulden des Arztes geschlossen, aus dem Abkommen von der Straße oder dem Auffahren auf den Vordermann auf das Verschulden des Kraftfahrers.<sup>14</sup> Ein „OK“-Vermerk auf einem Fax-Sendebericht begründet keinen Anscheinsbeweis für den tatsächlichen Zugang, sondern belegt nur den erfolgreichen Verbindungsaufbau.<sup>15</sup> Einem Einwurf-Einschreiben kommt Anscheinsbeweischarakter zu, wenn und soweit die beweisbelastete Partei sowohl den Einlieferungsbeleg als auch die Reproduktion des Auslieferungsbelegs vorlegt.<sup>16</sup>
- 39 Vorrangige Bedeutung hat der Anscheinsbeweis bei der Feststellung der Kausalität und des Verschuldens, ist jedoch nicht darauf begrenzt.<sup>17</sup> Bei der Nutzung des Anscheinsbeweises im Rahmen der Kausalität wird aufgrund eines typischen Geschehensablaufs von einer feststehenden Verletzung auf eine Pflichtwidrigkeit geschlossen. Bei der Nutzung des Anscheinsbeweises im Rahmen des Verschuldens wird bei typischen Geschehensabläufen von einem feststehenden Schaden auf ein schuldhaftes Verhalten geschlossen.
- 40 Der Anscheinsbeweis hat **keine Beweislastumkehr** zur Folge, sondern verhindert zunächst die für die Anwendung der Beweislastnormen erforderliche *non liquet*-Situation, da der Richter aufgrund des Erfahrungssatzes von einer bestimmten Tatsache überzeugt sein kann.
- 41 Im Fall 1 billigte der BGH der klagenden Bank einen Beweis des ersten Anscheins zu, dass entweder der Karteninhaber die Abhebungen selbst vorgenommen hat oder – was im Verfahren allein in Betracht kam – dass ein Dritter nach der Entwendung der Karte von der Geheimnummer nur wegen ihrer Verwahrung gemeinsam mit der Karte Kenntnis erlangen konnte. Der BGH ging also davon aus, dass der Bekl. entweder die PIN auf der Karte oder in räumlicher Nähe notiert hatte. Dies wäre grob fahrlässig, so dass der Bekl. nach den einschlägigen AGB den Schaden zu tragen habe. Eine solche Haftung setzt jedoch voraus, dass bei der missbräuchlichen Abhebung die Originalkarte eingesetzt worden ist, denn bei Einsatz einer Kartendublette fehle die für die Anwendung des Anscheinsbeweises nötige Typizität des Geschehensablaufs. Die Bank müsse als Voraussetzung der von ihr in Anspruch genommenen Beweiserleichterung darlegen und beweisen, dass die Originalkarte bei der missbräuchlichen Abhebung zum Einsatz kam. In der Literatur wird dagegen auch bei Einsatz der Originalkarte auf zahlreiche andere Möglichkeiten verwiesen (u.a. sog. *Skimming*), wie der Täter an die

14 OLG München, Urteil vom 9.8.2012, Az.: 10 U 572/12 = BeckRS 2012, 18699.

15 BGH, Beschluss vom 12.4.2016, Az.: VI ZB 7/15 = NJW-RR 2016, 816.

16 BGH, Urteil vom 27.9.2016, Az.: II ZR 299/15 = NJW 2017, 68 (dort auch zu den Unterschieden von Übergabe und Einwurf-Einschreiben. S. auch *Uth/Barthen*, Der Anscheinsbeweis von Einwurf-Einschreiben, NJW 2021, 685; *Ante*, Der Zugangsnachweis bei Einwurf-Einschreiben, NJW 2020, 3487.

17 Zum Anscheinsbeweis bei E-Mails s. *Rofßnagel/Pfützmann*, Der Beweiswert von E-Mail, NJW 2003, 1209.

PIN kommen kann, so dass eine Typizität nicht gegeben sei und der Anscheinsbeweis nicht greife.<sup>18</sup>

Der Anscheinsbeweis erleichtert der beweisbelasteten Partei die Beweisführung. Gelingt ihr auf dieser Grundlage die Beweisführung, so kann der Gegner den Anscheinsbeweis erschüttern. Er muss dazu keinen vollen Gegenbeweis führen. Ausreichend ist es, dass er Tatsachen vorträgt, die die ernsthafte Möglichkeit eines anderen als des typischen Geschehensablaufs ergeben. Geschieht dies, greifen die normalen Beweislastregeln, die nicht durch den Anscheinsbeweis verändert wurden (Rn. 61 ff.). Es entsteht, wenn keine weitere Sachverhaltsklärung zu erreichen ist, regelmäßig eine *non liquet*-Situation, die zulasten der beweisbelasteten Partei geht.

42

### c) Schadensschätzung

► **Fall 2:** Sportler K klagt gegen den Arzt B, dass dieser ihn falsch behandelt habe. Dadurch sei ein mehrmonatiger Krankenhausaufenthalt notwendig geworden, er habe insgesamt sechs Monate nicht trainieren können, habe keine Wettkämpfe bestreiten und keine Gewinne erzielen können. K fordert von B Schadensersatz, den genauen Schaden kann er nicht beziffern. Wie hat das Gericht zu entscheiden? ◀

Nach § 287 entscheidet das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung, wenn unter den Parteien streitig ist, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch dieser Schaden ist. Die Vorschrift soll eine Beweisnot des Klägers verhindern. Sie hat in der Praxis von Schadensersatzprozessen erhebliche Bedeutung, ihr Anwendungsbereich ist jedoch umstritten.<sup>19</sup>

43

Auszugehen ist von der Unterscheidung von Haftungsgrund und Haftungsausfüllung, die Ihnen vor allem aus dem Prüfungsaufbau bei § 823 Abs. 1 BGB bekannt sein dürfte. Die Unterscheidung gibt es jedoch auch dort, wo ein Vermögensschaden ausreichend ist.

44

K hat im obigen Fall einen Anspruch gegen B aus § 823 Abs. 1 BGB (neben dem aus § 280 Abs. 1 BGB, der hier außer Acht bleibt), wenn er beweist, dass B ihn falsch behandelt hat und es dadurch zu einer Rechtsgutsverletzung in Form einer Körperverletzung gekommen ist. Hierfür gilt § 286 und nicht § 287. Wenn § 287 auch von der Entstehung des Schadens spricht, so ist damit nicht der Haftungsgrund, sondern der Schaden aufgrund der Rechtsgutsverletzung im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität gemeint. Hier greift § 287 ein.

45

K muss demnach den Behandlungsfehler gem. § 286 beweisen. Ist dieser Beweis erbracht, so kann der Verdienstausschlag als Schaden im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität nach § 287 geschätzt werden. Der Schaden darf jedoch nicht völlig abstrakt berechnet werden. K muss Anhaltspunkte für seinen Verdienstausschlag (sog. Anknüpfungstatsachen) nennen, die als Grundlage der Schätzung dienen können.<sup>20</sup> Er wird also die Gewinnelder des Vorjahres summieren, seine bisherige Leistungsentwicklung im Training dokumentieren, usw.<sup>21</sup>

46

18 Schulte am Hülse/Welchering, Der Anscheinsbeweis bei missbräuchlicher Bargeldabhebung an Geldautomaten mit Karte und Geheimzahl, NJW 2012, 1262, 1266.

19 Arz, Richterliche Überzeugungsbildung zu Schaden und Forderungshöhe, NJW 2021, 355.

20 Anforderungen an die Schadensschätzung bei BGH, Urteil vom 29.5.2013, Az.: VIII ZR 174/12, BeckRS 2013, 10450; zur Anwendung des § 286 auf den Haftungsgrund und § 287 auf die Haftungsausfüllung s. BGH, Urteil vom 29.1.2019, Az.: VI ZR 113/17 = NJW 2019, 2092.

21 Hierzu Haas/Reimann, Erwerbchance und Erwerbsschaden bei Individualsportlern, SpuRt 2000, 49.

### III. Selbstständiges Beweisverfahren

- 47 Gem. §§ 485 ff. kann ein selbstständiges Beweisverfahren während eines schon rechts-  
hängigen Prozesses, aber auch schon vor Rechtshängigkeit erfolgen. Ziel ist es, die Be-  
weislosigkeit einer Partei durch Veränderung von Beweismitteln bzw. eine Verschlech-  
terung der Beweissituation zu verhindern.
- 48 Erfolgt das selbstständige Beweisverfahren während eines Prozesses, so ist erforderlich,  
dass entweder der Gegner zustimmt oder die Gefahr besteht, dass Beweismittel verlo-  
ren gehen oder ihre Benutzung erschwert wird (§ 485 Abs. 1). Hat eine Partei ein  
rechtliches Interesse, so kann das Verfahren auch schon vor Rechtshängigkeit durchge-  
führt werden (§ 485 Abs. 2). Ein solches Verfahren kann, wenn es vor Rechtshängig-  
keit durchgeführt wird, helfen, einen Prozess zu vermeiden oder zu beschleunigen.
- 49 Das Verfahren ist nach § 485 Abs. 1 S. 1 nur zulässig zur Einnahme des Augenscheins,  
der Vernehmung von Zeugen und der Begutachtung durch einen Sachverständigen.  
Nach § 485 Abs. 2 kann zusätzlich die schriftliche Begutachtung durch einen Sachver-  
ständigen beantragt werden.
- Merke:** Die Zustellung des Antrags (§ 487) hemmt die Verjährung gemäß § 204 Abs. 1  
Nr. 7 BGB.
- 50 Wird dem Antrag stattgegeben, so erfolgt die Beweisaufnahme nach den allgemeinen  
Regeln (§ 492 Abs. 1). Die Beweiserhebung im selbstständigen Beweisverfahren steht  
einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht gleich, wenn sich eine Partei auf Tatsa-  
chen beruft, über die selbstständig Beweis erhoben wurde (§ 493 Abs. 1).

### IV. Beweismaß

**Literatur:** *Bender*, Das Beweismaß, FS Baur, 1981, S. 247; *Gottwald*, Schadenszurechnung und  
Schadenschätzung, 1979, S. 186 ff.; *ders.*, Das relative Beweismaß im englischen und deutschen  
Zivilprozess, FS Henrich, 2000, S. 165; *Huber*, Das Beweismaß im Zivilprozess, 1983; *Koch*, Die  
Glaubhaftmachung beim Antrag auf Wiedereinsetzung, NJW 2016, 2994; *Leipold*, Beweismaß  
und Beweislast im Zivilprozess, 1985; *Scherer*, Das Beweismaß der Glaubhaftmachung, 1996;  
*Walter*, Freie Beweiswürdigung, 1979.

- 51 Wann aber darf das Gericht von der Wahrheit einer behaupteten Tatsache überzeugt  
sein? Der Beweiswert ist nur selten einer echten mathematischen Wahrscheinlichkeits-  
rechnung zugänglich, wie etwa bei Vaterschaftsfeststellungsverfahren.

#### 1. Regelbeweismaß

- 52 Die ganz h.M. hält an einem subjektiven Maßstab des Fürwahrhaltens fest. Der BGH  
hat dies im **Anastasia-Urteil** einprägsam formuliert: „Der Richter darf und muss sich  
aber in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchba-  
ren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie  
völlig auszuschließen.“<sup>22</sup>
- 53 Den vom BGH verwendeten Begriff der Gewissheit versteht die h.M. als das subjektive  
Bewusstsein hoher Wahrscheinlichkeit. Aus § 286 Abs. 1 S. 1 folgert sie ein einheitli-  
ches Regelbeweismaß, das einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit entspreche.

22 BGH, Urteil vom 17.2.1970, Az.: III ZR 139/67 = BGHZ 53, 245, 265 = NJW 1970, 946.

Weil aber alle verschiedenen Abstufungen von Wahrscheinlichkeit (überwiegende, hohe, sehr hohe, mit an Sicherheit grenzender) nur auf der Ebene der Sprache verdecken, dass Überzeugung nicht messbar ist, stellt die Gegenmeinung auf ein flexibles, also nicht einheitliches Beweismaß ab. Im Ergebnis komme es in Grenzfällen auf die subjektive Einschätzung des Richters an.<sup>23</sup> 54

## 2. Glaubhaftmachung

In einigen Fällen ordnet das Gesetz jedoch das abweichende Beweismaß der **Glaubhaftmachung** an. Der praktisch wichtigste Fall ist der des einstweiligen Rechtsschutzes (§§ 920 Abs. 2, 936). Aber auch bei der Beurteilung prozessualer Vorfragen wie der Richterablehnung (§ 44 Abs. 2), der Prozesskostenhilfe (§ 118 Abs. 2 S. 1) und beim verspäteten Vorbringen (§ 296 Abs. 4) stellt das Gesetz auf dieses Beweismaß ab. 55

Die Glaubhaftmachung ist einheitlich in § 294 geregelt. Das erforderliche Beweismaß ist die überwiegende Wahrscheinlichkeit. Es muss die „gute Möglichkeit bestehen, dass sich der Vorgang so zugetragen hat“.<sup>24</sup> Zur Beweisführung ist jedes Beweismittel zulässig, hinzu kommt die Versicherung an Eides Statt (§ 294 Abs. 1), die ansonsten kein zulässiges Beweismittel ist. Wichtig ist, dass im Rahmen der Glaubhaftmachung nur präsente Beweismittel zugelassen sind. Das bedeutet in der Praxis, dass derjenige, der eine einstweilige Verfügung beantragt, alle notwendigen Beweismittel präsentieren, also etwaige Zeugen direkt mitbringen muss. 56

## V. Beweisführungslast

► **Fall 3:** K verklagt B auf Zahlung des Kaufpreises aus einem am 1.2.2023 geschlossenen Kaufvertrag. B trägt vor, er habe mit K an diesem Tag nur Kaffee getrunken und keinen Vertrag geschlossen. ◀

Eine Klage muss schlüssig sein. Die dazu notwendigen Tatsachen muss der Kläger vortragen, ansonsten wird seine Klage als unbegründet abgewiesen. Fragen des Beweisrechts entstehen nicht. Werden Tatsachen nicht oder nicht substantiiert bestritten, so hat der Richter diese seiner Entscheidung zwingend zugrunde zu legen. Fragen des Beweisrechts entstehen wiederum nicht. Wenn der Beklagte aber die anspruchsbegründenden Tatsachen bestreitet oder ergänzend Tatsachen vorträgt, die rechtshindernde, rechtsvernichtende oder rechtshemmende Einreden begründen, kommt es zur Beweisbedürftigkeit. 57

Die **Beweisführungslast** (auch subjektive Beweislast genannt) entscheidet darüber, welche Partei Beweisangebote stellen muss. Im obigen Fall muss der Kläger Beweis antreten für den Vertragsschluss, z.B. indem er einen Zeugen benennt. Tut er das nicht, so bleibt er beweisfällig und die Klage wird als unbegründet abgewiesen. Tut er dies, so muss der Beklagte seinerseits Beweis antreten, der den Vortrag des Klägers erschüttert, z.B. indem er ebenfalls einen Zeugen benennt, der aussagt, es sei nicht zu einem Vertragsschluss gekommen. Tut er dies nicht, gibt das Gericht der Klage statt, wenn der vom Kläger benannte Zeuge ausgesagt hat, es sei zu einem Vertragsschluss gekommen. 58

**Merke:** Jede Partei trägt die Beweisführungslast für die ihr günstigen Tatsachen.

23 R/S/G, ZPR, § 114 Rn. 15.

24 Leibold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, 1971, S. 66.

VI. Beweislast

Literatur: *Arens*, Zur Problematik von non liquet-Entscheidungen, FS Müller-Freienfels, 1986, S. 13; *ders.*, Zur Beweislastproblematik im heutigen deutschen Produkthaftungsprozess, ZZP 104 (1991), 123; *Baumgärtel*, Beweislastpraxis im Privatrecht, 1996; *Gottwald*, Grundprobleme der Beweislastverteilung, JURA 1980, 225; *Koch*, Die Glaubhaftmachung beim Antrag auf Wiedereinsetzung, NJW 2016, 2994, NJW 2016, 2994, *Laumen*, Die „Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr“ – Ein beweisrechtliches Phänomen, NJW 2002, 3739; *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 1975; *Musielak/Stadler*, Grundfragen des Beweisrechts, 1984; *Weber*, Muss im Arzthaftungsprozess der Arzt seine Schuldlosigkeit beweisen?, NJW 1997, 761.

1. Entscheidungsnotwendigkeit in einer non liquet-Situation

- 59 Kommt es im obigen Fall dazu, dass die von den Parteien benannten Zeugen jeweils gegenteilig aussagen, so hat das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung die Möglichkeit, einem Zeugen zu glauben und die Aussage des anderen für unwahr zu halten. Je nachdem gibt es der Klage statt oder es weist sie ab.
- 60 Bleibt für das Gericht aber unklar, ob es zu einem Vertragsschluss gekommen ist, weil es nicht zu erkennen vermag, welche Zeugenaussage unwahr ist, so muss es trotzdem eine Entscheidung treffen. Die Parteien haben einen Justizgewährungsanspruch, der eine Sachentscheidung verlangt. Der Sachverhalt ist in diesem Fall nicht aufklärbar, es besteht eine sog. *non liquet-Situation*. Die Beweislastregeln weisen in dieser Situation den Richter an, zu wessen Lasten er die Unaufklärbarkeit des Sachverhalts werten muss. Die Beweislastregeln sind demnach zusätzliche Entscheidungsnormen für den Richter für den Fall der Nichtaufklärbarkeit des Sachverhalts.<sup>25</sup>

2. Grundregel der Beweislast

- 61 Das Gericht kann dem Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises nur stattgeben, wenn es vom Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen überzeugt ist. Ansonsten muss die Klage abgewiesen werden. Daraus folgert man folgende Grundregel der Beweislast:  
**Merke:** Jede Partei hat die Beweislast für die Voraussetzungen der ihr jeweils günstigen Norm.
- 62 Der Kläger muss danach die Prozess- und Sachentscheidungsvoraussetzungen sowie die klagebegründenden Tatbestandsvoraussetzungen beweisen.
- 63 Der Beklagte trägt die Beweislast für die Prozesshindernisse und alle Tatsachen, die eine prozessuale Einrede (zum Begriff § 12 Rn. 24) begründen können.

3. Gesetzliche Beweislastregeln

- 64 Diese Grundregel greift jedoch nicht ein, wenn das Gesetz eine andere Regelung bereithält. Im materiellen Recht findet man zahlreiche Beweislastregeln, die auf den ersten Blick als solche gar nicht erkennbar sind. Es enthält gesetzliche Vermutungen, die zu einer gegenüber der Grundregel abweichenden Beweislastverteilung führen. Dies ist etwa der Fall in §§ 179 Abs. 1, 280 Abs. 1 S. 2, 286 Abs. 4 BGB.  
► **Klausurhinweis:** Von besonderer Bedeutung ist § 477 BGB: Der BGH hatte 2004 einen Rechtsstreit um einen Gebrauchtwagen, den ein Verbraucher von einem Unternehmer ge-

25 R/S/G, ZPR, § 116 Rn. 8.

kaufte hatte, zu entscheiden. Darin legte der BGH die Bedeutung des § 477 BGB (damals noch § 476 BGB) fest. Macht ein Käufer unter Berufung auf das Vorliegen eines Sachmangels Rechte gem. § 437 BGB geltend, nachdem er die Kaufsache entgegengenommen hat, trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast für die einen Sachmangel begründenden Tatsachen. Soweit § 477 BGB für den Verbrauchsgüterkauf die Beweislast zugunsten des Käufers umkehrt, betrifft das nicht die Frage, ob überhaupt ein Sachmangel vorliegt. Die Vorschrift setzt vielmehr einen binnen sechs Monaten seit Gefahrübergang aufgetretenen Sachmangel voraus und enthält eine lediglich in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung, dass dieser Mangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag.<sup>26</sup> Dass dieser auf einem potenziellen Grundmangel beruht, regele die Vermutung nicht. Der Verbraucher musste also die Existenz des Grundmangels beweisen. 2014 bestätigte der BGH seine Rechtsprechung, dass die Beweislastumkehr nicht für den Mangel als solchen gilt, sondern sich allein auf die Frage bezieht, ob ein (nachgewiesener) Mangel schon bei Gefahrübergang vorlag. Basiert der Mangel möglicherweise auf einem Grundmangel, so muss der Käufer diesen beweisen, dann kommt ihm wiederum die Vermutung des § 477 BGB zugute.<sup>27</sup> Diese Rechtsprechung war nach einem Urteil des EuGH von Juni 2015 nicht mehr haltbar und musste geändert werden. Der EuGH entschied auf Vorlage eines niederländischen Gerichts zu Art. 5 Abs. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der die Basis des § 477 BGB bildet, dass der Verbraucher nur vortragen und den Beweis erbringen muss, dass das verkaufte Gut nicht vertragsgemäß ist. Der Verbraucher muss nur das Vorliegen der Vertragswidrigkeit beweisen. Er muss weder den Grund für die Vertragswidrigkeit noch den Umstand beweisen, dass sie dem Verkäufer zuzurechnen ist. Der Verbraucher muss weiter beweisen, dass die Vertragswidrigkeit binnen sechs Monaten nach der Lieferung des Gutes offenbar geworden ist, also sich ihr Vorliegen tatsächlich herausgestellt hat. Wenn diese Tatsachen nachgewiesen sind, ist der Verbraucher vom Nachweis befreit, dass die Vertragswidrigkeit bereits zum Zeitpunkt der Lieferung des Gutes bestand. Das Auftreten dieser Vertragswidrigkeit in dem kurzen Zeitraum von sechs Monaten erlaubt die Vermutung, dass sie zum Zeitpunkt der Lieferung „zumindest im Ansatz“ bereits vorlag, auch wenn sie sich erst nach der Lieferung des Gutes herausgestellt hat. Es ist dann also Sache des Gewerbetreibenden, gegebenenfalls den Beweis zu erbringen, dass die Vertragswidrigkeit zum Zeitpunkt der Lieferung des Gutes noch nicht vorlag, indem er dargetut, dass sie ihren Grund oder Ursprung in einem Handeln oder Unterlassen nach dieser Lieferung hat.<sup>28</sup> Der BGH ist dem inzwischen gefolgt.<sup>29</sup> ◀

#### 4. Richterrechtliche Beweislastregeln

Die Rechtsprechung hat auf der Grundlage richterlicher Rechtsfortbildung Sonderregeln der Beweislast geschaffen. Insofern erfolgt eine Beweiserleichterung oder auch eine Beweislastumkehr gegenüber der Grundregel.

65

26 BGH, Urteil vom 2.6.2004, Az.: VIII ZR 329/03 = NJW 2004, 2229; Palandt/*Putzo*, BGB, § 477 Rn. 5; *Gsell*, Beweislast für den Sachmangel beim Verbrauchsgüterkauf, JuS 2005, 967; s. aber kritisch *Lorenz*, Sachmangel und Beweislastumkehr – Zur Reichweite der Vermutungsregelung in § 476 BGB, NJW 2004, 3020.

27 BGH, Urteil vom 15.1.2014, Az.: VIII ZR 70/13 = NJW 2014, 1086 (1087), dazu *Looschelders*, Beweislastumkehr für Zeitpunkt des Vorliegens eines latenten Mangels, JA 2014, 625.

28 EuGH, Urteil vom 4.6.2015, Az.: C-497/13 (Faber) = NJW 2015, 2237; *Wagner*, Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Rationalität?, ZEuP 2016, 87; *Gsell*, Beweislastumkehr zugunsten des Verbraucher-Käufers auch bei nur potenziellem Grundmangel, VuR 2015, 446; *Ergler*, Die Beweislastumkehr nach § 476 BGB – zwischen Zylinderköpfen und Zahnriemen, NJ 2015, 405; *Fellert*, Die Beweislastumkehr des § 476 BGB im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des EuGH, JA 2015, 818.

29 BGH, vom 12.10.2016, Az.: VIII ZR 103/15 = BGHZ 212, 224 = NJW 2017, 1093.

66 Betroffen war zunächst die **Arzthaftung**: Ein grober Behandlungsfehler, der geeignet ist, einen Schaden der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, führte grundsätzlich zu einer Umkehr der objektiven Beweislast für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem Gesundheitsschaden. Dafür reichte aus, dass der grobe Behandlungsfehler geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen; nahelegen oder wahrscheinlich machen muss der Fehler den Schaden hingegen nicht.<sup>30</sup> Insofern erfolgt keine Beweiserleichterung, sondern eine komplette Beweislastumkehr.<sup>31</sup> Diese hat der Gesetzgeber nunmehr in § 630 h BGB, den Regeln des Behandlungsvertrages, normiert.

Darüber hinaus nimmt die Rechtsprechung bei Beweisvereitelungen eine Beweislastumkehr an. Eine **Beweisvereitelung** liegt vor, wenn der Gegner der beweisbelasteten Partei vor oder im Prozess die grundsätzlich mögliche Beweisführung schuldhaft durch ein pflichtwidriges Verhalten vereitelt.<sup>32</sup> In subjektiver Hinsicht verlangt der Tatbestand der Beweisvereitelung einen doppelten Schuldvorwurf: Das Verschulden muss sich zum einen auf die Zerstörung bzw. Entziehung des Beweisobjekts und zum anderen auch auf die Beseitigung seiner Beweisfunktion beziehen, also darauf, die Beweislage des Gegners in einem gegenwärtigen oder künftigen Prozess nachteilig zu beeinflussen.<sup>33</sup>

67 Bei der deliktischen **Produzentenhaftung** (daneben besteht die Haftung auf der Grundlage des ProdHaftG) muss der Geschädigte den Fehler des Produkts und dessen Ursächlichkeit für einen Schaden beweisen. Der Hersteller muss beweisen, dass ihn hinsichtlich des Fehlers kein Verschulden trifft.<sup>34</sup>

68 Wer im Internet-Auktionshaus Ebay als *Powerseller* auftritt, muss im Streit darüber, ob ein Fernabsatzvertrag geschlossen wurde, beweisen, dass er kein Unternehmer i.S. von § 14 BGB ist. Die Besonderheiten derartiger Geschäfte rechtfertigen eine Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers.<sup>35</sup>

### 5. Beweislast bei der negativen Feststellungsklage

69 Bei der negativen Feststellungsklage (§ 8 Rn. 33) ist die Beweislast schwierig zu ermitteln.

► **Fall 4:** N ist als Vermögensverwalter tätig, verspekuliert sich bei riskanten Anlagen mit hohem Verlustrisiko, der Großteil des Geldes des Anlegers W ist weg. Mündlich war vereinbart, dass N nur in sichere Anleihen investieren soll, schriftlich fixiert wurde dies nicht. W verlangt Schadensersatz. N erhebt daraufhin, vertreten durch seinen Rechtsanwalt, Klage und beantragt festzustellen, dass W gegen ihn keinerlei Ansprüche wegen einer Pflichtverletzung aus dem Vermögensverwaltungsvertrag zustünden. W meint, N habe pflichtwidrig gehandelt, weil er riskante Papiere entgegen der vereinbarten Anlagestrategie gekauft habe. ◀

30 Nachweise bei R/S/G, ZPR, § 116 Rn. 20 ff.; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, Vorbem. § 284 Rn. 30 ff.; Anw-Komm/Katzenmeier, § 823 BGB, Rn. 425 ff.

31 BGH, Urteil vom 27.4.2004, Az.: VI ZR 34/03, NJW 2004, 2011, 2013.

32 BGH, Urteil vom 23.11.2005, Az.: VIII ZR 43/05 = NJW 2007, 434 (Beweisvereitelung bei Vernichtung eines angeblich defekten Teils eines Gebrauchtwagens mit allerdings unklaren Aussagen zur Rechtsfolge); R/S/G, ZPR, § 116 Rn. 21; Huber, Grundwissen Zivilprozessrecht: Beweisvereitelung, JuS 2020, 208.

33 BGH, Urteil vom 23.9.2003, Az.: XI ZR 380/00 = NJW 2004, 222.

34 BGH, Urteil vom 26.11.1968, Az.: VI ZR 212/66 = NJW 1969, 269 = BGHZ 51, 91 („Hühnerpestfall“); BGH, Urteil vom 7.6.1988, Az.: VI ZR 91/87 = NJW 1988, 2611.

35 OLG Koblenz, Beschluss vom 17.10.2005, Az.: 5 U 1145/05 = NJW 2006, 1438.

Es liegt eine *non liquet*-Situation vor, weil nicht aufklärbar ist, ob die konservative Anlagestrategie vereinbart wurde. Die Frage ist, ob N im Rahmen der negativen Feststellungsklage als Kläger dafür beweispflichtig ist, dass keine Pflichtverletzung vorliegt – dann muss er das *Nicht*vorliegen einer mündlichen Vereinbarung beweisen –, oder W die Pflichtverletzung und die mündliche Vereinbarung einer Anlagerichtlinie beweisen muss. Die Frage ist letztlich, ob es auf die Parteirolle oder auf das materielle Recht ankommt. Im Ergebnis herrscht Einigkeit: Bei der negativen Feststellungsklage trägt der Beklagte die Beweislast für das Bestehen des von ihm behaupteten Anspruchs. Bleibt offen, ob der streitige Anspruch besteht, muss der negativen Feststellungsklage stattgegeben werden. Auszugehen ist von dem allgemeinen Grundsatz, dass jede Partei diejenigen Tatsachen beweisen muss, aus denen sie ihren Anspruch herleitet. Den Anspruchsteller trifft daher die Beweislast für alle rechtsbegründenden Tatsachen. In welcher Parteirolle er sich dabei befindet, ist gleichgültig.<sup>36</sup>

**Merke:** Die Umkehr der Parteirollen ist bei der negativen Feststellungsklage auf die Darlegungs- und Beweislastverteilung ohne Einfluss.

36 BGH, Urteil vom 2.3.1993, Az.: VI ZR 74/92 = NJW 1993, 1716; BGH, Urteil vom 17.7.2012, Az.: XI ZR 198/11 = NJW 2012, 3294, 3297; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 256 Rn. 21.



## § 24 Beweisverwertungsverbote

**Literatur:** *Altenburger/Leister*, Die Verwertbarkeit mitbestimmungswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, NJW 2006, 469; *Fink*, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, Diss. Köln 1994; *Heinemann*, Rechtswidrig erlangter Tatsachenvortrag im Zivilprozess, MDR 2001, 137; *Helle*, Der Telefonzeuge im Zivilprozess, MDR 2000, 353; *Kaissis*, Die Verwertbarkeit materiell-rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, Diss. Heidelberg 1978; *Lenz/Meurer*, Der heimliche Zeuge im Zivilprozess, MDR 2000, 73.

- 1 In der ZPO gibt es keine Regelung der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Prozess. Nicht mehr vertreten wird die Ansicht, rechtswidrig erlangte Beweismittel seien unter allen Umständen verwertbar. Die extreme Gegenmeinung nimmt an, jedes materiellrechtlich rechtswidrig erlangte Beweismittel sei im Prozess nicht verwertbar.<sup>1</sup>
- 2 Die wohl h.M. stellt die Verwertbarkeit einzelfallbezogen fest, wobei die Interessen der Parteien gegeneinander abzuwägen sind. Zu berücksichtigen ist, ob ein Verstoß gegen einfaches materielles Recht oder Verfassungsrecht vorliegt und ob im Einzelfall eine Vorlagepflicht des Beweismittels (z.B. nach § 242 i.V.m. §§ 809 ff. BGB) besteht.<sup>2</sup>
- 3 Geklärt scheint, dass Beweismittel, die unter Verletzung einer verfassungsrechtlich geschützten Rechtsposition einer Partei erlangt worden sind, in einem Prozess regelmäßig nicht verwendet werden dürfen. Dazu liegen Gerichtsentscheidungen zum sog. **Lauschzeugen** und zu **heimlichen Vaterschaftstests** vor.<sup>3</sup> Seit einiger Zeit wird die Verwendung der Aufzeichnungen von sog. **Dashcams** in Autos (Gleiches gilt für sog. Actioncams auf Fahrradhelmen) zum Beweis des Hergangs von Verkehrsunfällen diskutiert (s.u. § 24 Rn. 13).

### I. Lauschzeugen

- **Fall 1:** (nach BGH, Urteil vom 18.2.2003, XI ZR 165/02 = NJW 2003, 172) K fordert von B Rückzahlung eines Darlehens, das er ohne Belege gewährt hat, da die Parteien seinerzeit noch gut befreundet waren. Auf Anraten seines RA hat er mit B ein Telefongespräch geführt, in dem B den Erhalt des Darlehens bestätigt hat. Dieses Telefongespräch hat der RA ohne Wissen des B über eine Mithöreinrichtung verfolgt. B bestreitet, von K Geld erhalten und darüber eine Darlehensvereinbarung getroffen zu haben, und bestreitet, mit K ein Telefongespräch über die Rückzahlung des Darlehens geführt zu haben. Kann das Gericht den RA als Zeugen hören? ◀
- 4 Die Problematik hat sowohl den BGH<sup>4</sup> als auch das BVerfG<sup>5</sup> beschäftigt. Zunächst muss man die Motive des K erkennen. K steuert im Prozess auf eine *non liquet*-Entscheidung zu, wenn keine anderen Beweismittel für die Darlehensgewährung zur Verfügung stehen. Die Klage würde abgewiesen, obwohl K materiellrechtlich einen Rückzahlungsanspruch hat. In dieser Beweisnot behilft sich der K, indem er ohne Kenntnis des B seinen RA mithören lässt, um eine verwertbare Zeugenaussage zu

1 *Konzen*, Rechtsverhältnisse zwischen den Prozessparteien, 1976, S. 248.

2 *Thomas/Putzo/Reichold*, ZPO, § 286 Rn. 7; Beispielhaft BGH, Beschluss vom 15.5.2013, Az.: XII ZB 107/08 = NJW 2013, 2668.

3 Das Problem hat sich in der Vergangenheit aber auch in anderen Fällen gestellt, Nachweise bei R/S/G, ZPR, § 111 Rn. 24; *Thomas/Putzo/Reichold*, ZPO, § 286 Rn. 8.

4 BGH, Urteil vom 18.2.2003, Az.: XI ZR 165/02 = NJW 2003, 172.

5 BVerfG, Beschluss vom 9.10.2002, Az.: 1 BvR 1611/96 und 805/98 = NJW 2002, 3619 = JZ 2003, 1104 mit Anm. *Foerste*, 1111.

erlangen. Bei der Lösung des Falles müssen nach Ansicht der Rechtsprechung zwei Grundrechtspositionen abgewogen werden. Das von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG erfasste allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt auch das **Recht am gesprochenen Wort**. Zu diesem Grundrecht gehört auch die Befugnis, selbst zu bestimmen, ob der Kommunikationsinhalt einzig dem Gesprächspartner, einem bestimmten Personenkreis oder der Öffentlichkeit zugänglich sein soll. Die Schutzbedürftigkeit des Kommunikationsinhalts hängt nach Ansicht des BVerfG nicht davon ab, ob das Gespräch einen vertraulichen Inhalt hatte oder ob der Anrufer erkennbar Wert auf Vertraulichkeit gelegt hat. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist jedoch nicht vorbehaltlos gewährleistet. Nach Art. 2 Abs. 1 GG wird das Recht am eigenen Wort durch die verfassungsmäßige Ordnung beschränkt. Hierzu gehören als Ausfluss des u.a. in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzips die Gewährleistung einer funktionstüchtigen Rechtspflege und das **Streben nach einer materiell richtigen Entscheidung**. Die zivilprozessualen Vorschriften, explizit § 286, gehören, so das BVerfG, zur verfassungsmäßigen Ordnung.

Wenn der Kläger es versäumt hat, sich die behaupteten Darlehenshingaben von dem Beklagten bestätigen zu lassen oder in anderer Weise ihre Beweisbarkeit sicherzustellen, vermag das nach Ansicht des BGH die Verschaffung eines Beweismittels unter Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Beklagten nicht zu rechtfertigen. Dem Interesse an einer funktionstüchtigen Zivilrechtspflege komme nicht stets ein gleiches oder gar höheres Gewicht zu als dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Es müssen weitere Gesichtspunkte hinzutreten, die das Interesse an der Beweiserhebung trotz der Verletzung des Persönlichkeitsrechts als schutzbedürftig erscheinen lassen. Allein das Interesse, sich ein Beweismittel für zivilrechtliche Ansprüche zu sichern, reicht nicht aus, um die Verletzung des Persönlichkeitsrechts der anderen Prozesspartei zu rechtfertigen.

Im Ergebnis folgt daraus, dass rechtswidrig erlangte Kenntnisse aus dem heimlichen Mithören eines Telefonats nur ganz ausnahmsweise in einem gerichtlichen Verfahren verwertet werden können, etwa dann, wenn sich der Beweisführer in einer notwehrähnlichen Situation befindet, oder erpresserischen Drohungen oder einem kriminellen Angriff auf seine berufliche Existenz auf andere Weise nicht begegnen kann.<sup>6</sup>

Daher kommt weder eine Erhebung noch eine Verwertung der Aussage des Rechtsanwalts als Beweismittel in Betracht.

## II. Heimliche Vaterschaftstests

**Literatur:** *Bischoff*, Fortgeschrittenenklausur – Bürgerliches Recht: Zivilrechtliche Probleme heimlicher Vaterschaftstests, JuS 2006, 421; *Brosius-Gersdorf*, Vaterschaftstests, 2006; *Muscheler*, Klärung der Vaterschaft, FÜR 2008, 257; *Rittner/Rittner*, Unerlaubte DNA-Gutachten zur Feststellung der Abstammung – Eine rechtliche Grauzone, NJW 2002, 1745; *dies.*, Rechtsdogma und Rechtswirklichkeit am Beispiel so genannter heimlicher Vaterschaftstests, NJW 2005, 945; *Stein*, Das Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren, FF 2009, 10; *Stylianiadis*, Rechtsfolgen privater Vaterschaftsbegutachtung, 2005; *Wellenhofer*, Das Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren, NJW 2008, 1185.

► **Fall 2:** (nach BGH, Urteil vom 12.1.2005 – XII ZR 60/03) K begehrt im Wege der Anfechtungsklage die Feststellung, nicht der Vater des B zu sein. Die Mutter des B, die in der gesetzlichen Empfängniszeit Geschlechtsverkehr mit K hatte, hatte diesem versichert, dass

6 Bestätigt durch BGH, Urteil vom 12.1.2005 – XII ZR 60/03.

er der Vater des B sei. K erkannte daraufhin die Vaterschaft an, die Mutter stimmte zu. Seitdem zahlt K Unterhalt für B. Später veranlasste K eine DNA-Vaterschaftsanalyse, die ergab, dass eine Vaterschaft des K offensichtlich unmöglich ist. B widerspricht der Verwertung des ohne seine Einwilligung eingeholten Gutachtens. Kann das Gericht das DNA-Gutachten verwerten? ◀

8 Erhebt ein Vater eine Anfechtungsklage nach § 1600 Abs. 1 Nr. 4 BGB i.V.m § 169 Nr. 4 FamFG, so muss er schlüssig darlegen, dass er nicht der Vater des Kindes ist. Dies ist heute durch den Gesetzgeber auch in § 171 Abs. 2 S. 2 FamFG normiert worden. Welche Anforderungen an das schlüssige Vorbringen zu stellen sind, war schon vor dieser Neuregelung streitig. Nach der Rechtsprechung des BGH reicht das bloße Vorbringen des Klägers, er sei nicht der Vater des Kindes, nicht aus. Vielmehr muss der Kläger Umstände vortragen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Zweifel an der Abstammung des Kindes von dem als Vater geltenden Kläger zu wecken und die Möglichkeit der Abstammung des Kindes von einem anderen Mann als nicht ganz fernliegend erscheinen zu lassen (kurz begründeter Anfangsverdacht). Dazu ist es nicht ausreichend, dass der Mann einfach auf die mangelnde äußerliche Ähnlichkeit verweist. Ebenso reicht es nicht, dass sich das Kind weigert, die Einholung des DNA-Gutachtens nachträglich zu genehmigen. Dieses Verhalten sei Ausfluss des negativen informationellen Selbstbestimmungsrechts, das nicht dadurch ausgehöhlt werden dürfe, dass man aus der Weigerung der nachträglichen Genehmigung auf die Möglichkeit schliesse, dass das Kind von einem anderen Mann abstamme. Auch die Vorlage eines rechtswidrig eingeholten DNA-Gutachtens sei zur Darlegung eines Anfangsverdachts nicht geeignet und mache die Klage nicht schlüssig.

9 Bei der Frage des begründeten Anfangsverdachts nimmt der BGH eine Abwägung des informationellen Selbstbestimmungsrechts des beklagten Kindes und des Interesses des Klägers an der Feststellung seiner Nichtvaterschaft vor. Der BGH sieht in jeder Untersuchung und Verwendung des DNA-Identifizierungsmusters einen Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verbürgte Persönlichkeitsrecht in der Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Gegen dieses Recht sei das ebenfalls aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abzuleitende Recht des möglichen Vaters auf Kenntnis seiner Vaterschaft abzuwägen. Dieses könne nicht als höherwertig angesehen werden, auch dann nicht, wenn es der Abwehr zivilrechtlicher Unterhaltsansprüche diene.

10 Heimlich veranlasste DNA-Abstammungsgutachten sind daher rechtswidrig und können nicht zur schlüssigen Darlegung von Zweifeln an der Vaterschaft genutzt werden.

▶ **Klausurhinweis:** Dieser Fall ist als Examensfall natürlich genauso geeignet wie der vorherige. Auch bei Kenntnis des Inhalts der Entscheidung kann die Klausur aber völlig daneben gehen. Wichtig ist, dass das Problem an der richtigen Stelle erörtert wird. Hier geht es allein um die schlüssige Darlegung eines Anfangsverdachts für eine Vaterschaftsanfechtungsklage nach § 169 Nr. 4 FamFG. Gegenstand der Abwägung ist zudem auf Seiten des Kindes nicht das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit, weil häufig kein Eingriff vorliegt (Haare werden der Bürste entnommen, ein ausgespucktes Kaugummi wird aufgesammelt) oder dieser geringfügig ist (ein Haar wird aus Versehen ausgerissen). ◀

11 Das Problem kann sich aber auch in einem **Verfahren auf gerichtliche Feststellung der Vaterschaft** stellen. Im Verfahren auf gerichtliche Feststellung der Vaterschaft wird als Vater vermutet, wer der Mutter während der in § 1600 d Abs. 3 BGB festgelegten Empfängniszeit beigewohnt hat (§ 1600 d Abs. 2 S. 1 BGB). Die Vermutung gilt

nicht, wenn schwerwiegende Zweifel an der Vaterschaft bestehen (§ 1600 d Abs. 2 S. 2 BGB). Auch dann liegt aber kein Beweisverwertungsproblem vor! Bei einem von einer Partei eingeholten Sachverständigengutachten handelt es sich nicht um einen Sachverständigenbeweis, sondern um Parteivorbringen (§ 23 Rn. 15). Die erörterten Grundsätze für das prozessuale Beweisrecht können nach Ansicht des OLG Celle jedoch ebenso Anwendung finden für die Verwertbarkeit von Tatsachenvortrag, der für das weitere Verfahren von entscheidender Bedeutung ist. Zwischen der Verwertbarkeit eines rechtswidrig erlangten Beweisergebnisses und der Zugrundelegung rechtswidrig erlangten Tatsachenvortrags bestehe kein entscheidungserheblicher Unterschied.<sup>7</sup>

Der Markt für unerlaubte Vaterschaftsgutachten hatte sich im Jahr 2005 auf rund 50.000 Tests mit einem Finanzvolumen von 40 Mio. € belaufen.<sup>8</sup> Im Internet wurden ab 199 € Vaterschaftstests angeboten (Stichwort „heimliche Vaterschaftstests“ bei Google, heute findet man vor allem Darstellungen des Verbots zu diesem Stichwort). Dieser Zustand war rechtspolitisch kaum hinnehmbar. 2007 hat dann das BVerfG entschieden, dass der Gesetzgeber verpflichtet sei, ein gesetzliches Verfahren zur Verfügung zu stellen, das es dem Vater ermöglicht, seine Vaterschaft zu klären ohne das rechtliche Band zum Kind durch die damals einzig mögliche Anfechtungsklage zu trennen.<sup>9</sup> Der Gesetzgeber hat durch Schaffung des Verfahrens zur Klärung der Abstammung durch das „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ reagiert. Damit gibt es das grundsätzlich außergerichtliche Verfahren ausschließlich zur Klärung der Abstammung (§ 1598 a BGB) und das Vaterschaftsanfechtungsverfahren (§§ 1599 ff. BGB). Die Betroffenen können entscheiden, ob sie nur die Abstammungsklärung vornehmen oder ob sie nacheinander beide Verfahren in Anspruch nehmen wollen. Der neue § 1598 a BGB schafft einen materiellrechtlichen Auskunftsanspruch zwischen den Familienangehörigen. Diese sind zur Einwilligung in eine genetische Abstammungsuntersuchung verpflichtet. Bei einer Weigerung kann diese durch ein Gericht ersetzt werden. Ergibt sich dabei das Ergebnis, dass die rechtliche Vaterschaft genetisch unzutreffend ist, genügt dies, um den für die Anfechtungsklage geforderten Anfangsverdacht zu belegen. Damit sollte die Zahl illegaler Vaterschaftstests in der Zukunft zurückgehen.

► **Hinweis:** Das BVerfG hat festgestellt, dass ein Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter über ihre geschlechtlichen Beziehungen – anders als vom BGH<sup>10</sup> angenommen, der einen solchen aus § 242 BGB analog herleitete – eine gesetzliche Grundlage voraussetzt.<sup>11</sup> Die gerichtliche Verpflichtung einer Mutter, zur Durchsetzung eines Regressanspruchs des Scheinvaters Auskunft über die Person des mutmaßlichen Vaters des Kindes zu erteilen, überschreite die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, weil es hierfür an einer hinreichend deutlichen Grundlage im geschriebenen Recht fehle. ◀

### III. Dashcams

**Literatur:** *Giesen*, Dashcam-Aufnahmen im Zivilprozess, NZV 2020, 70; *Greger*, Kamera on board – Zur Zulässigkeit des Video-Beweises im Verkehrsunfallprozess, NZV 2015, 114; *Metz*, Nochmals: Die DashCam-Entscheidung des BGH vom 15.5.1018, NZW 2018, 419; *Schmidt*,

<sup>7</sup> OLG Celle, Urteil vom 29.10.2003, Az.: 15 UF 84/03 = NJW 2004, 449, 450.

<sup>8</sup> Der Spiegel 4/2005, S. 40 (mitgeteilt bei *Rittner/Rittner*, NJW 2005, 945, 946 Rn. 15); neuere Zahlen sind je nach Quelle sehr unterschiedlich, daher wird auf eine aktuelle statistische Validierung verzichtet.

<sup>9</sup> BVerfG, Urteil vom 13.2.2007, Az.: 1 BvR 421/05 = NJW 2007, 753.

<sup>10</sup> So z.B. in BGH, Urteil vom 9.11.2011, Az.: XII ZR 136/09 = NJW 2012, 450.

<sup>11</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.2.2015, Az.: 1 BvR 472/14 = NJW 2015, 1506. Dazu *Sachs*, JuS 2015, 859.

Kamera ab! Dashcam läuft: Kein Beweisverwertungsverbot trotz rechtswidrig beschafften Beweismaterials, JA 2018, 869; *Wirsching*, Dashcams – Datenschutz versus Beweisinteresse, NZV 2016, 13.

Im Zivilprozess nach einem Verkehrsunfall stellt sich immer häufiger die Frage, ob sich eine Partei zum Beweis des von ihr behaupteten Unfallhergangs auf die Inaugenscheinnahme (dazu § 23 Rn. 2) der Videoaufzeichnung einer Dashcam berufen kann. Die Frage hat 2018 der BGH erstmals obergerichtlich entschieden.<sup>12</sup> Zuvor lagen amts-<sup>13</sup>, landgerichtliche<sup>14</sup> und oberlandesgerichtliche<sup>15</sup> Entscheidungen vor. Der BGH hat zunächst die Rechtmäßigkeit der Aufzeichnung und danach die Frage der Verwertbarkeit geprüft.<sup>16</sup> Denn, so der BGH deutlich, die Unzulässigkeit oder Rechtswidrigkeit der Beweisgewinnung führt im Zivilprozess nicht ohne Weiteres zu einem Beweisverwertungsverbot. Der BGH hat einfach-gesetzliche Verstöße gegen das Datenschutzgesetz (§ 6 b Abs. 1 Nr. 3 BDSG a.F.) und das KunstUrhG (§ 22 S. 1 KunstUrhG) sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht geprüft. Wichtig ist, dass künftig (seit 28.5.2018) der Maßstab der § 6 Abs. 1 lit. f. DSGVO ist. Hinzu kommt, dass die Frage der Rechtswidrigkeit stark von der Technik der eingesetzten Dashcam abhängt. Im BGH-Fall lag eine permanente anlasslose Aufzeichnung des gesamten Geschehens auf und entlang der Fahrtstrecke vor. Ein späteres Überschreiben der Daten erfolgte nicht. Dashcams können aber so gesteuert werden, dass sie anlassbezogen aufzeichnen, z.B. durch Kopplung an Sensoren der Autotechnik. Zudem können Personen am Fahrbahnrand verpixelt werden, nur kurze Speicherzeiten erfolgen und ein extra Knopf für eine längere, anlassbezogene Speicherung (action button/action voice control button) eingebaut werden. Durch derartige Maßnahmen kann schon die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Aufzeichnung anders ausfallen als im BGH-Fall 2018.

Selbst wenn die Beweisgewinnung rechtswidrig ist, muss in einem zweiten Schritt die Verwertbarkeit im Prozess geprüft werden. Hier ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), evtl. auch das auf Gewährung rechtlichen Gehörs betroffen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch konkurrierende Grundrechte Dritter eingeschränkt werden kann. Insofern ist eine Abwägung erforderlich, bei der auch zu bedenken ist, dass das aus Art. 20 Abs. 3 GG und anderen GG-Artikeln abgeleitete Rechtsstaatsprinzip der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege eine hohe Bedeutung zu misst. Die Gerichte müssen grundsätzlich angebotene Beweise berücksichtigen. Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt die Verpflichtung zu einer fairen Handhabung des Beweisrechts. In einer umfassenden Interessen- und Güterabwägung ist zu entscheiden, welches Recht im Einzelfall überwiegt.

► **Hinweis:** Auf keinen Fall darf das Urteil des BGH ergebnisorientiert gelernt und in einer Klausur „abgespult“ werden. Es kommt auf die neue Grundlage des Datenschutzrechts (DSGVO) und auf die Art der eingesetzten Dashcam an.<sup>17</sup> Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit kommt es entscheidend auf eine gute Abwägung an. Erst wenn Sie zu einer

12 BGH, Urteil vom 15.5.2018, Az.: VI ZR 233/17 = NJW 2018, 2883.

13 AG München, NZV 2014, 276; AG München, Hinweisbeschluss vom 13.8.2014, Az.: 345 C 5551/14 = BeckRS 2014, 16291.

14 LG Heilbronn, Urteil vom 3.2.2015, Az.: I 3 S 19/14 = NJW-RR 2015, 1019.

15 OLG Nürnberg, Hinweisbeschluss vom 10.8.2017 – 13 U 851/17 = NJW 2017, 3597.

16 BGH, Urteil vom 15.5.2018, Az.: VI ZR 233/17 = NJW 2018, 2883; s. schon *Greger*, NZV 2015, 114.

17 Dazu *Giesen*, Dashcam-Aufnahmen im Zivilprozess, NZV 2020, 70, 73.

rechtswidrigen Beweisgewinnung kommen, stellt sich die Frage eines Beweisverwertungsverbotes. ◀

### Zusammenfassende Übersicht Beweisrecht

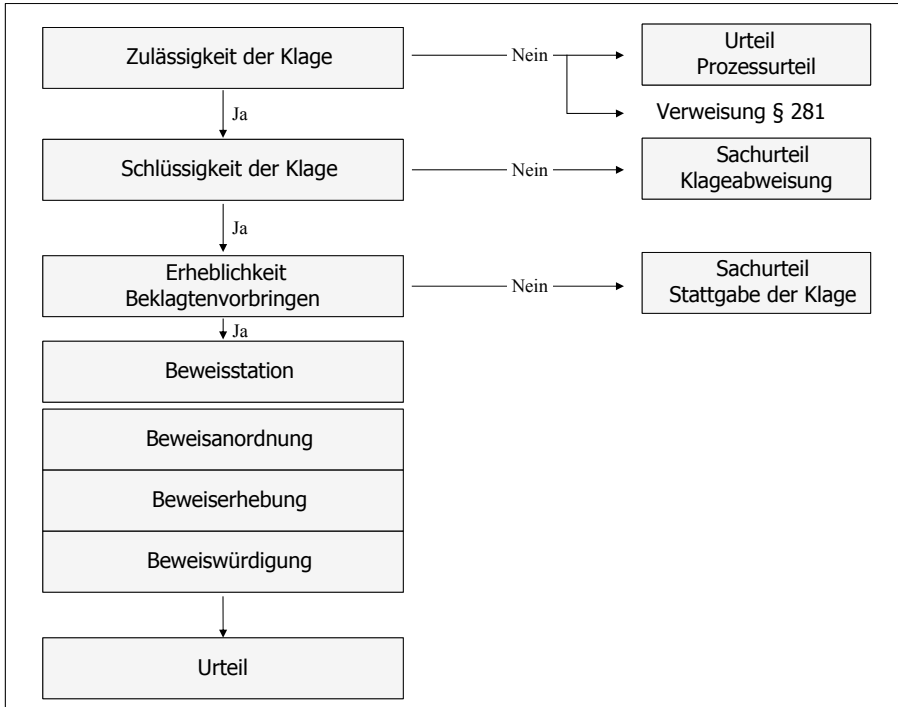


Abb. 40 Beweisrecht in der gerichtlichen Entscheidung

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- > Gibt es eine prozessuale Pflicht, der anderen Partei alle Informationen zu vermitteln, die diese nicht hat? Wie ist in der ZPO bzw. in anderen Gesetzen die Informationsbeschaffung geregelt?
- > Was ist Gegenstand des Beweises? Welche Tatsachen sind einer Beweisaufnahme entzogen?
- > Was sind zulässige Beweismittel im Strengbeweisverfahren? Eselsbrücke?
- > In welchem Fall erfolgt der Beweisantritt zwingend durch eine Partei, in welchen Fällen erfolgt eine Anordnung der Beweisaufnahme von Amts wegen?
- > Inwieweit wird im Beweisverfahren der Unmittelbarkeitsgrundsatz verwirklicht?
- > Wie erfolgt die Beweiswürdigung? Gibt es Beweisregeln?
- > Was ist das regelmäßige Beweismaß? Ist dies auch bei der Glaubhaftmachung dasselbe?
- > Was versteht man unter Beweisführungslast bzw. subjektiver Beweislast?
- > Was regelt die objektive Beweislast?

- > Können Beweismittel, die unter Verletzung einer verfassungsrechtlich geschützten Rechtsposition einer Partei erlangt worden sind, in einem Prozess verwendet werden?

## G. Das Urteil

**Literatur:** *Balzer*, Das Urteil im Zivilprozess, 3. Aufl. 2018; *Jauernig*, Das fehlerhafte Zivilurteil, 1958.

### § 25 Arten gerichtlicher Entscheidungen

Die ZPO unterscheidet in § 160 Abs. 3 Nr. 6 Urteile, Beschlüsse und Verfügungen als 1  
Arten gerichtlicher Entscheidung.

#### I. Urteil

Die wichtigste Art gerichtlicher Entscheidung ist das Urteil. Es entscheidet den Rechts- 2  
streit zwischen den Parteien aufgrund einer mündlichen Verhandlung (soweit nicht ein  
schriftliches Verfahren zulässig ist, wie in § 128 Abs. 2). Das Urteil muss in einer im  
Gesetz festgelegten Form ergehen (§ 313), muss verkündet werden (§ 310), bindet nach  
Verkündung das Gericht (§ 318) und ist mit der Berufung (§ 511 Abs. 1), in einigen  
Fällen auch mit der Revision (§ 542 Abs. 1) angreifbar.

#### II. Beschluss

Alle Entscheidungen, die nicht Urteile sind, sind entweder Beschluss oder Verfügung. 3  
Die Abgrenzung des Urteils vom Beschluss kann z.T. danach erfolgen, ob eine mündliche  
Verhandlung stattgefunden hat. Im Falle der Entscheidung über ein Arrestgesuch  
ergeht nach einer mündlichen Verhandlung ein (End-) Urteil, sonst ein Beschluss  
(§ 922 Abs. 1 S. 1). Beschlüsse können auch aufgrund fakultativer mündlicher Ver-  
handlung ergehen (§ 128 Abs. 4, § 4 Rn. 29). Z.T. muss man sich mit der positiven  
Regelung im Gesetz begnügen, weil Urteil und Beschluss in Einzelfällen sogar den  
gleichen Inhalt haben können. In Verfahren in Familiensachen entscheidet das Gericht  
immer durch Beschluss (§ 38 Abs. 1 FamFG, s.u. § 35 Rn. 5). § 329 schreibt die Ver-  
kündung von Beschlüssen vor, die nach einer mündlichen Verhandlung ergehen. Eine  
Zustellung ist erforderlich, wenn eine Frist in Gang gesetzt wird oder der Beschluss  
eine Terminbestimmung enthält (§ 329 Abs. 2 S. 2), ansonsten reicht die formlose  
Mitteilung.

Eine Bindung an Beschlüsse besteht regelmäßig nicht. 4

Gegen Beschlüsse gibt es i.d.R. das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde nach § 567 5  
(§ 32 Rn. 2).

#### III. Verfügung

Die Verfügung hat meist rein interne, prozessleitende Funktion. Es handelt sich oft um 6  
Entscheidungen des Vorsitzenden bzw. des ersuchten oder beauftragten Richters. § 329  
enthält eine Teilregelung.

► **Hinweis:** Die Verfügung als gerichtliche Art der Entscheidung hat nichts mit der einst-  
weiligen Verfügung zu tun. Bei dieser handelt es sich um ein Urteil oder einen Beschluss, je  
nachdem, ob eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat. ◀



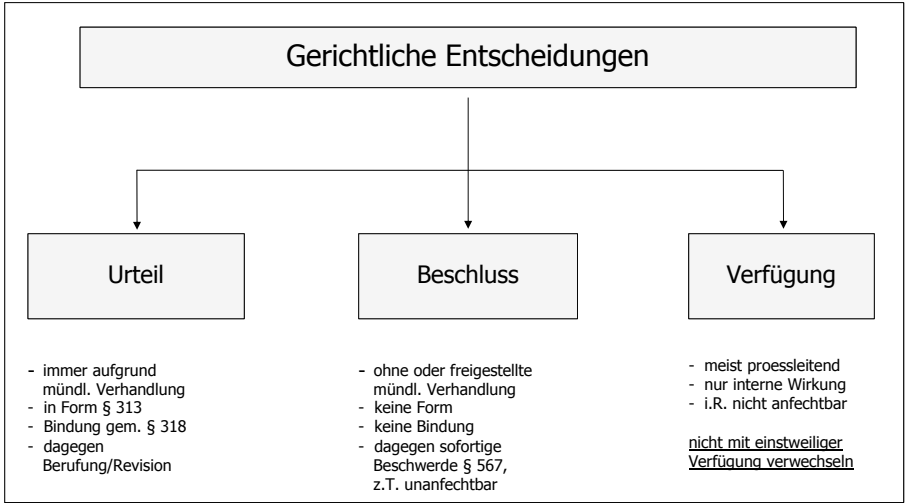


Abb. 41 Arten gerichtlicher Entscheidungen

## § 26 Urteilsarten

**Literatur:** *Arnold*, Das Grundurteil, 1996; *Jauernig*, Teilklage und Teilverurteilung, Festgabe BGH, Bd. 3, 2000, S. 311; *Musielak*, Zum Teilverurteilung im Zivilprozess, FS G. Lücke, 1997, S. 561; *Schilken*, Die Abgrenzung zwischen Grund- und Bettragsverfahren, ZZZ 95 (1982), 45; *Schneider*, Probleme des Grundurteils in der Praxis, MDR 1978, 705 und 793.

Die verschiedenen Urteilsarten werden nach vielfältigen Kriterien unterschieden. Im Folgenden werden nur die wichtigsten Unterscheidungen vorgestellt. 1

### I. Das Endurteil

Das Endurteil ist die Normalform des Urteils. Es entscheidet über den von den Parteien in Streit gestellten Streitgegenstand in den Grenzen des § 308 und beendet den Prozess in der jeweiligen Instanz. Soweit es dagegen ein Rechtsmittel gibt, kann der Rechtsstreit in der nächsten Instanz weiter gehen, ansonsten ist er beendet (zur formellen Rechtskraft § 28 Rn. 3). 2

Das Endurteil muss ergehen, wenn der Rechtsstreit **entscheidungsreif** ist (§ 300 Abs. 1). Ein Rechtsstreit ist entscheidungsreif, wenn entweder geklärt ist, dass die Klage unzulässig ist, weil eine Prozess- oder Sachentscheidungsvoraussetzung fehlt oder dass der Sachverhalt vollständig (auch durch richterliche Hinweise § 139) aufgeklärt ist, die Beweise erschöpft sind oder eine Partei mit weiterem Vorbringen nicht zugelassen oder zurückgewiesen wird.<sup>1</sup> Lässt sich der geltend gemachte Anspruch auf mehrere Anspruchsgrundlagen stützen, so liegt Entscheidungsreife bereits dann vor, wenn die Voraussetzungen einer Anspruchsgrundlage gegeben sind. 3

Das Gericht gibt der Klage statt, wenn es diese für zulässig und begründet hält. In diesem Fall ergeht, ausgehend vom Klageantrag bzw. der Klageart, entweder ein Feststellungs-, Gestaltungs- oder ein Leistungsurteil. 4

Das Gericht weist die Klage ab, wenn es sie für unzulässig oder für unbegründet hält. Im ersten Fall ergeht ein **Prozessurteil**, im zweiten ein **Sachurteil**. 5

Sach- und Prozessurteile unterscheiden sich vor allem hinsichtlich ihrer **Rechtskraftwirkung**. Bei einem Prozessurteil erwächst in Rechtskraft lediglich das Fehlen einer Prozess- oder Sachentscheidungsvoraussetzung, über den Streitgegenstand wird nicht entschieden. Wird der Mangel beseitigt, kann in der gleichen Sache neu geklagt werden.<sup>2</sup> Das Sachurteil dagegen erkennt über den Bestand des zur Entscheidung gestellten Anspruchs. Dieser wird zu- oder aberkannt. Eine neue Klage in gleicher Sache ist wegen der entgegenstehenden Rechtskraft unzulässig (§ 28 Rn. 12). 6

► **Hinweis:** In einem Prozessurteil enthaltene Ausführungen zur materiellen Rechtslage sind in keiner Weise verbindlich und im nächsten Rechtszug als nicht geschrieben zu behandeln. Wenn das Prozessurteil klar als solches zu erkennen ist, haben sie keinen Einfluss auf seine Rechtmäßigkeit.<sup>3</sup> ◀

Endurteile können streitig zustande kommen oder durch ein Versäumnisurteil ergehen. Im ersten Fall ist es i.d.R. zu einer kontradiktorischen Verhandlung der Parteien ge- 7

1 BGH, Beschluss vom 25.6.2020, Az.: I ZB 108/19 = NJOZ 2020, 1500.

2 *Eicker*, Die materielle Rechtskraft im Zivilprozess – Teil I, JA 2019, 52, 57.

3 OLG Celle, Urteil vom 24.9.2015, Az.: 11 U 89/14 = BeckRS 2015, 16743.

kommen. Versäumnisurteile ergehen gegen die säumige Partei aufgrund der Säumnis (§ 17).

- 8 Auch das **Teilurteil** (§ 301) ist ein Endurteil. Beendet wird der Streit über diesen Teil. Das Teilurteil kann ergehen über einen quantitativ bestimmten Teil des erhobenen Anspruchs, über einen von mehreren erhobenen Ansprüchen oder gegenüber einem einfachen Streitgenossen. Bei einer Widerklage kann durch Teilurteil nur über die Klage oder nur über die Widerklage entschieden werden (§ 301 Abs. 1). Voraussetzung ist in allen Fällen, dass der Rechtsstreit hinsichtlich des Teils entscheidungsreif ist und dass er unabhängig vom Ausgang des Verfahrens über den Rest ist. Das Teilurteil kann Verfahren beschleunigen und vereinfachen, indem der entscheidungsreife Teil in der betreffenden Instanz erledigt wird. Das Teilurteil ist wie jedes Endurteil mit den normalen Rechtsmitteln anfechtbar. Ob das Gericht ein Teilurteil erlässt, steht in seinem Ermessen (§ 301 Abs. 2). Die Entscheidung über den Rest wird als **Schlussurteil** bezeichnet.

## II. Das Zwischenurteil

- 9 Ein Zwischenurteil entscheidet nicht über den gesamten Streitgegenstand und beendet die Instanz nicht. Es kann über einen Zwischenstreit, regelmäßig um prozessuale Fragen, wie z.B. die Zulässigkeit einer Klageänderung, geführt werden (§ 303).<sup>4</sup>
- 10 Der praktisch wichtigste Fall des Zwischenurteils ist das **Grundurteil** (§ 304). Das Gericht kann über den Grund eines Anspruchs durch Zwischenurteil vorab entscheiden, wenn der Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist und der Streit über den Anspruchsgrund entscheidungsreif ist. Dies ist in der Praxis z.B. häufig bei Schadensersatzprozessen nach Verkehrsunfällen der Fall. Streiten die Parteien sowohl um die Verantwortlichkeit für die Unfallverursachung als auch um die Höhe des Schadens, so kann das Gericht zunächst nur durch Grundurteil entscheiden, wer für den Unfall verantwortlich ist. Stellt es die Verantwortlichkeit des Beklagten dem Grunde nach fest (sonst wäre die Klage abzuweisen), wird der Streit um die Höhe des Schadens im sog. **Betragsverfahren** entschieden. In diesem ist das Gericht an die Entscheidung im Grundurteil gebunden (§ 318).<sup>5</sup> Das Grundurteil ist nach § 304 Abs. 2 selbstständig anfechtbar. Das Gericht ist theoretisch befugt anzuordnen, dass trotz Einlegung eines Rechtsmittels gegen das Grundurteil über den Betrag weiter verhandelt wird (§ 304 Abs. 2). Dies kommt in der Praxis aber nur vor, wenn durch Einlegung eines Rechtsmittels versucht wird, die Entscheidung im Betragsverfahren hinauszuzögern. Ansonsten würde der Vorteil des Grundurteils, Sicherheit über den Anspruchsgrund zu erhalten, bevor über die Anspruchshöhe verhandelt wird, nicht erreicht. Das Betragsverfahren findet daher regelmäßig erst nach Rechtskraft des Grundurteils statt. In diesem Fall kann es dazu kommen, dass der BGH eine Sache an die erste Instanz, die das Grundurteil erlassen hat, zurückverweist.<sup>6</sup>

4 R/S/G, ZPR, § 59 Rn. 28 ff.

5 BGH, Urteil vom 27.1.2012, Az.: V ZR 224/10 = BeckRS 2012, 05600.

6 BGH, Urteil vom 13.10.2015, Az.: II ZR 23/14.

## § 27 Der Erlass des Urteils

Das Gesetz unterscheidet die Fällung des Urteils (§ 309) von seiner Verkündung (§ 310). 1

### I. Fällung des Urteils

#### 1. Urteilsfindung

Der Fällung geht die Anwendung des Rechts auf den streitgegenständlichen Sachverhalt voraus. Dabei ist das Gericht an die Anträge der Parteien gebunden, d.h. es darf weder mehr (natürlich jedoch weniger) noch etwas anderes zusprechen als beantragt ist (§ 308). Das Gericht muss das anzuwendende Recht ermitteln, es gegebenenfalls auslegen und dann den eventuell durch Beweiserhebung festgestellten Lebenssachverhalt subsumieren. Bei der **Anwendung des Rechts** ist das Gericht frei; eine Bindung an die Begründung der Parteien besteht nicht. Trägt der Kläger z.B. vor, der Beklagte habe sein Eigentum beschädigt, so ist das Gericht frei darin, der Klage auf der Grundlage von § 823 Abs. 1 BGB stattzugeben oder aber, wenn ein vertragliches Verhältnis bestand, § 280 Abs. 1 BGB anzuwenden. Auch durch die ausschließliche Begründung der Klage mit § 280 Abs. 1 BGB und dem ausdrücklichen Hinweis an das Gericht, es solle die Prüfung von § 823 Abs. 1 BGB unterlassen, kann diese Freiheit des Gerichts nicht beschränkt werden. Dies verbirgt sich hinter dem lateinischen Schlagwort *da mihi factum, dabo tibi ius* = Gib mir die Tatsachen, dann gebe ich dir das Recht. 2

In Kollegialgerichten geht der Urteilsfällung eine interne Willensbildung, eine **Beratung und Abstimmung des Gerichts** voraus. Diese ist geheim (§§ 192 ff. GVG). Überstimmte Richter sind verpflichtet, das Urteil mitzuunterzeichnen (§ 315 Abs. 1 S. 1), ein sog. Sondervotum gibt es in Deutschland nur bei Urteilen des BVerfG.<sup>1</sup> Das Urteil ist auch nach schriftlicher Fixierung noch reines Internum; eine Bindung besteht noch nicht, es können noch Änderungen vorgenommen werden. 3

#### 2. Entscheidungsmöglichkeiten

Das Gericht kann die **Klage abweisen**, wenn sie entweder unzulässig oder unbegründet ist. 4

Sie ist unzulässig, wenn eine Prozess- oder eine Sachentscheidungsvoraussetzung fehlt, bzw. ein Prozesshindernis besteht (s. Schema B). Die Klage ist als unbegründet abzuweisen, wenn sie zwar insgesamt zulässig ist, d.h. ordnungsgemäß erhoben wurde und alle Prozess- und Sachentscheidungsvoraussetzungen gegeben sind sowie kein Prozesshindernis vorliegt, jedoch der mit der Klage geltend gemachte Anspruch nicht besteht bzw. ihm Einreden entgegenstehen. 5

Das Gericht muss der **Klage stattgeben**, wenn sie insgesamt zulässig ist, der mit der Klage geltend gemachte Anspruch besteht und ihm keine Einreden entgegenstehen. 6

1 Art. 30 Abs. 2 BVerfGG: Ein Richter kann seine in der Beratung vertretene abweichende Meinung zu der Entscheidung oder zu deren Begründung in einem Sondervotum niederlegen; das Sondervotum ist der Entscheidung anzuschließen. Die Senate können in ihren Entscheidungen das Stimmenverhältnis mitteilen [...].

### 3. Richterwechsel

- 7 Probleme können entstehen, wenn sich die Zusammensetzung des Gerichts ändert, z.B. weil ein Richter versetzt wird, in den Ruhestand tritt oder stirbt. Dabei kommt es entscheidend auf den Zeitpunkt des Richterwechsels an. Das Urteil darf nur von den Richtern gefällt werden, die der letzten mündlichen Verhandlung beigewohnt haben (§ 309).<sup>2</sup> Diese Anordnung ist Ausfluss des Grundsatzes der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit (§ 4 Rn. 19 ff., 31 ff.).
- 8 Ein Richterwechsel zwischen Beweisaufnahme und Schlussverhandlung ist daher un-  
schädlich.<sup>3</sup>
- 9 Ein Richterwechsel zwischen der letzten mündlichen Verhandlung und der Beschluss-  
fassung erfordert dagegen wegen § 309 eine neue mündliche Verhandlung (§ 156  
Abs. 2 Nr. 3). Wird dagegen verstoßen, liegt ein absoluter Revisionsgrund bzw. ein  
Wiederaufnahmegrund vor (§§ 547 Nr. 1, 579 Abs. 1 Nr. 1).<sup>4</sup>
- 10 Erfolgt der Richterwechsel zwischen Beschlussfassung und Verkündung, so ist dies  
ohne Bedeutung. § 309 gilt hier nicht. Der neue Richter darf und muss also das von  
ihm nicht gefällte Urteil verkünden.<sup>5</sup>

### II. Verkündung des Urteils

- 11 **Rechtliche Existenz** erlangt das Urteil erst durch seine Verkündung (§ 310), bis dahin  
ist es nur ein Entwurf. Die Verkündung ist bei allen Urteilen erforderlich, auch im  
schriftlichen Verfahren (§ 128 Abs. 2 S. 2). In den in § 310 Abs. 3 genannten Fällen  
wird die Verkündung durch die Zustellung ersetzt. Dies betrifft Anerkenntnis- und  
Versäumnisurteile, die ohne mündliche Verhandlung ergehen und die ohne mündliche  
Verhandlung erlassene Entscheidung, durch die ein Einspruch gegen ein Versäumnisur-  
teil verworfen wird. Ab dem Zeitpunkt der Verkündung ist das Gericht an sein Urteil  
gebunden (§ 318).
- 12 Die Verkündung erfolgt entweder in dem Termin, in dem die mündliche Verhandlung  
geschlossen wird (sog. **Stuhlurteil**) oder in einem sofort anzuberaumenden Termin  
innerhalb von drei Wochen (§ 310 Abs. 1 S. 1, **Verkündungstermin**). Das Stuhlurteil  
hat den deutlichen Vorteil der Beschleunigung des Verfahrens und entspricht häufig  
auch der Erwartungshaltung juristisch nicht vorgebildeter Parteien. Allerdings birgt  
ein solches Urteil immer ein Risiko, weil der Richter später bei der sorgfältigen schrift-  
lichen Fixierung doch zu einem anderen Ergebnis tendieren könnte. Bei einfachen Ent-  
scheidungen ist daher eine sofortige Verkündung anzustreben, bei schwieriger Sach-  
und Rechtslage wird dies aber häufig nicht möglich sein.
- 13 Die Verkündung ist öffentlich (§ 173 Abs. 1 GVG) und erfolgt durch den Vorsitzenden  
(§ 136 Abs. 4). Die Anwesenheit der Parteien ist nicht erforderlich (§ 312 Abs. 1).  
Verkündet werden muss die Urteilsformel (§ 311 Abs. 2 S. 1), nicht die Entscheidungs-

---

2 Elzer, Fällung der Entscheidung und Richterwechsel, ArbRAktuell 2015, 500.

3 Zu Einzelfragen s. Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 285 Rn. 2; Elzer, Fällung der Entscheidung und Richter-  
wechsel, ArbRAktuell 2015, 500, 501.

4 Elzer, Fällung der Entscheidung und Richterwechsel, ArbRAktuell 2015, 500, 501; Vollkommer, Richterwechsel  
nach Schluss der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess, NJW 1968, 1309; Schmidt, Richterwegfall und  
Richterwechsel im Zivilprozess, Diss. Hannover 1993.

5 Elzer, Fällung der Entscheidung und Richterwechsel, ArbRAktuell 2015, 500, 501; zum Einfluss eines Rich-  
terwechsels nach der Verkündung auf die Gehörsrüge nach § 321 a s. Schneider, Die Gehörsrüge nach  
Richterwechsel, MDR 2005, 248.

gründe. Dies ist jedoch zulässig und bei höheren Gerichten verbreitet (§ 311 Abs. 3). Für die Verkündung von Entscheidungen des BGH kann das Gericht in besonderen Fällen Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen sowie Ton- und Filmaufnahmen zum Zwecke der öffentlichen Vorführung oder der Veröffentlichung ihres Inhalts zulassen (§ 169 Abs. 3 GVG); s.o. § 4 Rn. 38).

► **Hinweis:** Verkündungsmängel stehen dem wirksamen Erlass eines Urteils nur entgegen, wenn gegen elementare, zum Wesen der Verlautbarung gehörende Formerfordernisse verstoßen wurde, so dass von einer Verlautbarung des Urteils im Rechtssinne nicht mehr gesprochen werden kann. Wird ein Urteil statt durch Verkündung in öffentlicher Sitzung durch Zustellung verkündet, liegt hierin zwar ein Verfahrensfehler, dieser beschränkt sich jedoch auf die Wahl der Verlautbarung. Ein solcher Mangel der Verkündung wird daher durch die (mit Wissen und Wollen des Richters erfolgende) Zustellung der Ausfertigung des vollständigen und unterschriebenen, aber nicht verkündeten Urteils geheilt.<sup>6</sup> ◀

### III. Zustellung des Urteils

Eine Ausfertigung (amtliche Abschrift, Kopie) des Urteils (nicht das Original, dieses verbleibt bei den Akten) wird den Parteien zugestellt (§ 317 Abs. 1). Die Zustellung setzt die Rechtsmittel- und Einspruchsfristen in Gang (vgl. § 517 (Berufungsfrist), § 548 (Revisionsfrist), § 339 (Einspruchsfrist gegen VU)). 14

Der Vorsitzende hat die Zustellung bis zum Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung hinauszuschieben, wenn die Parteien dies übereinstimmend beantragen (§ 317 Abs. 1 S. 3). Die Vorschrift soll Vergleichsverhandlungen der Parteien ausreichend Zeit einräumen. Die Parteien sind so nicht gezwungen, rein vorsorglich ein Rechtsmittel einzulegen. 15

### IV. Form und Inhalt des Urteils

Für Urteile enthält das Gesetz detaillierte Vorschriften über die Abfassung und die Form (§§ 313 ff.) Für Beschlüsse und Verfügungen fehlen entsprechende Vorschriften. Nur die Form des Beweisbeschlusses ist geregelt (§ 359). 16

Das Urteil ergeht im Namen des Volkes als Träger der Gerichtsbarkeit (§ 311 Abs. 1). Es folgt dann das **Rubrum**, das die Bezeichnung der Parteien, ihrer gesetzlichen Vertreter und Prozessbevollmächtigten und des Gerichts sowie des Tages, an dem die mündliche Verhandlung geschlossen worden ist, wiedergibt (§ 313 Abs. 1 Nr. 1–3). 17

Nach dem Rubrum folgt der **Tenor** (Urteilsformel, § 313 Abs. 1 Nr. 4). Dieser enthält die Entscheidung des Gerichts. Er muss so genau formuliert sein, dass daraus die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann. Der Tenor enthält dreigeteilt die Entscheidung zur Sache, die Kostenentscheidung und die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit. 18

1. Der Beklagte wird zur Zahlung von x € an den Kläger verurteilt.
2. Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Nach dem Tenor folgt die Begründung der Entscheidung. Diese Begründung ist zweigeteilt in Tatbestand und Entscheidungsgründe. 19

6 BGH, Urteil vom 9.2.2015, Az.: AnwZ (Brgf) 51/13 = BeckRS 2015, 03999 = NJOZ 2015, 774.

- 20 Der **Tatbestand** (§ 313 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2) enthält eine Darstellung der im Prozess erhobenen Ansprüche, der vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel und der gestellten Anträge der Parteien. Hinzu kommt die Darstellung der noch relevanten Prozessgeschichte einschließlich durchgeführter Beweisaufnahmen.<sup>7</sup> Der Tatbestand beurkundet das mündliche Vorbringen der Parteien (§ 314). Er beweist positiv, dass etwas vorgetragen wurde und negativ, dass etwas nicht vorgetragen wurde. Der Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden. Der Tatbestand bindet grundsätzlich das Berufungsgericht, das diesen seiner Entscheidung zugrunde zu legen hat (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 (s.u. § 30 Rn. 4)).
- 21 Nach dem Tatbestand folgen die **Entscheidungsgründe** (§ 313 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 3). Sie enthalten die Erwägungen, auf die das Gericht seine im Tenor wiedergegebene Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht stützt.
- 22 Tatbestand und Entscheidungsgründe sind in den Fällen der § 313 a (gegen das Urteil ist ein Rechtsmittel unzweifelhaft nicht zulässig) und § 313 b (es wird durch Versäumnisurteil, Anerkenntnis- oder Verzichtsurteil erkannt) entbehrlich.

Gem. § 232 ist eine **Rechtsbehelfsbelehrung** erforderlich. Jede anfechtbare gerichtliche Entscheidung muss eine Belehrung über das statthafte Rechtsmittel, den Einspruch, den Widerspruch oder die Erinnerung sowie über das Gericht, bei dem der Rechtsbehelf einzulegen ist, über den Sitz des Gerichts und über die einzuhaltende Form und Frist enthalten.

---

7 Es hat sich eine bestimmte Reihenfolge der Darstellung eingebürgert, vgl. Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 313 Rn. 15 ff.; R/S/G, ZPR, § 60 Rn. 23.





## § 28 Die Rechtskraft des Urteils

**Literatur:** *Bötticher*, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, 1930; *Eicker*, Die materielle Rechtskraft im Zivilprozess – Teil I, JuS 2019, 52; Teil II, JuS 2019, 132; *Fervers*, Die Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 2022; *Habscheid*, Rechtsvergleichende Bemerkungen zum Problem der materiellen Rechtskraft des Zivilurteils, FS Fragistas, 1967; *Homfeldt*, Die Beachtung der Rechtskraft im Zivilprozess von Amts wegen, 2001; *Koussoulis*, Beiträge zur modernen Rechtskraftlehre, 1986; *Poelzig*, Die Aufhebung rechtskräftiger zivilgerichtlicher Urteile unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts, JZ 2007, 858; *Reischl*, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Zivilprozess, 2002; *Reuschle*, Das Nacheinander von Entscheidungen, 1998; *Roth*, Materielle Rechtskraft und rechtliche Qualifikation, ZZP 121 (2011), 3; *Schreiber*, Die Rechtskraft im Zivilprozess, JuS 2008, 35; *Stürner*, Rechtskraft in Europa, FS Schütze, 1999, S. 913.

- 1 Das Institut der Rechtskraft dient dem Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit. Zum einen dadurch, dass der konkrete Prozess bei Eintritt der formellen Rechtskraft (dazu I.) endgültig abgeschlossen ist und nicht weiter betrieben werden kann. Zum anderen dadurch, dass die materielle Rechtskraft (dazu II.) dafür sorgt, dass die im Urteil zuerkannte Rechtsfolge für die Parteien auch in der Zukunft endgültig verbindlich ist.
- 2 Es müssen demnach formelle und materielle Rechtskraft unterschieden werden.

### I. Die formelle Rechtskraft

- 3 Die formelle Rechtskraft tritt gem. § 705 S. 1 ein, wenn eine prozessbeendende Entscheidung – Urteil, Beschluss – nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden kann. Wird gegen die Entscheidung ein Rechtsmittel eingelegt, so hemmt dies den Eintritt der formellen Rechtskraft (§ 705 S. 2).
- 4 Urteile werden, wenn gegen sie kein Rechtsmittel mehr statthaft ist, bereits mit der **Verkündung** formell rechtskräftig (gilt immer für Urteile des BGH). Ist gegen sie ein Rechtsmittel statthaft, tritt formelle Rechtskraft mit **Ablauf der Rechtsmittelfrist** ein. Die Rechtsmittelfrist läuft für die Parteien gesondert durch die Zustellung des Urteils ab. Daher kann die Rechtskraft, wenn die Zustellung zu unterschiedlichen Zeitpunkten erfolgt, auch zu verschiedenen Zeitpunkten eintreten. Das Urteil ist damit erst dann endgültig in seinem Bestand gesichert, wenn es für beide Parteien unanfechtbar ist. Formelle Rechtskraft kann auch durch **Rechtsmittelverzicht** oder **Rechtsmittelrücknahme** (§§ 515, 516, 565, 346) eintreten.
- 5 Nach Eintritt der formellen Rechtskraft ist die Entscheidung endgültig vollstreckbar. Die Partei kann ein Rechtskraftzeugnis in der Geschäftsstelle erhalten (§ 706).
- 6 Nur eine Entscheidung, die formell rechtskräftig ist, kann in materielle Rechtskraft erwachsen. Die formelle Rechtskraft ist notwendige Voraussetzung der materiellen Rechtskraft.

### II. Die materielle Rechtskraft

- 7 Die formelle Rechtskraft garantiert nur, dass das konkrete Verfahren wirklich abgeschlossen und dieses konkrete Urteil bestandskräftig ist. Sie kann weder sicherstellen, dass der Inhalt der Entscheidung für die Parteien dauerhaft maßgeblich ist, noch kann sie davor schützen, dass die unterlegene Partei ein neues Verfahren beginnt, um den gleichen Streitgegenstand erneut zur Entscheidung zu stellen. Dies verhindert die

materielle Rechtskraft. Zugleich sorgt sie dafür, dass das erste Urteil in einem weiteren Verfahren als verbindlich zugrunde gelegt wird, wenn der alte Streitgegenstand als Vorfrage erneut auftaucht.

Gem. § 322 Abs. 1 sind Urteile der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Dieser Entscheidungsgegenstand ist der **Streitgegenstand**. Bezugspunkt der Rechtskraft ist der Streitgegenstand (§ 8 Rn. 55).<sup>1</sup> 8

► **Hinweis:** Die materielle Rechtskraft hat nichts mit der Bindung des Gerichts an das verkündete Urteil nach § 318 zu tun. Die Bindungswirkung des § 318 bezieht sich nur auf das erkennende Gericht. ◀

Die materielle Rechtskraft ist die wichtigste nach Art. 36 EuGVO anerkennungs-fähige Urteilswirkung. Die EuGVO kennt keine einheitliche Rechtskraftwirkung für Urteile aller Mitgliedstaaten. Da die Rechtskraft ein prozessuales Rechtsinstitut ist, entscheidet über die Frage, ob und in welchem Umfang ein Urteil materiell rechtskräftig wird, das Verfahrensrecht des Urteilsstaates. Der Umfang der Rechtskraft variiert innerhalb Europas ganz erheblich. Über die Wirkung auf den zweiten Prozess bestimmt jedoch autonom das für diesen maßgebende Prozessrecht. Die Anerkennung der ausländischen Rechtskraftwirkung hat daher besonders oft zur Folge, dass eine Urteilswirkung in einem Umfang anzuerkennen ist, die dem nationalen Recht fremd ist.<sup>2</sup> 9

► **Vertiefung:** Aufgrund der in einem Adhäsionsverfahren (gem. § 403 StPO kann das Strafgericht im Rahmen des Strafurteils neben der Strafe auch über die zivilrechtlichen Ansprüche entscheiden) ergangenen rechtskräftigen Verurteilung eines Beklagten, an den Geschädigten wegen eines Schadensereignisses ein Schmerzensgeld zu zahlen, ist eine erneute Klage zwischen denselben Parteien über denselben Streitgegenstand gem. § 322 ZPO unzulässig.<sup>3</sup> Der Antrag auf Zahlung eines Schmerzensgeldes im Adhäsionsverfahren hat dieselben Wirkungen wie die Erhebung einer entsprechenden Klage im bürgerlichen Rechtsstreit (vgl. § 404 Abs. 2 S. 1 StPO). Die in einem Strafverfahren ergangene rechtskräftige Entscheidung über den Antrag, durch den der Verletzte den ihm aus einer Straftat des Beschuldigten erwachsenen vermögensrechtlichen Anspruch (§§ 403 f. StPO) geltend macht, steht gem. § 404 Abs. 3 S. 1 StPO einem im bürgerlichen Rechtsstreit ergangenen rechtskräftigen Urteil gleich. Nur soweit der Anspruch nicht zuerkannt ist, kann er nach § 406 Abs. 3 S. 3 StPO anderweit geltend gemacht werden. ◀

## 1. Wirkung der materiellen Rechtskraft

Ein rechtskräftiges Urteil ist von allen Staatsorganen zu beachten. Dies kann z.B. auch ein Standesbeamter sein, der zu prüfen hat, ob jemand, der eine zweite Ehe eingehen will, zuvor geschieden wurde. Der Standesbeamte muss von einem rechtskräftigen Scheidungsurteil ausgehen, wenn die neuen Ehepartner die Ehe schließen wollen. Für die Gerichte wirkt sich die materielle Rechtskraft dahin aus, dass jeder Richter an die (rechtskraftfähigen) Feststellungen des Urteils gebunden ist. Dem Gericht ist jede erneute Verhandlung und abweichende Entscheidung (*ne bis in idem*) untersagt. 10

1 R/S/G, ZPR, § 154 Rn. 2 mit Nachweisen zur Gegenmeinung; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 322 Rn. 17, Einl. II.

2 Adolphsen, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kap. 5 Rn. 27 ff.

3 BGH, Urteil vom 20.1.2015, Az.: VI ZR 27/14 = NJW 2015, 1252. Dazu Toussaint, FD-ZVR 2015, 367621.

- 11 Einen Einfluss auf das materielle Recht hat die Rechtskraft nicht; sie gestaltet die materielle Rechtslage nicht um (so aber die früher vertretene materielle Rechtskrafttheorie<sup>4</sup>), sondern wirkt ausschließlich prozessual (**prozessuale Rechtskrafttheorie**). Bei Gestaltungsurteilen wird zwar die materielle Lage durch das Urteil geändert (§ 8 Rn. 50), allerdings nicht aufgrund der materiellen Rechtskraft, sondern der Gestaltungswirkung des Urteils.

**a) Negative Prozessvoraussetzung**

▶ **Fall 1:** K klagt gegen B auf Herausgabe eines Autos und begründet seine Klage mit § 985 BGB. Die Klage wird abgewiesen, das Urteil wird rechtskräftig. Später klagt K erneut auf Herausgabe des Autos, jetzt aber gestützt auf § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB, weil der Kaufvertrag unwirksam sei. Wie muss das Gericht entscheiden? ◀

- 12 Der Streitgegenstand des ersten und des zweiten Verfahrens sind in diesem Fall identisch. Die unterschiedliche rechtliche Begründung ändert daran nichts, da der Begriff des Streitgegenstands nicht mit dem des materiellrechtlichen Anspruchs identisch ist (§ 8 Rn. 52). Bei identischem Streitgegenstand wirkt die materielle Rechtskraft als negative Prozessvoraussetzung: Das Gericht muss von Amts wegen die Klage durch **Prozessurteil** als unzulässig abweisen.

▶ **Klausurhinweis:** In diesem Fall ist die entgegenstehende Rechtskraft im Rahmen der Zulässigkeit (Schema B II 3 e) zu prüfen. ◀

**b) Präjudizialität**

▶ **Fall 2:** K klagt gegen B auf Feststellung seines Eigentums (§ 256 Abs. 1). Die Klage hat Erfolg, das Urteil wird rechtskräftig. Später klagt K gegen B auf der Grundlage von § 823 Abs. 1 BGB wegen Eigentumsverletzung auf Schadensersatz. Wie muss das Gericht entscheiden? ◀

- 13 Der Streitgegenstand des ersten und des zweiten Verfahrens sind in diesem Fall nicht identisch. Dem zweiten Prozess steht daher die Rechtskraft als negative Prozessvoraussetzung nicht entgegen. Die Klage ist also zulässig (unterstellt, die übrigen Voraussetzungen sind gegeben).

- 14 Bei der Prüfung der zweiten Klage müsste aber das Gericht das Eigentum des K prüfen, weil dieses eines der Tatbestandsmerkmale des § 823 Abs. 1 BGB ist. Das Eigentum hat jedoch das Gericht im ersten Verfahren bereits rechtskräftig festgestellt. Da diese rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge eine präjudizielle Voraussetzung des Anspruchs im zweiten Prozess ist, muss das Gericht die rechtskräftige Entscheidung seinem Urteil zugrundelegen. Eine erneute Entscheidung über die Frage, wer Eigentümer ist, ist unzulässig.

▶ **Klausurhinweis:** In diesem Fall ist die entgegenstehende Rechtskraft im Rahmen der Begründetheit (Schema D) zu problematisieren. ◀

---

4 Nachweise bei R/S/G, ZPR, § 152 Rn. 4; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 322 Rn. 5 ff.

I. Zulässigkeit der Klage
<p>Echte Prozessvoraussetzungen</p> <p>Sachurteilsvoraussetzungen</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Gerichtsbezogene Voraussetzungen</li> <li>- Parteibezogene Voraussetzungen</li> <li>- Streitgegenstandsbezogene Voraussetzungen</li> </ul> <p><b>P</b> entgegenstehende Rechtskraft als negative Prozessvoraussetzung</p>
II. Begründetheit der Klage
<p><b>P</b> Bindungswirkung der rechtskräftigen Entscheidung</p>

Abb. 43 Prüfung der Rechtskraft in der Klausur

## 2. Rechtskraftfähige Entscheidungen

Alle endgültigen und vorbehaltlosen Entscheidungen deutscher Gerichte sind der Rechtskraft fähig. 15

Dies sind zunächst **Endurteile**, und zwar sowohl Sach- als auch Prozessurteile, die eine Klage als unzulässig abweisen. Während das Prozessurteil nur Rechtskraft hinsichtlich der entschiedenen prozessualen Frage entfaltet (z.B. dieses Gericht ist örtlich unzuständig), entscheidet das Sachurteil über den in Streit gestellten Anspruch. Zu den Endurteilen sind auch **Versäumnisurteile** und **Vollstreckungsbescheide** (gem. § 700 Abs. 1 dem Versäumnisurteil gleichgestellt) zu rechnen. Auch ein **Schiedsspruch** hat nach § 1055 die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils. 16

Das **Grundurteil** (§ 304) als Zwischenurteil entfaltet keine materielle Rechtskraft, sondern bindet nur das erkennende Gericht (§ 318). 17

**Beschlüsse** entfalten Rechtskraft, wenn sie formell rechtskräftig werden und eine Wirkung außerhalb des Prozesses haben, z.B. Kostenfestsetzungsbeschlüsse oder der Beschluss, der die Berufung zurückweist (§ 522 Abs. 2).<sup>5</sup> 18

## 3. Objektiver Umfang der materiellen Rechtskraft

### a) Grundsatz

Nach § 322 Abs. 1 sind Urteile der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Als Bezugs- 19

5 R/S/G, ZPR, § 153 Rn. 2; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 322 Rn. 3.

punkt der Rechtskraft wurde bereits der Streitgegenstand ausgemacht (§ 8 Rn. 55; § 28 Rn. 8). Entschieden wird also über den gestellten Antrag in Verbindung mit dem zugrunde liegenden Lebenssachverhalt. Die Entscheidung darüber findet man im Tenor des Urteils. Er enthält den Subsumtionsschluss, der Gegenstand der Entscheidung und damit Gegenstand der Rechtskraft ist.

- 20 Vereinfachend wird dies meist dahin ausgedrückt, dass nur der **Tenor**, nicht aber Tatbestand und Entscheidungsgründe in Rechtskraft erwachsen.
- 21 Daraus folgt, dass alle Vorfragen der Entscheidung, also die Feststellung von Tatsachen und von präjudiziellen Rechtsverhältnissen, außerhalb des Umfangs der Rechtskraft bleiben.

► **Fall 3:** K klagt gegen B auf Herausgabe eines Autos und begründet seine Klage mit § 985 BGB. Allein das Eigentum des K ist im Prozess streitig. Hierzu werden Zeugen gehört. Das Gericht ist letztlich davon überzeugt, dass K Eigentümer ist und gibt der Klage statt. Das Urteil wird rechtskräftig. Später erhebt B Klage auf Feststellung, dass er Eigentümer dieses Autos sei. Wie hat das Gericht zu entscheiden? ◀

- 22 Wenn im ersten Verfahren das Eigentum des K rechtskräftig festgestellt worden wäre, so müsste das Gericht im Feststellungsverfahren von der Eigentümerstellung des K ausgehen und die Klage des B als unbegründet abweisen. Das Eigentum ist im Erstverfahren ein präjudizielles Rechtsverhältnis, das zwar für die Subsumtion unerlässlich ist, aber eben nur Grundlage der Subsumtion und nicht der Subsumtionsschluss selbst ist. Dieser lautet nur: Der Beklagte ist zur Herausgabe des Autos verpflichtet. Nur darauf erstreckt sich die Rechtskraft. Das Eigentum ist im Erstverfahren nicht rechtskräftig festgestellt worden.<sup>6</sup>

► **Fall 4:** K klagt gegen B auf Rückzahlung des Kaufpreises, weil die Kaufsache mangelhaft sei. Das Gericht hält die Kaufsache für mangelhaft und gibt der Klage statt. B hat die Sache von dem Hersteller D gekauft und nimmt diesen anschließend in Regress.

Wie wirkt sich das erste Urteil zwischen K und B im Prozess B gegen D aus? ◀

- 23 Der Mangel der Kaufsache ist eine Tatsache, auf die sich die Rechtskraft nicht bezieht. Hinzu kommt, dass die Rechtskraft nach § 325 nur unter den Parteien wirkt (dazu Rn. 50 ff.). Der Richter im Regressverfahren muss Beweis erheben und kann zu einer anderen Beurteilung kommen als der Richter im Verfahren K-B. B hätte D den Streit verkünden müssen (§ 37).
- 24 Ziel dieses begrenzten engen Umfangs der materiellen Rechtskraft ist es vor allem, die Parteien vor Überraschungen zu schützen, die bei einem weiten Rechtskraftumfang aufträten. Im obigen Fall 3 kann man aber sicher fragen, wer hier vor Überraschungen zu schützen ist.

**Merke: Grundsatz:** In Rechtskraft erwächst nur der im Tenor enthaltene Subsumtionsschluss. Tatbestand und Entscheidungsgründe nehmen nicht an der Rechtskraft teil.

### b) Entscheidungsgründe als Auslegungshilfe

- 25 Gerade bei klageabweisenden Urteilen erkennt man aber schnell, dass die Aussage, nur der Tenor erwachse in Rechtskraft, manchmal nicht weiter hilft. Der Tenor lautet: Die

<sup>6</sup> Ganz h.M. Anders aber *Fervers*, Die Bindung Dritter an Prozessergebnisse, S. 54.

Klage wird abgewiesen. Daraus lässt sich noch nicht einmal ersehen, ob es sich um ein Sach- oder um ein Prozessurteil handelt. Daher kann man besser formulieren:

**Merke:** Die materielle Rechtskraft reicht, soweit der im Tenor enthaltene Gedanke reicht.

Wie weit der Gedanke reicht, ergibt aber nur der Blick in den Tatbestand und die Entscheidungsgründe, die damit zwar nicht am Umfang der Rechtskraft teilnehmen, aber zur Auslegung des Tenors herangezogen werden müssen. Das gleiche Problem trat bereits bei der Fixierung des Streitgegenstands auf, wenn man entgegen der h.M. ausschließlich auf den Antrag abstellen wollte (§ 8 Rn. 61).

26

### c) Keine Rechtskraft von Einwendungen und Einreden

► **Fall 5:** K klagt gegen B auf Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises, weil K sich bei Vertragsschluss in einem Irrtum befunden und den Vertrag wirksam angefochten habe. Das Gericht verurteilt daher den B zur Rückzahlung. Das Urteil wird rechtskräftig. Später verlangt B von K den Ersatz seines Vertrauensschadens. Wie wirkt sich das erste Urteil im zweiten Verfahren aus? ◀

Das Gericht ist im ersten Verfahren von einem zur Anfechtung berechtigenden Irrtum des K ausgegangen. Die Anfechtung ist Grundlage eines Anspruchs auf Ersatz des Vertrauensschadens des Anfechtungsgegners nach § 122 BGB. Das Gericht ist aber im zweiten Verfahren nicht an die Bejahung der rechtsvernichtenden Einwendung (§ 142 Abs. 1 BGB) gebunden, da es sich um eine Grundlage des Urteils handelt und nicht um die Entscheidung.

27

**Merke:** Die Entscheidung des Gerichts über materiellrechtliche Einwendungen und Einreden wird nicht von der Rechtskraft erfasst.

### d) Rechtskraft bei Aufrechnung

§ 322 Abs. 2 enthält eine Ausnahme vom Grundsatz, dass Entscheidungen über Einwendungen und Einreden nicht in Rechtskraft erwachsen. Wenn der Beklagte die Aufrechnung (§ 12 Rn. 38 ff.) mit einer Gegenforderung geltend macht, so ist die Entscheidung, dass die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrages, für den die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig (§ 322 Abs. 2).

28

Das gilt aber nur, wenn über die Aufrechnungsforderung entschieden wird: Weist das Gericht die Klage als unbegründet ab, ohne dass es auf die Aufrechnung ankommt, so erwächst die „Entscheidung“ nicht in Rechtskraft.

29

Wird der Klage trotz einer Prozessaufrechnung stattgegeben, weil die Aufrechnungsforderung nicht besteht, so ist der Beklagte durch die Rechtskraft der Entscheidung an einer selbstständigen Geltendmachung der Forderung gehindert. Die Rechtskraft der ersten Entscheidung wirkt insoweit als Prozesssperr.

30

Wird die Klage abgewiesen, weil der Anspruch durch die Aufrechnung erloschen ist, so nimmt auch diese Entscheidung an der Rechtskraft teil, obwohl der Wortlaut des § 322 Abs. 2 dies nicht hergibt. Der Beklagte, der im Vorprozess mit seiner Aufrechnung Erfolg hatte, wird dadurch daran gehindert, seine Forderung noch einmal selbstständig einzuklagen.

31

**Merke:** § 322 Abs. 2 ist daher wie folgt zu lesen: Hat der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht, so ist die Entscheidung, dass die Gegenforderung nicht

oder nicht mehr besteht, bis zur Höhe des Betrages, für den die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig.

- 32 Fraglich ist der Umfang der Rechtskraft, wenn die Gegenforderung höher ist als die Klageforderung und das Gericht der Klage stattgibt, weil die Gegenforderung nicht besteht.

► **Fall 6:** K klagt gegen B aus Werkvertrag auf Zahlung von 3.000 €. Dagegen rechnet B mit einer Forderung aus Kaufvertrag i.H.v. 10.000 € auf. Das Gericht gibt der Klage des K statt, weil der Kaufvertrag unwirksam sei.

Kann B die 10.000 € später noch einmal klageweise geltend machen? ◀

- 33 In Höhe von 3.000 € ist B daran in jedem Fall durch die Rechtskraft (§ 322 Abs. 2) gehindert. Ergreift die Rechtskraft gem. § 322 Abs. 2 aber auch den überschießenden Teil in Höhe von 7.000 €? Der Wortlaut des § 322 Abs. 2 spricht dagegen. Allerdings hat sich das Gericht bei der Aufrechnung ja mit dem Klagegrund auseinander gesetzt und diesen in den Urteilsgründen verneint. Die Forderung war aber gleichwohl nur in Höhe der Klageforderung zur Aufrechnung gestellt, so dass das Gericht auch rechtskräftig nur darüber entscheiden konnte (§ 308 Abs. 1). Daher nimmt der die Klageforderung übersteigende Teil selbst dann nicht an der Rechtskraft teil, wenn das Gericht die Aufrechnungsforderung dem Grunde nach verneint hat. Im Ergebnis gelten also die Regeln der Rechtskraft bei Teilklagen (Rn. 34) auch für die Aufrechnung.

► **Vertiefung:** Hätte B in Höhe des die Klageforderung übersteigenden Teils Widerklage erhoben, und hätte K obsiegt, wäre der eine Teil i.H.v. 3.000 € wegen § 322 Abs. 2 rechtskräftig aberkannt, der andere mit der Widerklage geltend gemachte Teil (7.000 €) wäre rechtskräftig abgewiesen worden. ◀

### e) Rechtskraft bei Teilklagen

**Literatur:** *Beinert*, Der Umfang der Rechtskraft bei Teilklagen, Diss. Passau 1999; *Brötel*, Rechtskraft gegen den siegreichen Kläger?, JuS 2003, 429; *Elzer*, Rechtskraft von Teilklagen, JuS 2001, 224; *Leipold*, Teilklagen und Rechtskraft, FS Zeuner, 1994, S. 431; *Musielak*, Rechtskraftproblem bei Nachforderungsklagen, FS Schumann, 2001, S. 296; *Schulte*, Zur Rechtskrafterstreckung bei Teilklagen, 1999; *Zeuner*, Beobachtung und Gedanken zur Behandlung von Fragen der Rechtskraft in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, Festgabe BGH, Bd. 3, 2000, S. 337.

- 34 Die Teilklage ist bereits bei der Erörterung der Rechtshängigkeit dargestellt worden (§ 8 Rn. 75). In der Praxis ist es weit verbreitet, zur Verringerung des Prozessrisikos (die Gebühren werden lediglich aus dem eingeklagten Teil berechnet) zunächst nur einen Teil einer Forderung geltend zu machen. Dies ist unter Geltung des Dispositionsgrundsatzes nicht zu beanstanden. Das Gericht ist an die Begrenzung des geltend gemachten Anspruchs nach § 308 gebunden.
- 35 Man muss die offene und die verdeckte Teilklage unterscheiden, weil die Kenntnis von der Nachforderungsoption Bedeutung erlangen kann; dies vor allem bei der Abweisung verdeckter Teilklagen.
- 36 Von einer **offenen Teilklage** spricht man, wenn der Kläger kenntlich macht, dass er nur einen Teil eines Anspruchs zur Entscheidung stellt. Dies kann er ausdrücklich tun, indem er die Klage unter den Vorbehalt der Nachforderung stellt. Er kann dies aber auch konkludent tun, wenn sich aus der Begründung ergibt, dass eine Nachforderung vorbehalten bleibt.

Bei einer **verdeckten Teilklage** macht der Kläger nicht kenntlich, dass er plant, eine Nachforderungsklage zu erheben. 37

► **Fall 7:** K klagt gegen B aus einer Forderung von 20.000 € zunächst 5.000 € ein. Das Gericht gibt der Klage statt. Das Urteil wird rechtskräftig.

Kann K die restlichen 15.000 € einklagen? Wäre das zuständige Gericht an die Entscheidung des ersten Gerichts gebunden? ◀

Der zweiten Klage steht nicht die Rechtskraft der ersten als negative Prozessvoraussetzung entgegen, da es sich um zwei verschiedene Streitgegenstände handelt. Der Lebenssachverhalt ist gleich, die Anträge jedoch unterschiedlich (einmal Zahlung von 5.000 €, einmal von 15.000 €). Es kommt nicht darauf an, ob es sich um eine offene oder um eine verdeckte Teilklage handelt. 38

**Merke:** Die Nachforderungsklage nach erfolgreicher Teilklage ist zulässig.

Das LG ist bei der Nachforderungsklage nicht an die Entscheidung des AG über die Teilklage gebunden, da der Streitgegenstand unterschiedlich ist. Es könnte daher die Klage über die restlichen 15.000 € abweisen.<sup>7</sup> In der Praxis halten sich die Gerichte meist an die Entscheidung über den Teil; dies ist jedoch eine faktische, keine rechtliche Bindung. 39

► **Fall 8:** wie Fall 7, das Gericht weist aber die Klage des K ab.

Kann K trotzdem die restlichen 15.000 € einklagen? Wäre das zuständige Gericht an die Entscheidung des ersten Gerichts gebunden? ◀

Auch in dieser Konstellation sind die Streitgegenstände beider Klagen unterschiedlich. Zur Entscheidung gestellt hat der Kläger nur den Anspruch in Höhe von 5.000 €. Das Gericht ist hieran gem. § 308 gebunden. Die Rechtskraft hindert weder eine Nachforderungsklage noch bindet sie das nachfolgend entscheidende Gericht. Diese Entscheidung ist in der Literatur jedoch umstritten. Zumindest bei einer verdeckten Teilklage habe das Gericht nicht wissen können, dass es nur über eine Teilforderung besinne und habe damit durch das klageabweisende Urteil die ganze Forderung aberkannt.<sup>8</sup> Diese Ansicht ist aber weder mit der Begrenzung der Rechtskraft auf den Streitgegenstand (§ 322 Abs. 1) noch mit der Begrenzung der Entscheidungsbefugnis des Gerichts gem. § 308 vereinbar. Nur wer den Umfang der Rechtskraft, der aber *de lege lata* festgeschrieben ist, für zu eng hält, kann diese Ansicht vertreten. 40

**Merke:** Auch bei Klageabweisung einer offenen oder verdeckten Teilklage kann eine Nachforderungsklage erhoben werden. Eine Bindung an das erste Urteil besteht nicht.

## f) Rechtskraft bei Schmerzensgeldklagen

► **Fall 9:** (nach BGH, Urteil vom 20.1.2004, Az.: VI ZR 70/03 = NJW 2004, 1243) K nimmt B wegen der Folgen einer Schlägerei auf Zahlung von Schadensersatz und des Teilbetrages des Schmerzensgeldes, welches ihm im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung mindestens zusteht, in Anspruch. Er begehrt außerdem die Feststellung, dass B verpflichtet sei, materiellen Zukunftsschaden zu ersetzen.

Zur Begründung führt K aus, es bestehe die Gefahr, dass es zu weiteren Verletzungen kommen könnte, die eine erneute operative Versorgung und höchstwahrscheinlich eine

7 BGH, Urteil vom 27.7.2012, Az.: V ZR 258/11, BeckRS 2012, 19866.

8 *Leipold*, FS Zeuner, S. 431, 439.



Schulterprothese erfordern würden. Derzeit lasse sich keine sichere Aussage darüber machen, ob und in welchem Umfang in der Zukunft noch Spätfolgen der Unfallverletzungen auftreten können. Es besteht jedenfalls die Möglichkeit eines weiteren Schadenseintritts. ◀

- 41 Der BGH hat diese offene Teilklage für zulässig gehalten.<sup>9</sup> Die Schmerzensgeldforderung sei auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet und damit grundsätzlich teilbar. Dem stehe nicht entgegen, dass es sich bei dem Anspruch auf Schmerzensgeld um einen einheitlichen Anspruch handle. Ob ein einheitlicher Anspruch im rechtlichen Sinne teilbar sei, hänge davon ab, ob er quantitativ abgrenzbar und eindeutig individualisierbar ist. Dies sei mit der Beschränkung auf das Schmerzensgeld, das im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sei, geschehen.
- 42 Damit erweitert der BGH die Möglichkeiten, bei unklarem Schadensverlauf Schmerzensgeld zu verlangen. Der Grundsatz der Einheitlichkeit des Schmerzensgeldes gebiete es zwar, die Höhe des dem Geschädigten zustehenden Schmerzensgeldes aufgrund einer ganzheitlichen Betrachtung der den Schadensfall prägenden Umstände unter Einbeziehung der absehbaren künftigen Entwicklung des Schadensbildes zu bemessen. Wenn der Kläger uneingeschränkt ein Schmerzensgeld verlangt hätte, würden durch den zuerkannten Betrag alle Schadensfolgen abgegolten, die entweder bereits eingetreten und objektiv erkennbar waren oder deren Eintritt jedenfalls vorhergesehen und bei der Entscheidung berücksichtigt werden könnten.
- 43 Im obigen Fall war der spätere Schaden wohl nicht außerhalb dieser Erkennbarkeit. Nicht erfasst wären nur Verletzungsfolgen, die im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht eingetreten waren und deren Eintritt objektiv nicht vorhersehbar war. Diese weiteren Ansprüche könnte der Geschädigte nur geltend machen, wenn später Schäden auftreten, die vom Streitgegenstand des vorausgegangenen Schmerzensgeldprozesses nicht erfasst sind und deren Geltendmachung daher dessen Rechtskraft nicht entgegensteht.
- 44 Der Kläger hätte auch statt der Erhebung der Teilklage die Feststellung beantragen können, die Ersatzpflicht des Beklagten für zukünftige Schäden festzustellen. Hierzu besteht ein Feststellungsinteresse i.S. des § 256.<sup>10</sup> Bei der offenen Teilklage muss beachtet werden, dass die Verjährung nur für den eingeklagten Teil gehemmt wird (§ 204 BGB). Damit besteht die Gefahr, dass der Schmerzensgeldanspruch für die Spätfolgen verjährt. Dem hätte der Kläger durch einen zusätzlichen Antrag auf Feststellung der Ersatzpflicht für zukünftige immaterielle Schäden begegnen können.

### g) Zwischenfeststellungsklage

Literatur: *Schick*, Die Zwischenfeststellungsklage des § 256 Abs. 2 ZPO, 2013.

► **Fall 10:** K klagt gegen B auf rückständigen Mietzins für das Jahr 2022 i.H.v. 12.000 €. B wird zur Zahlung verurteilt. Ein Jahr später klagt K auf Mietzins für 2023 in gleicher Höhe, weil B immer noch nicht ordentlich Miete zahlt. B wendet ein, der Mietvertrag sei gar nicht wirksam zustande gekommen.

Kann der Richter im zweiten Verfahren die Klage abweisen, wenn er meint, ein Mietvertrag bestünde nicht? ◀

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 20.1.2004, Az.: VI ZR 70/03 = NJW 2004, 1243.

<sup>10</sup> Dazu *Arz*, Die Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht dem Grunde nach, NJW 2020, 3364.

Gegenstand der Rechtskraft ist die gerichtliche Entscheidung letzter Instanz über den erhobenen Anspruch, also der sog. Subsumtionsschluss. An der Rechtskraft nimmt als Entscheidung in diesem Sinne grundsätzlich nur der Tenor teil, nicht aber die Entscheidungsgründe. Die Zwischenfeststellungsklage ermöglicht es, „Elemente der Entscheidungsgründe in den Tenor zu befördern“, so dass sie an der Rechtskraft teilnehmen. 45

Das Urteil lautete im Erstprozess: 46

- (1) Der Beklagte wird zur Zahlung von 12.000 € verurteilt.
- (2) (Kosten)
- (3) (Vollstreckbarkeit)

Aus diesem Tenor ergibt sich nicht der Grund für die Zahlungspflicht, auch wenn es aufgrund der Verhandlung und dementsprechend der Urteilsgründe klar ist, dass sich die Forderung nur aus einem wirksamen Mietvertrag ergeben kann. Die Entscheidungsgründe nehmen aber nicht an der Rechtskraft teil; das Bestehen eines wirksamen Mietvertrages wird zwischen den Parteien nicht rechtskräftig festgestellt. Im obigen Fall könnte der Richter die Klage abweisen, wenn er von der Unwirksamkeit des Vertrages überzeugt ist. Das Ergebnis des Erstprozesses steht dem nicht entgegen. 47

K hätte im Erstverfahren Zwischenfeststellungsklage (§ 256 II) erheben sollen. Dann hätte das Gericht die Wirksamkeit des Mietvertrags rechtskräftig festgestellt. Der Tenor lautete dann: 48

- (1) Der Beklagte wird zur Zahlung von 12.000 € verurteilt.
- (2) Der zwischen den Parteien bestehende Mietvertrag ist wirksam.
- (3) (Kosten)
- (4) (Vollstreckbarkeit)

Die Zwischenfeststellungsklage befördert den Ausspruch über die Wirksamkeit des Mietvertrages in den Tenor und erweitert so den Umfang der Rechtskraft. Die Zwischenfeststellungsklage hätte K im Erstverfahren von vornherein oder im Lauf des Verfahrens erheben können. B hätte die Zwischenfeststellungsklage auch, wenn er im Erstverfahren schon den Mietvertrag für unwirksam hielt, als Widerklage erheben können (§ 12 Rn. 75). Dann wäre er vor weiteren Klagen für die Zukunft geschützt. 49

► **Klausurhinweis:** Wird eine Zwischenfeststellungsklage erhoben, liegt immer ein Fall der objektiven Klagenhäufung vor. Die Voraussetzungen des § 260 sind zu prüfen. ◀

#### 4. Subjektiver Umfang der materiellen Rechtskraft

Der objektive Umfang der Rechtskraft hat die Frage beantwortet, welche Inhalte der Entscheidung bindend sind. Der subjektive Umfang der Rechtskraft gibt dagegen an, wer durch das rechtskräftige Urteil gebunden ist. 50

##### a) Grundsatz inter partes-Wirkung

Gem. § 325 Abs. 1 bindet das Urteil zunächst die Parteien des Rechtsstreits. Dies bezeichnet man auch als *inter partes*-Wirkung des Urteils. Diese grundsätzliche Beschränkung erklärt sich daraus, dass die Parteien Herren des Verfahrens waren und ihnen rechtliches Gehör gewährt wurde. Es gilt der formelle Parteibegriff (§ 7 Rn. 13). 51

52 Wenn also in einem Verbraucherteil einer Tageszeitung veröffentlicht wird, dass das AG xy entschieden habe, dass der Mieter berechtigt sei, zur Befestigung von Gegenständen im Bad auch die Fliesen zu durchbohren und deshalb nicht ersatzpflichtig sei, so ist das zwar interessant, aber für alle Leser grds. bedeutungslos, weil andere Gerichte ganz anders entscheiden können.

### b) Rechtskrafterstreckung auf Rechtsnachfolger

53 Die Rechtskraft erstreckt sich auch auf die Personen, die nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit (auch nach Rechtskraft!) Rechtsnachfolger der Partei geworden sind (§ 325 Abs. 1). Dabei kommt eine **Einzelrechtsnachfolge** (z.B. §§ 398, 571, 873, 929 S. 1 BGB) ebenso in Betracht wie eine **Gesamtrechtsnachfolge** (z.B. §§ 1922, 1967 BGB). Rechtsnachfolger ist derjenige, der den in Streit befangenen Gegenstand anstelle der Partei erwirbt. Die Rechtsnachfolge muss nicht zwingend in das volle Recht erfolgen, es reicht auch ein gemindertes Recht. Der Besitzerwerber ist demnach Rechtsnachfolger i.S. des § 325 Abs. 1.<sup>11</sup>

54 § 325 Abs. 1 ist die konsequente Ergänzung zu § 265: Wenn der Veräußerer als Rechtsvorgänger prozessführungsbefugt bleibt (§ 8 Rn. 81), muss sichergestellt werden, dass das Urteil auch den Rechtsnachfolger bindet.

55 Ferner erstreckt sich die Rechtskraft auf Personen, die den Besitz an der in Streit befangenen Sache in solcher Weise erlangt haben, dass eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist. Dieses ist bei einer Miete der Fall. Ein Urteil, das gegenüber dem Vermieter als Partei ergeht, bindet daher auch den Mieter.<sup>12</sup>

### c) Gutgläubigkeit des Rechtsnachfolgers

56 Die Rechtskrafterstreckung auf den Rechtsnachfolger tritt nach § 325 Abs. 2 nicht ein, wenn der Rechtsnachfolger die in Streit befangene Sache gutgläubig erworben hat.

► **Fall 11:** K klagt gegen B auf Feststellung (§ 256 Abs. 1), dass er Eigentümer eines bestimmten Autos sei, das sich im Besitz des B befindet. Während des Prozesses veräußert B das Auto an D. D weiß nichts von dem Verfahren. Den Kfz-Brief lässt er sich nicht zeigen. K gewinnt den Prozess gegen B und verlangt Herausgabe von D. D meint, er sei Eigentümer geworden und weigert sich. K erhebt Klage. Ist das Gericht an die Feststellung des Erstgerichts gebunden? ◀

57 Das Gericht im Verfahren K-D könnte an die Feststellung der Erstgerichts, dass K Eigentümer des Autos ist, gebunden sein. Das wäre dann der Fall, wenn D als Rechtsnachfolger an die Rechtskraft gebunden ist, da er während der Rechtshängigkeit des Verfahrens den Besitz an dem Auto erworben hat (§ 325 Abs. 1). Das soll nach § 325 Abs. 2 nicht gelten, wenn die Vorschriften des BGB über den gutgläubigen Erwerb entsprechende Anwendung finden. B war Nichtberechtigter, dies hat das Gericht im ersten Verfahren zwischen K und B rechtskräftig festgestellt.

58 Fraglich ist, worauf sich die Gutgläubigkeit des D beziehen muss. Nur auf die Rechtshängigkeit, dann wäre er mangels Wissen um das Verfahren nicht an die Rechtskraft gebunden und das Gericht könnte zu einer anderen Entscheidung über das Eigentum

<sup>11</sup> R/S/G, ZPR, § 157 Rn. 8.

<sup>12</sup> MüKo-ZPO/Gottwald, § 325 Rn. 32.

kommen. Wenn sich aber die Gutgläubigkeit sowohl auf die Rechtshängigkeit als auch auf das Eigentum des B beziehen muss, wäre D an die Rechtskraft gebunden, da er materiellrechtlich nicht wirksam erworben hat, wenn er sich den Kfz-Brief nicht vorlegen lässt (§ 932 Abs. 2 BGB). Nach h.M. muss der Erwerber doppelt gutgläubig sein: Er darf nichts von der Rechtshängigkeit wissen und er muss materiellrechtlich gutgläubig vom Nichtberechtigten erwerben.<sup>13</sup> § 325 Abs. 2 verschärft damit die Anforderung an den gutgläubigen Erwerb.

**Merke:** § 325 verlangt eine doppelte Gutgläubigkeit: Der Erwerber muss hinsichtlich der Rechtshängigkeit und hinsichtlich der (in Wirklichkeit fehlenden) Berechtigung des Veräußerers gutgläubig sein.

#### d) Rechtskrafterstreckung auf Dritte

Die Rechtskrafterstreckung auf Dritte ist die Ausnahme, da diesen im Prozess weder rechtliches Gehör gewährt wurde, noch sie Einfluss auf den Prozess nehmen konnten. 59

In einigen Fällen ordnet das Gesetz eine Rechtskrafterstreckung auf Dritte bzw. für und gegen alle (*erga omnes*-Wirkung) an (§ 184 Abs. 2 FamFG (Abstammungssachen), §§ 248, 249 AktG (gesellschaftsrechtliche Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen), § 124 VGG).<sup>14</sup> 60

Bei einer **gewillkürten Prozessstandschaft** (§ 7 Rn. 46) und bei einer Prozessstandschaft kraft Amtes erfolgt eine Rechtskrafterstreckung auf den Rechtsinhaber, ansonsten könnte sich dieser durch Einräumung einer Prozessführungsbefugnis der Rechtskraft eines Urteils entziehen. Einen Fall der Prozessführung kraft Amtes enthält § 327. Rechtskräftige Entscheidungen, die zwischen einem Testamentvollstrecker und einem Dritten ergehen, wirken für und gegen den Erben. 61

#### 5. Zeitliche Grenzen der Rechtskraft

► **Fall 12:** K klagt gegen B auf Feststellung seines Eigentums (§ 256 Abs. 1). Die Klage hat Erfolg, das Urteil wird rechtskräftig. Später klagt K gegen B auf der Grundlage von § 823 Abs. 1 BGB wegen Eigentumsverletzung auf Schadensersatz. B wendet ein, er sei inzwischen Eigentümer der Sache geworden. Wie muss das Gericht entscheiden? ◀

Fraglich ist, ob das Gericht im zweiten Verfahren an die Feststellung des Gerichts im ersten Verfahren gebunden ist (Präjudizialität). Zwar hat das Gericht im ersten Prozess das Eigentum des K rechtskräftig festgestellt. Das kann aber nicht heißen, dass K die Sache in Zukunft nicht veräußern kann bzw. dass kein anderer Eigentum daran erwerben kann. Die Rechtskraft der Entscheidung des Erstgerichts bezieht sich nur auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, da die Parteien bis zu diesem Zeitpunkt Gelegenheit haben, Tatsachen vorzutragen. Tatsachen, die zu diesem Zeitpunkt vorliegen, werden durch die Rechtskraft präkludiert, egal ob sie verschuldet oder unverschuldet nicht vorgetragen worden sind. 62

B macht aber nicht geltend, er sei vor dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung Eigentümer geworden (das wäre präkludiert), sondern dass er später Eigentümer 63

13 R/S/G, ZPR, § 157 Rn. 11; MüKo-ZPO/Gottwald, § 325 Rn. 94 ff.; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 325 Rn. 8; a.A. Stadler/Benschling, Jura 2001, 433, 436.

14 Umfassend MüKo-ZPO/Gottwald, § 325 Rn. 57 ff.

wurde. Mit diesem neuen Vorbringen, dass den Subsumtionsschluss der Erstentscheidung unangetastet lässt, ist B keineswegs präkludiert.

### III. Durchbrechung der Rechtskraft

- 64 In Rechtskraft erwachsen sowohl materiellrechtlich falsche als auch formell fehlerhaft zustande gekommene Urteile. Die Rechtsordnung nimmt das im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich hin. Eine Grenze muss aber dort gezogen werden, wo ein Urteil entweder schwerste Mängel aufweist oder zulässigerweise auf einer Prognose beruht, die sich in der Zukunft als falsch herausstellt.

#### 1. Die Abänderungsklage gem. § 323

**Literatur:** *Gottwald*, Abänderungsklage, Unterhaltsanspruch und materielle Rechtskraft, FS Schwab, 1990, S. 151; *ders.*, Probleme der Abänderungsklage in Unterhaltssachen, FamRZ 1992, 1374; *Graba*, Die Abänderung von Unterhaltstiteln, 4. Aufl. 2011; *Jüdt*, § 323 ZPO und/oder § 767 ZPO?, FuR 2009, 301; *Petzoldt*, Die Rechtskraft der Rentenerurteile des § 258 ZPO und ihre Abänderung nach § 323 ZPO, 1993; *Thalmann*, Die Abänderungsklage nach § 323 ZPO, FS Henrich, 2000, S. 607.

- 65 Die Abänderungsklage (§ 323) gibt die Möglichkeit, ein Urteil, das auf einer fehlerhaften Prognose beruht, zu korrigieren. Die Abänderung von Urkunden und Vergleichen ist in § 323 a geregelt. Für eine Abänderung von Entscheidungen in Unterhaltssachen ist die Spezialvorschrift des § 238 FamFG zu beachten.<sup>15</sup>

► **Fall 13:** K klagt gegen B auf Zahlung einer Geldrente wegen einer Körperverletzung, die die Erwerbsfähigkeit von K aufgehoben hat. Das Gericht spricht ihr 1500 € pro Monat zu. Das Urteil wird rechtskräftig. Jahre später will K die Höhe der Rentenzahlung an die veränderten Lohn- und Preisverhältnisse anpassen lassen. Was kann K tun? ◀

- 66 K könnte eine Abänderungsklage gem. § 323 erheben.<sup>16</sup> Bei der Rentenzahlung gem. § 843 Abs. 1 BGB handelt es sich um eine Ausprägung des Schadensersatzanspruchs, nicht um eine Unterhaltsklage. Für Unterhaltssachen wäre die spezielle Regelung für die Abänderung gerichtlicher Entscheidungen in § 238 FamFG zu nutzen. Gem. § 323 Abs. 1 kann bei einer Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen bei einer wesentlichen Änderung der der Entscheidung zugrunde liegenden tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, eine Abänderung des Urteils verlangt werden. Die h.M. sieht in § 323 einen Fall der Rechtskraftdurchbrechung.<sup>17</sup>

- 67 Die Abänderungsklage muss im Zusammenhang mit § 258 gesehen werden. Nach § 258 kann bei wiederkehrenden Leistungen auch wegen der erst nach Erlass des Urteils fällig werdenden Leistungen Klage auf künftige Entrichtung erhoben werden. Die Höhe der künftigen Leistungen stellt das Gericht auf der Grundlage einer Prognose über die künftige Entwicklung fest. Die tatsächliche Entwicklung kann naturgemäß davon abweichen. Daher gibt § 323 die Möglichkeit der Korrektur von Prognosefehlern durch Anpassung.

15 R/S/G, ZPR, § 159 Rn. 1.

16 BGH, Urteil vom 20.12.1960, Az.: VI ZR 38/60 = NJW 1961, 871.

17 Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 323 Rn. 1 (m.w.Nw.). Dafür sprechen die Neufassungen der § 323 Abs. 4 und § 238 Abs. 4 FamFG; kritisch noch R/S/G, ZPR, § 158 Rn. 4. § 323 setzt jedoch die Rechtskraft nicht voraus. Solange Berufung gegen das Urteil möglich ist, wird eine Wahlmöglichkeit angenommen, vgl. Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 323 Rn. 4.

Besondere Prozessvoraussetzungen der Abänderungsklage sind:

68

- das Vorliegen eines stattgebenden Urteils, das eine Verurteilung zu wiederkehrenden Leistungen enthält.
- es muss eine **wesentliche Änderung** der wirtschaftlichen Verhältnisse behauptet werden. Die Behauptung reicht bei der Zulässigkeit aus. Ob die Änderung wirklich eingetreten ist, ist eine Frage der Begründetheit der Klage. Eine wesentliche Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse wird angenommen, wenn der tatsächliche Bedarf vom ausgerichteten Unterhaltsanspruch um etwa 10 % abweicht.
- die Gründe, die die Abänderung rechtfertigen, dürfen erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden sein (§ 323 Abs. 2).

► **Vertiefung:** Die Abänderungsklage (§ 323) ist von der **Vollstreckungsgegenklage** (§ 767) abzugrenzen. Die Abgrenzung ist auch in der Praxis schwierig. Vereinfachend gilt: Die Abänderungsklage ist bei Änderung des anspruchsbegründenden Tatbestandes, die Vollstreckungsgegenklage bei rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Einwendungen zu wählen. Die Vollstreckungsabwehrklage beseitigt nicht den Titel, sondern nur dessen Vollstreckbarkeit.<sup>18</sup> ◀

## 2. Die Wiederaufnahme des Verfahrens

**Literatur:** *Braun*, Rechtskraft und Restitution, 1. Teil, 1979, 2. Teil, 1985; *Fleischer*, Restitutionsklage gemäß § 580 ZPO bei unrichtiger Tatsachenfeststellung, MDR 1999, 74; *Gaul*, Materielle Rechtskraft, Vollstreckungsabwehr und zivilrechtliche Ausgleichsansprüche, JuS 1962, 1; *ders.*, Der Widerruf der Rechtsmittelrücknahme nach rechtskräftigem Verfahrensabschluss unter Berücksichtigung des gleichen Problems beim Rechtsmittelverzicht, ZZZ 74 (1961), 51; *Schieder-mair*, Zum Verhältnis von Wiederaufnahmeverfahren und Vorprozess, FS Dölle, 1963, S. 329.

Die Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 578 ff.) suchen einen Ausgleich zwischen der notwendigen Bestandskraft von Entscheidungen und der materiellen Gerechtigkeit. Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass selbst verfahrensfehlerhafte und inhaltlich falsche Urteile rechtskräftig werden und nicht korrigierbar sind. Hiervon macht das Wiederaufnahmeverfahren eine Ausnahme. Das Wiederaufnahmeverfahren ist als ein den Rechtsmitteln ähnlicher Rechtsbehelf anzusehen, hat jedoch weder Suspensiv- noch Devolutiveffekt.

69

Es ist geteilt in die Nichtigkeitsklage (§ 579) und die Restitutionsklage (§ 580).

70

### a) Die Nichtigkeitsklage

Die Nichtigkeitsklage ist bei schwersten Verfahrensfehlern statthaft, vor allem, wenn das Gericht nicht ordnungsgemäß besetzt war (§ 579 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3). Immer wenn das Gericht im Wiederaufnahmeverfahren einen derartigen Verfahrensverstoß feststellt, hat es der Klage stattzugeben. Ob das Urteil darauf beruht, ist unerheblich.

71

Die Nichtigkeitsklage ist wegen der Fehler der § 579 Abs. 1 Nr. 1 und 3 unbegründet, wenn die Nichtigkeit durch ein Rechtsmittel hätte geltend gemacht werden können (§ 579 Abs. 2).

72

18 Zur Abgrenzung R/S/G, ZPR, § 159 Rn. 16 ff.; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 323 Rn. 2; *Jakoby*, Das Verhältnis der Abänderungsklage gemäß § 323 ZPO zur Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO, 1991; *Meister*, Zum Verhältnis von Abänderungs-, Vollstreckungsabwehr- und Zusatz (Nachforderungs-)klage, FamRZ 1980, 864.

b) Die Restitutionsklage

- 73 Die Restitutionsklage ist statthaft, wenn das Urteil auf einer verfälschten Urteilsgrundlage beruht. Die Restitutionsklage ist im Unterschied zur Nichtigkeitsklage aber nur begründet, wenn das Urteil auf dem Restitutionsgrund beruht.<sup>19</sup>
- 74 Bei den Restitutionsgründen in § 580 Nr. 1–5 ist die Grundlage des Urteils durch eine strafbare Handlung verfälscht worden, § 580 Nr. 6 und 7 betreffen neues Vorbringen. Das Auffinden einer Urkunde, die eine günstigere Entscheidung herbeiführen würde, ist in der Praxis der wichtigste Fall der Restitutionsgründe. Zusätzlich enthält § 185 Abs. 1 FamFG einen Restitutionsgrund in Kindschaftssachen, wenn ein neues Vaterschaftsgutachten vorgelegt wird.
- 75 Die Restitutionsklage ist nur zulässig, wenn die Partei ohne ihr Verschulden außerstande war, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren geltend zu machen (§ 582).

c) Dreiteilung des Wiederaufnahmeverfahrens

- 76 Die folgenden Ausführungen gelten sowohl für die Nichtigkeitsklage als auch für die Restitutionsklage. Das Wiederaufnahmeverfahren soll im Ergebnis zu einer Neuentscheidung eines Rechtsstreits führen, der an sich rechtskräftig abgeschlossen ist. Dabei prüft das Gericht in drei Schritten:

■ Die Zulässigkeit der Wiederaufnahmeklage (§ 589)

Allgemeine Prozessvoraussetzungen

Die ausschließliche Zuständigkeit in § 584 ist zu beachten.<sup>20</sup>

**Besondere Prozessvoraussetzungen der Wiederaufnahmeklage:**

- Statthaftigkeit (§ 578)
  - Beschwer des Wiederaufnahmeklägers durch das angefochtene Urteil
  - Unverschuldete Unmöglichkeit, den Restitutionsgrund früher geltend zu machen (§ 582)
  - Wahrung der Klagefrist (§ 586).<sup>21</sup> Nach Ablauf von fünf Jahren sind die Klagen nicht mehr statthaft (§ 586 Abs. 2 S. 2).
  - Inhalt der Klageschrift (§ 587)
  - Behauptung eines Wiederaufnahmegrundes
- Die Begründetheit der Wiederaufnahmeklage
- Das Gericht prüft, ob der behauptete Wiederaufnahmegrund gegeben ist. Ist das der Fall, wird das Urteil rückwirkend aufgehoben.
- Das Gericht verhandelt den Rechtsstreit neu (§ 590 Abs. 1).

3. Durchbrechung der Rechtskraft gem. § 826 BGB

- 77 Die Rechtskraft muss nach ständiger Rechtsprechung des BGH dann zurücktreten, wenn es mit dem Gerechtigkeitsgedanken unvereinbar wäre, dass der Titelgläubiger seine formelle Rechtsstellung unter Missachtung der materiellen Rechtslage zulasten

19 R/S/G, ZPR, § 160 Rn. 1; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, Vorbem. § 578 Rn. 1.

20 R/S/G, ZPR, § 162 Rn. 3 ff.

21 Die Rechtskraft eines Berufungsurteils tritt nicht bereits mit dem Erlass, sondern erst mit der Zustellung des Zurückweisungsbeschlusses ein. Vgl. BGH, Urteil vom 19.10.2005, Az.: VIII ZR 217/04 = NJW 2005, 3724 (s.u. § 31 Rn. 8).

des Schuldners ausnutzt.<sup>22</sup> Dazu lässt der BGH die Anwendung des § 826 BGB zu. Hierdurch schafft er neben dem Wiederaufnahmeverfahren ein weiteres Mittel zur Durchbrechung der Rechtskraft durch Richterrecht. Die Einschränkungen des Wiederaufnahmeverfahrens gelten für die Anwendung des § 826 BGB nicht, insbesondere kann die Klage nach § 826 BGB auch nach Ablauf der Frist des § 586 Abs. 2 S. 2 erhoben werden.

Die Literatur lehnt dies zumeist ab, weil die Wiederaufnahmegründe durch den Gesetzgeber zu Recht eng gehalten seien und die Rechtssicherheit vorgehe.<sup>23</sup> 78

§ 826 BGB bietet nach Ansicht des BGH sowohl eine Möglichkeit der Rechtskraftdurchbrechung, wenn eine **Urteilerschleichung** erfolgt ist (das Urteil ist erschlichen, wenn durch sittenwidrige Handlung ein der materiellen Rechtslage widersprechendes Urteil erlangt worden ist) als auch dann, wenn eine **sittenwidrige Ausnutzung unrichtiger Urteile** vorliegt. 79

In beidem sieht der BGH eine vorsätzliche unerlaubte Handlung. 80

Mit der Klage gem. § 826 BGB wird nicht die Aufhebung des falschen Urteils, sondern Schadensersatz durch Unterlassung der Zwangsvollstreckung und Herausgabe des Titels, bei bereits erfolgter Zwangsvollstreckung Wiederherstellung des früheren Zustandes bzw. Geldersatz verlangt.<sup>24</sup> 81

Die Anwendung des § 826 BGB muss jedoch auf besonders schwerwiegende, eng begrenzte Ausnahmefälle beschränkt bleiben, um nicht das Institut der Rechtskraft auszuhöhlen. Hierzu sind nach der Rechtsprechung **drei Voraussetzungen** erforderlich:

- Der Titel muss materiell unrichtig sein. Der für vollstreckbar erklärte Anspruch darf nicht oder nicht im titulierten Umfang bestehen.
- Der Titelgläubiger muss die Unrichtigkeit des Titels kennen.
- Es müssen besondere Umstände hinzutreten, aufgrund derer es dem Gläubiger zugemutet werden muss, die ihm unverdient zugefallene Rechtsposition aufzugeben.

Wann diese Umstände gegeben sind, entscheidet die Rechtsprechung im Einzelfall. Bejaht wurden sie z.B. bei Wahl des Mahnverfahrens zur Umgehung einer Schlichtungsprüfung.<sup>25</sup> Relevanz erlangte diese Rechtsprechung bei Vollstreckungsbescheiden aus sittenwidrigen Verbraucherkrediten (s. aber nunmehr Ausschluss des Mahnverfahrens gem. § 688 Abs. 2 Nr. 1).

22 Zusammenfassung und Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung bei BGH, Urteil vom 24.9.1987, Az.: III ZR 187/86 = BGHZ 101, 380 = NJW 1987, 3256.

23 Nachweise bei R/S/G, ZPR, § 162 Rn. 5.

24 R/S/G, ZPR, § 163 Rn. 13.

25 BGH, Urteil vom 24.9.1987, Az.: III ZR 187/86 = BGHZ 101, 380, 387 = NJW 1987, 3256, 3258.



**Wiederholungs- und Vertiefungsfragen**

---

- > Was sind Arten gerichtlicher Entscheidungen?
- > Wann muss ein Endurteil ergehen?
- > Was ist ein Grundurteil und welche Wirkung hat es?
- > Wodurch erlangt ein Urteil rechtliche Existenz?
- > Wie ist ein Urteil gegliedert?
- > Wann ist ein Urteil formell rechtskräftig?
- > Wie wirkt sich die materielle Rechtskraft eines Urteils aus?
- > Worauf erstreckt sich die materielle Rechtskraft?
- > Wird auch über Einwendungen und Einreden rechtskräftig entschieden?
- > Welche Fälle der Durchbrechung der Rechtskraft gibt es?

## H. Rechtsmittel

### § 29 Überblick

**Literatur:** *Pils*, Das System der Rechtsbehelfe im Zivilprozess, JA 2011, 451; *Roth*, Zivilprozessuales Rechtsmittelrecht und funktionale Zweigliedrigkeit, JZ 2006, 9; *Saueressig*, Das System der Rechtsmittel nach dem Zivilprozessreformgesetz, 2008; *Stackmann*, Fünf Jahre reformiertes Rechtsmittelverfahren im Zivilprozess, NJW 2007, 9; *Weth*, Die große Justizreform, ZZZ 120 (2007), 135.

Durch Rechtsmittel erhalten die Parteien eines Rechtsstreits die Möglichkeit, eine ihnen ungünstige Entscheidung durch ein Gericht höherer Instanz überprüfen zu lassen. 1  
Zwar verzögert dies eine endgültige Entscheidung des Rechtsstreits, der Gesetzgeber nimmt das jedoch hin, um das Vertrauen der Parteien in eine gerechte Entscheidung zu stärken. Durch Rechtsmittel werden die unteren Instanzen gezwungen, ihre Entscheidung sorgfältig zu begründen, die höheren Instanzen haben die Möglichkeit, die Rechtsanwendung zu vereinheitlichen und das Recht insgesamt fortzubilden.

Die ZPO-Reform 2002 hatte vor allem die Neuregelung des Berufungs- und Beschwerderechts zum Gegenstand. Die Neuordnung des Rechtsmittelrechts ist aber aktuell noch nicht abgeschlossen. Nach wie vor wird auf Fachebene über eine „große“ Justizreform diskutiert. Auch daraus ergibt sich die Bedeutung des Bereiches im Staatsexamen. 2

Ob es ein **Recht auf Rechtsmittel** gibt, war lange umstritten. Grundsätzlich folgt weder aus Art. 19 Abs. 4 GG noch aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch, aber auch nicht aus Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. dem Verfahrensgrundrecht der Europäischen Grundrechtecharta (Art. 47) ein Anspruch auf einen Rechtsmittelzug. Es wird nur das Offenstehen des Rechtswegs an sich garantiert. Insofern ist es grundsätzlich ausreichend, dass effektiver Rechtsschutz in einer Instanz zur Verfügung steht. Es ist Sache des einfachen Gesetzgebers zu entscheiden, ob er einen Rechtsmittelzug installiert. 3

**Merke:** Die Verfassung garantiert keinen Instanzenzug.

Ein Recht auf Rechtsmittel wird jedoch dann angenommen, wenn im Verfahren selbst, 4  
egal in welcher Instanz (!)<sup>2</sup>, Verfahrensgrundrechte einer Partei durch das Gericht verletzt werden, vor allem, indem es kein rechtliches Gehör gewährt. Die Frage hat 2003 zu einer Plenarentscheidung des BVerfG geführt.<sup>3</sup> Dabei handelt es sich um **Rechtsschutz gegen den Richter**. Der Gesetzgeber hat das Problem für die Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG durch das **Anhörungsrügensgesetz** gelöst.<sup>4</sup> Eine Regelung für die Verletzung aller Verfahrensgrundrechte ist nicht erfolgt.

1 BVerfG, Beschluss vom 30.4.2003, Az.: 1 PBvU 1/02 = NJW 2003, 1924; R/S/G, ZPR, § 134 Rn. 14.

2 S. Einfügung § 544 Abs. 7: Hat das Berufungsgericht den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt, so kann das Revisionsgericht abweichend von Absatz 6 in dem der Beschwerde stattgebenden Beschluss das angefochtene Urteil aufheben und den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverweisen.

3 Dazu BVerfG, Beschluss vom 30.4.2003, Az.; 1 PBvU 1/02 = NJW 2003, 1924; dazu *Vosskuhle*, NJW 2003, 2193. Umfassender *Höflein*, Judikatives Unrecht, 2007.

4 Gesetz über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vom 9.12.2004, BGBl. I, 3220. Das BVerfG (Beschluss vom 30.4.2003, Az.: 1 PBvU 1/02 = NJW 2003, 1924) hatte festgestellt, dass die Verfahrensordnungen eine fachgerichtliche Abhilfemöglichkeit für den Fall vorsehen müssen, dass ein Gericht in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Rügt eine Partei,

**Merke:** Unterscheiden Sie den Anspruch auf Rechtsschutz durch den Richter vom Anspruch auf Rechtsschutz gegen den Richter.

- 5 Es gibt in der ZPO keinen Allgemeinen Teil des Rechtsmittelrechts. Die einzelnen Rechtsmittel sind weitgehend gesondert geregelt, in Einzelfällen gibt es Verweisungen, wie im Fall des § 565, der für die Revision auf bestimmte Vorschriften des Berufungsverfahrens verweist.
- 6 Im Folgenden sollen daher nur drei Fragen vorab erörtert werden. Dies sind die Eigenart von Rechtsmitteln in Abgrenzung von Rechtsbehelfen (I.), der Prüfungsaufbau einer Rechtsmittelprüfung (II.) und das Verschlechterungsverbot (III.). Ansonsten erfolgt die Darstellung der einzelnen Rechtsmittel wie in der ZPO selbst gesondert für jedes Rechtsmittel.

### I. Unterscheidung von Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen

- 7 Rechtsmittel haben
    - Suspensiveffekt
    - und
    - Devolutiveffekt.
  - 8 Sie führen zu einer Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung.
  - 9 Suspensiveffekt bedeutet, dass die Einlegung des Rechtsmittels den Eintritt der Rechtskraft verhindert (§ 705 S. 2).
  - 10 Devolutiveffekt bedeutet, dass eine höhere Instanz über das Rechtsmittel entscheidet. Auch wenn das Gericht, dass die Entscheidung erlassen hat, zunächst eine Abhilfemöglichkeit hat, bevor das höhere Gericht entscheidet, ist ein Devolutiveffekt gegeben (so bei der sofortigen Beschwerde, vgl. § 572 Abs. 1, § 32 Rn. 6).<sup>5</sup>
  - 11 Diese Kriterien erfüllen nur die Berufung (§§ 511 ff.), die Revision (§§ 542 ff.) und die Beschwerde (§§ 567 ff.).
- Merke:** Rechtsmittel sind Berufung (§§ 511 ff.), Revision (§§ 542 ff.) und Beschwerde (§§ 567 ff.).
- 12 Alle anderen Möglichkeiten in der ZPO, gegen eine bestimmte Entscheidung vorzugehen (Einspruch gegen Versäumnisurteil, Gehörsrüge, Abänderungsklage usw.), werden als **Rechtsbehelfe** bezeichnet.

### II. Aufbau einer Rechtsmittelklausur

- 13 Die Eigenart der Rechtsmittel, die Entscheidung einer unteren Instanz auf ihre Richtigkeit hin zu kontrollieren, führt zu einer typischen **Aufbauproblematik** der Rechtsmittelklausur.

---

dass ihr in einem Gerichtsverfahren nicht ausreichend rechtliches Gehör gewährt wurde, kann sie dies gerichtlich überprüfen lassen, ohne das BVerfG anrufen zu müssen. So sollen Verstöße gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör durch die Fachgerichte selbst sach- und zeitnah korrigiert werden. Die Regelungen gelten seit dem 1.1.2005.

<sup>5</sup> R/S/G, ZPR, § 134 Rn. 8.

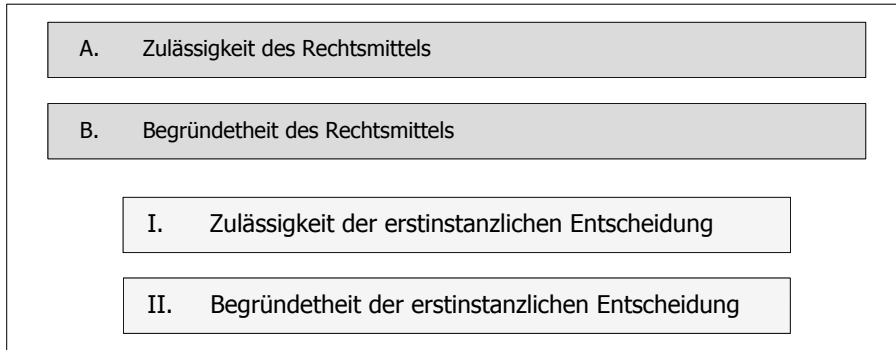


Abb. 44 Aufbau einer Rechtsmittelklausur

Rechtsmittel sind (wie die erstinstanzliche Klage auch), im Hinblick auf Zulässigkeit und Begründetheit zu prüfen. Die Zulässigkeit ist zwingend vor der Begründetheit zu prüfen. Ist das Rechtsmittel unzulässig, wird es als unzulässig **verworfen** (so die Formulierung der ZPO, s. § 522 Abs. 1 S. 2 (Berufung), § 552 Abs. 1 S. 2 (Revision), § 572 Abs. 2 S. 2 (Beschwerde)). Eine Prüfung der Begründetheit darf nur erfolgen, wenn das Rechtsmittel zulässig ist. Ist das Rechtsmittel unbegründet, wird es **zurückgewiesen**. 14

Das Rechtsmittel ist nur dann begründet, wenn die Entscheidung der Vorinstanz falsch war. Dieser Fehler kann ein Fehler bei der Beurteilung der Zulässigkeit und/oder bei der Begründetheit der angefochtenen Entscheidung sein. 15

**Merke:** Alle Fragen der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung gehören in die Prüfung der Begründetheit des Rechtsmittels.

Das bedeutet also, dass die Zulässigkeit der angefochtenen Entscheidung (z.B. der Klage) bei der Begründetheit des Rechtsmittels geprüft wird. 16

### III. Verschlechterungsverbot

► **Fall 1:** K klagt vor dem AG auf Zahlung von 2.000 € gegen B aus Vertrag. Das AG gibt der Klage in Höhe von 1.000 € statt. K legt Berufung ein mit dem Antrag, das Urteil des AG dahin abzuändern, dass B zur Zahlung weiterer 1.000 € verurteilt wird. Das LG ist der Ansicht, dass ein Vertrag nicht besteht.

Kann es die Klage des K abweisen? Was wäre, wenn B Berufung eingelegt hätte, mit dem Antrag, das Urteil des AG aufzuheben und die Klage abzuweisen? ◀

Im Rechtsmittelverfahren gilt das Verschlechterungsverbot (*reformatio in peius*), das in § 528 S. 2 ausdrücklich normiert ist. Dieses ist Ausdruck des Dispositionsgrundsatzes, weil der Berufungskläger durch seinen Antrag bestimmen kann, worüber das Berufungsgericht entscheiden soll. Das Gericht darf das Urteil erster Instanz nicht zum Nachteil des Berufungsklägers abändern. Der in erster Instanz erlangte Besitzstand bleibt damit gewahrt. Hält das LG den Vertrag für unwirksam, so kann es die Berufung zurückweisen, nicht aber die Klage insgesamt abweisen. 17

Anders ist dies, wenn der Beklagte Berufung einlegt. Hier gilt das Verschlechterungsverbot nicht. Das Berufungsgericht kann der Berufung stattgeben und die Klage abweisen. 18

- 19 Um das Verbot der *reformatio in peius* auszuschalten und in der zweiten Instanz nicht nur verlieren zu können, kann der Beklagte auch von dem Mittel der **Anschlussberufung** (§ 524) Gebrauch machen. Damit beantragt er, wenn der Kläger Berufung einlegt, das Urteil auch zu seinen Gunsten abzuändern. Im obigen Fall 1 hätte B, statt selbstständig Berufung einzulegen, sich auch der Berufung des K anschließen können. Dann kann das Urteil auch zu seinen Gunsten abgeändert werden.
- 20 Neben der Anschlussberufung gibt es auch die Anschlussrevision (§ 554), die Anschlussbeschwerde (§ 567 Abs. 3) und die Anschlussrechtsbeschwerde (§ 574 Abs. 4).
- 21 Der Vorteil der Anschlussberufung (ebenso der anderen Anschlussrechtsmittel) liegt darin, dass der Beklagte diese auch noch nach Ablauf der für ihn laufenden Rechtsmittelfrist und auch nach Verzicht auf die Berufung einlegen kann (§ 524 Abs. 2). Er kann dies auch davor tun, dadurch verliert die Anschlussberufung nicht ihre Unselbstständigkeit. Ansonsten könnte der Kläger seine Frist zur Einlegung voll ausschöpfen, die des Beklagten wäre entweder schon abgelaufen oder lief demnächst ab, so dass die Einlegung zu spät kommen könnte. Zudem muss der Wert des Beschwerdegegenstandes nicht erreicht sein und die Anschließung muss auch nicht zugelassen werden.
- 22 Die Anschlussberufung muss bis zum Ablauf der dem Berufungsbeklagten gesetzten Frist zur Berufungserwiderung (§ 521 Abs. 2) eingelegt werden (§ 524 Abs. 2 S. 2)<sup>6</sup> und bereits in der Einlegungsschrift begründet werden (§ 524 Abs. 3).
- 23 Das Schicksal der Anschlussberufung ist anders als eine selbstständige Berufung des Berufungsbeklagten von dem der Berufung abhängig (§ 524 Abs. 4). Sie setzt bei Einlegung eine zulässige Berufung voraus. Wird die Berufung zurückgenommen, als unzulässig verworfen oder durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 zurückgewiesen (zu den Entscheidungsmöglichkeiten des Berufungsgerichts § 30 Rn. 41), verliert sie automatisch ihre Wirkung.

---

6 Zur Monatsfrist *Born*, NJW 2005, 3038.

## § 30 Die Berufung

**Literatur:** *Fellner*, Berücksichtigung eines neuen Sachvortrags mit neuen Angriffs- und Verteidigungsmitteln und die Folgen in der Berufungsinstanz, MDR 2007, 241; *Krüger*, Unanfechtbarkeit des Beschlusses nach § 522 Abs. 2 ZPO – Ein Zwischenruf, NJW 2008, 945; *Längsfeld*, Grundfälle zur Berufung in der ZPO – Teil I: Zulässigkeit, JA 2013, 289; *ders.*, Grundfälle zur Berufung in der ZPO – Teil II: Begründetheit, JA 2013, 362; *Nasall*, Verfassungsgerichtliche Lawinensprengung? – Das BVerfG und die Berufungs-Beschlusszurückweisung, NJW 2008, 3390; *Radke*, Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss (§ 522 Abs. 2 ZPO) – eine Verteidigungsschrift, JM 2015, 228; *Schmidt*, Verfahrensfehlerhafte erneute Tatsachenfeststellung und Zulassung neuen Vortrags in der Berufungsinstanz, NJW 2007, 1172; *Stackmann*, Die Neugestaltung des Berufungs- und Beschwerdeverfahrens in Zivilsachen durch das Zivilprozessreformgesetz, NJW 2002, 781; *Stöber*, Neues Berufungsvorbringen nach erstinstanzlicher Verletzung der richterlichen Hinweispflicht, NJW 2005, 3601; *Trimbach*, Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss im Zivilprozess – notwendig und verfassungsgemäß, NJW 2009, 401.

Die Berufung ist das statthafte Rechtsmittel gegen Endurteile der ersten Instanz (§ 511 Abs. 1). 1

**Merke:** Die Statthaftigkeit eines Rechtsmittels ist gegeben, wenn es für eine Entscheidung dieser Art grundsätzlich zugelassen ist.

Berufungsfähige Urteile können erstinstanzliche Urteile der AG oder der LG sein. 2  
Zuständig ist bei Berufungen gegen Urteile des AG grds. das LG (§ 72 GVG), gegen Urteile des LG das OLG (§ 119 Abs. 1 Nr. 2 GVG; zu Einzelheiten s. Rn. 7). Im Jahr 2019 wurden vor dem LG von 131.729 berufungsfähigen Urteilen 39.705 Berufungen eingelegt. Das sind 30,14 %. Vor dem OLG beträgt diese Quote 51,2 %.<sup>1</sup>

Die Berufung führt zu einer Fehlerkontrolle, wobei die Richtigkeit der Tatsachenfeststellung und die Rechtsanwendung umfassend nachgeprüft werden. Ausnahmsweise können neue Tatsachen berücksichtigt werden. 3

Vor der **ZPO-Reform 2002** konnte in der Berufungsinstanz der Rechtsstreit insgesamt neu aufgerollt werden.<sup>2</sup> Das Berufungsgericht konnte umfassend sowohl neue Tatsachen berücksichtigen als auch die Rechtsanwendung prüfen. Die Reform wollte ursprünglich die erste Instanz dadurch stärken, dass das Berufungsgericht auf eine reine Fehlerkontrolle beschränkt wird, also darauf, ob das Ausgangsgericht den Tatbestand rechtsfehlerfrei ermittelt und das Recht darauf richtig angewendet hat. Neues Vorbringen sollte nur ganz ausnahmsweise zugelassen werden. Dieses radikale Vorgehen war nicht konsensfähig. Herausgekommen ist ein Mix, der sich dem Anfänger zu Recht nur schwer erschließt (zu den Berufungsgründen s.u. Rn. 25, 31 ff.). 4

### I. Die Zulässigkeit der Berufung

#### 1. Statthaftigkeit

Die Berufung ist statthaft gegen Endurteile der ersten Instanz (§ 511 Abs. 1). 5

Bei der Zuständigkeit für die Berufung handelt es sich um eine funktionelle Zuständigkeit (s.o. § 6 Rn. 82) (die sachliche kann es nicht sein, da die sachliche Zuständigkeit 6

1 [https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publicationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210197004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publicationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210197004.pdf?__blob=publicationFile) (abgerufen am 16.6.2023).

2 § 525 ZPO a.F. Neue Verhandlung: „Vor dem Berufungsgericht wird der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt.“

die Eingangsinstanz betrifft). In der **Rechtsbehelfsbelehrung** (§ 232) ist über das statt-hafte Rechtsmittel sowie über das Gericht, bei dem der Rechtsbehelf einzulegen ist, über den Sitz des Gerichts und über die einzuhaltende Form und Frist zu belehren.

- 7 Berufungsgericht ist das LG gegen Urteile des AG (§ 72 GVG) oder das OLG gegen Urteile des LG (§ 119 Abs. 1 Nr. 2 GVG).

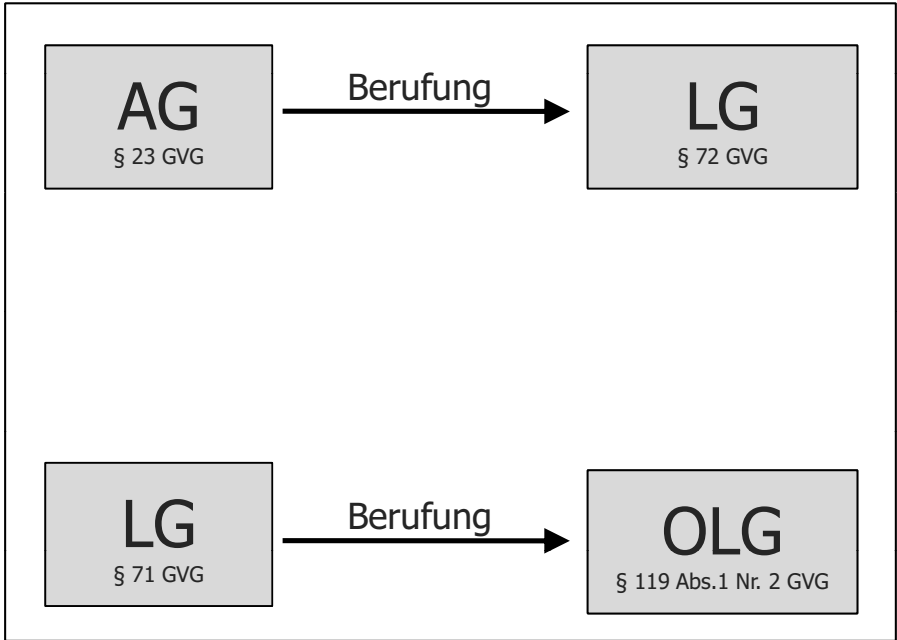


Abb. 45 Funktionelle Zuständigkeit für die Berufung ohne Familiensachen

## 2. Form der Einlegung in der Berufungsfrist

- 8 Die Einlegung der Berufung muss von der Berufungsbegründung unterschieden werden. Zwar kann die Begründung schon in der Berufungsschrift enthalten sein (§ 520 Abs. 3), in der Praxis ist dies aber die Ausnahme. Dann erfolgt die Berufungsbegründung gesondert in einem Schriftsatz.
- 9 Die Berufung wird durch Einreichung einer **Berufungsschrift** eingelegt (§ 519 Abs. 1). Der notwendige Inhalt ergibt sich aus § 519 Abs. 2. Da die Berufungsschrift bestimmender Schriftsatz ist (s.o. § 8 Rn. 16), muss sie durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Ist eine nicht von dem Prozessbevollmächtigten unterzeichnete Berufungsschrift zehn Tage vor Ablauf der Berufungsfrist beim Rechtsmittelgericht eingegangen und hat das Gericht den Prozessbevollmächtigten nicht rechtzeitig auf das Fehlen der Unterschrift hingewiesen, so ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (dazu § 9 Rn. 23) zu gewähren<sup>3</sup> (zur Einreichung per E-Mail s. § 8 Rn. 17). Die Berufungsschrift muss über den Wortlaut des § 519 Abs. 2 hinaus (!) klar angeben, für und gegen

3 BGH, Beschluss vom 14.10.2008, Az.: VI ZB 37/08 = NJW-RR 2009, 564.

wen das Rechtsmittel eingelegt wird.<sup>4</sup> Die Angabe der ladungsfähigen Anschrift des Berufungsklägers ist keine Zulässigkeitsvoraussetzung.<sup>5</sup> Im Anwaltsprozess muss die Berufungsbegründung von einem dazu bevollmächtigten und bei dem Prozessgericht postulationsfähigen Rechtsanwalt unterschrieben sein.<sup>6</sup>

Die Parteien werden im Berufungsverfahren **Berufungskläger** und **Berufungsbeklagter** genannt. Berufungskläger ist derjenige, der das Rechtsmittel einlegt. Das kann der Kläger oder der Beklagte erster Instanz sein.

Die Einlegung hat in der **Notfrist** (§ 224 Abs. 1 (dazu § 9 Rn. 21)) von einem Monat ab wirksamer Zustellung des in vollständiger Form abgefassten erstinstanzlichen Urteils zu erfolgen. Sie beginnt ohne wirksame Zustellung spätestens mit dem Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung (§ 517). Es wird also jedes Urteil spätestens mit dem Ablauf von sechs Monaten nach der Verkündung (§ 311 Abs. 2 S. 1) rechtskräftig. Die Frist kann nicht verlängert werden, bei ihrer Versäumung kann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 233) gewährt werden. In der **Rechtsbehelfsbelehrung** (§ 232) ist über die einzuhaltende Form und Frist zu belehren.

10

11

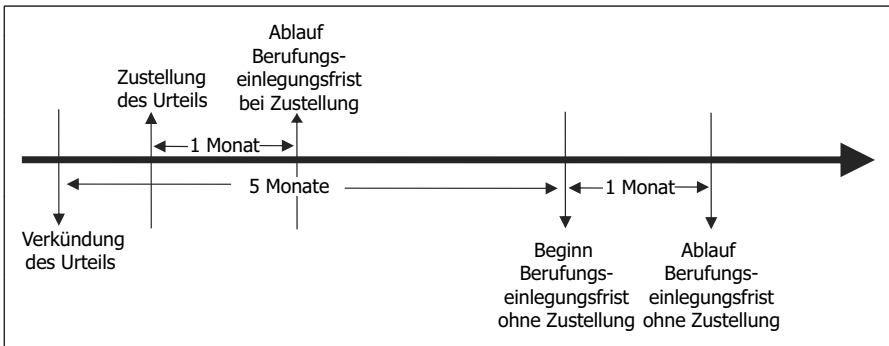


Abb. 46 Frist zur Einlegung der Berufung

Die Einreichung hat bei dem Gericht zu erfolgen, dass für die Berufung zuständig ist (§ 519 Abs. 1). Dies wird als *iudex ad quem* bezeichnet. Eine Einlegung beim Gericht erster Instanz (*iudex a quo*) wahrt die Frist nicht, es sei denn, die Berufungsschrift wird fristgerecht weitergeleitet. Allerdings besteht gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem aus Rechtsstaatsprinzip folgenden Anspruch auf ein faires Verfahren eine Weiterleitungspflicht des unzuständigen Gerichts an das Zuständige. In Fällen offensichtlicher eigener Unzuständigkeit stellt es für die Funktionsfähigkeit des Gerichts keine übermäßige Belastung dar, in Fürsorge für die Verfahrensbeteiligten einen fehlgeleiteten Schriftsatz im Rahmen des üblichen Geschäftsgangs (etwa fünf Werktage)<sup>7</sup> an das zuständige Gericht weiterzuleiten. Geschieht dies nicht, kann die nachfolgende Fristversäumnis nicht zulasten des Rechtsuchenden gehen und es ist Wiedereinsetzung (§ 233, s.o. § 9 Rn. 20 ff.) zu gewähren. Der Partei bzw. ihrem Prozessbevollmächtigten soll damit aber nicht generell die Verantwortung für die Ermittlung des richtigen

12

4 BGH, Urteil vom 13.10.1998, Az.: VI ZR 81–98 = NJW 1999, 291.  
 5 BGH, Urteil vom 11.10.2005, Az.: XI ZR 398/04 = NJW 2005, 3773.  
 6 BGH, Urteil vom 14.2.2006, Az.: VI ZB 44/05 = NJW 2006, 1521, 1522.  
 7 BGH, Beschluss vom 3.7.2006, Az.: II ZB 24/05 = NJW 2006, 3499.



Adressaten fristgebundener Verfahrenserklärungen abgenommen und auf unzuständige Gerichte verlagert werden.<sup>8</sup>

- 13 Die Berufung ist mit ihrer Einreichung eingelegt, auf die Zustellung (§ 521) kommt es nicht an.

### 3. Beschwer

► **Fall 1:** K beantragt vor dem AG, den B zur Zahlung von 1.000 € zu verurteilen. B beantragt Klageabweisung. Das Gericht spricht K nur 600 € zu. Wie hoch ist die Beschwer von K und B? ◀

- 14 Eine Partei, die in der ersten Instanz das bekommen hat, was sie beantragt hat, soll nicht die Möglichkeit haben, gegen das für sie positive Urteil auch noch ein Rechtsmittel einlegen zu können. Hierzu dient die Zulässigkeitsvoraussetzung der Beschwer, die im Gesetz nicht geregelt ist, aber letztlich eine Ausprägung des Rechtsschutzbedürfnisses ist.

- 15 Die Beschwer wird jedenfalls für den Kläger formell bestimmt.<sup>9</sup>

**Merke:** Beschwer ist das Zurückbleiben der Entscheidung hinter dem in erster Instanz gestellten Antrag.

- 16 Im Fall 1 ist K in Höhe von 400 € beschwert. Der B ist in Höhe von 600 € beschwert.

► **Vertiefung:** In diesem Bereich werden die Begriffe häufig durcheinander geworfen. Die 400 € sind der **Wert der Beschwer** des Klägers. Die eingeklagten 1.000 € waren der **Streitwert** des Verfahrens 1. Instanz. Der Wert der Beschwer kann maximal so hoch sein wie der Streitgegenstand in der 1. Instanz, wenn das Gericht die Klage vollumfänglich abweist. Wenn K in der Berufung die 400 € geltend macht, so ist dies der **Wert des Beschwerdegegenstands**. Dessen Obergrenze bildet der Wert der Beschwer, mehr kann K in der Berufung nicht einklagen. Wenn K aber nur 300 € in der Berufung geltend macht, so ist dieses der Wert des Beschwerdegegenstands. Dieser ist, eben weil K weniger beantragt, geringer als der Wert der Beschwer. Wenn § 511 Abs. 2 vom Wert des Beschwerdegegenstands spricht, ist nur dieser letztere Wert gemeint.<sup>10</sup> ◀

**Merke:** Beschwerdegegenstand ist der Teil der Beschwer, den der Berufungskläger mit der Berufung beseitigen will.

- 17 Nur wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 600 € übersteigt, ist die Berufung zulässig (511 Abs. 2 Nr. 1). Die ZPO-Reform 2002 hat diese Summe gesenkt. Ziel war es, auch wirtschaftlich unbedeutende Sachen in die höhere Instanz bringen zu können.

- 18 Bleibt der Wert des Beschwerdegegenstands darunter, so gibt es die Möglichkeit der **Zulassungsberufung** (§ 511 Abs. 2 Nr. 2). Die Zulassung macht eine ansonsten unstatthafte Berufung zulässig, wenn nicht noch weitere Voraussetzungen der Zulässigkeit fehlen. Das Gericht der ersten Instanz lässt im Urteil selbst die Berufung zu (§ 511 Abs. 4),

- wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder
- die Fortbildung des Rechts oder

8 BVerfG, Beschluss vom 17.1.2006, Az.: 1 BvR 2558/05 = NJW 2006, 1579; s. auch BGH, Beschluss vom 27.7.2016, Az.: XII ZB 203/15 = NJW-RR 2016, 1340.

9 S. zur Frage formeller oder materieller Beschwer des Beklagten im Einzelnen R/S/G, ZPR, § 136 Rn. 22.

10 Zu den Begriffen s. *Jauernig*, NJW 2001, 3027; R/S/G, ZPR, § 136 Rn. 28 und 37.

- die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert
- und die Partei durch das Urteil mit nicht mehr als 600 € beschwert ist.

Der letzte Halbsatz wurde durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz hinzugefügt, weil der Wert des Beschwerdegegenstands (§ 511 Abs. 2 Nr. 1) im Zeitpunkt der sonst zu prüfenden Zulassung durch das erstinstanzliche Gericht gar nicht bekannt sein konnte. Nun lässt das Gericht die Berufung zu, wenn der Wert der Beschwerde, der bei Urteilserlass feststeht, 600 € nicht überschreitet. Liegt der Wert der Beschwerde darüber, ist es Sache des Klägers, seinen Antrag in der Berufung so zu stellen, dass auch der Wert des Beschwerdegegenstands über 600 € liegt.

19

Das Berufungsgericht ist an die Zulassung gebunden (§ 511 Abs. 4).

20

#### 4. Berufungsbegründung

Der Berufungskläger muss die Berufung begründen (§ 520 Abs. 1).

21

Die Frist zur Begründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit Zustellung des abgefassten Urteils (nicht mit dem Zeitpunkt der Einlegung der Berufung!), spätestens fünf Monate nach der Verkündung (§ 520 Abs. 2). Diese Frist ist keine Notfrist, trotzdem ist Wiedereinsetzung statthaft (§ 233). Wird eine Berufungsbegründung per Telefax eingelegt, genügt für die Ausgangskontrolle, dass ein vom Faxgerät des Absenders ausgedrucktes Sendeprotokoll die ordnungsgemäße Übermittlung belegt und vor Fristablauf zur Kenntnis genommen wird. Kommt es beim elektronischen Übertragungsvorgang zu Fehlern, die aus dem Sendeprotokoll nicht ersichtlich sind, können sie einer Partei nicht als schuldhaftes Verhalten angelastet werden. Ihr ist insofern Wiedereinsetzung (§ 9 Rn. 23 ff.) zu gewähren.<sup>11</sup> Die Frist kann unter den in § 520 Abs. 2 genannten Voraussetzungen verlängert werden, was in der Praxis üblich ist. Wird die Frist um einen bestimmten Zeitraum verlängert und fällt der letzte Tag der ursprünglichen Frist auf einen Sonntag, einen allgemeinen Feiertag oder einen Sonnabend, so beginnt der verlängerte Teil der Frist erst mit dem Ablauf des nächstfolgenden Werktags.<sup>12</sup>

22

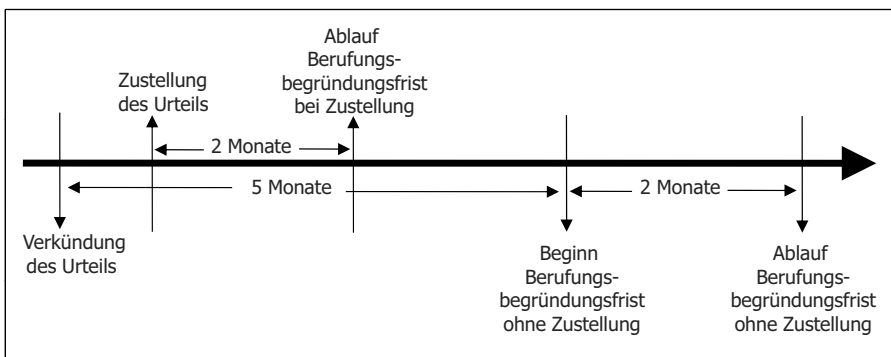


Abb. 47 Frist zur Begründung der Berufung

11 BGH, Beschluss vom 17.1.2006 – XI ZB 4/05 = NJW 2006, 1518.

12 BGH, Beschluss vom 14.12.2005 – IX ZB 198/04 = NJW 2006, 700.

- 23 Inhaltlich erfordert die Begründung die Angabe der **Berufungsanträge**, der **Berufungsgründe** und des neuen Streitstoffs, dessen es zur Rechtfertigung der Berufung bedarf.
- 24 Der Berufungskläger muss angeben, inwieweit er das Urteil anfecht und welche Abänderung des Urteils er beantragt (§ 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 1). Eine Berufungsbegründung bedarf einer aus sich heraus verständlichen Angabe, welche bestimmten Punkte des angefochtenen Urteils der Berufungskläger bekämpft und welche tatsächlichen oder rechtlichen Gründe er ihnen im Einzelnen entgegensetzt.<sup>13</sup> Mit diesen Anträgen wird der Gegenstand des Berufungsverfahrens festgelegt (§ 528).
- 25 Um den Anforderungen an die darzulegenden Berufungsgründe (im Einzelnen s. Rn. 31) zu genügen, muss der Berufungskläger
- entweder relevante Rechtsfehler des erstinstanzlichen Urteils durch Bezeichnung der dafürsprechenden Umstände rügen und deren Erheblichkeit für die Entscheidung dartun (§ 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2).<sup>14</sup> Dabei gibt es keine formalen Anforderungen. Für die Zulässigkeit der Berufung ist es unerheblich, ob die Ausführungen in sich schlüssig oder rechtlich haltbar sind. Die Berufungsbegründung muss aber auf den konkreten Fall zugeschnitten sein, formularmäßige pauschale Hinweise reichen nicht aus. Auch reicht es nicht aus, auf Vorbringen in der Klageschrift zu verweisen, den Vortrag in erster Instanz zu wiederholen oder einen Gehörsverstoß wegen Verletzung der Hinweispflicht zu rügen, ohne auszuführen, was auf einen entsprechenden Hinweis vorgetragen worden wäre. Hat das Erstgericht die Klageabweisung auf mehrere voneinander unabhängige, selbstständig tragende Gründe gestellt, muss sich die Begründung mit jedem der tragenden Erwägungsgründe konkret auseinandersetzen.<sup>15</sup> Wird die Klage dagegen allein aus dem Gesichtspunkt der Verjährung abgewiesen, reicht es grds. für eine ordnungsgemäße Berufungsbegründung aus, dass der Kläger vorträgt, die geltend gemachten Ansprüche seien nicht verjährt.<sup>16</sup>
  - Oder er muss konkrete Anhaltspunkte angeben, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der bisherigen Tatsachenfeststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten (§ 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 3). Dadurch soll bloß formelhaften Berufungsbegründungen entgegen gewirkt und eine Beschränkung des Prozessstoffs im Berufungsverfahren erreicht werden. Eine erneute Tatsachenfeststellung nach § 529 Abs. 1 S. 1 setzt nach Ansicht des BGH keine darauf bezogene Berufungsrüge voraus. Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen hat das Berufungsgericht selbst dann nachzugehen, wenn es sie unabhängig vom Parteivortrag aufgrund lediglich gerichtskundiger Tatsachen gewonnen hat.<sup>17</sup>

13 BGH, Beschluss vom 11.2.2020, Az.: VI ZB 54/19 = NJW-RR 2020, 503.

14 Zum Inhalt der Berufungsbegründung bei einer Rüge der Verletzung rechtlichen Gehörs BGH, Beschluss vom 28.7.2016, Az.: III ZB 127/15 = NJW 2016, 2890.

15 BGH, Beschluss vom 21.12.2021, Az.: VI ZB 18/20, BeckRS 2021,45086. Zu den Voraussetzungen an eine Berufungsbegründung siehe BGH, Beschluss vom 23.10.2012, Az.: XI ZB 25/11 = NJW 2013, 174, 175; BGH, Beschluss vom 27.1.2015, Az.: VI ZB 40/14 = NJW-RR 2015, 511; BGH, Urteil vom 10.2.2015, Az.: VI ZB 26/14 = NJW-RR 2015, 756; BGH, Urteil vom 3.3.2015, Az.: VI ZB 6/14 = NZV 2015, 378.

16 BGH, Urteil vom 10.3.2015, Az.: VI ZR 215/14 = NJW 2015, 1684.

17 BGH, Urteil vom 9.3.2005, Az.: VIII ZR 266/03 = BGHZ 162, 313, 319 = NJW 2005, 1583; im Anschluss an BGH, Urteil vom 12.3.2004, Az.: V ZR 257/03 = BGHZ 158, 269, 275 = NJW 2004, 1876; kritisch *Schmidt*, NJW 2007, 1172, 1173.

- Oder der Berufungskläger muss neue Angriffs- und Verteidigungsmittel angeben, sowie die Tatsachen, aufgrund derer die neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel nach § 531 Abs. 2 zuzulassen sind (§ 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 4).<sup>18</sup>

Es ist ausreichend, dass einer der genannten Gründe geltend gemacht wird. Das Vorliegen der Gründe wird im Rahmen der Begründetheit geprüft. Wird kein Berufungsgrund vorgebracht, ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen. 26

### 5. Die Prüfung der Zulässigkeit der Berufung

Nach § 522 Abs. 1 entscheidet das Berufungsgericht von Amts wegen, ob die Berufung statthaft, form- und fristgerecht eingelegt und gemäß § 520 begründet ist. Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, so kann das Gericht die Berufung durch Beschluss als unzulässig verwerfen; eine mündliche Verhandlung findet nicht statt. Dieser Weg wird dann gewählt, wenn die Unzulässigkeit eindeutig ist und eine Aussprache mit den Parteien nicht notwendig ist. Trotzdem ist zuvor rechtliches Gehör zu gewähren. Gegen den Beschluss, der die Berufung als unzulässig zurückweist, findet die Rechtsbeschwerde statt (§§ 522 Abs. 1 S. 4, 574 Abs. 1 Nr. 1). 27

Ist die Unzulässigkeit weniger eindeutig, kann über die Zulässigkeit mündlich verhandelt werden. Dann ergeht die Entscheidung im Urteil. Gegen das Urteil, das die Berufung als unzulässig zurückweist, findet die Revision statt. 28

### II. Zurückweisung durch Beschluss

Ist die Berufung zulässig, soll das Berufungsgericht gem. § 522 Abs. 2 vor einer Terminbestimmung das Rechtsmittel durch einstimmigen Beschluss unverzüglich zurückweisen, wenn es davon überzeugt ist, dass es 29

1. offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat,
2. der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, (Grundsätzliche Bedeutung kommt einer Sache nur dann zu, wenn sie eine klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl weiterer Fälle stellen kann und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt. Klärungsbedürftig sind solche Rechtsfragen, deren Beantwortung zweifelhaft ist oder zu denen unterschiedliche Auffassungen vertreten werden und die noch nicht oder nicht hinreichend höchstrichterlich geklärt sind.<sup>19</sup>)
3. eine Entscheidung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich zu sein scheint (§ 522 Abs. 2 S. 1) und
4. eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist.

Vor Erlass des Zurückweisungsbeschlusses muss das Gericht die Parteien auf die Absicht, einen Beschluss nach § 522 Abs. 2 zu erlassen, hinweisen (Hinweisbeschluss) und Gelegenheit zur Stellungnahme geben (§ 522 Abs. 2 S. 2). Allerdings ist eine Zurückweisung der Berufung durch das Berufungsgericht nicht bereits dann gerechtfertigt,

<sup>18</sup> Es ist zulässig, die mit der Berufung erstrebte Abänderung des erstinstanzlichen Urteils ausschließlich mit neuen Angriffs- und Verteidigungsmitteln zu begründen, soweit diese in der Berufungsinstanz zu berücksichtigen sind. Einer Auseinandersetzung mit den Gründen des angefochtenen Urteils bedarf es in diesem Falle nicht, vgl. BGH, Beschluss vom 27.3.2007, Az.: VIII ZB 123/06 = NJW-RR 2007, 934.

<sup>19</sup> BVerfG, Beschluss vom 4.11.2008, Az.: 1 BvR 2587/06 = NJW 2009, 572; Bt.Drs. 14/4722, S. 104; BGHZ 151, 221, 223 = NJW 2002, 3029; BGHZ 152, 182 = NJW 2003, 65, 67 f.

wenn den Parteien aufgrund eines Verfahrensfehlers in der ersten Instanz Gelegenheit zu weiterem Vortrag zu geben ist und dadurch eine Beweisaufnahme erforderlich werden kann.<sup>20</sup>

- 30 Der Gesetzgeber hat Ende 2011 die Regelungen der Beschlusszurückweisung von Berufungen korrigiert, nachdem er in der ZPO-Reform 2002 versucht hatte, Berufungsverfahren dadurch zu verkürzen, dass er die Zurückweisungsbeschlüsse für unanfechtbar erklärt hatte (§ 522 Abs. 3 a.F.).<sup>21</sup> Ziel war es, substanzlose Berufungen schnell zu erledigen und zu verhindern, dass der Eintritt der Rechtskraft durch aussichtslose Berufungen verzögert wird. Diese (alte) Regelung wurde jedoch stark kritisiert. Im Jahr 2011 wurde die Regelung daher korrigiert. Nach § 522 Abs. 3<sup>22</sup> ist der Zurückweisungsbeschluss nun mit dem Rechtsmittel anfechtbar, das bei einer Entscheidung durch Urteil zulässig wäre. Statthaftes Rechtsmittel ist die **Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH** (§ 544). Der Wert der mit der Revision (im Falle ihrer Zulassung) geltend zu machenden Beschwerde muss 20.000 EUR übersteigen (§ 544 Abs. 2 Nr. 1). Die Neuregelung führt aber inzwischen dazu, dass viele unbegründete Nichtzulassungsbeschwerden auch in aussichtslosen Sachen erhoben werden (die Erfolgsquote der Nichtzulassungsbeschwerde beträgt bei einigen BGH-Senaten nur etwa 3 %, ist bei anderen aber deutlich höher.<sup>23</sup>

### III. Die Begründetheit der Berufung

- 31 Die Berufung ist begründet, wenn nach der Sach- und Rechtslage, wie sie sich dem Berufungsgericht bei Erlass des Urteils darstellt, das angefochtene Urteil objektiv unrichtig ist.

Die ZPO-Reform hat den Charakter der Berufung entscheidend in Richtung auf eine **Fehlerkontrolle** geändert. Es erfolgt keine umfassende Neuverhandlung des Rechtsstreits mehr. Nach § 513 Abs. 1 kann die Berufung nur darauf gestützt werden,

- dass die Entscheidung auf einer Rechtsverletzung (§ 546) beruht oder
- nach § 529 zugrundezuliegende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen.

20 BGH, Urteil vom 14.5.2013, Az.: II ZR 76/12 = NJW-RR 2013, 1013.

21 Zur Reform s. *Lindner*, Stärkung der Rechtsmittelkontrolle: Reform des § 522 Abs. 2 und 3 ZPO, AnwBl 2011, 943; *Meller-Hannich*, Die Neufassung des § 522 ZPO, NJW 2011, 3393.

22 § 522 Abs. 2 S.1 neu gefasst, S.4 angefügt, Abs.3 neu gefasst mWv 27.10.2011 durch Gesetz vom 21.10.2011 (BGBl. I, 2082).

23 Statistik bei *Hoops/Groß*, Plädoyer gegen die Aufhebung von § 522 II ZPO, ZRP 2020, 74, Zur Kritik vgl. *Winter*, Die Nichtzulassungsbeschwerde – ein Scheinrechtsmittel, NJW 2016, 922; *Greger*, Reparatur missglückt – § 522 Abs. 2 ZPO muss erneut auf den Prüfstand, BRAK-Mitteilungen 2015, 22 und *Gehrlein*, Beschlusszurückweisung einer Berufung im Zivilprozess, NJW 2014, 3393; *Waclawik*, Aufruhr im Auenland: Was wird aus der Nichtzulassungsbeschwerde?, NJW 2016, 1639.

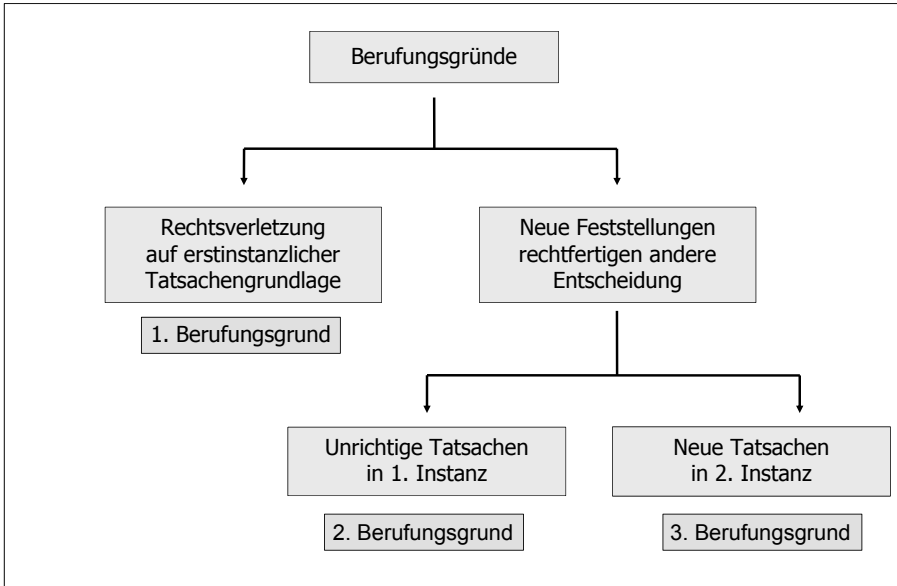


Abb. 48 Berufungsgründe

**1. Berufungsgrund der fehlerhaften Rechtsanwendung**

Der Prozessstoff erster Instanz gelangt durch die zulässige Berufung automatisch in die Berufungsinstanz und bildet die Grundlage der Entscheidung. 32

Erster Berufungsgrund ist der der fehlerhaften Rechtsanwendung (§ 513 Abs. 1 Fall 1 i.V.m. § 546). Dieser Berufungsgrund ist gegeben, wenn eine materielle oder prozessuale Rechtsnorm durch das erstinstanzliche Gericht nicht richtig angewendet worden ist. Bei der Kontrolle ist das Berufungsgericht nicht auf die in der Berufungsbegründung gerügten Mängel beschränkt (§ 529 Abs. 2 S. 2). Verzichtbare Verfahrensfehler werden nur berücksichtigt, soweit diese in der Berufungsbegründung gerügt wurden (§ 529 Abs. 2 S. 1). Die Verletzung nicht dispositiver Vorschriften wird dagegen von Amts wegen geprüft. Anhand dieses Maßstabes prüft das Berufungsgericht die Zulässigkeit und die Begründetheit der Ausgangsentscheidung nach. 33

Bestimmte Zulässigkeitsvoraussetzungen sind jedoch von einer Nachprüfung durch die zweite Instanz generell ausgenommen. Dies sind die Vorschriften über die Einhaltung des Rechtswegs, wenn eine bindende Entscheidung über den Rechtsweg vorliegt (§ 17 a Abs. 1 GVG) und die Vorschriften über die sachliche, örtliche und funktionelle Zuständigkeit (§ 513 Abs. 2). Die Berufung ist unzulässig, soweit sie auf die Verletzung der Normen über die Zuständigkeit gestützt wird. 34

► **Klausurhinweis:** Sie dürfen in der Klausur die Zuständigkeit (und eine Entscheidung über den Rechtsweg nach § 17 a GVG) nicht nachprüfen. Um ihr Wissen zu dokumentieren, sollten Sie darauf kurz hinweisen. ◀

Der Ausschluss des § 513 Abs. 2 gilt nicht für die **internationale Zuständigkeit**. Diese Frage war in Deutschland umstritten, weil der weit gefasste Wortlaut zunächst dafür zu sprechen scheint, dass eine Überprüfung der internationalen Zuständigkeit 35

durch die Berufungsinstanz ausscheiden muss. Auch das Argument, die internationale Zuständigkeit ergebe sich aus der örtlichen, die von § 513 Abs. 2 unstreitig erfasst ist, scheint zunächst dafür zu sprechen. Trotz des weiten Wortlauts wurde aber schon bisher von einigen die Regelung auf die örtliche und die sachliche Zuständigkeit beschränkt. Der BGH hat sich dem angeschlossen:<sup>24</sup> Die Möglichkeit der Nachprüfung begründet der BGH zu Recht mit der gegenüber den sonstigen Zuständigkeiten ungleich höheren Bedeutung der internationalen Zuständigkeit, die die Souveränitätsabgrenzung unter den Staaten vornehme, und mit der Bedeutung der internationalen Zuständigkeit für das Kollisionsrecht, die u.U. die Entscheidung des Prozesses vornehme.

## 2. Berufungsgrund der unrichtigen Tatsachenfeststellung

- 36 Durch die ZPO-Reform 2002 sollte der Tatsachenstoff des Berufungsverfahrens im Grundsatz auf den erstinstanzlichen Tatsachenstoff beschränkt werden. Damit sollte erreicht werden, dass die Parteien alle ihnen günstige Tatsachen in der ersten Instanz rechtzeitig und vollständig vortragen.
- 37 Der Berufungsgrund der unrichtigen Tatsachenfeststellung ergibt sich aus § 513 Abs. 1 Fall 2 i.V.m. § 529 Abs. 1 Nr. 1. Hierdurch wird die grundsätzliche Bindung an die Tatsachengrundlage erster Instanz durchbrochen, wenn konkrete Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen vorliegen, die eine neue Feststellung gebieten. Die neuere Rechtsprechung nach der ZPO-Reform 2002 führt inzwischen dazu, dass die vom Gesetzgeber bezweckte grundsätzliche Bindung deutlich gelockert wird.
- 38 Zweifel sind dann gegeben, „wenn eine gewisse, nicht notwendig überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen keinen Bestand haben werden.“<sup>25</sup> Ergeben sich derartige Zweifel an der Richtigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen, muss vor dem Berufungsgericht über diese Tatsachen neu verhandelt und Beweis erhoben werden. Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts begründen, können sich insbesondere aus **Verfahrensfehlern** ergeben, die dem Eingangsgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind. Ein solcher Verfahrensfehler liegt dann vor, wenn die Beweiswürdigung des erstinstanzlichen Urteils den Anforderungen nicht genügt, die von der Rechtsprechung zu § 286 Abs. 1 entwickelt worden sind (unvollständige oder in sich widersprüchliche Beweiswürdigung oder Verstoß gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze).<sup>26</sup> Für die Bindung des Berufungsgerichts an die Tatsachenfeststellung des erstinstanzlichen Gerichts genügt es (im Gegensatz zur revisionsrechtlichen Regelung (§ 559 Abs. 2)) aber nicht, dass die vorinstanzliche Tatsachenfeststellung keine Verfahrensfehler aufweist; selbst verfahrensfreier getroffene Tatsachenfeststellungen sind für das Berufungsgerichts nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 nicht bindend, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Feststellungen unvollständig oder unrichtig sind.

Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts können sich auch aus der Möglichkeit unter-

24 BGH, Urteil vom 28.11.2002, Az.: III ZR 102/02 = NJW 2003, 426, dazu *Leible*, NJW 2003, 407; BGH, Urteil vom 27.5.2003, Az.: IX ZR 203/02 = EuZW 2003, 703.

25 Begründung des Rechtsausschusses zu § 529 ZPO, Bt.Drs. 14/6036, S. 128.

26 BGH, Urteil vom 12.3.2004, Az.: V ZR 257/03 = BGHZ 158, 269, 275 = NJW 2004, 1876.

schiedlicher Wertung ergeben, insbesondere daraus, dass das Berufungsgericht das Ergebnis einer erstinstanzlichen Beweisaufnahme anders würdigt als das erstinstanzliche Gericht. Ist das Berufungsgericht von der Richtigkeit der erstinstanzlichen Beweiswürdigung nicht überzeugt, ist es an die erstinstanzliche Beweiswürdigung nicht gebunden, sondern zur Vermeidung eines Verstoßes gegen das Gebot rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) zu einer erneuten Tatsachenfeststellung nach der gesetzlichen Neuregelung nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet.<sup>27</sup>

### 3. Neue Tatsachen

Das Berufungsgericht legt seiner Entscheidung ausnahmsweise neues Vorbringen zugrunde, wenn dessen Berücksichtigung zulässig ist (§ 529 Abs. 1 Nr. 2). Dies ergibt sich aus § 531 Abs. 2, der neue Angriffs- und Verteidigungsmittel weitgehend ausschließt. Neu ist das Vorbringen, wenn es im ersten Rechtszug nicht vorgebracht wurde. Wird ein bereits schlüssiges Vorbringen aus der ersten Instanz im Berufungsverfahren konkretisiert oder verdeutlicht, so handelt es sich nicht um neues Vorbringen.<sup>28</sup> **Unstreitige neue Tatsachen** können nach neuer Rechtsprechung des BGH unabhängig von den Zulassungsvoraussetzungen des § 531 Abs. 2 in das Berufungsverfahren eingeführt werden. Das gilt auch dann, wenn infolge der unstreitigen neuen Tatsachen eine erneute Beweisaufnahme über streitiges, nunmehr relevantes Vorbringen erforderlich wird. § 531 Abs. 2 sei auf solche Tatsachen nicht anwendbar, weil sich die Vorschrift auf neue Angriffs- und Verteidigungsmittel bezieht. Darunter ist aber nur streitiges und daher beweisbedürftiges Vorbringen zu verstehen. Unstreitig gewordener Sachvortrag fällt nicht unter diese Bestimmung.<sup>29</sup>

39

► **Vertiefung:** Wenn man neuen unstreitigen Tatsachenvortrag in der Berufungsinstanz unabhängig von § 531 Abs. 2 zulässt, stellt sich die Frage, ob erstmals auch eine **Verjährungseinrede in der Berufungsinstanz** erhoben werden kann, wenn der zugrundeliegende Tatsachenstoff unstreitig ist. Die Rechtsprechung, selbst innerhalb der Senate des BGH, war nicht einheitlich.<sup>30</sup> Letztlich hat der XI. Senat die Frage dem Großen Senat für Zivilsachen gem. § 132 Abs. 2 GVG vorgelegt.<sup>31</sup> Dieser entschied, dass die erstmals im Berufungsrechtszug erhobene Verjährungseinrede unabhängig von den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 3 zuzulassen ist. § 531 Abs. 2 ist auf die erstmals in zweiter Instanz erhobene Verjährungseinrede nicht anzuwenden, wenn zwischen den Parteien sowohl die Erhebung der Einrede als auch die sie begründenden tatsächlichen Umstände unstreitig sind. Wenn man neuen unstreitigen Tatsachenvortrag zulässt, so ist es nur konsequent, auch eine darauf aufbauende Verjährungseinrede zuzulassen. Zu Recht begründet der Große Senat sein Urteil damit, dass der Umstand, dass ein Tatsachenvortrag erst aufgrund einer Einrede materiellrechtliche Wirkung entfaltet, keinen Anlass gibt, ihn in der Berufungsinstanz

27 BGH, Urteil vom 9.3.2005, Az.: VIII ZR 266/03 = BGHZ 162, 313, 319 = NJW 2005, 1583 unter Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 12.6.2003, Az.: 1 BvR 2285/02 = NJW 2003, 2524 und BVerfG, Beschluss vom 22.11.2004, Az.: 1 BvR 1935/03 = NJW 2005, 1487.

28 BGH, Urteil vom 19.3.2019, Az.: XI ZR 9/18 = NJW 2019, 2080, 2082 (Rn. 23).

29 BGH, Urteil vom 18.11.2004, Az.: IX ZR 229/03 = NJW 2005, 291.

30 Für die Zulassung in der Berufungsinstanz: BGH, Urteil vom 19.10.2005, Az.: IV ZR 89/05 = NJW 2006, 298, 299; BGHZ 161, 138 = NJW 2005, 291; BGH, Urteil vom 18.11.2004, Az.: IX ZR 229/03 = NJW 2005, 291. dagegen BGH, Urteil vom 21.12.2005, Az.: X ZR 165/04 = MDR 2006, 766 = GRUR 2006, 401.

31 BGH, Vorlagebeschluss vom 4.12.2007 – XI ZR 144/06 = NJW 2008, 1312.



anders zu behandeln als sonstigen, etwa materiellrechtliche Einwendungen stützenden Tatsachenvortrag.<sup>32</sup> ◀

40 Danach sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel zuzulassen,

- wenn das Berufungsgericht den Fall **materiellrechtlich** anders beurteilt als das Gericht erster Instanz.

In diesem Fall sind für die Subsumtion gänzlich andere Tatsachen erheblich und den Parteien kann auch nicht der Vorwurf gemacht werden, sie hätten die Tatsachen fahrlässig nicht vorgebracht (§ 531 Abs. 2 Nr. 3).

- wenn die Angriffs- und Verteidigungsmittel infolge eines **Verfahrensmangels des Gerichts** nicht vorgebracht wurden.

Von Bedeutung ist hier vor allem die Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht (§ 139), die nicht den Parteien angelastet werden darf.<sup>33</sup>

- wenn die Tatsachen ohne Fahrlässigkeit der Partei in der ersten Instanz nicht vorgebracht wurden.

Dies ist stets der Fall, wenn die Angriffs- und Verteidigungsmittel erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz entstanden sind. Früher entstandene Angriffs- und Verteidigungsmittel kann die Partei nur dann vorbringen, wenn sie die Tatsachen, auf denen diese beruhen, weder kannte noch kennen musste.

Mit der Revision kann geltend gemacht werden, dass das Berufungsgericht zu Unrecht eine neue Tatsachenfeststellung (§ 529 Abs. 1 Nr. 1) *nicht* vorgenommen hat. Ist aber eine Neufeststellung verfahrensfehlerhaft erfolgt, kann dies nicht gerügt werden. § 529 Abs. 1 dient – so der BGH – der Konzentration der Tatsachenfeststellung in der ersten Instanz. Dieser Zweck ist nicht mehr zu erreichen, wenn das Berufungsgericht (auch zu Unrecht) eine erneute Tatsachenfeststellung oder neues Vorbringen zugelassen hat (§ 529 Abs. 1 Nr. 2). In diesen Fällen sind die vom Berufungsgericht festgestellten oder berücksichtigten neuen Tatsachen dem weiteren Verfahren zu Grunde zu legen.<sup>34</sup>

▶ **Klausurhinweis:** Die einzelnen Berufungsgründe sind jeweils im Rahmen der Begründetheit der Berufung bei der Zulässigkeit und/oder bei der Begründetheit der Klage zu prüfen, soweit dieses in der Klausur geboten erscheint. Es gibt nicht bestimmte Berufungsgründe, die nur in der Zulässigkeit und bestimmte, die nur in der Begründetheit zu prüfen sind. ◀

#### IV. Die Entscheidung des Berufungsgerichts

41 Das Berufungsgericht kann die Berufung durch Beschluss nach § 522 Abs. 1 oder durch Urteil als unzulässig verwerfen. Es kann die Berufung durch Zurückweisungsbeschluss nach § 522 Abs. 2 oder durch Urteil als unbegründet zurückweisen.

42 Jede Zurückweisung der Berufung besagt, dass das angefochtene Urteil richtig ist.

43 Gibt das Berufungsgericht der Berufung statt, so besagt dies, dass das angefochtene Urteil falsch ist. Es muss dieses aufheben (kassatorische Wirkung des Berufungsurteils). In aller Regel wird das Berufungsgericht in der Sache selbst eine Entscheidung

32 BGH, Beschluss vom 23.6.2008 – GSZ 1/08 = NJW 2008, 3434 (Anmerkung *Meller-Hannich*, LMK 2008, 271332).

33 Hierzu *Stöber*, NJW 2005, 3601.

34 BGH, Urteil vom 9.3.2005, Az.: VIII ZR 266/03 = BGHZ 162, 313, 319 = NJW 2005, 1583.

treffen (§ 538 Abs. 1). Hierzu muss es auch durch Beweisaufnahme die Entscheidungsreife herbeiführen.

Ausnahmsweise kann das Berufungsgericht nach der Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils unter den Voraussetzungen des § 538 Abs. 2 den Rechtsstreit an die erste Instanz zurückverweisen. Die Zurückverweisung erfolgt an das Gericht erster Instanz allgemein, nicht an den Spruchkörper, der die aufgehobene Entscheidung erlassen hat. Die Verteilung auf die Spruchkörper richtet sich nach der Geschäftsordnung des Gerichts. Dieses trifft sodann eine neue Entscheidung, wobei es an die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts gebunden ist.

44

## § 31 Die Revision

**Literatur:** *Büttner*, Revisionsverfahren – Änderungen durch das Zivilprozessreformgesetz, MDR 2001, 1201; *Gehrlein*, Erste Erfahrungen mit der reformierten ZPO-Revision und Beschwerde, MDR 2003, 547; *v. Gierke/Seiler*, Die Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO, JZ 2003, 403; *Klingbeil*, Zum Problem der Verhinderung von Grundsatzentscheidungen in Zivilsachen, GVRZ 2019, 14; *Pieckenbrock/Schulze*, Die Zulassung der Revision nach dem ZPO-Reformgesetz, JZ 2002, 911; *Wenzel*, Das neue zivilprozessuale Revisionszulassungsrecht in der Bewährung, NJW 2002, 3353; *Winter*, Revisionsrücknahme und Anerkenntnisurteil in dritter Instanz, NJW 2014, 267.

- 1 Die ZPO-Reform 2002 hat auch den Charakter der Revision entscheidend verändert. Seitdem besteht die Revision grundsätzlich im Allgemeininteresse, auch wenn die Partei, die von dem Rechtsmittel Gebrauch macht, dies natürlich im Eigeninteresse tut. Zum Ausdruck kommt der Vorrang des Allgemeininteresses dadurch, dass die Revision nur noch zulässig ist, wenn der Sache eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt. Die Reform hat auf eine Zulassungsrevision (§ 543 Abs. 1) umgestellt, auf den Wert des Beschwerdegegenstands usw. kommt es nicht an. Die Zahl der Revisionen (und Nichtzulassungsbeschwerden) betrug 2020 4644.<sup>1</sup>
- 2 Die Revision führt ausschließlich zu einer **Rechtskontrolle** (§§ 545, 546) auf der vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachengrundlage, die für den BGH bindend ist (§ 559). Sie soll die Einheitlichkeit der Rechtsprechung sichern und die Rechtsfortbildung ermöglichen.  
§ 555 unterstellt das Revisionsverfahren grundsätzlich – soweit keine besonderen Regelungen einschlägig sind – den Bestimmungen für das erstinstanzliche Verfahren vor den Landgerichten (§§ 253 – 494). In Ergänzung dazu sind gem. § 565 S. 1 einige der für die Berufung geltenden Vorschriften (Anfechtbarkeit der Versäumnisurteile, Verzichtleistung auf das Rechtsmittel und seine Zurücknahme, Rügen der Unzulässigkeit der Klage und Einforderung, Übersendung und Zurücksendung der Prozessakten) auf die Revision entsprechend anzuwenden.
- 3 Einziges Revisionsgericht ist der BGH mit Sitz in Karlsruhe (§§ 133, 123 GVG).

### I. Die Zulässigkeit der Revision

#### 1. Statthaftigkeit

- 4 Die Revision ist statthaft gegen die in der Berufungsinstanz erlassenen Endurteile (§ 542 Abs. 1) der LG oder der OLG.
- 5 Die Revision eröffnet damit eine dritte Instanz und zwar auch für Urteile, die ursprünglich vor dem AG erhoben wurden.
- 6 Die Revision ist nur als **Zulassungsrevision** statthaft. Die Zulassung erfolgt durch das Berufungsgericht im Urteil. Das Berufungsgericht hat die Revision gem. § 543 Abs. 2 zuzulassen, wenn

<sup>1</sup> [https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StatistikZivil/jahresstatistikZivilse nate2020.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3\(abgerufen am: 14.06.2023\)](https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StatistikZivil/jahresstatistikZivilse nate2020.pdf?__blob=publicationFile&v=3(abgerufen am: 14.06.2023)).

- die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat  
oder
- die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.

Auf den Wert des Streit- oder Beschwerdegegenstands kommt es nicht an. Das Revisionsgericht ist an die Zulassung durch das Berufungsgericht gebunden, auch wenn es der Ansicht ist, dass die Voraussetzungen für die Zulassung nicht gegeben sind.

Gem. § 542 Abs. 2 ZPO-E soll die Revision gegen die im ersten Rechtszug erlassenen Urteile der oberlandesgerichtlichen Commercial Courts (§ 6 Rn. 26) auch ohne Zulassung stets statthaft ist. Dies ist letztlich ein Ausgleich dafür, dass wegen der erstinstanzlichen OLG Zuständigkeit den Parteien eine Instanz verloren geht.

Lässt das Berufungsgericht die Revision nicht zu, kann die Partei dagegen **Nichtzulassungsbeschwerde** (§ 544) einlegen, über die der BGH durch Beschluss entscheidet (§ 544 Abs. 4). Der Wert der Beschwerde für das Revisionsverfahren muss 20.000 € übersteigen (§ 544 Abs. 2 Nr. 1). Gibt der BGH der Beschwerde statt, geht das Beschwerdeverfahren in das Revisionsverfahren über (§ 544 Abs. 6). Nach § 544 Abs. 7 kann der BGH, auch wenn das Berufungsgericht den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt, in dem der Nichtzulassungsbeschwerde stattgebenden Beschluss das angefochtene Urteil aufheben und den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverweisen. Wird die Nichtzulassungsbeschwerde abgelehnt, wird das Berufungsurteil rechtskräftig (§ 544 Abs. 5 S. 3). Die Rechtskraft des Berufungsurteils tritt nicht bereits mit dem Erlass, sondern erst mit der Zustellung des Zurückweisungsbeschlusses ein. Dies kann z.B. für die Berechnung der Frist für die Erhebung einer Restitutionsklage (§ 586 Abs. 1, Abs. 2 S. 1) entscheidend sein.<sup>2</sup>

► **Hinweis:** Bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist nach Ansicht des BGH der Zulassungsgrund des § 543 Abs. 2 Nr. 2 gegeben.<sup>3</sup> Daher ist in diesem Fall eine Nichtzulassungsbeschwerde statthaft. Aufgrund der Subsidiarität der Gehörsrüge (§ 321 a) ist diese nicht statthaft (§ 4 Rn. 53). ◀

Durch die **Sprungrevision** (§ 566) können die Parteien bei übereinstimmendem Willen und Zulassung durch den BGH auf die Berufungsinstanz verzichten und sogleich gegen das erstinstanzliche Urteil Revision einlegen. Dieser Weg kann sinnvoll sein, wenn die Sache grundsätzliche Bedeutung hat und eine Entscheidung durch den BGH angestrebt wird (z.B. bei sog. Musterprozessen). Die Sprungrevision ist nur zulässig, wenn die Berufung ohne Zulassung eingelegt werden könnte (§ 566 Abs. 1 S. 1), also der Wert des Beschwerdegegenstands höher als 600 € ist (§ 511 Abs. 2 Nr. 1). Gem. § 566 Abs. 2 S. 3 sind im Zulassungsantrag die Voraussetzungen für die Zulassung der Sprungrevision (§ 566 Abs. 4 S. 1) darzulegen. Fehlt dies, ist der Antrag auf Zulassung der Sprungrevision zurückzuweisen.<sup>4</sup> Der BGH lässt die Sprungrevision unter den gleichen Voraussetzungen zu wie eine normale Revision (§ 566 Abs. 4). Über die Zulassung entscheidet er durch Beschluss (§ 566 Abs. 5 S. 1). Wird der Antrag abgelehnt, ist das

2 BGH, Urteil vom 19.10.2005, Az.: VIII ZR 217/04 = NJW 2005, 3724.

3 BGH, Beschluss vom 01.10.2002 – XI ZR 71/02 = BGHZ 162, 182 = NJW 2003, 65; BGH, Beschluss vom 27.03.2003 – V ZR 291/02 = BGHZ 154, 288 = NJW 2003, 1943.

4 BGH, Beschluss vom 10.05.2012, Az.: I ZR 199/11, BeckRS 2012, 11072.

erstinstanzliche Urteil rechtskräftig (§ 566 Abs. 6), wird ihm stattgegeben, wird das Verfahren als normales Revisionsverfahren fortgesetzt (§ 566 Abs. 7 S. 1).

## 2. Form der Einlegung in der Revisionsfrist

- 10 Auch bei der Revision werden Revisionseinlegung und -begründung unterschieden. Die Einlegung erfolgt durch Einreichung der Revisionschrift beim BGH (§ 549 Abs. 1). Der notwendige Inhalt ergibt sich aus § 549 Abs. 1 S. 2. Die Parteien werden im Revisionsverfahren als **Revisionskläger** und **Revisionsbeklagter** bezeichnet.
- 11 Die Revisionsfrist entspricht der Berufungsfrist. Die Einlegung hat in der **Notfrist** (§ 224 Abs. 1) von einem Monat ab wirksamer Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Berufungsurteils zu erfolgen. Sie beginnt gem. § 548 ohne wirksame Zustellung spätestens mit dem Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung (graphische Darstellung s. § 30 Rn. 11, Abb. 46).

## 3. Beschwer

- 12 Auch wenn es für die Statthaftigkeit der Revision nur auf die Zulassung und nicht auf einen bestimmten Wert des Beschwerdegegenstands ankommt, ist trotzdem eine Beschwer des Revisionsklägers erforderlich,<sup>5</sup> weil ansonsten kein Rechtsschutzbedürfnis besteht, Justizressourcen in Anspruch zu nehmen.

## 4. Revisionsbegründung

- 13 Die Revision ist zu begründen (§ 551 Abs. 1). Dies kann schon in der Revisionschrift erfolgen, ist aber in der Praxis meist der Revisionsbegründungsschrift vorbehalten (§ 551 Abs. 1).
- 14 Die **Frist** zur Begründung entspricht der der Berufungsbegründung (s. § 30 Rn. 22, Abb. 47). Sie beginnt mit Zustellung des abgefassten Urteils, spätestens fünf Monate nach der Verkündung (§ 551 Abs. 2 S. 2, 3). Diese Frist ist keine Notfrist, trotzdem ist Wiedereinsetzung statthaft (§ 233). Die Frist kann unter den in § 551 Abs. 2 S. 5, 6 genannten Voraussetzungen verlängert werden, was in der Praxis üblich ist.
- 15 Inhaltlich erfordert die Begründung wie im Fall der Berufung die Angabe der **Revisionsanträge**, die den Umfang der Prüfung durch das Revisionsgericht festlegen (§ 557 Abs. 1) und die Angabe der **Revisionsgründe** (§ 551 Abs. 3).
- 16 Um den Anforderungen an die darzulegenden Revisionsgründe zu genügen, muss der Revisionskläger
- die Umstände konkret bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt (§ 551 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. a).<sup>6</sup>
  - bei Rüge von Verfahrensfehlern die Tatsachen bestimmt und genau bezeichnen, die den Mangel ergeben (§ 551 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b).<sup>7</sup>
- 17 Ein Verstoß gegen die Begründungsvorschriften hat zur Folge, dass die Rüge unzulässig ist und nicht geprüft wird. Ist keine Rüge ordnungsgemäß begründet, ist die Revision insgesamt unzulässig und wird verworfen (§ 552 Abs. 1 S. 2).

---

5 R/S/G, ZPR, § 142 Rn. 42; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 542 Rn. 7.

6 R/S/G, ZPR, § 142 Rn. 54; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 551 Rn. 5.

7 R/S/G, ZPR, § 141 Rn. 56; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 551 Rn. 7.

## 5. Die Prüfung der Zulässigkeit der Revision

Das Revisionsgericht prüft von Amts wegen, ob die Revision statthaft, form- und fristgerecht eingelegt und begründet ist. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, wird die Revision als unzulässig verworfen (§ 552 Abs. 1 S. 2), die Entscheidung kann durch Beschluss erfolgen (§ 552 Abs. 2). 18

### II. Zurückweisung durch Beschluss

Durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz<sup>8</sup> ist § 552 a neu in die ZPO eingefügt worden. Danach kann das Revisionsgericht die von dem Berufungsgericht zugelassene Revision durch einstimmigen Beschluss als unbegründet zurückweisen, wenn es davon überzeugt ist, dass die Voraussetzungen für die Revision nicht vorliegen und die Revision keine Aussicht auf Erfolg hat. Diese Regelung ist verfassungsgemäß.<sup>9</sup> 19

Durch die Bindung des BGH an die Zulassung der Revision durch das Berufungsgericht (§ 543 Abs. 2 S. 2) war es zu einer erheblichen Mehrbelastung des BGH gekommen, der gezwungen war, mündlich zu verhandeln und durch Urteil zu entscheiden. Nunmehr ist es möglich, die Revision durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen. 20

### III. Die Begründetheit der Revision

In der Revision prüft der BGH auf der bindenden Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts (§ 559 Abs. 2), ob eine Rechtsverletzung erfolgt ist (§ 545 Abs. 1). Die Revision ist keine neue Tatsacheninstanz. Gemäß § 559 Abs. 1 S. 1 unterliegt der Beurteilung des Revisionsgerichts nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Außerdem können nur die in § 551 Abs. 3 Nr. 2 b erwähnten Tatsachen berücksichtigt werden. Neuer Sachvortrag ist in der Revisionsinstanz grds. unzulässig.<sup>10</sup> Die Rechtsprechung hat aus prozesswirtschaftlichen Gründen jedoch Ausnahmen zugelassen.<sup>11</sup> Insbesondere ist § 559 Abs. 1 S. 1 einschränkend dahin auszulegen, dass in der Revision in bestimmtem Umfang auch neue, im Hinblick auf die materielle Rechtslage relevante Tatsachen berücksichtigt werden können, wenn die Tatsachen unstrittig sind und schützenswerte Belange der Gegenpartei nicht entgegenstehen. Voraussetzung hierfür ist aber, dass die neuen Tatsachen erst während des Revisionsverfahrens bzw. nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz eingetreten sind. 21

Recht i.S. dieser Vorschrift sind alle Rechtsnormen (§ 12 EGZPO). Dies sind formelle Gesetze, Verordnungen und Satzungen sowie auch europäische und ausländische Rechtsnormen. Seit dem 1.9.2009 kann mit der Revision auch die fehlerhafte Anwendung ausländischen Rechts gerügt werden. Eine nicht richtige Ermittlung ausländischen Rechts konnte aber schon bisher gerügt werden: Es liegt eine Verletzung der inländischen Norm des § 293 vor, die in jedem Fall revisibel ist. 22

Nicht revisibel sind die Vorschriften über die Einhaltung des Rechtswegs, wenn eine bindende Entscheidung über den Rechtsweg vorliegt (§ 17 a Abs. 1 GVG) und die Vorschriften über die sachliche, örtliche und funktionelle Zuständigkeit (§ 545 Abs. 2). 23

<sup>8</sup> Gesetz vom 24.08.2004 – BGBl. I 2004, Nr. 45 30.08.2004, S. 2198.

<sup>9</sup> BVerfG, Beschluss vom 17.03.2005, Az.: 1 BvR 308/05 = NJW 2005, 1485.

<sup>10</sup> So z.B. auch BGH, Urteil vom 23.09.2014, Az.: VI ZR 358/13 = NJW 2015, 489.

<sup>11</sup> So etwa BGH, Urteil vom 12.03.2008, Az.: VIII ZR 71/07 = NJW 2008, 1661; BGH, Urteil vom 14.10.2009, Az.: XII ZR 146/08 = NJW 2009, 3783.

- 24 Wie im Fall der Berufung kann die internationale Zuständigkeit in der Revisionsinstanz geprüft werden. Der Ausschluss durch § 545 Abs. 2 bezieht sich darauf nicht.
- 25 Eine **Rechtsverletzung** ist gegeben, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist (§ 546). Das Urteil muss jedoch auf der Rechtsverletzung beruhen.
- Merke:** Die Revision ist begründet, wenn eine Rechtsverletzung vorliegt und das Urteil darauf beruht.
- 26 Ist das Urteil im Ergebnis richtig, so wird die Revision zurückgewiesen (§ 561). Die Verletzung kann materiell- oder verfahrensrechtliche Rechtsnormen betreffen. Eine Verletzung ist auch bei Auslegungs- und bei Subsumtionsfehlern gegeben.
- 27 Bei Verfahrensfehlern ist es regelmäßig deutlich schwieriger festzustellen, ob die Entscheidung darauf beruht als bei Verletzung materiellrechtlicher Vorschriften. Grundsätzlich reicht daher bei Verfahrensfehlern die Möglichkeit aus, dass die Entscheidung darauf beruht i.S. des § 546. Bei besonders gravierenden Verfahrensfehlern wird nach § 547 unwiderlegbar vermutet, dass die Entscheidung darauf beruht (**absolute Revisionsgründe**). § 561 ist insoweit unanwendbar.

#### IV. Die Entscheidung des Revisionsgerichts

- 28 Der BGH kann die Revision durch Beschluss nach § 552 Abs. 2 oder durch Urteil als unzulässig verwerfen.
- 29 Er kann die Revision durch Zurückweisungsbeschluss nach § 552 a oder durch Urteil als unbegründet zurückweisen. Das gilt wie gesehen auch, wenn zwar eine Rechtsverletzung gegeben ist, das Urteil aber trotzdem richtig ist (§ 561).
- 30 Erachtet der BGH die Revision für begründet, hebt er das angefochtene Urteil auf (§ 562 Abs. 1, kassatorische Wirkung).
- 31 Nunmehr bestehen wie bei der Berufung zwei Möglichkeiten, zu einer Entscheidung in der Sache zu kommen. Das Revisionsgericht kann den Rechtsstreit zurückverweisen (§ 563 Abs. 1) oder selbst in der Sache entscheiden (§ 563 Abs. 3). Im Unterschied zur Berufung ist in der Revision die Zurückverweisung der übliche Weg, da auf diese Weise neue Tatsachen berücksichtigt werden können. Das Gericht, an das verwiesen wird, ist bei seiner Entscheidung an die Rechtsauffassung des BGH gebunden (§ 563 Abs. 2).

#### V. Flucht aus der Revision

- 32 Die Frankfurter Sparkasse hatte ihren Kunden Zertifikate der später insolventen Bank *Lehman-Brothers* verkauft, die nach dem Zusammenbruch der Bank weitgehend wertlos waren. Zahlreiche geschädigte Anleger klagten daraufhin wegen Fehlberatung. 2011 nahm die Frankfurter Sparkasse dann in zwei Fällen ihre Revision zurück<sup>12</sup> und entschädigte die Betroffenen und verhinderte so eine für sie möglicherweise negative richtungsweisende Entscheidung (daher der Begriff Flucht aus der Revision). Gegen diese Taktik, der in der Vergangenheit auch große Versicherungsunternehmen gefolgt waren, erhob sich in der Literatur Widerstand, weil dadurch Rechtssicherheit verhindert würde, was das Ziel der Revision sei. Es solle dem BGH möglich sein, in bestimm-

---

12 BGH, Beschluss vom 12.04.2011, Az.: XI ZR 85/10 = BeckRS 2011, 07976.

ten Fällen eine Leitentscheidung zu treffen, obwohl die Revision zurückgenommen wurde.<sup>13</sup> Eine solche Forderung kollidiert aber mit dem Dispositionsgrundsatz (§ 4 Rn. 7), der den Parteien genau diese Möglichkeit gibt. Im Zivilprozess herrscht eben kein Officialprinzip, auch nicht in der Revisionsinstanz bei möglicherweise richtungsweisenden Entscheidungen.<sup>14</sup> Andererseits darf man nicht verkennen, dass sich der BGH bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung intensiv mit dem Fall auseinandergesetzt hat, diese Arbeit aber vergebens ist, wenn die Revision zurückgenommen wird.<sup>15</sup>

Seit 2014 besteht die Möglichkeit zur einseitigen Prozessbeendigung in der Revisionsinstanz nur noch eingeschränkt. Das Gesetz macht die Rücknahme der Revision und den Erlass eines Anerkenntnisurteils (das eben ohne Entscheidungsgründe ergeht! § 15 Rn. 13) nun von der **Zustimmung des Prozessgegners** abhängig.<sup>16</sup> Die Rücknahme der Revision ist ohne Einwilligung des Revisionsbeklagten nur noch bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Revisionsbeklagten zur Hauptsache möglich (§ 565 S. 2). Ein Anerkenntnisurteil kann nur noch auf gesonderten Antrag des Klägers ergehen (§ 555 Abs. 3); das Anerkenntnis des Revisionsbeklagten bleibt somit wirkungslos, wenn nicht der Kläger ein Anerkenntnisurteil beantragt. Anders als im Fall des § 565 S. 2 gilt das Antragsersfordernis im gesamten Revisionsverfahren, erfasst also auch ein vor Beginn der mündlichen Verhandlung erklärtes Anerkenntnis.<sup>17</sup> Damit wird sowohl dem Revisionskläger als auch dem -beklagten die Möglichkeit zur einseitigen Prozessbeendigung aus der Hand genommen. Ziel der Gesetzesänderung war es u.a., der vermehrt beklagten Praxis entgegenzuwirken, Grundsatzentscheidungen des BGH durch Anerkenntnis oder Revisionsrücknahme zu verhindern, wenn sich in der Revisionsverhandlung ein Unterliegen derjenigen Partei abzeichnet, die wegen der Breitenwirkung von BGH-Entscheidungen ein Interesse daran hat, solche Entscheidungen zu verhindern. Dieser taktisch motivierten Vermeidung einer höchstrichterlichen Rechtsprechung soll ein Riegel vorgeschoben werden.<sup>18</sup> Diesen Zweck erreicht § 565 S. 2, indem er eine einseitige Rücknahme der Revision *nach* Beginn der mündlichen Verhandlung nicht mehr zulässt.

Nach einem Gesetzentwurf 2023 soll ein **Leitentscheidungsverfahren** eingeführt werden, um dem BGH die Möglichkeit zu geben, eine Leitentscheidung auch nach Rücknahme der Revision zu erlassen. Diese ändert nichts daran, dass das Verfahren, dem die Leitentscheidung entnommen ist, durch Rücknahme oder Vergleich beendet ist. Es bietet aber dem BGH die Möglichkeit, den Instanzgerichten zu zeigen, wie er bestimmte Rechtsfragen beurteilt<sup>19</sup> (s.o. § 4 Rn. 11).

13 Klingbeil, Zum Problem der Verhinderung von Grundsatzentscheidungen in Zivilsachen, GVRZ 2019, 4; Hirsch, NJW-Editorial, Heft 18, 2012; Bräutigam, Lasst den BGH sprechen!, AnwBl 2012, 533.

14 So auch Prütting, AnwBl 2013, 401.

15 Rinkler, Revisionsrücknahme ohne gegnerische Zustimmung – Fragwürdige Neuregelung, NJW 2002, 2449, 2450 („... Arbeit für den Papierkorb.“).

16 Zur Vertiefung siehe den Aufsatz von: Winter, Revisionsrücknahme und Anerkenntnisurteil in dritter Instanz, NJW 2014, 267.

17 BGH, Urteil vom 14.8.2019, Az.: IV ZR 279/17 = NJW 2019, 3582 Rn. 9; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 555 Rn. 8; a.A. Winter, Revisionsrücknahme und Anerkenntnisurteil in dritter Instanz, NJW 2014, 267, 268.

18 Winter, NJW 2014, 267.

19 <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/neue-bgh-leitentscheidung-soll-justiz-in-massenverfahren-helfen-18943420.html> (abgerufen am: 12.5.2023); rechtspolitisch befürwortet von den Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofs, 12-23\_Beschluss\_Digitale\_Dokumentation\_der\_Hauptverhandlung.pdf (abgerufen am 19.6.2023).



## § 32 Die Beschwerde

**Literatur:** *Künkel*, Die zugelassene Rechtsbeschwerde, MDR 2006, 486; *Lipp*, Beschwerden wegen „greifbarer Gesetzwidrigkeit“ nach der ZPO-Reform, NJW 2002, 1700; *Schnauder*, Berufung und Beschwerde nach dem Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG), JuS 2002, 162; *Stackmann*, Die Neugestaltung des Berufungs- und Beschwerdeverfahrens in Zivilsachen durch das Zivilprozessreformgesetz, NJW 2002, 781.

- 1 Das Beschwerderecht ist an die anderen Rechtsmittel angegliedert. Es ist zweigeteilt in eine **sofortige Beschwerde**, die wie etwa die Berufung auch eine zweite Tatsacheninstanz eröffnet, und in die **Rechtsbeschwerde**, die wie die Revision zum BGH führt und eine reine Rechtsfehlerkontrolle vorsieht. Die Parteien im Beschwerdeverfahren werden als **Beschwerdeführer** und **Beschwerdegegner** bezeichnet. Das Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, wird **Untergeicht** bzw. *iudex a quo*, das entscheidende Gericht **Beschwerdegericht** bzw. *iudex ad quem* genannt.

### I. Die sofortige Beschwerde

- 2 Die sofortige Beschwerde ist das **statthafte** Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Entscheidungen der AG und LG, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist (§ 567 Abs. 1 Nr. 1)<sup>1</sup> oder es sich um Entscheidungen handelt, die ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückweisen und eine mündliche Verhandlung nicht erfordern (§ 567 Abs. 1 Nr. 2). Dies sind **Beschlüsse** und **Verfügungen** des Gerichts.
- 3 Die sofortige Beschwerde ist in der **Notfrist** (§ 224) von zwei Wochen (Fristbeginn § 569 Abs. 1 S. 2) entweder beim Untergeicht (*iudex a quo*) oder beim Beschwerdegericht (*iudex ad quem*) einzulegen. Beides ist im Unterschied zu den anderen Rechtsmitteln fristwährend!
- 4 Die Beschwerde wird durch Einreichung einer **Beschwerdeschrift** eingelegt (§ 569 Abs. 2 S. 1, zum Inhalt s. § 569 Abs. 2 S. 2). Die Beschwerdebegründung ist fakultativ („soll“ § 571 Abs. 1) und daher keine Zulässigkeitsvoraussetzung.
- 5 Die Einlegung der sofortigen Beschwerde hat nur dann **aufschiebende Wirkung**, wenn sie die Festsetzung eines Ordnungs- oder Zwangsmittels zum Gegenstand hat (§ 570 Abs. 1). Das Untergeicht, dessen Entscheidung angefochten wird, kann die Vollziehung der Entscheidung von Amts wegen aussetzen (§ 570 Abs. 2).
  - ▶ **Hinweis:** Durch das grundsätzliche Fehlen der aufschiebenden Wirkung ändert sich der Rechtscharakter als Rechtsmittel nicht, weil der Eintritt der Rechtskraft trotzdem gehemmt wird. Sofortige Vollziehbarkeit ermöglicht die Vollstreckung vor Rechtskrafteintritt, führt aber nicht zum Rechtskrafteintritt. ◀
- 6 Das Untergeicht, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat, hat zunächst zu prüfen, ob die statthafte Beschwerde begründet ist. Die Zulässigkeit prüft das Untergeicht dagegen nicht, dieses ist dem Beschwerdegericht vorbehalten.<sup>2</sup> Hält das Untergeicht die statthafte Beschwerde für begründet, hat es ihr abzuwehren. Diese Abhilfebefugnis ändert nichts daran, dass es sich um ein Rechtsmittel handelt, das Suspensiveffekt hat. Die **Abhilfe** erledigt die Beschwerde.

1 Auflistung bei Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 567 Rn. 2.

2 Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 572 Rn. 7.

- Hilft das Untergericht nicht ab, ist die sofortige Beschwerde dem Beschwerdegericht vorzulegen (§ 572 Abs. 1). Dieses prüft sodann die **Zulässigkeit**. Die Zulässigkeit erfordert Statthaftigkeit, Beschwer des Beschwerdeführers, Form und Einhaltung der Frist. Fehlt diese, ist die sofortige Beschwerde als unzulässig zu verwerfen (§ 572 Abs. 2). 7
- Ist die sofortige Beschwerde zulässig, entscheidet das Beschwerdegericht über die **Begründetheit**. Die Entscheidung ergeht stets durch Beschluss. Dabei kommt es zu einer umfassenden Nachprüfung der angefochtenen Entscheidung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, wobei auch neue Angriffs- und Verteidigungsmittel berücksichtigt werden können (§ 571 Abs. 2 S. 1). Sie kann aber wiederum wie im Fall von Berufung und Revision nicht darauf gestützt werden, dass das Untergericht nicht zuständig gewesen sei (§ 571 Abs. 2 S. 2). 8
- Hält das Beschwerdegericht die sofortige Beschwerde für unbegründet, weist es sie zurück. 9
- Hält es sie für begründet, so hat das Beschwerdegericht drei **Entscheidungsmöglichkeiten**, die sich nicht ohne Weiteres aus dem Gesetz erlesen lassen: 10
- a) Es kann dem Untergericht, von dem die beschwerende Entscheidung erlassen war, die erforderliche Anordnung übertragen. Diese Möglichkeit ist in § 572 Abs. 3 geregelt. Es handelt sich um eine Zurückverweisung, bei dem das Beschwerdegericht dem Untergericht die Entscheidung vorgibt.
  - b) Es kann aber auch die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverweisen. Geregelt ist dies im Gesetz nicht, wird aber allgemein in Analogie zu § 538 angenommen, wobei das Untergericht analog § 563 Abs. 2 an die Rechtsauffassung des Beschwerdegerichts gebunden ist.<sup>3</sup>
  - c) Das Beschwerdegericht kann in der Sache auch selbst entscheiden, indem es entweder, das ist häufig ausreichend, die beschwerende Entscheidung aufhebt, oder indem es eine eigene Entscheidung in der Sache trifft.

## II. Die Rechtsbeschwerde

Die Rechtsbeschwerde ist das revisionsähnlich gestaltete Rechtsmittel gegen Beschwerdeentscheidungen (§ 574) der zweiten Instanz. Der Rechtszug im Beschwerdeverfahren entspricht damit dem im Rechtszug in der Hauptsache. Rechtsbeschwerdegericht ist der BGH (§ 133 GVG). 11

► **Vertiefung:** Die Rechtsbeschwerde ist jedoch nicht nur „Zweit“beschwerde im Beschwerderechtszug, sondern auch Erstbeschwerde. Sie tritt bei Beschlüssen in einem Berufungsverfahren als Erstbeschwerde an die Stelle der Revision (§§ 574 Abs. 1 Nr. 1, 522 Abs. 1), die nur gegen Endurteile statthaft ist (§ 542 Abs. 1). Die Rechtsbeschwerde ist als Erstbeschwerde gegen Nebenentscheidungen des Rechtsmittelgerichts statthaft (in diesem Fall scheidet die sofortige Beschwerde aus, da sie ausdrücklich nur für erstinstanzliche Entscheidungen gilt), wenn das Gericht sie zugelassen hat. ◀

3 R/S/G, ZPR, § 148 Rn. 31; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 572 Rn. 21.

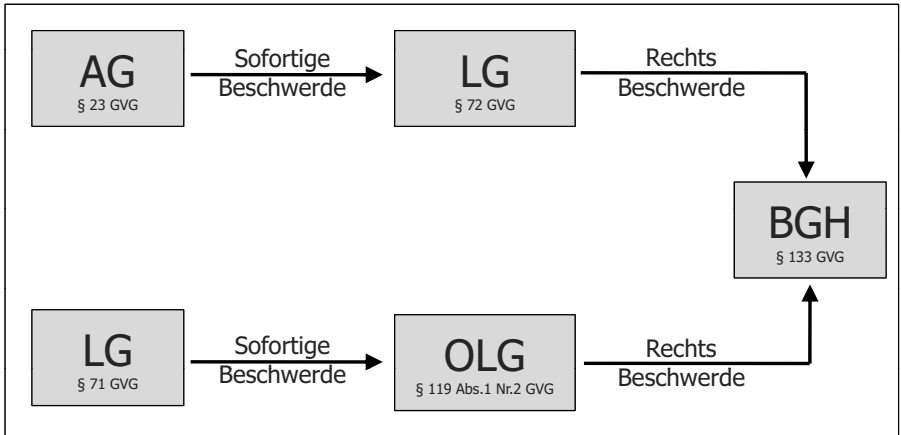


Abb. 49 Beschwerdewege in Zivilsachen ohne Familiensachen

- 12 Die Rechtsbeschwerde ist nur statthaft, wenn die **Zulassung** vorliegt. Sie muss im angefochtenen Beschluss enthalten sein, eine nachträgliche Zulassung ist nicht möglich. Die Zulassungsentscheidung des Untergerichts bindet das Beschwerdegericht (§ 574 Abs. 3 S. 2). Die Entscheidung über Zulassung und Nichtzulassung ist unanfechtbar, eine Nichtzulassungsbeschwerde wie im Revisionsverfahren gibt es nicht. Die Zulassung hat nach § 574 Abs. 3 zu erfolgen, wenn die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 vorliegen.
- ▶ **Vertiefung:** Schweigen sowohl der Ausspruch wie auch die Gründe einer Beschwerdeentscheidung zur Frage der Zulassung der Rechtsbeschwerde, liegt in der Beifügung einer Rechtsmittelbelehrung keine Zulassung.<sup>4</sup> ◀
- 13 Die Rechtsbeschwerde ist weiter statthaft gegen erstinstanzliche Entscheidungen eines OLG, z. B. wenn das OLG im Schiedsverfahren unterstützende Funktionen ausübt (§§ 1062, 1065).
- 14 **Statthaft** ist die Rechtsbeschwerde in allen Fällen, in denen das Gesetz dies anordnet (§ 574 Abs. 1 S. 1 Nr. 1) und in denen das Beschwerdegericht, das Berufungsgericht oder das Oberlandesgericht diese zugelassen hat (§ 574 Abs. 1 S. 1 Nr. 2). Hinzukommen muss jedoch gem. § 574 Abs. 2 wie im Fall der Revision, dass
- die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 574 Abs. 2 Nr. 1) oder
  - die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (§ 574 Abs. 2 Nr. 2).
- 15 Diese Voraussetzungen sind für die Zulassung im Fall § 574 Abs. 1 Nr. 2 und für die Statthaftigkeit nach § 574 Abs. 1 Nr. 1 relevant. Hier wird der gesetzgeberische Zweck der Rechtsbeschwerde sichtbar, auch bei Nebenentscheidungen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung durch den BGH höchstrichterlich klären zu lassen.
- 16 Die Rechtsbeschwerde ist in der **Notfrist** von einem Monat nach Zustellung des anzufechtenden Beschlusses durch Einreichen einer **Beschwerdeschrift** (Inhalt s. § 575

4 BGH, Beschluss vom 13.3.2014, Az.: IX ZB 48/13 = NJW-RR 2014, 639; Fischer, JuS 2014, 799.

Abs. 1 S. 2) beim Rechtsbeschwerdegericht (*iudex ad quem*), dem BGH, von einem dort zugelassenen Rechtsanwalt<sup>5</sup> gem. § 575 Abs. 1 einzulegen.

Die Rechtsbeschwerde muss gem. § 575 Abs. 2 innerhalb der Einlegungsfrist (!) von einem Monat ab Zustellung (eine Regelung fehlender Zustellung fehlt, es wird § 569 Abs. 1 S. 2 analog angewendet, daher fünf Monate ab Verkündung) **begründet** werden (anders Berufung und Revision, dort bestand zweimonatige Begründungsfrist). Anders als bei der sofortigen Beschwerde ist eine Abhilfebefugnis des Untergerichts, dessen Entscheidung mit der Rechtsbeschwerde angefochten wird, nicht im Gesetz vorgesehen. Der Inhalt der Begründungsschrift folgt aus § 575 Abs. 3, er entspricht dem der Revision.

17

Die Prüfungs- und Entscheidungskompetenz des BGH bei der Rechtsbeschwerde entspricht der bei der Revision.<sup>6</sup> Die **Entscheidung** ergeht immer in der Form eines Beschlusses (§ 577 Abs. 6 S. 1).

18

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- > Wie wird zwischen Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen unterschieden?
- > Was ist in einer Rechtsmittelklausur bei der Begründetheit des Rechtsmittels zu prüfen?
- > Darf das Rechtsmittelgericht die angefochtene Entscheidung zum Nachteil des Rechtsmittelführers abändern?
- > Ermöglicht die Berufung eine volle zweite Tatsacheninstanz oder nur eine Fehlerkontrolle?
- > Wozu dient die Revision?
- > Wie lang sind die Einlegungs- und Begründungsfristen bei Berufung, Revision und Rechtsbeschwerde und ab welchem Zeitpunkt beginnen sie zu laufen?
- > Welche Fristen gelten für die sofortige Beschwerde?
- > Bei welchem Gericht (*iudex a quo* oder *iudex ad quem*) sind die verschiedenen Rechtsmittel einzulegen?
- > Kann die Berufung oder die Revision auf eine sachliche, örtliche oder internationale Unzuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts gestützt werden?

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

6 R/S/G, ZPR, § 149 Rn. 23 ff.

## I. Besondere Verfahrensarten

### § 33 Das Mahnverfahren

**Literatur:** *Conrad*, Das zivilprozessuale Mahnverfahren, JuS 2009, 1; *Ebert*, Verjährungshemmung durch Mahnverfahren, NJW 2003, 732; *Hein*, Der Mahn- und Vollstreckungsbescheidsantrag, JuS 2018, 1269; *Meller-Hannich*, Rechtshängigkeit im Mahnverfahren, wenn nach Widerspruch nicht „alsbald“ in das streitige Verfahren abgegeben wird, JR 2010, 139; *Petzold*, Die Erfüllung im Mahnverfahren, NJW 2019, 822; *Salten/Gräve*, Gerichtliches Mahnverfahren und Zwangsvollstreckung, 2003.

#### I. Überblick

- 1 Das gerichtliche Mahnverfahren ist in den §§ 688 ff. geregelt. Es dient dazu, ohne Gerichtsverfahren zu einem Vollstreckungstitel zu gelangen. Die Durchführung eines Mahnverfahrens bietet sich immer dann an, wenn die Forderung voraussichtlich unstrittig ist, der Schuldner also nur zahlungsunwillig oder zahlungsunfähig ist.<sup>1</sup> Im Jahr 2021 wurden 4,1 Millionen Mahnbescheide beantragt.<sup>2</sup> Das Verfahren wird in erheblichem Umfang automatisiert durchgeführt („maschinelle Bearbeitung“ § 689 Abs. 1 S. 2). Inzwischen haben die meisten Bundesländer zentrale Mahngerichte zur maschinellen Bearbeitung und einige bereits ein Online-Mahnverfahren ([www.mahngerichte.de](http://www.mahngerichte.de)) eingerichtet, so z. B. in Hessen das AG Hünfeld.
- 2 Die Parteien des Mahnverfahrens werden **Antragsteller** und **Antragsgegner** genannt.
- 3 Auf Antrag des Gläubigers einer Geldforderung erlässt das AG an dessen Wohnsitz einen **Mahnbescheid**, ohne dabei die Berechtigung des Antragstellers zu prüfen. Der Antragsgegner kann gegen den Mahnbescheid **Widerspruch** einlegen. In diesem Fall geht das Verfahren in das normale streitige Gerichtsverfahren über. Legt der Antragsgegner keinen Widerspruch ein, erlässt das AG auf Antrag auf der Grundlage des Mahnbescheids einen **Vollstreckungsbescheid**. Gegen diesen Vollstreckungsbescheid kann der Antragsgegner **Einspruch** einlegen. Auch dann geht das Verfahren in das gerichtliche Verfahren über. Es sind also zwei Sicherungen zugunsten des Antragsgegners eingebaut, um eine gerichtliche Entscheidung zu erzwingen. Legt der Antragsgegner keinen Einspruch ein, wird der Vollstreckungsbescheid rechtskräftig und bildet die Grundlage der **Zwangsvollstreckung**. Es ist dann zu keinem Zeitpunkt eine Kontrolle hinsichtlich der Berechtigung des Antragstellers und der Schlüssigkeit seines Antrags erfolgt.
- 4 Für das Mahnverfahren besteht kein Anwaltszwang (§ 78).

► **Hinweis:** Gem. § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB hemmt die Zustellung des Mahnantrags die Verjährung. ◀

1 Zur Auswahl *Nistler*, Aus der Praxis: Mahnverfahren oder ordentliches Klageverfahren, JuS 2011, 990.

2 [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 am: 14.06.2023) S. 13: im Jahr 2021 deutschlandweit 4.137.535 Mahnverfahren.

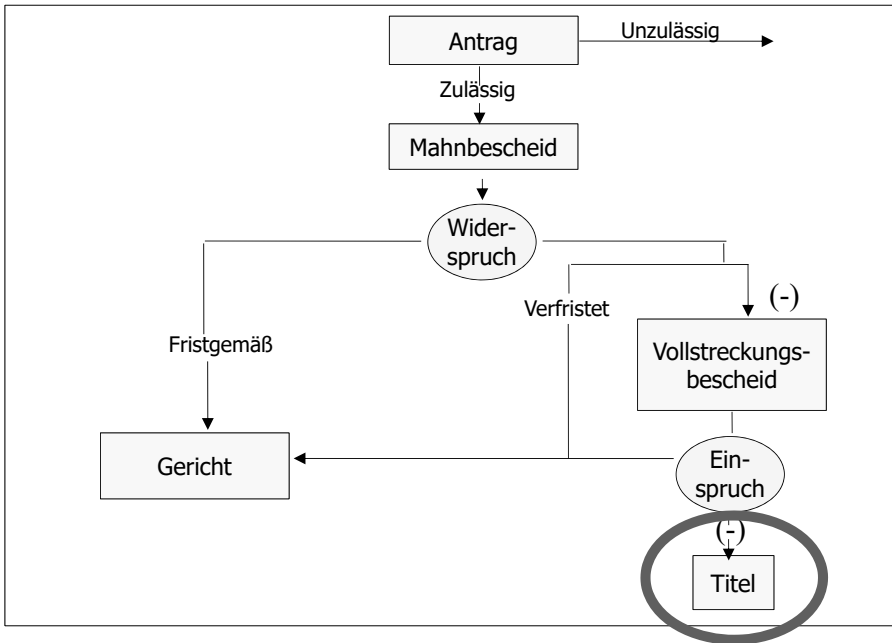


Abb. 50 Mahnverfahren

Mahnverfahren werden auf europäischer Ebene als Beitrag zu einer reibungslosen justiziellen Zusammenarbeit und zu einem besseren Zugang zum Recht angesehen. Seit 2008 gilt die Verordnung über ein Europäisches Mahnverfahren,<sup>3</sup> das in groben Zügen dem deutschen Mahnverfahren entspricht. Vorschriften zur „Umsetzung“ (eine Verordnung gilt unmittelbar) wurden in den §§ 1087 ff. in das 11. Buch der ZPO aufgenommen (s.o. § 2 Rn. 36). Ausschließlich zuständiges zentrales Mahngericht ist das AG Berlin-Wedding (§ 1087). Beabsichtigt ist, schnell auf eine rein maschinelle Bearbeitung der Anträge umzustellen (§ 1088 Abs. 2).

5

Parallel kann aber auch der deutsche Mahnbescheid im Ausland zugestellt werden<sup>4</sup> und der Vollstreckungsbescheid als Europäischer Vollstreckungstitel genutzt werden (s.u. Rn. 22).

6

**II. Zulässigkeit des Mahnverfahrens**

Es müssen die normalen Prozess- und Sachentscheidungsvoraussetzungen gegeben sein.

7

Der Mahnantrag darf nur wegen eines Anspruchs auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme in Euro gestellt werden (§ 688 Abs. 1). Die Höhe des Streitwertes ist unerheblich.

8

3 Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABl. EU Nr. L 399 vom 30.12.2006 S. 1–32. *Vollkommer/Huber*, Neues Europäisches Zivilverfahrensrecht in Deutschland – Das Gesetz zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Forderungsdurchsetzung und Zustellung, NJW 2009, 1105; *Sujecki*, Das Europäische Mahnverfahren, NJW 2007, 1622; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kap. 11.

4 § 688 Abs. 3 i.V.m. § 32 AVAG; *Hök*, Das grenzüberschreitende Mahnverfahren, JurBüro 1991, 1145, 1303, 1441 u. 1605.

- 9 Das Mahnverfahren findet in den in § 688 Abs. 2 genannten Fällen **nicht** statt:
- für Ansprüche des Kreditgebers aus einem Verbraucherdarlehensvertrag (§§ 491 ff. BGB), wenn der effektive Jahreszins den bei Vertragsschluss geltenden Basiszinssatz (§ 247 BGB)<sup>5</sup> um mehr als 12 Prozentpunkte übersteigt (§ 688 Abs. 2 Nr. 1).  
Dadurch will man verhindern, dass sittenwidrige Verbraucherdarlehen auf dem Wege des Mahnverfahrens durchgesetzt werden, ohne dass eine gerichtliche Kontrolle erfolgt. Abgesichert wird die Vorschrift durch § 690 Abs. 1 Nr. 3: danach sind Haupt- und Nebenforderungen gesondert auszuweisen; bei Ansprüchen aus Verbraucherkreditverträgen sind auch der Tag des Vertragsschlusses und der effektive Jahreszins anzugeben.
  - wenn die Geltendmachung des Anspruchs von einer noch nicht erbrachten Gegenleistung abhängt (§ 688 Abs. 2 Nr. 2).  
Besteht eine Zug-um-Zug Verpflichtung ist das Mahnverfahren nur zulässig, wenn der Antragsteller seine Gegenleistung bereits erbracht hat. Dieses ist im Antrag anzugeben (§ 690 Abs. 1 Nr. 4).  
▶ **Vertiefung:** Wer im Mahnverfahren bewusst falsche Angaben macht, um so den sog. „großen“ Schadenersatz geltend machen zu können, kann sich auf die Hemmung der Verjährung durch Zustellung des Mahnbescheids nicht berufen. Die § 688 Abs. 2 Nr. 2 widerstreitende Geltendmachung des „großen“ Schadenersatzes, der nur Zug-um-Zug gegen Herausgabe eines erlangten Vorteils zu gewähren ist, stellt, wenn der Antragsteller entgegen § 690 Abs. 1 Nr. 4 bewusst falsche Angaben macht, grds. einen Missbrauch des Mahnverfahrens dar, der es dem Antragsteller nach § 242 BGB verwehrt, sich auf die Hemmung der Verjährung durch Zustellung des Mahnbescheids zu berufen. Zudem ist es ihm nach einer aktuellen Entscheidung des BGH unter diesen Umständen im Regelfall auch versagt, sich wenigstens auf eine Hemmung der Verjährung in Höhe des „kleinen“ Schadenersatzes zu berufen.<sup>6</sup> ◀
- 10 Funktionell **zuständig** ist der Rechtspfleger (§ 20 Nr. 1 RPfLG). § 36 b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 RPfLG ermächtigt die Länder, das Verfahren auf Urkundsbeamte der Geschäftsstelle zu übertragen. Sachlich zuständig ist ausschließlich das AG (§ 689 Abs. 1 S. 1). Örtlich zuständig ist das AG des allgemeinen Gerichtsstands (§§ 12, 13, 17, 18, nicht 21) des **Antragstellers** (§ 689 Abs. 2 S. 1), also nicht wie gewöhnlich das AG am allgemeinen Beklagtengerichtsstand! Allerdings haben die meisten Bundesländer von der in § 689 Abs. 3 vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, ein **zentrales Mahngericht** einzurichten.<sup>7</sup>
- 11 **Anträge** können auch gemäß §§ 702 Abs. 1, 129 a zu Protokoll der Geschäftsstelle eines jeden AG (auch sog. Rechtsantragsstellen) erklärt werden.
- 12 Für den Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids sind spezielle Vordrucke zu verwenden (§ 703 c), die am Kiosk, im Zeitschriftenhandel und im Internet erhältlich sind. Diese

5 Der Basiszinssatz betrug am 1.1.2023 1,62 % . Er verändert sich zum 1. Januar und 1. Juli eines jeden Jahres um die Prozentpunkte, um welche die Bezugsgröße seit der letzten Veränderung des Basiszinssatzes gestiegen oder gefallen ist. Bezugsgröße ist der Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der Europäischen Zentralbank vor dem ersten Kalendertag des betreffenden Halbjahres. Gemäß § 247 Abs. 2 BGB ist die Deutsche Bundesbank verpflichtet, den aktuellen Stand des Basiszinssatzes im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Abrufbar unter <https://www.bundesbank.de/de/bundesbank/organisation/agn-und-regelungen/basiszinssatz-607820> (abgerufen am: 14.06.2023).

6 BGH, Urteil vom 23.6.2015, Az.: XI ZR 536/14 = BKR 2015, 392.

7 Zuständigkeiten unter; <https://www.mahngerichte.de/de/mahngerichte.html> (abgerufen am: 14.06.2023).

Formulare müssen benutzt werden, ansonsten ist der Antrag als unzulässig zurückzuweisen (§ 703 c Abs. 2).

Raum für Vermerke des Gerichtes

## Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids

– Nur für Gerichte, die die Mahnverfahren maschinell bearbeiten. –

Zahlen-Nummer  Datum des Antrags  **Bitte beachten Sie die Ausführungsweise!**

<p><b>Antragsteller</b></p> <p><b>Spalte 1</b> <input type="checkbox"/> 1 = Herr <input type="checkbox"/> 2 = Frau</p> <p>Vorname <input type="text"/></p> <p>Nachname <input type="text"/></p> <p>Straße, Hausnummer – bitte kein Postfach! – <input type="text"/></p> <p>Postleitzahl <input type="text"/> Ort <input type="text"/> Ausl. Kz. <input type="text"/></p> <p><b>Spalte 3</b> <input type="checkbox"/> 3 = nur Einzelfirma <input type="checkbox"/> 4 = nur GmbH u. Co KG <input type="checkbox"/> sonst Rechtsform: <input type="text"/></p> <p>Vollständige Bezeichnung <input type="text"/></p> <p>Fortsetzung von Zeile 9 <input type="text"/></p> <p>Straße, Hausnummer – bitte kein Postfach! – <input type="text"/></p> <p>Postleitzahl <input type="text"/> Ort <input type="text"/> Ausl. Kz. <input type="text"/></p> <p><b>Gesetzlicher Vertreter</b></p> <p><input type="checkbox"/> Nr. der Spalte, in der der Vertretene bezeichnet ist</p> <p>Stellung (z. B. Geschäftsführer, Vater, Mutter, Vormund) <input type="text"/></p> <p>Vor- und Nachname <input type="text"/></p> <p>Straße, Hausnummer – bitte kein Postfach! – <input type="text"/></p> <p>Postleitzahl <input type="text"/> Ort <input type="text"/> Ausl. Kz. <input type="text"/></p>	<p>Bei mehreren Antragstellern: Es wird versichert, dass der in Spalte 1 Bezeichnete bevollmächtigt ist, die weiteren zu vertreten.</p> <p><b>Spalte 2 Weiterer Antragsteller</b></p> <p><input type="checkbox"/> 1 = Herr <input type="checkbox"/> 2 = Frau</p> <p>Vorname <input type="text"/></p> <p>Nachname <input type="text"/></p> <p>Straße, Hausnummer – bitte kein Postfach! – <input type="text"/></p> <p>Postleitzahl <input type="text"/> Ort <input type="text"/> Ausl. Kz. <input type="text"/></p> <p>Rechtsform, z. B. GmbH, AG, OHG, KG <input type="text"/></p> <p><b>Gesetzlicher Vertreter (auch weiterer)</b></p> <p><input type="checkbox"/> Nr. der Spalte, in der der Vertretene bezeichnet ist</p> <p>Stellung <input type="text"/></p> <p>Vor- und Nachname <input type="text"/></p> <p>Straße, Hausnummer – bitte kein Postfach! – <input type="text"/></p> <p>Postleitzahl <input type="text"/> Ort <input type="text"/> Ausl. Kz. <input type="text"/></p>
<p><b>Antragsgegner</b></p> <p><b>Spalte 1</b> <input type="checkbox"/> 1 = Herr <input type="checkbox"/> 2 = Frau</p> <p>Vorname <input type="text"/></p> <p>Nachname <input type="text"/></p> <p>Straße, Hausnummer – bitte kein Postfach! – <input type="text"/></p> <p>Postleitzahl <input type="text"/> Ort <input type="text"/> Ausl. Kz. <input type="text"/></p> <p><b>Spalte 3</b> <input type="checkbox"/> 3 = nur Einzelfirma <input type="checkbox"/> 4 = nur GmbH u. Co KG <input type="checkbox"/> sonst Rechtsform: <input type="text"/></p> <p>Vollständige Bezeichnung <input type="text"/></p> <p>Fortsetzung von Zeile 24 <input type="text"/></p> <p>Straße, Hausnummer – bitte kein Postfach! – <input type="text"/></p> <p>Postleitzahl <input type="text"/> Ort <input type="text"/> Ausl. Kz. <input type="text"/></p> <p><b>Gesetzlicher Vertreter</b></p> <p><input type="checkbox"/> Nr. der Spalte, in der der Vertretene bezeichnet ist</p> <p>Stellung (z. B. Geschäftsführer, Vater, Mutter, Vormund) <input type="text"/></p> <p>Vor- und Nachname <input type="text"/></p> <p>Straße, Hausnummer – bitte kein Postfach! – <input type="text"/></p> <p>Postleitzahl <input type="text"/> Ort <input type="text"/> Ausl. Kz. <input type="text"/></p>	<p>Antragsgegner sind Gesamtschuldner</p> <p><b>Spalte 2 Weiterer Antragsgegner</b></p> <p><input type="checkbox"/> 1 = Herr <input type="checkbox"/> 2 = Frau</p> <p>Vorname <input type="text"/></p> <p>Nachname <input type="text"/></p> <p>Straße, Hausnummer – bitte kein Postfach! – <input type="text"/></p> <p>Postleitzahl <input type="text"/> Ort <input type="text"/> Ausl. Kz. <input type="text"/></p> <p>Rechtsform, z. B. GmbH, AG, OHG, KG <input type="text"/></p> <p><b>Gesetzlicher Vertreter (auch weiterer)</b></p> <p><input type="checkbox"/> Nr. der Spalte, in der der Vertretene bezeichnet ist</p> <p>Stellung <input type="text"/></p> <p>Vor- und Nachname <input type="text"/></p> <p>Straße, Hausnummer – bitte kein Postfach! – <input type="text"/></p> <p>Postleitzahl <input type="text"/> Ort <input type="text"/> Ausl. Kz. <input type="text"/></p>

Verlage-Nr. 705 BY **Antrag auf Mahnbescheid** Fassung 1. 1. 02
(10.2004) 13

Abb. 51 Antrag auf Mahnbescheid

Der Inhalt des Antrags ergibt sich aus § 690.

Die Hemmung der Verjährung erfolgt gem. § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB durch Zustellung des Mahnbescheids. Sie erfolgt aber bereits mit dem Eingang des Antrags auf Erlass



des Mahnbescheids bei Gericht, wenn innerhalb eines Monats seit der Zustellung der Zurückweisung des Antrags Klage eingereicht, und diese demnächst zugestellt wird (§ 691 Abs. 2). Zu der Hemmung kommt es aber nur, wenn die Forderung ausreichend individualisiert wird (§ 690 Abs. 1 Nr. 3), da der Mahnbescheid Grundlage der späteren Vollstreckung wird.<sup>8</sup> Wird ein Antrag bei einem unzuständigen Gericht eingereicht, so kann ihn dieses Gericht an das zuständige AG weiterleiten. Fristwahrende Wirkung hat schon der Antrag beim unzuständigen Gericht.<sup>9</sup> Dies entspricht dem Klageverfahren; dort ist anerkannt, dass auch eine unzulässige Klage die Verjährung hemmt und die Hemmung nicht durch die Verweisung (§ 281) aufgehoben wird.<sup>10</sup> Gleiches gilt auch für das Mahnverfahren.<sup>11</sup>

▶ **Hinweis:** Im Antrag auf Erlass des Mahnbescheids kann schon der Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens enthalten sein (§ 696 Abs. 1 S. 2), für den Fall, dass der Antragsgegner Widerspruch erhebt. Der Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheids kann jedoch nicht schon mit dem Mahnantrag erfolgen (§ 699 Abs. 1 S. 2). ◀

### III. Erlass des Mahnbescheids

- 15 Der Rechtspfleger prüft nur, ob die allgemeinen Sachentscheidungs Voraussetzungen (Partei- und Prozessfähigkeit, Zuständigkeit) vorliegen und ob der Antrag den Vorschriften der §§ 688, 689, 690, 703 c Abs. 2 entspricht.

**Merke:** Eine Schlüssigkeitsprüfung findet im Mahnverfahren nicht statt (§ 692 Abs. 1 Nr. 2).

- 16 Sind diese Anforderungen nicht erfüllt, weist er den Antrag zurück (§ 691). Um die Verjährungshemmung zu erhalten, muss der Antragsteller innerhalb eines Monats seit der Zustellung der Zurückweisung des Antrags Klage erheben (§ 691 Abs. 2).
- 17 Ist der Antrag zulässig, wird der **Mahnbescheid** mit dem Inhalt des § 692 erlassen und dem Antragsgegner zugestellt (§ 693 Abs. 1). Darin enthalten ist die Aufforderung an den Antragsgegner, innerhalb von zwei Wochen seit der Zustellung den Anspruch zu erfüllen oder, wenn er Einwendungen hat, binnen dieser Frist Widerspruch zu erheben (§ 692 Abs. 1 Nr. 3).

### IV. Widerspruch

▶ **Fall 1:** (nach BGH, Beschluss vom 21.07.2005, Az.: VII ZB 39/05 = NJW-RR 2006, 201) Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Mahnbescheid über 3.483,18 Euro erwirkt, gegen den der Beklagte rechtzeitig Widerspruch erhoben hat. Auf Antrag der Klägerin ist das Verfahren an das für das Streitverfahren zuständige AG abgegeben worden. Nachdem die Klägerin aufgefordert worden war, den Anspruch zu begründen, hat sie den Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens zurückgenommen und um Erstattung der nicht verbrauchten Gerichtskosten gebeten. Der Beklagte wandte sich gegen die Zurückweisung seines Antrags, der Klägerin die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Können der Klägerin die Kosten des Verfahrens auferlegt werden? ◀

8 Ebert, NJW 2003, 732.

9 BGH, Urteil vom 24.01.1983, Az.: VII ZR 178/81 = NJW 1983, 1050; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 693 Rn. 3; R/S/G, ZPR, § 165 Rn. 29.

10 MüKo-BGB/Grothe, 8. Aufl. 2018, § 204 Rn. 25.

11 MüKo-BGB/Grothe, § 204 Rn. 33.

Der Antragsgegner kann gegen den Mahnbescheid **Widerspruch** einlegen (§ 694). Danach gibt das Mahngericht die Sache auf Antrag einer Partei (sog. Streit Antrag) an das Streitgericht ab (§ 696 Abs. 1). Dieses ist das nach §§ 12 ff. zuständige Gericht, das im Mahnantrag bezeichnet ist (§ 690 Abs. 1 Nr. 5). Das Mahnverfahren war insoweit nur eine besondere Form der **Einleitung eines Klageverfahrens**. Dem Antragsteller wird aufgegeben, seinen Anspruch innerhalb von zwei Wochen zu begründen (§ 697 Abs. 1). Danach wird wie beim Eingang einer Klage verfahren (§ 697 Abs. 2).

18

Gem. § 696 Abs. 4 S. 1 kann der Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Antragsgegners zur Hauptsache zurückgenommen werden. Ob im **Fall 1** der Klägerin die Kosten in entsprechender Anwendung des § 269 Abs. 3 S. 2 aufzuerlegen sind, war in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum umstritten. Der BGH verneint eine Analogie vor allem unter Hinweis auf Unterschiede zwischen der Klagerücknahme (§ 269) und der Rücknahme des Streitanspruchs (§ 696 Abs. 4). Durch die Zurücknahme des Streitanspruchs wird der Rechtsstreit nicht wie durch die Zurücknahme der Klage endgültig beendet, es entfällt gem. § 696 Abs. 4 S. 3 lediglich die Rechtshängigkeit. Das Verfahren bleibt als Mahnverfahren bei dem Gericht anhängig, bei dem es sich zum Zeitpunkt der Rücknahme befindet. Das Verfahren kommt zum Stillstand. Beide Parteien können die Fortführung des Rechtsstreits herbeiführen, indem sie erneut die Durchführung des streitigen Verfahrens beantragen. Die Klagerücknahme beseitigt demgegenüber sowohl die Rechtshängigkeit als auch die Anhängigkeit des Rechtsstreits. Dieser ist infolge der Klagerücknahme endgültig beendet. Daneben drohten sich widersprechende Kostenentscheidungen, wenn nach einer Wiederaufnahme des Verfahrens eine Kostenentscheidung ergeht, die von einer vorigen abweicht. Der BGH verweist den Beklagten letztlich auf die Möglichkeit, seinerseits die Durchführung des streitigen Verfahrens zu beantragen (gem. § 696 Abs. 1 können beide Parteien einen Streit Antrag stellen!). In diesem Verfahren wird dann auch über die im Verfahren entstandenen Kosten entschieden.

Für die Einlegung des Widerspruchs gilt die **Frist** von zwei Wochen ab Zustellung des Mahnbescheids (§ 692 Abs. 1 Nr. 3). Dies ist jedoch keine starre Frist. Nach § 694 Abs. 1 kann solange Widerspruch eingelegt werden, solange der Vollstreckungsbescheid noch nicht *verfügt* ist. Dies ist der Fall, wenn er vom Rechtspfleger in den Geschäftsgang gegeben ist.

19

**Merke:** Wird der Widerspruch verspätet eingelegt, wird er nicht zurückgewiesen, sondern als Einspruch gegen den schon erlassenen Vollstreckungsbescheid angesehen (§ 694 Abs. 2).

► **Vertiefung:** Erfolgt der Übergang in das streitige Verfahren, ist die Regelung der Rechtshängigkeit zu beachten, da ja keine normale Einleitung des Klageverfahrens durch eine Klageschrift erfolgt ist. Nach einem Widerspruch gegen den Mahnbescheid gilt § 696 Abs. 3. Die Sache gilt als mit Zustellung des Mahnbescheids rechtshängig geworden (Wirkungen des § 261 Abs. 3), wenn sie *alsbald* (das entspricht *demnächst* i.S. von § 167), also ohne Verzögerung durch das Verhalten des Klägers, abgegeben wird. Dieser muss also den Antrag auf Durchführung des gerichtlichen Verfahrens stellen, soweit er das nicht schon im Antrag auf Erlass des Mahnbescheids getan hat. Für die Hemmung der Verjährung (§ 204 BGB) enthält also § 167 eine spezielle weitergehende Regelung, da auf die Antragstellung abgestellt wird. ◀

### V. Erlass des Vollstreckungsbescheids

- 20 Wird kein oder nur ein verspäteter Widerspruch gegen den Mahnbescheid eingelegt, erlässt das Mahngericht auf **Antrag** auf der Grundlage des Mahnbescheids den **Vollstreckungsbescheid** (§ 699 Abs. 1). Dieser Antrag muss innerhalb von sechs Monaten nach Zustellung des Mahnbescheids beantragt werden, ansonsten fällt die Wirkung des Mahnbescheids weg (§ 701 S. 1).
- 21 Der Vollstreckungsbescheid ist **Vollstreckungstitel** (§ 794 Abs. 1 Nr. 4) und steht gem. § 700 Abs. 1 einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleich. Aus ihm kann also, obwohl er noch nicht rechtskräftig ist, vollstreckt werden. Durch die Gleichstellung des Vollstreckungsbescheides mit einem 1. VU verlinkt der Gesetzgeber technisch das Mahn- und das Säumnisverfahren. Das bietet sich an, weil der Gegner in beiden Fällen untätig war. Beim VU war er säumig, beim Mahnbescheid hat er keinen Widerspruch eingelegt.
- 22 Der Vollstreckungsbescheid kann als **europäischer Vollstreckungstitel** nach der Verordnung zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (Art. 3 Abs. 1 lit. b EuVTVO)<sup>12</sup> genutzt werden (§ 2 Rn. 36). Es muss eine Bestätigung des Vollstreckungsbescheids als europäischer Vollstreckungstitel bei dem Gericht beantragt werden, das den Vollstreckungsbescheid erlassen hat (Art. 6 EuVTVO). Der europäische Vollstreckungstitel kann dann ohne ein förmliches Vollstreckbarerklärungsverfahren und ohne, dass die Anerkennung angefochten werden kann, in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Zwangsvollstreckung genutzt werden.<sup>13</sup>
- 23 Der Erlass (nicht die Zustellung und nicht der Einspruch) des Vollstreckungsbescheids bewirkt gem. § 700 Abs. 2, dass die Streitsache als mit der Zustellung des Mahnbescheids (rückwirkende Fiktion) **rechtshängig** geworden ist. Dies hat die Rechtshängigkeit nach § 261 Abs. 3 zur Folge (§ 8 Rn. 63).

### VI. Einspruch

- 24 Der statthafte Rechtsbehelf gegen den Vollstreckungsbescheid ist, da dieser einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleichgestellt ist (§ 700 Abs. 1), der Einspruch gem. § 338.
- **Klausurhinweis:** Durch die Gleichstellung des Vollstreckungsbescheids mit einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil erfolgt eine Verknüpfung von Mahn- und Versäumnisverfahren. Neben der Statthaftigkeit des Rechtsbehelfs hat dies Auswirkungen, wenn der Beklagte im Termin vor dem Streitgericht nicht erscheint. Dies ist eine typische Examenskonstellation (§ 33 Rn. 27). ◀
- 25 Der Einspruch ist innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung des Vollstreckungsbescheids (§§ 700 Abs. 1, 339 Abs. 1) einzulegen. Mit Ablauf der Einspruchsfrist wird der Vollstreckungsbescheid formell und materiell rechtskräftig. Es ist dann nie eine Schlüssigkeitsprüfung erfolgt und kein Richter hat die Streitsache je zu Gesicht bekommen. Eine Rechtskraftdurchbrechung kann nur unter den engen Voraussetzungen des § 826 BGB erfolgen (§ 28 Rn. 77). Wird der Vollstreckungsbescheid an eine – aus dem zuzustellenden Titel nicht erkennbar – prozessunfähige Partei zugestellt, setzt dies

12 Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 (EuVTVO).

13 Adolphsen, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kap. 6.

nach der Rechtsprechung des BGH trotzdem die Einspruchsfrist in Gang. Für den Fall der im Verfahren unerkannt gebliebenen Geschäftsunfähigkeit ist die davon betroffene Partei durch die Möglichkeit der Nichtigkeitsklage (§§ 578 Abs. 1, 579 Abs. 1 Nr. 4) ausreichend geschützt.<sup>14</sup>

Wird rechtzeitig Einspruch eingelegt, gibt das Gericht, das den Vollstreckungsbescheid erlassen hat, den Rechtsstreit von Amts wegen (also anders als beim Widerspruch gem. § 696 Abs. 1 ohne Antrag) an das Streitgericht ab (§ 700 Abs. 3).

26

## VII. Säumnis im Einspruchstermin

► **Fall 2:** Das AG hat einen Mahnbescheid über 1.000 € erlassen. Am Vormittag des 1.4. geht der Widerspruch des B in der allgemeinen Posteinlaufstelle der örtlichen Justizbehörden ein, der Rechtspfleger erlässt in Unkenntnis davon am Nachmittag des 1.4. den Vollstreckungsbescheid. Die zweiwöchige Widerspruchsfrist war längst abgelaufen. Der Rechtspfleger erhält den Widerspruch am 2.4. und gibt das Verfahren sogleich an den Prozessrichter ab, der einen Einspruchstermin gemäß §§ 700 Abs. 1, 341 a anberaumt, zu dem B trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erscheint. Die dem B rechtzeitig vor dem Termin zugestellte Anspruchsbegründung (§ 697) ergibt, dass die Klage zulässig und schlüssig ist. K beantragt, den Einspruch durch zweites Versäumnisurteil zu verwerfen, hilfsweise, den B durch erstes Versäumnisurteil zu verurteilen. Wie muss das Gericht entscheiden? ◀

Im **Fall 2** war der Einspruch des B zulässig. § 694 ist analog auf einen rechtzeitigen, aber verspätet erkannten Widerspruch anzuwenden.<sup>15</sup> B war säumig. Zusätzlich müssen die Voraussetzungen des § 331 Abs. 1, Abs. 2 Hs. 1 vorliegen (§ 700 Abs. 6).<sup>16</sup> Es müssen also anders als beim Erlass eines zweiten Versäumnisurteils die Zulässigkeit und die Schlüssigkeit der Klage, die bisher noch nicht geprüft wurden, geprüft werden. Laut Sachverhalt war die Klage zulässig und schlüssig. Der Vollstreckungsbescheid muss auch ordnungsgemäß zustande gekommen sein. Dies ergibt sich nicht ohne Weiteres aus dem Gesetz. Die Prüfung des ordnungsgemäßen Zustandekommens des Vollstreckungsbescheids ist vorzunehmen, weil nur dann die angesprochene Gleichstellung des Vollstreckungsbescheids mit einem Versäumnisurteil zu rechtfertigen ist und in einem solchen Fall erst im Einspruchstermin erstmals eine richterliche Prüfung der Voraussetzungen des Vollstreckungsbescheids erfolgen kann. Dem Antragsgegner diese Prüfung vor Erlass eines Versäumnisurteils nach §§ 700 Abs. 1, 345 nicht zuzugestehen, würde den rechtsstaatlichen Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes verletzen. Der Fall des Einspruchs gegen einen Vollstreckungsbescheid unterscheidet sich von dem des Einspruchs gegen ein echtes Versäumnisurteil gerade dadurch, dass der Richter in letzterem ja bereits bei Erlass des ersten Versäumnisurteils geprüft hat, ob die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für dessen Erlass vorliegen.

27

Es soll aber vor der folgenschweren Verwerfung des Einspruchs einmal auch gerichtlich das ordnungsgemäße Zustandekommen des Vollstreckungsbescheids geprüft werden.<sup>17</sup> Der Vollstreckungsbescheid war verfahrensmäßig unzulässig ergangen, da vor seinem Erlass, also rechtzeitig, Widerspruch gegen den Mahnbescheid eingelegt worden war. Maßgebend war der Einlauf des Widerspruchs bei der Posteinlaufstelle, nicht

14 BGH, Urteil vom 19.03.2008, Az.: VIII ZR 68/07 = NJW 2008, 2125.

15 BGH, Urteil vom 24.11.1982, Az.: VIII ZR 286/81 = NJW 1983, 633.

16 BGH, Beschluss vom 6.5.1999, Az.: V ZB 1/99 = NJW 1999, 2599.

17 BGH, Urteil vom 7.12.1978, Az.: II ZR 35/77 = BGHZ 73, 87 = NJW 1979, 658; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, §§ 700 Rn. 21, 699 Rn. 13 ff.

erst die Vorlage beim Rechtspfleger. Ein zweites Versäumnisurteil gem. § 345 als Strafe für abermalige Säumnis ist unstatthaft, da schon der Erlass des Vollstreckungsbescheids, der einem ersten Versäumnisurteil gleichsteht, unstatthaft war. Das Gericht muss daher ein **erstes Versäumnisurteil** erlassen (§ 331), das wegen §§ 343 S. 1, 700 Abs. 1 den Vollstreckungsbescheid aufrecht erhält.

**Merke:** Ist der Einspruchsführer bei einem Einspruch gegen einen Vollstreckungsbescheid im Einspruchstermin säumig, so darf ein zweites Versäumnisurteil durch Verwerfung des Einspruchs nur ergehen, wenn die Klage zulässig und schlüssig ist.

- 28 Die Abweichung vom Versäumnisverfahren, bei dem im Einspruchstermin nur die Voraussetzungen der Säumnis, nicht aber die Zulässigkeit der Klage, ihre Schlüssigkeit und die Voraussetzungen des Erlasses des ersten Versäumnisurteils geprüft werden (§ 20 Rn. 10), erklärt sich dadurch, dass bis zu diesem Zeitpunkt bedingt durch die Besonderheiten des Mahnverfahrens eine richterliche Prüfung der vollstreckbaren Entscheidung noch nicht stattgefunden hat.
- 29 Das Gericht darf also bei Säumnis des Einspruchsführers ein zweites Versäumnisurteil durch Verwerfung des Einspruchs nur erlassen, wenn
- der Einspruch zulässig ist,
  - der Einspruchsführer säumig ist,
  - die Klage zulässig ist,
  - die Klage schlüssig ist
  - und der Vollstreckungsbescheid ordnungsgemäß erlassen wurde.

### VIII. Berufung

- 30 Gegen ein zweites Versäumnisurteil, mit dem der Einspruch verworfen wird (§ 345), gibt es keinen weiteren Einspruch; die Instanz ist beendet. Rechtsmittel ist die Berufung mit an sich eingeschränktem Prüfungsumfang (§ 514 Abs. 2). Die Berufung kann nur darauf gestützt werden, dass bei Erlass des angefochtenen *zweiten* Versäumnisurteils kein Fall der schuldhaften Versäumung vorgelegen habe. Die Berufung kann nicht darauf gestützt werden, dass bei Erlass des *ersten* Versäumnisurteils keine schuldhafte Säumnis vorgelegen habe. Die Verschuldensfrage wird nach denselben Grundsätzen wie im Wiedereinsetzungsverfahren (§ 233, § 9 Rn. 23) beurteilt.<sup>18</sup>

In einer Berufungsverhandlung gegen die Entscheidung des Gerichts, mit der der Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid durch Erlass eines zweiten Versäumnisurteils zurückgewiesen wird, gilt nach herrschender Auffassung entgegen § 514 Abs. 2 der gleiche Prüfungsumfang wie im Einspruchstermin. Auch hier müsse das Gericht die Zulässigkeit und die Schlüssigkeit der Klage sowie die Zulässigkeit des Erlasses des zweiten Versäumnisurteils prüfen, weil der Prüfungsumfang in der Berufungsverhandlung mit dem im Einspruchstermin übereinstimmen müsse.<sup>19</sup>

Richtigerweise (derzeit klare Mindermeinung!) gilt der eingeschränkte Prüfungsumfang des § 514 Abs. 2 in der Berufung auch für den Fall, dass das zweite Versäumnisurteil, das den Einspruch gegen einen Vollstreckungsbescheid verwirft, angegriffen

18 MüKo-ZPO/Rimmelspacher, § 514 Rn. 19.

19 BGH, Beschluss vom 6.10.2011, Az.: IX ZB 148/11 = NJW-RR 2011, 1692; 1693; BGH, Urteil vom 25.10.1990, Az.: IX ZR 62/90 = BGHZ 112, 367 = NJW 1991, 43; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 345 Rn. 4; R/S/G, ZPR, § 165 Rn. 63.

wird. Ungeachtet der erstinstanzlichen Verfahrenseinleitung über Mahn- oder Vollstreckungsbescheid kommt so dem Beklagten auch in der Berufungsinstanz in beiden Fallgruppen ein qualitativ gleichwertiger Rechtsschutz zu.<sup>20</sup>

**Merke:** Die Berufung gegen ein nach Erlass eines Vollstreckungsbescheids ergangenes zweites Versäumnisurteil kann nach der Rechtsprechung und ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur auch darauf gestützt werden, dass die Klage im Zeitpunkt der Entscheidung über den Einspruch unzulässig oder unschlüssig gewesen sei.

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- > Was hat der Rechtspfleger zu prüfen, wenn er einen Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids erhält?
- > Wie ist zu verfahren, wenn ein Widerspruch gegen einen Mahnbescheid nach Ablauf der Frist des § 692 Abs. 1 Nr. 3 eingeht?
- > Kann der Antragsteller beliebig lange mit der Stellung des Antrags auf Erlass eines Vollstreckungsbescheids warten? Kann er den Antrag schon zusammen mit dem Antrag auf Erlass des Mahnbescheids stellen?
- > Was ist der statthafte Rechtsbehelf gegen den Vollstreckungsbescheid?
- > Unter welchen Voraussetzungen darf das Gericht im Einspruchstermin bei Säumnis des Einspruchsführers ein zweites Versäumnisurteil erlassen?
- > Wie unterscheidet sich der Prüfungsumfang des Gerichts im Einspruchstermin beim Einspruch gegen ein Versäumnisurteil und beim Einspruch gegen einen Vollstreckungsbescheid?
- > Was hat das Gericht zu prüfen, wenn gegen ein zweites Versäumnisurteil, mit dem der Einspruch verworfen wird, Berufung eingelegt wird?

<sup>20</sup> *Adolphsen/Dickler*, Die Berufung gegen das zweite Versäumnisurteil – Prüfungsumfang des Berufungsgerichts nach vorangegangenen Vollstreckungsbescheid, ZfP 125 (2012), 463; *Klose*, Der Prüfungsumfang bei einer Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil nach einem Vollstreckungsbescheid und einem ersten Versäumnisurteil, NJ 2014, 359; *MüKo-ZPO/Rimmelspacher*, § 514 Rn. 18.

## § 34 Der Urkundenprozess

**Literatur:** *Bebringer*, Streitgegenstand und Bindungswirkung im Urkundenprozess, 2007; *Bilda*, Zur Bindungswirkung von Urkundenvorbehaltsurteilen, NJW 1983, 142; *Eickmann/Oellerich*, Grundzüge des Urkundensprozesses, JA 2007, 43; *Gehle*, Der Urkunden- und Wechselprozess, JA 2018, 694; *Leidig/Jöbges*, Sämtliche sind ausnahmslos alle – Zur Zulässigkeit des Urkundenprozesses, NJW 2014, 892; *Peters*, Rechtsnatur und Beschleunigungsfunktion des Urkundenprozesses, 1996; *Schmid*, Der Urkundenprozess für Mietnebenkosten, ZMR 2015, 184; *Tunze*, Der Urkundenprozess, JuS 2017, 1073.

► **Fall 1:** Die Parteien schlossen Anfang 2019 einen schriftlichen Mietvertrag über eine Vierzimmerwohnung und vereinbarten einen monatlichen Mietzins von 660 €. Für November 2020 zahlte der Mieter unter Berufung auf eine Gegenforderung lediglich 169,80 € unter Hinweis auf § 536 Abs. 1 BGB, der eine automatische Mietminderung vorsehe. Den Differenzbetrag von 490,20 € macht der Vermieter unter Vorlage des Mietvertrags im Urkundenprozess geltend. Der Mieter macht demgegenüber Mängel der Wohnung geltend.

Wie hat das Gericht zu entscheiden? ◀

- 1 Im **Urkundenprozess** kann der Gläubiger in einem summarischen Verfahren schnell zu einem vollstreckbaren Titel gelangen. Urkunden-, Wechsel- und Scheckprozesse sind weder in der Praxis noch im Examen von großer Bedeutung. Examensrelevanz könnte allenfalls der obige aktuellere Fall haben, da er sowohl prozessuale als auch materiellrechtliche Probleme zusammenführt.
- 2 Ein Anspruch, der die **Zahlung einer bestimmten Geldsumme** oder die Leistung einer bestimmten Menge vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand hat, kann im Urkundenprozess geltend gemacht werden (§ 592 S. 1). Sämtliche zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen können nur durch Vorlage von Urkunden (§ 595 Abs. 2, 3) oder durch Parteivernehmung bewiesen werden (§ 595 Abs. 2). Andere **Beweismittel** sind ausgeschlossen („nur“, § 595 Abs. 2).
- 3 **Einwendungen** sind nur insoweit zuzulassen, als sie ebenfalls mit Urkunden bewiesen werden können (§ 598).
- 4 Ein klagestattgebendes Urteil ergeht, wenn der Beklagte dem geltend gemachten Anspruch widersprochen hat, als **Vorbehaltsurteil** (§ 599 Abs. 1), in dem dem Beklagten die Ausführung seiner Rechte vorbehalten wird, die er im **Nachverfahren**, in dem alle normalen Beweismittel zugelassen sind, geltend machen kann (§ 600). Der Beklagte, der meint, Einwendungen gegen den Anspruch des Gläubigers zu haben, ist also zu einer Fortsetzung des Verfahrens gezwungen (Vor- und Nachverfahren bilden eine Einheit),<sup>1</sup> nachdem er den Urkundensprozess verloren hat.
- 5 Es war umstritten, ob auch Mietzinsforderungen im Urkundensprozess geltend gemacht werden können.

► **Klausurhinweis:** Das Ganze wäre in einer Klausur unter dem Stichwort Statthaftigkeit des Urkundensprozesses zu diskutieren. Es geht dabei um eine teleologische Reduktion des § 592 S. 1. ◀

- 6 Der BGH entschied 2005, dass auch dem Vermieter von Wohnraum, der unter Vorlage des Mietvertrags rückständige Miete geltend macht, der Urkundensprozess offen

1 R/S/G, ZPR, § 164 Rn. 33.

steht.<sup>2</sup> Zwar wird nach § 536 Abs. 1 BGB bei Mängeln der Mietsache die geschuldete Miete automatisch von Gesetzes wegen gemindert. Jedoch gehört die Mangelfreiheit der Mietsache nicht zu den zur Begründung des Mietzinsanspruchs erforderlichen Tatsachen, für die die Beschränkung der Beweismittel auf den Urkundsbeweis charakteristisch ist. Gemäß § 536 Abs. 1 BGB sind Mängel vom Mieter darzulegen und zu beweisen, wenn er die Mietsache übernommen hat. Der Vermieter kann also durch Vorlage des Mietvertrags als Urkunde seinen Anspruch auf Mietzins beweisen.

Der Inanspruchnahme des Urkundenprozesses steht nach Ansicht des BGH auch nicht entgegen, dass rechtsgeschäftliche Vereinbarungen, die die gesetzlich eintretende Mietminderung zum Nachteil des Mieters ausschließen oder einschränken, bei Wohnraummietverhältnissen gemäß § 536 Abs. 4 BGB unwirksam sind. Zwar hat der Urkundenprozess zur Folge, dass der Mieter die von ihm geltend gemachten Mängel regelmäßig nicht mit den im Urkundenprozess zugelassenen Beweismitteln nachweisen kann. Er wird in aller Regel zunächst durch Vorbehaltsurteil zur Zahlung der Miete verurteilt, so dass erst im Nachverfahren über das Vorliegen von Mängeln und die entsprechende Mietminderung entschieden wird. Der BGH hat jedoch ausgeführt, dass der Mieter den Nachteilen, die ihm durch eine Vollstreckung aus dem Vorbehaltsurteil möglicherweise entstehen, weitgehend durch die Schutzanordnungen der ZPO begegnen kann (§ 707), und dass er zudem durch eine verschuldensunabhängige Haftung des Vermieters (dieser muss, wenn er aus dem Vorbehaltsurteil vollstreckt, Schadensersatz leisten)<sup>3</sup> abgesichert ist. Diese Nachteile sind daher im wesentlichen vorläufiger Natur und nicht zu vergleichen mit einer Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung, die ihm durch eine nach § 536 Abs. 4 BGB unzulässige rechtsgeschäftliche Vereinbarung droht. Das materielle Mietrecht rechtfertigt es deshalb nicht, die prozessualen Befugnisse des Vermieters aus § 592 S. 1 entgegen dem umfassenden Wortlaut der Vorschrift einzuschränken.

7

2 BGH, Urteil vom 01.06.2005, Az.: VIII ZR 216/04 = NJW 2005, 2701.

3 Rosenborg/Schwab/Gottwald, ZPR, § 59 Rn. 85.



## § 35 Das Verfahren in Familiensachen

**Literatur:** *Becker/Junggeburth*, Das neue FamFG: Die Reform des Verfahrens in Familiensachen und den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2009; *Bumiller/Harders*, FamFG, 12. Aufl. 2019; *Coester-Waltjen*, Das Neue FamFG, JURA 2009, 358; *Fölsch*, Das neue FamFG in Familiensachen, 2. Aufl. 2009; *Heinemann*, Die Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch das FamFG und ihre Auswirkungen auf die notarielle Praxis, DNotZ 2009, 6; *Hartmann*, Neues Familienverfahren und ZPO, NJW 2009, 321; *Hütter/Kodal*, Die Grundlinien des Familienstreitverfahrens, insbesondere des Unterhaltsverfahrens, FamRZ 2009, 917; *Klein*, Reform des einstweiligen Rechtsschutzes, FuR 2009, 241 und 321; *Kroiß/Seiler*, Das neue FamFG, 2. Aufl. 2009; *Löhnig/Heiß*, Die Neuregelung des einstweiligen Rechtsschutzes nach dem FamFG, FamRZ 2009, 1101; *Maurer*, Die Rechtsmittel in Familiensachen nach dem FamFG, FamRZ 2009, 465; *Meyer-Seitz/Frantzioch/Ziegler*, Die FGG-Reform: Das neue Verfahrensrecht, 2009; *Stößer*, Das neue Verfahren in Kindschaftssachen, FamRZ 2009, 656.

- 1 2009 ist das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG) in Kraft getreten. Das FamFG ist Teil des FGG-Reformgesetzes (dessen Art. 1), eines Artikelgesetzes, das insgesamt mehr als 100 Gesetze geändert hat. Gleichzeitig sind das FGG und aus der ZPO das 6. Buch (§§ 606 ff., Familienrecht, das 6. Buch enthält seit 2018 die Regeln des Musterfeststellungsverfahrens) und das 9. Buch (§§ 946 ff., Aufgebotsrecht) außer Kraft getreten. Das FamFG enthält einen Allgemeinen Teil (Buch 1) und eine Regelung in Familiensachen (Buch 2, §§ 111–270 FamFG). Die weiteren sechs Bücher betreffen Betreuung und Unterbringung, Nachlass und Teilung, Register und Unternehmensrecht, das Vereinsregister sowie Freiheitsentziehung und Aufgebot. Das FamFG enthält also, anders als es der Name andeutet, viel mehr als nur Verfahrensrecht in Familiensachen.<sup>1</sup>
- 2 Die **Familiensachen** sind in § 111 FamFG geregelt. Hier sind Regelungen enthalten von Scheidungs- und Folgesachen über Kindschaft, Abstammung, Adoption, Wohnung und Haushaltssachen, über Gewaltschutz, Versorgungsausgleich und Unterhalt bis zum Güterrecht und zur Lebenspartnerschaft. Von den in § 111 FamFG aufgeführten Familiensachen sind einige Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und andere Familienstreitsachen (§ 112 FamFG). Letztere unterliegen zusammen mit den Ehesachen (§ 111 Nr. 1 FamFG) weitgehend den Vorschriften der ZPO (§ 113 FamFG).
- 3 Sachlich zuständig in Familiensachen ist das Amtsgericht (§ 23 a Abs. 1 Nr. 1 GVG). Bei den Amtsgerichten werden Abteilungen für Familiensachen (Familiengerichte) gebildet (§ 23 b Abs. 1 GVG). Das **Familiengericht** ist eine besondere Abteilung des Amtsgerichts. Hierbei handelt es sich um einen Fall gesetzlicher Geschäftsverteilung. Zusätzlich gibt es das Betreuungsgericht (§ 23 c GVG), ein Vormundschaftsgericht gibt es nicht mehr. Dessen Funktionen übernehmen Familien- bzw. Betreuungsgericht.
- 4 Das **Verfahren** ist, u.a. wegen des öffentlichen Interesses an dem Bestand der Ehe, stark vom Untersuchungsgrundsatz geprägt (§ 26 FamFG). Das Familiengericht erhebt die erforderlichen Beweise in geeigneter Form. Es ist hierbei an das Vorbringen der Beteiligten nicht gebunden (§ 29 FamFG). In Ehesachen und Folgesachen besteht für die Ehegatten, in selbstständigen Familienstreitsachen (§ 114 Abs. 1 FamFG) für die Beteiligten Anwaltszwang. Dies sind die in § 112 Nr. 1–3 FamFG genannten Verfah-

1 Zur Evaluierung (2018) des FGG nach der Reform: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Fachpublikationen/Evaluierung\\_FGG\\_Reform.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Fachpublikationen/Evaluierung_FGG_Reform.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

ren. Das Gesetz versucht, der in der Praxis häufigen Konfrontation in Familiensachen durch begriffliche Abrüstung zu begegnen (§ 113 Abs. 5 FamFG). So heißen Prozess oder Rechtsstreit neutral Verfahren, die Klage Antrag, der Kläger Antragsteller, der Beklagte Antragsgegner und die Parteien Beteiligte. Ein Pendant zur Anhörungsrüge des § 321 a ist in § 44 FamFG enthalten.

Das Familiengericht entscheidet immer durch Beschluss, nicht durch Urteil (§ 38 Abs. 1 FamFG). Daraus ergeben sich auch die statthaften Rechtsmittel. Dies sind die Beschwerde (§§ 58 ff. FamFG) und die Rechtsbeschwerde (§§ 70 ff. FamFG). Beide Rechtsmittel sind den §§ 567 ff. und 574 ff. nachgebildet. Die Beschwerde ist an das OLG statthaft (§ 119 Abs. 1, Nr. 1 GVG), dagegen gibt es die Rechtsbeschwerde zum BGH (§ 133 GVG).

**Einstweiliger Rechtsschutz** ist in §§ 49 ff. FamFG geregelt. Diese verdrängen den einstweiligen Rechtsschutz nach der ZPO: Gemäß § 119 Abs. 2 FamFG ist in Familiensachen der Arrest (§§ 916 ff) statthaft. Das Verfahren ist gegenüber dem Hauptsacheverfahren selbstständig (§ 51 Abs. 3 S. 1 FamFG), eine einstweilige Anordnung kann auch ergehen, wenn noch keine Hauptsache anhängig ist. Statthaft ist die einstweilige Anordnung (§ 49 FamFG). Diese darf die Hauptsache nicht vorwegnehmen (§ 49 Abs. 1 FamFG), möglich sind Sicherungs- und Regelungsanordnung (§ 49 Abs. 2 FamFG). Zuständig ist das Gericht, das für die Hauptsache im ersten Rechtszug zuständig wäre. Ist eine Hauptsache anhängig, ist das Gericht des ersten Rechtszugs, während der Anhängigkeit beim Beschwerdegericht das Beschwerdegericht zuständig (§ 50 Abs. 1 FamFG). Das Gericht kann ohne mündliche Verhandlung entscheiden (§ 51 Abs. 2 S. 2 FamFG). Ist eine einstweilige Anordnung erlassen, hat das Gericht auf Antrag eines Beteiligten das Hauptsacheverfahren einzuleiten (§ 52 Abs. 1 FamFG).

Für eine Abänderung von Entscheidungen in Unterhaltsachen ist die Spezialvorschrift des § 238 FamFG zu beachten. Diese verdrängt in ihrem Anwendungsbereich den § 323 (s.o. § 28 Rn. 66).

## J. Beteiligung Dritter am Rechtsstreit

Das Prozessrechtsverhältnis ist ein zweiseitiges Rechtsverhältnis (§ 7 Rn. 1). Trotzdem kann es eine Notwendigkeit geben, Dritte an einem Prozess, wenn auch nicht mit der Stellung als Partei, zu beteiligen. Dies erfolgt vor allem, um widersprechende Ergebnisse außerhalb des Umfangs der Rechtskraft zu vermeiden und gleichzeitig rechtliches Gehör zu gewähren. Eine unabhängige Beteiligung, wie bei einer Beiladung im Verwaltungsprozess (§ 65 VwGO), gibt es in der ZPO nicht. Die dem deutschen Recht bekannten Formen der Beteiligung Dritter am Prozess sind die Nebenintervention (§§ 66 ff.) und die Streitverkündung (§§ 72 ff.). Beide haben die Interventionswirkung (§ 68) als Folge in einem späteren Verfahren, um das Ergebnis des Erstverfahrens auf das nachfolgende Verfahren zu erstrecken. Das gleiche Ergebnis ließe sich auch durch eine Zuständigkeitsvorschrift erreichen, die eine Möglichkeit der Gewährleistungs- und Interventionsklage bietet. Diese Möglichkeit kennt das deutsche Prozessrecht nicht.

Anders ist dies im Europäischen Prozessrecht. Die EuGVO hat aufgrund des Interesses an der Einheitlichkeit der Entscheidung und aus Gründen der Prozessökonomie einen vor allem dem romanischen Rechtskreis bekannten Gerichtsstand der Gewährleistungs- und Interventionsklage aufgenommen (Art. 8 Nr. 2 EuGVO). Dieser kann jedoch keine Zuständigkeit *in* Deutschland begründen (Art. 65 Abs. 1 EuGVO), da Deutschland das Ziel durch das Institut der Streitverkündung zu erreichen sucht. *Gegenüber* Deutschen kann aber Art. 8 Nr. 2 EuGVO angewendet werden und eine Gerichtspflichtigkeit im Ausland begründen. Die dort ergangenen Urteile werden auch in Deutschland anerkannt und vollstreckt (Art. 65 Abs. 2 EuGVO).<sup>1</sup>

### § 36 Nebenintervention

**Literatur:** *Benkel*, Die Verfahrensbeteiligung Dritter, 1996; *Diedrich*, Die Interventionswirkung, 2001; *Fervers*, Die Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 2022; *Gottwald/Adolphsen*, Zur Prozessführung des Versicherers bei gestellten Verkehrsunfällen, NZV 1995, 129; *Giesen*, Streitverkündung und Nebenintervention im Kapitalanleger-Musterverfahren, NJW 2017, 3691; *Haertlein*, Beteiligung Dritter am Rechtsstreit – Streithilfe und Streitverkündung, JA 2007, 10; *Häsemeyer*, Die Interventionswirkung im Zivilprozess, ZZZ 84 (1971), 179; *Lüke*, Die Beteiligung Dritter im Zivilprozess, 1993; *Petersen*, Die Beteiligung Dritter am Rechtsstreit durch Haupt- und Nebenintervention, Jura 2017, 1271; *Riehm*, Die Rekonstruktion der Interventionswirkung nach materiellem Recht, ZZZ 134 (2021), 3; *Schreiber*, Nebenintervention, Streitverkündung, Hauptintervention, JURA 2011, 503; *Servatius*, Die zivilprozessuale Nebenintervention, JA 2000, 690; *Spellenberg*, Drittbeteiligung im Zivilprozess in rechtsvergleichender Sicht, ZZZ 106 (1993), 283.

► **Fall 1:** K hatte von B eine Sache gekauft. Er klagt gegen B auf Rückzahlung des Kaufpreises nachdem er vom Kaufvertrag zurückgetreten ist, weil die Kaufsache einen Mangel hat. B hatte die Sache von V gekauft. V will den B bei der Abwehr der Klage unterstützen, weil er anschließend Regressansprüche des B fürchtet. ◀

<sup>1</sup> *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kap. 3 Rn. 144.

Die prozessuale Möglichkeit des V, den B bei seiner Verteidigung gegen die Klage des K zu unterstützen, besteht in dem Institut der Nebenintervention (§ 66). 1

### I. Begriff

**Merke:** Nebenintervention ist die Beteiligung eines Dritten an der Führung eines fremden Rechtsstreits im eigenen Interesse zur Unterstützung einer Partei. 2

Die unterstützte Partei nennt das Gesetz Hauptpartei. Der Nebenintervenient wird nicht selbst Partei, er ist auch kein Streitgenosse, nicht Vertreter der Partei und führt keinen eigenen, sondern unterstützt einen fremden Prozess. Er wird daher üblicherweise als Prozesshelfer oder Prozessgehilfe bezeichnet. Da sich seine Stellung jedoch durch eine gewisse Selbstständigkeit in der Prozessführung (§ 67) auszeichnet, nutzen einige auch den Begriff der Nebenpartei.

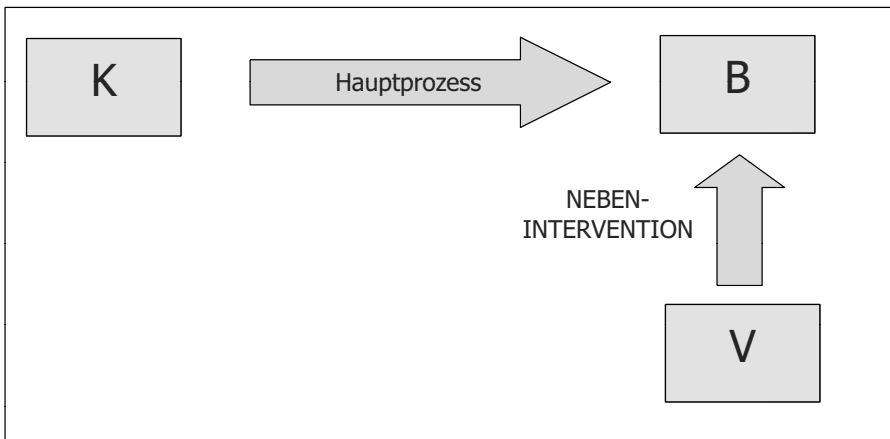


Abb. 52 Nebenintervention

### II. Voraussetzung

Zwischen zwei Parteien muss ein Rechtsstreit, den das Gesetz als **Hauptprozess** bezeichnet, anhängig sein. 3

Der Nebenintervenient muss ein rechtliches Interesse am Sieg der Hauptpartei haben. Dieses Interesse wird als **Interventionsgrund** bezeichnet. Ob ein derartiges Interesse besteht, beurteilt sich nach Maßgabe der im Hauptprozess aufgestellten Parteibehauptungen. § 66 fordert ein rechtliches Interesse. Demnach reicht ein rein wirtschaftliches oder ideelles Interesse, z.B. die Freundschaft zu einer Partei, nicht aus. Ein rechtliches Interesse ist gegeben, wenn die Entscheidung oder ihre Vollstreckung den Prozessgehilfen/Prozesshelfer in bestimmten Rechtsbeziehungen zur Partei oder zum Streitgegenstand gefährden, also seine Rechtslage verändern. Dies ist immer der Fall, wenn eine Rechtskrafterstreckung erfolgt oder eine Regressforderung oder Regressverbindlichkeit möglich ist. Wegen der in § 248 Abs. 1 S. 1 AktG angeordneten Rechtskrafterstreckung hat ein Aktionär ein Interventionsinteresse und kann deshalb ohne Weiteres der unter- 4

stützten Partei im Fall der aktienrechtlichen Anfechtungsklage beitreten.<sup>2</sup> Genauso hat ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied ein rechtliches Interesse im Sinne des § 66 daran, auf Seiten der Aktiengesellschaft beizutreten, wenn diese sich in einem Rechtsstreit mit einem Vorstandsmitglied befindet, das die Wirksamkeit eines Aufsichtsratsbeschlusses infrage stellt. Denn dadurch wird unmittelbar der Verantwortungsbereich auch des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds betroffen, was dieses dazu berechtigt, der Gesellschaft als Nebenintervenient beizutreten.<sup>3</sup>

### III. Rechtsstellung des Nebenintervenienten

- 5 Der Nebenintervenient ist darauf angewiesen, dass er die Hauptpartei, an deren Sieg er ein Interesse hat, effektiv unterstützen kann. Er darf für die unterstützte Hauptpartei im eigenen Namen grundsätzlich alle Prozesshandlungen vornehmen. Diese haben dieselben Wirkungen, als hätte sie die unterstützte Partei selbst vorgenommen. Der Nebenintervenient ist insbesondere berechtigt, Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen. Der Nebenintervenient wendet die Folgen der Säumnis der unterstützten Partei ab, wenn er verhandelt.<sup>4</sup> Dies folgt aus § 67, weil seine Prozesshandlungen dieselbe Wirkung haben, als wären sie von der Hauptpartei vorgenommen worden.

**Merke:** Erscheint der Nebenintervenient in der mündlichen Verhandlung, die Hauptpartei jedoch nicht, so darf gegen die Hauptpartei kein Versäumnisurteil ergehen.

► **Klausurhinweis:** Dies ist neben dem Ausbleiben eines Streitgenossen ein echter Klassiker der Stellung von Examensklausuren (§ 17 Rn. 3). ◀

- 6 Legt der Nebenintervenient in der Frist der Hauptpartei ein **Rechtsmittel** ein, so wird die unterstützte Partei Hauptpartei des Rechtsmittelverfahrens.
- 7 Der Nebenintervenient unterliegt jedoch erheblichen **Beschränkungen**. Er muss den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in der er sich zur Zeit seines Beitritts befindet (§ 67). Daraus ergibt sich eine Bindung an Geständnisse, Verzichts- und Einwilligungserklärungen sowie Versäumnisse der Hauptpartei, die bereits vor seinem Beitritt erfolgt sind. Eine Kompensation hierfür gewährt jedoch die Einschränkung der sog. Interventionswirkung nach § 68 (dazu IV.). Weiterhin hat der Nebenintervenient keine Dispositionsbefugnis hinsichtlich des Streitgegenstands. Er ist deshalb nicht befugt, die Klage zu ändern oder einer Klageänderung zuzustimmen, die Klage zurückzunehmen oder zu beschränken, einen Vergleich zu schließen oder eine Erledigung selbst zu erklären. Mit seinen Erklärungen und Handlungen darf er sich nicht mit denen der unterstützten Partei in Widerspruch setzen. Er darf z.B. keinen Sachverständigen ablehnen, den die Hauptpartei gewünscht hat oder ein Geständnis der Hauptpartei widerrufen oder ein von der Hauptpartei eingelegtes Rechtsmittel zurücknehmen. Darüber hinaus darf er lediglich Prozesshandlungen vornehmen und keine materiellen Rechtsgeschäfte, wie z.B. die Aufrechnung mit einer Forderung oder die Anfechtung eines geschlossenen Vertrages.

2 BGH, Beschluss vom 23.04.2007, Az.: II ZB 29/05 = DB 2007, 1744 = NZG 2007, 675 = DStR 2007, 1778. *Sturm*, NZG 2006, 921.

3 BGH, Zwischenurteil vom 29.01.2013, Az.: II ZB 1/11 = DB 2013, 449.

4 Thomas/*Putzo/Hüßtege*, ZPO, § 67 Rn. 7.

#### IV. Interventionswirkung

Neben der Möglichkeit, die Partei im Verfahren effektiv zu unterstützen, liegt die entscheidende Funktion der Nebenintervention in der Herbeiführung der Interventionswirkung des § 68. Der Nebenintervenient kann die Richtigkeit des der unterstützten Hauptpartei gegenüber ergangenen Urteils nicht bestreiten und die praktisch nicht sehr bedeutsame Einrede mangelhafter Prozessführung nur in sehr beschränktem Umfang vorbringen, nämlich insoweit, als sie Handlungen betrifft, die vor dem Beitritt als Nebenintervenient im Erstverfahren erfolgt sind.

8

► **Klausurhinweis:** Die Interventionswirkung des § 68 ist ausschließlich in einem Folgeprozess zu prüfen und nicht in dem Prozess, dem der Nebenintervenient beigetreten ist. Sie wird erst bedeutsam, wenn es zu einem Urteilsverfahren zwischen der unterstützten Hauptpartei und dem Nebenintervenienten kommt. ◀

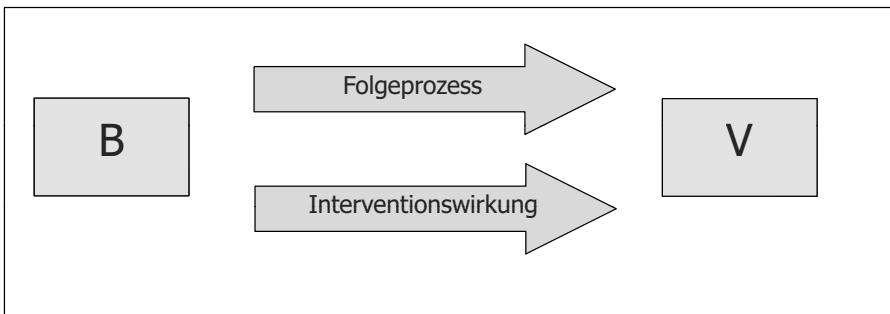


Abb. 53 Interventionswirkung im Folgeprozess

Im Fall 1 könnte B, wenn K mit seinem Rücktritt Erfolg hat, seinerseits V verklagen, wenn er den Kaufgegenstand bereits von V mangelhaft erworben hätte. In dem Folgeverfahren ist allein zu prüfen, ob es zu einer Nebenintervention im Vorprozess gekommen ist und ob es dort zu einem formell rechtskräftigen Urteil kam. Ob die Voraussetzungen der Nebenintervention in dem Vorprozess gegeben waren oder der Nebenintervenient ordnungsgemäß beigetreten ist, ist im Folgeprozess nicht zu prüfen.

9

Die **Wirkung des § 68** besteht darin, dass das Urteil des Vorprozesses, so wie es dem Richter vorgelegen hat, im Verhältnis zwischen Nebenintervenient und ehemals unterstützter Hauptpartei als richtig gilt. Sie geht anders als die Rechtskraft, die nur zwischen den Parteien wirkt (§ 325) über dieses Verhältnis hinaus. Die Interventionswirkung des § 68 ist demnach wesentlich weiter als die Rechtskraft über den Streitgegenstand. Sie erstreckt sich auf alle für die Entscheidung erheblichen Tatsachenfeststellungen und ihre rechtliche Beurteilung. Anders die Rechtskraft: In Rechtskraft erwächst grundsätzlich nur der sog. Tenor. Würde im Vorprozess entschieden, dass K von B Rückzahlung des Kaufpreises wegen Rücktritt aufgrund eines Mangels verlangen kann, so ist damit der Mangel der Kaufsache keineswegs rechtskräftig festgestellt.

10

Aufgrund der Interventionswirkung ist der Richter im Folgeprozess zwischen der Hauptpartei und dem Nebenintervenienten an die Beurteilung der gesamten tatsächlichen und rechtlichen Umstände, auf denen das Ersturteil beruht, gebunden. Er darf keine neuen Behauptungen und Beweismittel, die zu einer anderen Beurteilung führen können, im Folgeprozess berücksichtigen.

11

## § 37 Streitverkündung

**Literatur:** *Clasen*, Aktuelle Rechtsprechung zur Streitverkündung, NJW-Spezial 2021, 236; *Fer-vers*, Die Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 2022; *Knöringer*, Die Streitverkündung, §§ 72–74 ZPO, JuS 2007, 335; *Krüger*, Die Streitverkündung im Zivilprozess, JA 2014, 202; *Lühl*, Die Streitverkündung in der Rechtsanwaltsklausur im Zivilrecht, JA 2017, 700; *Schober*, Drittbeteiligung im Zivilprozess, 1990; *Schultes*, Die Beteiligung Dritter am Zivilprozess, 1994; *Thora*, Die Streitverkündung – vielschichtig und haftungsträchtig, NJW 2019, 3624.

- 1 Die Interventionswirkung des § 68 erstreckt die Urteilstwirkung letztlich zulasten des Prozesshelfers/Prozessgehilfen. Hat er von der Möglichkeit der Nebenintervention Gebrauch gemacht, so kann er sich im Folgeprozess nicht mehr auf die Unrichtigkeit des Urteils berufen. Dadurch wird seine Handlungsmöglichkeit im Folgeprozess erheblich eingeschränkt. Vergegenwärtigt man sich zusätzlich, dass die Handlungsmöglichkeiten des Nebenintervenienten im Hauptprozess ebenfalls eingeschränkt sind, insbesondere seine Handlungen nicht im Widerspruch zu Handlungen der Hauptpartei stehen dürfen, so wird klar, warum das Institut der Nebenintervention in der Praxis kaum genutzt wird. Letztlich muss sich der Nebenintervenient sicher sein, dass er im Hauptprozess durch die Unterstützung seiner Partei eine Klageabweisung erreicht und dass deshalb kein Folgeprozess notwendig wird. Dieses wird jedoch in vielen Fällen nicht sicher vorherzusagen sein. Aus diesem Grunde dürfte es häufig taktisch klüger sein, den Ausgang des Hauptprozesses abzuwarten und in einem eventuellen Folgeprozess ohne jede Beschränkung der eigenen Prozesshandlungsfähigkeit eine Klageabweisung zu erreichen. Für die Partei des Hauptprozesses, der der Nebenintervenient hätte beitreten können, läge bei einem solchen Verhalten ein erhebliches Risiko (zur Hinweispflicht des Rechtsanwalts § 5 Rn. 8).
- 2 Würde im Fall 1 (§ 36 vor Rn. 1, S. 323) der K mit seiner Klage gegen B erfolgreich sein, so würde B zur Rückzahlung des Kaufpreises verurteilt. Er würde dann in einem neuen Prozess versuchen, bei V Regress zu nehmen. Da aufgrund der eingeschränkten Rechtskraft die Mangelhaftigkeit der Kaufsache nicht feststeht, könnte der Richter im Folgeprozess dazu kommen, dass er die Kaufsache als mangelfrei ansieht. B würde also zwei Mal unterliegen. Er hätte einerseits den Kaufpreis an V gezahlt und würde diesen nicht zurückerhalten, müsste andererseits jedoch auch dem K den Kaufpreis erstatten.
- 3 Um diese Situation des B zu verbessern, gibt es das Institut der Streitverkündung.  
**Merke:** Streitverkündung ist die förmliche Benachrichtigung eines Dritten von einem Streitverfahren, das zwischen zwei Parteien geführt wird, durch eine Prozesspartei.
- 4 B hat selbst ein Interesse, dass ihm der V im Vorprozess schon als Nebenintervenient beitrifft. B ist daher befugt, den V von dem Schweben des Prozesses gegen ihn zu benachrichtigen und ihm den Streit zu verkünden (§ 72). Dem V als sog. Streitverkündetem steht es dann frei, ob er von dieser Möglichkeit, dem B als Nebenintervenient beizutreten, Gebrauch macht oder nicht. Tritt er bei, so wird er Nebenintervenient und es gelten die oben gemachten Ausführungen. Entscheidend ist jedoch, dass auch dann, wenn er nicht beitrifft, gemäß § 74 Abs. 3 i.V.m. § 68 die Interventionswirkung eingreift. Das hauptsächliche Ziel der Streitverkündung besteht darin, die Interventionswirkung auch *gegen* den Willen des beitriffsberechtigten V herbeizuführen.

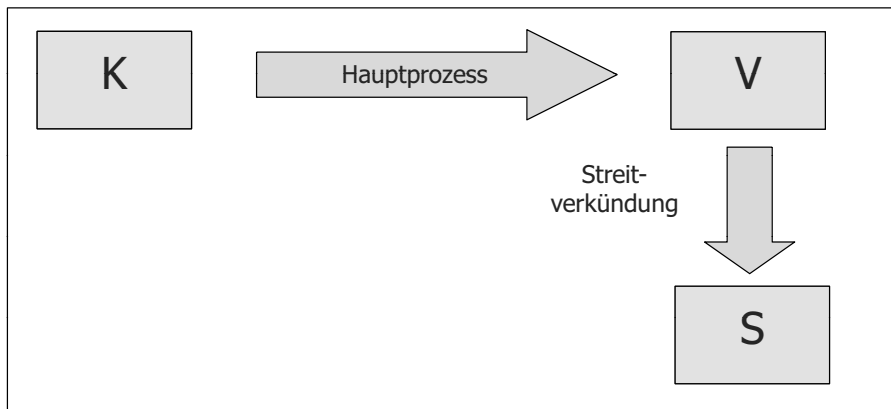


Abb. 54 Streitverkündung

Daneben hat die Streitverkündung nach materiellem Recht ähnliche Wirkung wie die Klageerhebung. Die Streitverkündung führt zur Hemmung der Verjährung (§ 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB).

5

► **Hinweis:** Für die Klausur ist es ausgesprochen wichtig, dass die Streitverkündung im Hauptprozess ohne jede Prüfung zugelassen wird. Anders als bei der Nebenintervention, bei der das rechtliche Interesse schon im Hauptprozess geprüft wird, wird der Grund der Streitverkündung erst im Folgeprozess geprüft. ◀

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- > Welche Möglichkeiten der Beteiligung Dritter an einem Rechtsstreit kennt die ZPO?
- > Wann liegt ein Interventionsgrund vor?
- > Wie ist die Stellung des Nebenintervenienten im Verfahren ausgestaltet?
- > Darf ein Versäumnisurteil gegen die Hauptpartei ergehen, wenn der Nebenintervenient erscheint?
- > Darf ein Nebenintervenient ein Rechtsmittel, das die Hauptpartei eingelegt hat, zurücknehmen?
- > Was verstehen Sie unter der Interventionswirkung und wo wirkt sie sich aus?
- > Welche Folge ergibt sich zwingend aus einer Streitverkündung?
- > Hat das Gericht im Ausgangsverfahren den Grund der Streitverkündung zu prüfen?



## K. Einstweiliger Rechtsschutz

**Literatur:** *Huber*, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Einstweiliger Rechtsschutz durch Arrest und einstweilige Verfügung (Anordnungsverfahren), JuS 2018, 226; *ders.*, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Einstweiliger Rechtsschutz durch Arrest und einstweilige Verfügung (Rechtsbehelfsverfahren), JuS 2018, 421.

- 1 Der einstweilige Rechtsschutz ist extrem praxisrelevant. In den letzten Jahren war in Deutschland, aber auch in ganz Europa zu beobachten, dass schnelle richterliche Entscheidungen aufgrund summarischer Prüfung und einstweilige Maßnahmen zur Sicherung von Gläubigerrechten stark an Bedeutung gewonnen haben. In bestimmten Rechtsbereichen wie dem Wettbewerbsrecht haben sie das Hauptsacheverfahren weitgehend verdrängt.

Die nationalen Rechte der europäischen Staaten sind im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes sehr unterschiedlich gestaltet. Vor allem bei der Vorwegnahme der Hauptsache sind einige Länder wenig zurückhaltend, wie die Niederlande und Frankreich. Andere, wie Deutschland, setzen das Instrument der Leistungsverfügung nach wie vor zurückhaltend ein. Die EuGVO enthält keine Regelung der internationalen Zuständigkeit und der Rechtsbehelfe des einstweiligen Rechtsschutzes. Geregelt ist nur die Anerkennung von Entscheidungen, die im nationalen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergehen (Art. 36 i.V.m. 2 lit. a EuGVO).<sup>1</sup>

### § 38 Regelung des einstweiligen Rechtsschutzes

- 2 Ein Gläubiger kann die Vollstreckung erst beginnen, wenn er nach Durchführung des mitunter lange währenden Erkenntnisverfahrens (bis zu drei Instanzen!) einen Vollstreckungstitel erlangt hat. Bis dahin ist die Durchsetzung seines Rechts gefährdet, weil er keineswegs sicher sein kann, dass nach dieser Zeit noch Vollstreckungsobjekte vorhanden sind (das herauszugebende Auto wird verkauft, Geld wird ausgegeben). Um dem Gläubiger bei Gefährdung seiner Rechte die künftige Vollstreckung zu sichern, enthält das Zwangsvollstreckungsrecht die Regelung des einstweiligen Rechtsschutzes (§§ 916 ff.). Tatsächlich handelt es sich beim einstweiligen Rechtsschutz um ein abweichend vom Hauptsacheverfahren geregeltes **Erkenntnisverfahren**, dem wiederum ein Zwangsvollstreckungsverfahren nachfolgt. In Familiensachen finden sich die speziellen Regelungen in den §§ 49 ff. FamFG (s.o. § 35 Rn. 6). Statthaft ist dort die einstweilige Anordnung (§ 49 FamFG). Gem. § 119 Abs. 2 FamFG ist in Familienstreitsachen aber weiter der Arrest (§§ 916 ff.) statthaft.

In Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes werden die Parteien nicht Kläger und Beklagter, sondern **Antragsteller** und **Antragsgegner** genannt.

#### I. Arten

- 3 Das Gesetz unterscheidet zwischen Arrest (§ 916 bis § 934) und einstweiliger Verfügung (§ 935 bis § 945).

<sup>1</sup> *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kap. 7 Rn. 25.

Der **Arrest** dient zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruchs, der in eine Geldforderung übergehen kann, z.B. Ansprüche auf Schadensersatz, Rückgewähr oder Herausgabe einer Bereicherung. 4

Die **einstweilige Verfügung** regelt die Verwirklichung anderer Ansprüche, z.B. des Anspruchs auf Herausgabe einer Sache, auf Abgabe einer Willenserklärung, auf Unterlassung oder Widerruf. 5

Der Arrest kann also einen Vermögenswert einer Leistung sichern, die einstweilige Verfügung die Leistung selbst. 6

Soweit das Gesetz nicht eine besondere Regelung trifft, gelten im Verfügungsverfahren die Regeln des Arrestverfahrens (§ 936). 7

## II. Voraussetzungen

Alle Arten des einstweiligen Rechtsschutzes verlangen die Glaubhaftmachung eines Arrest- bzw. Verfügungsanspruchs und eines Arrest- bzw. Verfügungsgrundes. 8

**Arrest- bzw. Verfügungsanspruch** ist der materielle Anspruch, der geltend gemacht wird. 9

**Arrest- bzw. Verfügungsgrund** ist der jeweilige Grund, wegen dem eine Entscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes erforderlich ist (s. § 935 und § 940). 10

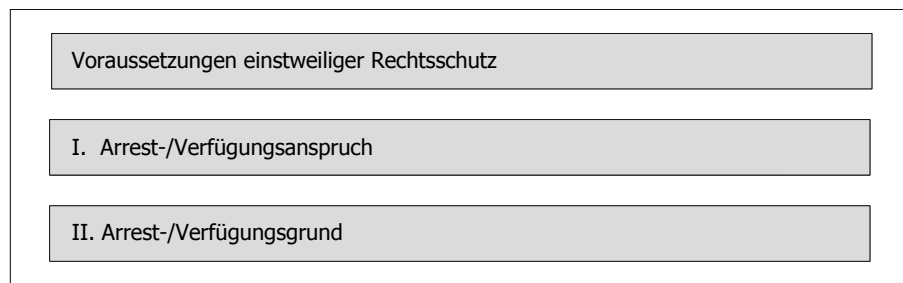


Abb. 55 Prüfung einstweiliger Rechtsschutz

Beides muss nicht zur vollen Überzeugung des Gerichts bewiesen werden, vielmehr reicht die **Glaubhaftmachung** (§§ 936, 920 Abs. 2 i.V.m. § 294). Glaubhaftmachung ist eine Art der Beweisführung, die dem Richter abweichend vom Gebot des Vollbeweises einen geringeren Grad von Wahrscheinlichkeit vermittelt (§ 23 Rn. 55). Von besonderer Bedeutung ist in der Praxis die eidesstattliche Versicherung (§ 294 Abs. 1), die außer den üblichen Beweismitteln zulässig ist. 11

## III. Verfahren

**Zuständig** ist grundsätzlich das Gericht, das in der Hauptsache zuständig wäre (§§ 919, 937, 943). Die Entscheidung kann in dringenden Fällen sowie dann, wenn der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen ist, ohne **mündliche Verhandlung** ergehen (§ 937 Abs. 2). Dies ist jedoch der **Ausnahmefall**. Das BVerfG hat die Anforderungen an die Wahrung rechtlichen Gehörs im Verfahren 12

des einstweiligen Rechtsschutzes in den letzten Jahren verschärft.<sup>1</sup> Danach darf von der Erforderlichkeit einer Überraschung des Gegners bei der Geltendmachung von Ansprüchen nicht als Regel ausgegangen werden kann. Die generelle Dringlichkeit der Maßnahme genügt für den Verzicht auf eine mündliche Verhandlung nicht, weil sie schon für das Vorliegen eines Verfügungsgrundes erforderlich ist. Eine derartige Dringlichkeit ist daher wegen der grundsätzlich erforderlichen Gewährung rechtlichen Gehörs nur gegeben, wenn die Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Zweck der einstweiligen Verfügung gefährden würde. In diesen Fällen reicht es aus, nachträglich Gehör zu gewähren. Voraussetzung der Verweisung auf eine nachträgliche Anhörung ist aber, dass ansonsten der Zweck des einstweiligen Verfügungsverfahrens in Form wirksamen vorläufigen Rechtsschutzes in Eilfällen, verhindert würde.<sup>2</sup> Der Verzicht auf eine mündliche Verhandlung berechtigt aber nicht ohne weiteres dazu, die Gegenseite bis zur Entscheidung über den Verfügungsantrag ganz aus dem Verfahren herauszuhalten. Das BVerfG trennt in seinen Entscheidungen den Verzicht auf eine mündliche Verhandlung und den Verzicht auf die Einbeziehung des Antragsgegners in das Verfahren. Nach dem **Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit**<sup>3</sup> kommt eine stattgebende Entscheidung über den Verfügungsantrag vielmehr grundsätzlich nur in Betracht, wenn die Gegenseite zuvor die Möglichkeit hatte, auf das mit dem Antrag geltend gemachte Vorbringen zu erwidern. Das BVerfG hat dies deutlich formuliert: „*Ein einseitiges Geheimverfahren über einen mehrwöchigen Zeitraum, in dem sich Gericht und Antragsteller über Rechtsfragen austauschen, ohne den Antragsgegner in irgendeiner Form einzubeziehen, ist mit den Verfahrensgrundsätzen des Grundgesetzes [...] unvereinbar.*“<sup>4</sup> Insbesondere bei einer Pressekammer des LG Berlin sind derartige Verstöße gegen den Grundsatz prozessualer Waffengleichheit offenbar systematisch. Dabei missachtet das LG Berlin auch die Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, obwohl das BVerfG daran ausdrücklich erinnert hat.<sup>5</sup>

Ist eine Hauptsache rechtshängig, ist dieses Gericht auch für Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zuständig (§§ 919, 937). Das AG, in dessen Bezirk sich der Streitgegenstand befindet, ist wahlweise zuständig (§ 919), im Fall der einstweiligen Verfügung besteht nur eine Notzuständigkeit in dringenden Fällen (§ 942).

- 13 In der Praxis große Bedeutung hat die **Schutzschrift**.<sup>6</sup> Die Schutzschrift ist ein vorbeugendes Verteidigungsmittel gegen einen potenziellen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung. Sie dient dazu, die Glaubhaftmachung von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund zu erschweren und eine mündliche Verhandlung herbeizuführen. Hierzu wird die Schutzschrift bei all den Gerichten hinterlegt, bei denen eine einstweilige Verfügung beantragt werden könnte. Um diese vielfache Hinterlegung zu

1 BVerfG, Beschluss vom 03.06.2020, Az.: 1 BvR 1246/20 = NJW 2020, 2021; Beschluss vom 30.09.2018, Az.: BvR 2421/17 = NJW 2018, 3634; BVerfG, Beschluss vom 30.09.2018, Az.: 1 BvR 1783/17 = NJW 2018, 3631.

2 BVerfG, Beschluss vom 30.09.2018, Az.: 1 BvR 2421/17 = NJW 2018, 3634 Rn. 28; *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1634.

3 Zur Herleitung BVerfG, Beschluss vom 03.06.2020, Az.: 1 BvR 1246/20 = NJW 2020, 2021, 2023 (Rn. 16); Beschluss vom 30.09.2018, Az.: 1 BvR 2421/17 = NJW 2018, 3634 (Rn. 27); *Mantz*, Das Recht auf Waffengleichheit und die Praxis im Verfahren der einstweiligen Verfügung, NJW 2019, 953, 954.

4 Beschluss vom 30.09.2018, Az.: 1 BvR 2421/17 = NJW 2018, 3634 Rn. 36.

5 BVerfG, Beschluss vom 11.01.2022, Az.: 1 BvR 123/21 -, Rn. 42; BVerfG, Beschluss vom 26.04. 2023, Az.: 1 BvR 718/23, Rn. 27. Zu diesem Verhalten <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/lg-berlin-geruegt-von-bverfg-verstoss-prozessuale-waffengleichheit-bild-boris-becker/> und <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bverfg-1bvr60523-presserecht-lg-berlin-prozessuale-waffengleichheit-verstoss/> (abgerufen am: 30.05.2023).

6 *Apel/Drescher*, Die Schutzschrift (§ 945 a ZPO) – Eine Einführung, Jura 2017, 427; *Huber*, Zivilprozessrecht: Schutzschrift und Schutzschriftenregister, JuS 2018, 1266.

vermeiden, hat das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten<sup>7</sup> (s.o. § 8 Rn. 16) den seit 1.1.2016 geltenden § 945 a Abs. 1 S. 1 eingeführt, der eine partielle Regelung der Schutzschrift enthält und vorsieht, dass die Länder ein zentrales, länderübergreifendes elektronisches Schutzschriftenregister führen.<sup>8</sup> Eine Schutzschrift gilt dann als bei allen ordentlichen Gerichten der Länder eingereicht, sobald sie in das zentrale Schutzschriftenregister eingestellt ist (§ 945 a Abs. 2). Eine Definition der Schutzschrift findet sich in § 945 a Abs. 1 S. 2.

Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz und Hauptsacheverfahren können nebeneinander betrieben werden, da der Rechtshängigkeitseinwand (§ 261 Abs. 3 Nr. 1) nicht eingreift, weil unterschiedliche Streitgegenstände vorliegen. **Streitgegenstand** des Verfügungsverfahrens ist nicht der Anspruch selbst, sondern die Zulässigkeit seiner zwangsweisen Durchsetzung.<sup>9</sup> Zwischen mehreren Anträgen auf Erlass eines Arrestes bzw. einer einstweiligen Verfügung greift jedoch der Rechtshängigkeitseinwand ein, so dass der nachfolgende Antrag unzulässig ist.

**Merke:** Einstweiliger Rechtsschutz ist neben dem Hauptsacheverfahren zulässig.

Ein dem Verfügungsverfahren nachfolgendes **Hauptsacheverfahren** ist nicht zwingend durchzuführen. Stellt der Schuldner aber einen Antrag und ist zu diesem Zeitpunkt noch keine Hauptsache anhängig, hat das Gericht nach § 926 Abs. 1 binnen einer zu bestimmenden Frist die Klageerhebung anzuordnen.

Das Gericht der Hauptsache ist nicht durch die materielle Rechtskraft an die Entscheidung des Gerichts im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gebunden, weil die Verfahren unterschiedliche Streitgegenstände haben.

Erweist sich die Anordnung einer Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes (Arrest oder Verfügung) als von Anfang an ungerechtfertigt oder wird die angeordnete Maßregel aufgehoben (aufgrund des § 926 Abs. 2 oder des § 942 Abs. 3), so ist die Partei, die die Anordnung erwirkt hat, **zum Ersatz des Schadens** verpflichtet, der dem Gegner aus der Vollziehung der angeordneten Maßregel entsteht (§ 945). Bei § 945 handelt es sich um einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch. Durch diese Schadensersatzpflicht soll Missbräuchen des Instituts des einstweiligen Rechtsschutzes vorgebeugt werden (Risikohaftung).

#### IV. Regelung des Arrestes

Das Arrestverfahren ist relativ detailliert in den §§ 916 ff. geregelt, auf die für das Verfügungsverfahren (§§ 935 ff.) verwiesen wird (§ 936), obwohl es in der Praxis von geringerer Bedeutung ist, als das Verfügungsverfahren.

Damit ein Arrest erlassen wird, müssen ein Arrestanspruch und ein Arrestgrund glaubhaft gemacht werden (§ 920 Abs. 2).

Das Gesetz unterscheidet den **dinglichen** und den **persönlichen Arrest**. Der dingliche Arrest wird erlassen, wenn die Besorgnis besteht, dass ohne seine Verhängung die Vollstreckung eines Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert würde (§ 917 Abs. 1). Ein

7 Gesetz vom 10.10.2013, BGBl. I 2013, Nr. 62, 16.10.2013, S. 3786.

8 Dazu *Wehlau/Kalbfus*, Die Schutzschrift im elektronischen Rechtsverkehr, ZRP 2012, 101; *Walker*, Die Schutzschrift und das elektronische Schutzschriftenregister nach §§ 945 a, 945 b ZPO, FS Schilken, 2015, S. 815; Das Schutzschriftenregister wird durch die Landesjustizverwaltung Hessen geführt, <https://schutzschriftenregister.hessen.de/einreichung> (abgerufen am 24.6.2021).

9 Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, Vorbem. § 916 Rn. 2.

persönlicher Arrest (§ 918) kann erlassen werden, wenn ohne ihn die Vollstreckung generell gefährdet wird.

- 21 Entscheidet das Gericht nach mündlicher Verhandlung, so wird der Arrestbefehl durch Urteil erlassen (§ 922 Abs. 1). Rechtsmittel ist die Berufung, da es sich um ein Endurteil handelt. Entscheidet das Gericht ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss, kann der Schuldner **Widerspruch** einlegen (§ 924 Abs. 1).
- 22 Wird der Antrag des Gläubigers auf Anordnung des Arrestes zurückgewiesen, so steht ihm die sofortige Beschwerde zu (§ 567).
- 23 Da der Arrest nur die Vollstreckung sichern soll, kann der Schuldner dem Gläubiger eine Klagefrist für die Hauptsache durch das Gericht setzen lassen (§ 926 Abs. 1).
- 24 Der Arrestbefehl ist ein Vollstreckungstitel (§ 928). Wegen der Sicherungsfunktion des Arrestes darf auf der Grundlage des Arrestbefehls nur gepfändet werden, ein gepfändeter Gegenstand darf aber nicht verwertet werden (§ 930). Der persönliche Sicherheitsarrest wird durch Verhaftung des Schuldners vollzogen (§ 933).

#### V. Regelung der einstweiligen Verfügung

- 25 Den **Inhalt der einstweiligen Verfügung** bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen (§ 938). In dringenden Fällen kann der Vorsitzende, sofern die Erledigung der Gesuche eine mündliche Verhandlung nicht erfordert, anstatt des Gerichts entscheiden (§ 944).
- 26 Die einstweilige Verfügung ist im Gesetz wiederum zweigeteilt, wobei die Abgrenzung häufig unsicher und in der Praxis ohne Bedeutung ist.
  - ▶ **Klausurhinweis:** Da in jedem Fall § 938 gilt, ist die Abgrenzung auch in der Klausur nicht erforderlich. Es reicht aus, die einstweilige Verfügung pauschal auf §§ 935, 940 zu stützen. ◀

##### 1. Sicherungsverfügung

- 27 Die **Sicherungsverfügung** ist in § 935 normiert. Sie betrifft Ansprüche (Verfügungsanspruch), die auf eine **Individualleistung** gerichtet sind, etwa die Herausgabe einer Sache.
- 28 Die Sicherungsverfügung darf wie der Arrest ausschließlich zu einer Sicherung des Gläubigers führen. Daher darf nicht die Herausgabe der Sache an den Gläubiger angeordnet werden, sondern nur die an einen **Sequester** als einer zur Verwahrung und Verwaltung vom Gericht eingesetzten Person. Das Gericht kann auch ein Veräußerungsverbot mit den Wirkungen der §§ 135, 136 BGB erlassen.
- 29 **Verfügungsgrund** ist die Besorgnis, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung des Rechtes einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Besteht eine solche Gefahr, kommt es nicht auf eine Abwägung der Interessen des Antragstellers mit denen des Antragsgegners an.

##### 2. Regelungsverfügung

- 30 Die **Regelungsverfügung** ist in § 940 enthalten. Ziel ist die einstweilige Regelung eines Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis. Dieses Rechtsverhältnis muss zwischen den Parteien bestehen.

Beispielsfälle sind Streitigkeiten aus Dauerschuldverhältnissen, z.B. unter Mietern zur Nutzung gemeinsamer Einrichtungen oder Streitigkeiten unter Gesellschaftern, z.B. um die Geschäftsführungsbefugnis. 31

**Verfügungsgrund** der Regelungsverfügung ist, dass die Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen, zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Hierbei kommt es im Unterscheid zur Sicherungsverfügung zu einer Abwägung der Interessen des Antragsgegners mit denen des Antragstellers. Zögert der Antragsteller die Stellung des Antrags übermäßig lange hinaus, spricht das dafür, dass er auf die Verfügung nicht angewiesen ist, so dass ein Verfügungsgrund nicht besteht. Allerdings muss ausreichend Zeit zur rechtlichen oder technischen Prüfung zugebilligt werden. 32

### 3. Leistungsverfügung

Die Leistungsverfügung gewährt dem Antragsteller bereits eine Befriedigung, ist also an sich keine vorläufige Maßnahme. Trotzdem lässt die Rechtsprechung die Leistungsverfügung zu, wenn der Antragsteller auf die sofortige Befriedigung derart angewiesen ist, dass das Abwarten eines Hauptsacheverfahrens ausgeschlossen ist und zu irreparablen Schäden führen würde. Eine gesetzliche Regelung fehlt. Z.T. wird die Leistungsverfügung als Fall der Regelungsverfügung angesehen, z.T. als richterliche Rechtsfortbildung.<sup>10</sup> 33

Ausgangspunkt der Rechtsprechung waren Unterhaltsforderungen (§ 1620 o BGB, § 620 a.F.), auf die der Antragsteller angewiesen war, so dass eine Zahlung an ihn erforderlich war. Später hat die Rechtsprechung den Anwendungsbereich der Leistungsverfügung ausgedehnt.<sup>11</sup> 34

Als **Verfügungsanspruch** kommt jeder Anspruch in Betracht, auch der auf eine Geldleistung gerichtete, da der Arrest aufgrund seines nur vorläufigen Charakters ausscheidet. 35

**Verfügungsgrund** können die Existenzgefährdung bzw. die Notlage des Antragstellers sein und die Abwendung eines endgültigen Rechtsverlusts des Antragstellers. 36

Da der Erlass einer Leistungsverfügung häufig endgültige Verhältnisse schafft und die Rückzahlung einer nach § 945 als Schadensersatz zu leistenden Geldsumme meist scheitert, sind an die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes sehr hohe Anforderungen zu stellen. 37

10 Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, vor § 935 Rn.49 mit Nachweisen zum Streitstand.

11 Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 940 Rn. 8 ff.

Zusammenfassende Übersicht einstweiliger Rechtsschutz

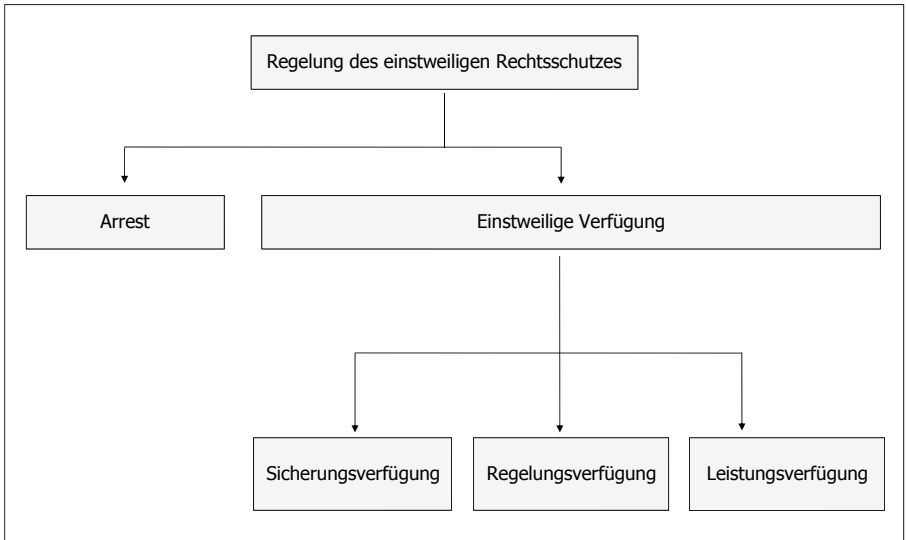


Abb. 56 Regelung des einstweiligen Rechtsschutzes

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- > Welche Arten des einstweiligen Rechtsschutzes sind in der ZPO geregelt?
- > Welche Ansprüche werden durch Arrest, einstweilige Verfügung und Leistungsverfügung gesichert?
- > Kann durch den Arrest eine Befriedigung erlangt werden?
- > Was ist eine Schutzschrift?
- > Welches Gericht ist für den Erlass eines Arrestes, welches für den einer einstweiligen Verfügung zuständig?
- > Können Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und Hauptsacheverfahren parallel betrieben werden?
- > Muss nach Erlass einer Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes in jedem Fall ein Hauptsacheverfahren durchgeführt werden?
- > Besteht für den Antragsteller im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ein Risiko, wenn sich herausstellt, dass die Anordnung einer vorläufigen Maßnahme ungerechtfertigt war?
- > Welche Arten der einstweiligen Verfügung gibt es?

## Anhang: Definitionen

Begriff	Definition
Allgemeiner Gerichtsstand (§§ 13–18 ZPO)	Am allgemeinen Gerichtsstand einer Person können – unabhängig von der Art der Streitsache – alle Klagen gegen sie erhoben werden, wenn nicht ausschließliche Gerichtsstände begründet sind. § 6 Rn. 48
Beibringungsgrundsatz	Der Beibringungsgrundsatz bezieht sich auf die Beschaffung und den Beweis der Tatsachengrundlage, die das Gericht seiner Entscheidung zugrunde legen soll und ist grundsätzlich alleinige Sache der Parteien. § 4 Rn. 12
Beschwer	Beschwer ist das Zurückbleiben der Entscheidung hinter dem in 1. Instanz gestellten Antrag. § 30 Rn. 15
Beschwerdegegenstand (§ 511 ZPO Abs. 2)	Beschwerdegegenstand ist der Teil der Beschwerde, den der Berufungskläger mit der Berufung beseitigen will. § 30 Rn. 16
Besonderer Gerichtsstand (§§ 20 ff., 35 ZPO)	Besondere Gerichtsstände sind im Unterschied zu allgemeinen, die für alle Klagen gegen die Person gelten, nur für einzelne Klagen gegeben und bestehen nur für vermögensrechtliche Angelegenheiten. Ihre Ausgestaltung knüpft meist an eine besondere Sachnähe des Gerichts an. Der Kläger kann zwischen dem allgemeinen und einem in Betracht kommenden besonderen Gerichtsstand wählen, sofern kein ausschließlicher Gerichtsstand gegeben ist. § 6 Rn. 57
Beweislast	Grundsätzlich hat jede Partei die Beweislast für die Voraussetzungen der ihr jeweils günstigen Norm (sog. Rosenbergsche Formel). Durch gesetzliche – z.B. §§ 280 Abs. 1 S. 2, 476 BGB – oder richterrechtliche Beweislastregeln – z.B. bei der Arzt- oder Produzentenhaftung –, kann die Beweislast anders verteilt sein. § 23 Rn. 61 ff.
Dispositionsgrundsatz	Der Dispositionsgrundsatz besagt, dass die Parteien über den Streitgegenstand verfügen können. § 4 Rn. 7
Feststellungsinteresse (§ 256 ZPO Abs. 1)	Das für die Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse liegt vor, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung hat. Es ist wegen der Subsidiarität der Feststellungsklage regelmäßig nicht gegeben, wenn der Kläger auch Leistungsklage erheben könnte. § 8 Rn. 40
Formelle Rechtskraft (§ 705 ZPO)	Die formelle Rechtskraft tritt ein, wenn eine prozessbeendende Entscheidung – Urteil, Beschluss – nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden kann. § 28 Rn. 3
Klageänderung (§ 263 ZPO)	Klageänderung ist Streitgegenstandsänderung. § 13 Rn. 5
Materielle Rechtskraft	Kraft der materiellen Rechtskraft wird die Entscheidung über den Streitgegenstand für die Parteien und andere staatliche Organe dauerhaft maßgeblich. § 28 Rn. 7
Notfrist (§ 224 ZPO)	Sind im Gesetz als solche bezeichnet und unabänderlich. § 9 Rn. 21
Objektive Klagenhäufung (§ 260 ZPO)	Eine objektive Klagenhäufung liegt vor, wenn derselbe Kläger gegen denselben Beklagten in einem Verfahren mehrere Ansprüche geltend macht. § 8 Rn. 89



Begriff	Definition
Örtliche Zuständigkeit (§§ 12 ff. ZPO)	Die örtliche Zuständigkeit, auch Gerichtsstand genannt, verteilt die Klagen auf verschiedene Gerichtsbezirke. Dabei wird in erster Linie an die am Rechtsstreit beteiligten Personen und die Art der Streitsache angeknüpft. § 6 Rn. 42
Partei	Partei ist nach dem prozessualen oder formalen Parteibegriff derjenige, der Rechtsschutz begehrt bzw. der, von dem Rechtsschutz begehrt wird. § 7 Rn. 4
Postulationsfähigkeit (§ 78 ZPO Abs. 1)	Postulationsfähigkeit ist die Fähigkeit, vor einem Gericht selbst auftreten zu können und Prozesshandlungen im Prozess wirksam vorzunehmen. § 7 Rn. 31
Prozessfähigkeit (§ 51 ZPO Abs. 1)	Die Prozessfähigkeit ist die Fähigkeit, die Parteirechte im Prozess wirksam wahrzunehmen, also Prozesshandlungen vorzunehmen. § 7 Rn. 27
Prozessführungsbefugnis	Die Prozessführungsbefugnis ist das Recht, einen Prozess im eigenen Namen über ein eigenes oder ein fremdes Recht als Partei zu führen. § 7 Rn. 37
Prozesshandlungen	Prozesshandlungen liegen vor, wenn Voraussetzungen und Wirkung im Prozessrecht geregelt sind. § 11 Rn. 5
Prozessvertrag	Prozessverträge sind zweiseitige Prozesshandlungen. § 11 Rn. 14
Rechtliches Gehör (Art. 103 GG Abs. 1)	Das Verfahrensgrundrecht auf rechtliches Gehör sichert die Möglichkeit, von einem Verfahren Kenntnis zu erlangen, Tatsachen vorzutragen und zu beweisen und die eigene Rechtsansicht äußern zu können. § 4 Rn. 41
Rechtshängigkeit (§ 261 ZPO Abs. 1, § 253 ZPO Abs. 1)	Eine Klage ist rechtshängig, wenn sie durch das Gericht dem Beklagten zugestellt worden ist. § 8 Rn. 3
Rechtsmittel (§§ 511 ff. ZPO, §§ 542 ff. ZPO, §§ 567 ff. ZPO)	Rechtsmittel der ZPO sind Berufung (§§ 511 ff.), Revision (§§ 542 ff.) und Beschwerde (§§ 567 ff.). Alle anderen Möglichkeiten in der ZPO, gegen eine bestimmte Entscheidung vorzugehen, werden als Rechtsbehelfe bezeichnet. § 29 Rn. 11
Rechtsverhältnis	Rechtsverhältnis ist jede rechtliche Beziehung zwischen Personen oder zwischen Personen und Sachen. § 8 Rn. 33
Sachliche Zuständigkeit (§ 1 ZPO)	Die sachliche Zuständigkeit verteilt die Klagen auf die verschiedenen erstinstanzlich zuständigen Gerichte. § 6 Rn. 21
Säumnis (§§ 330, 331, 333 ZPO)	Säumnis liegt vor, wenn die Partei nicht erscheint, trotz Erscheinens nicht verhandelt oder im Prozess mit Anwaltszwang nicht durch einen Anwalt vertreten ist. § 17 Rn. 1
Schlüssig	Schlüssig ist eine Klage, wenn der Klägervortrag als wahr unterstellt, den gestellten Antrag rechtfertigt. § 12 Rn. 4
Statthaftigkeit	Die Statthaftigkeit eines Rechtsmittels ist gegeben, wenn es für eine Entscheidung dieser Art grundsätzlich zugelassen ist. § 30 Rn. 1
Streitverkündung (§ 72 ZPO Abs. 1)	Streitverkündung ist die förmliche Benachrichtigung eines Dritten von einem Streitverfahren, das zwischen zwei Parteien geführt wird, durch eine Prozesspartei. § 37 Rn. 3

Begriff	Definition
Subjektive Klagehäufung (§ 59 ZPO)	Eine subjektive Klagehäufung, auch Streitgenossenschaft genannt, liegt vor, wenn auf Kläger- oder Beklagtenseite mehrere Parteien beteiligt sind. § 7 <i>Rn. 51</i>
Versäumnisurteil (§§ 330, 331 ZPO Abs. 2)	Gegen den Kläger: Ein die Klage abweisendes Versäumnisurteil ergeht schon dann, wenn er säumig ist und ein Antrag des Beklagten gestellt wird. Das Urteil ergeht ohne weitere Sachprüfung.  Gegen den Beklagten: Der Beklagte wird bei Säumnis auf Antrag des Klägers durch Versäumnisurteil verurteilt, soweit das Klägervorbringen schlüssig ist. §§ 18, 19 <i>Rn. 1</i>
Zustellung (§ 166 ZPO Abs. 1)	Zustellung ist die Bekanntgabe eines Dokuments an eine Person in der jeweiligen gesetzlich vorgeschriebenen Form. § 9 <i>Rn. 9</i>



## Stichwortverzeichnis

Die Angaben verweisen auf die Paragraphen des Buches (**fette Zahlen**) sowie die Randnummern innerhalb der einzelnen Paragraphen (magere Zahlen).

Beispiel: § 9 Rn. 10 = 9 10

- Abänderungsklage 28 65
- Abhilfeklage 7 19
- Active case management 4 18
- Alternative Dispute Resolution (ADR) 2 25 ff.
- Alternative Streitbeilegung 2 18 ff.
- Amtspflichtverletzung, sachliche Zuständigkeit 6 32
- Anastasia-Fall 23 52
- Anerkenntnis 15 1 ff.
  - Abgrenzung Geständnis 15 3
  - Abgrenzung Schuldanerkenntnis 15 2
  - als Prozesshandlung 15 2
  - Antrag 15 10
  - Formanforderungen 15 11
  - Klausuraufbau 15 17
  - Kosten 15 13
  - Rechtsnatur 15 2
  - sofortiges A. 15 16
  - Überblick 15 1
  - Widerruf 15 3
  - Wirkung 15 13
- Anerkenntnisurteil 15 6, 17
- Anerkennung ausländischer Urteile 8 58
- Anfechtungsklage 24 8
- Anhängigkeit der Klage 3 7, 8 3
- Anhörungsrüge 4 50 ff.
  - Anwaltszwang 4 54
  - Entscheidung 4 57
  - Frist 4 55
  - Selbstkorrektur 4 52
  - Statthaftigkeit 4 53
  - und Rechtskraft 4 52
  - und Rechtsmittel 29 4
  - Wirkung 4 58
- Anscheinsbeweis 23 38 ff.
- Anschlussberufung 29 19
- Anschlussbeschwerde 29 20
- Anschlussrevision 29 20
- Anspruchsgrundlagenkonkurrenz 8 53, 89-90
- Anwaltshotline 5 6
- Anwaltsklausur 1 8
- Anwaltsvergleich 16 38
- Anwaltszwang 5 13, 7 31, 14 31, 35 4
- ArbGG 2 31
- Arrest 38 18 ff.
  - Arrestanspruch 38 19
  - Arrestgrund 38 19
  - dinglicher A. 38 20
  - mündliche Verhandlung 38 21
  - persönlicher A. 38 20
- Arzthaftung 23 66
- Aufbauschema erstinstanzliche Klage 1 6
- Aufklärungspflicht 21 3
- Aufrechnung 12 38 ff.
  - als Verteidigungsmittel 12 41
  - Beweiserhebungstheorie 12 52
  - Darstellung in Klausur 12 54 ff.
  - Doppelnatur 12 48 ff.
  - Klageabweisungstheorie 12 52
  - mit rechtswegfremder Forderung 12 45 ff.
  - Rechtshängigkeit Aufrechnungsforderung 12 42 ff.
  - Rechtskraft 28 28 ff.
  - Wirksamkeitsvoraussetzungen 12 40
- Auskunftsanspruch 21 4
- Bedingungen 11 32 ff.
  - außerprozessuale B. 11 33
  - innerprozessuale B. 11 35
- Beeidigung 23 11
- Beibringungsgrundsatz 4 12 ff.
- Beratungshilfe 3 5
- Berufsausübungsgesellschaft 5 16a
- Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA) 5 3
- Berufung 30 1 ff.
  - Begründetheit 30 31 ff.
  - Berufungsbegründung 30 8, 21 ff.
  - Berufungsgründe 30 23 ff.
  - Berufungsschrift 30 9
  - Beschwer 30 14
  - Beschwerdegegenstand 30 16
  - Einlegungsfrist 30 11
  - Entscheidung des Gerichts 30 41
  - Fehlerkontrolle 30 31
  - Form der Einlegung 30 8
  - Fristen 30 11, 22

- funktionelle Zuständigkeit 30 7
- Rechtsverletzung 30 32 ff.
- Statthaftigkeit 30 5
- Tatsachen, neue 30 39
- Zulässigkeit 30 5 ff.
- Zulassung 30 18
- Zurückweisung durch Beschluss 30 29
- Beschluss 25 3
- Beschwerde 31 1 ff.
  - Rechtsbeschwerde 32 11 ff.
  - sofortige B. 32 2 ff.
- Beschwerderechtszug 32 11
- Bestreiten 12 20
- Betragsverfahren 26 10
- Beweis 21 1 ff.
  - Augenscheinsbeweis 23 2 f.
  - Beweismittel 23 1 ff.
  - Freibeweis 23 22
  - Gegenstand 22 1 ff.
  - Notwendigkeit 22 2
  - offenkundige Tatsachen 22 2
  - Parteivernehmung 23 20
  - prima facie B. 22 2
  - Sachverständigenbeweis 23 12
  - Sachverständiger Zeuge 23 14
  - Schätzung 22 2
  - Strengbeweis 23 22
  - Urkundsbeweis 23 18
  - Zeugenbeweis 23 6 ff.
- Beweisantritt 4 17, 23 7, 23
- Beweisaufnahme 23 25 f.
- Beweisbedürftigkeit 12 36
- Beweisbeschaffung, extraterritoriale 23 31
- Beweisbeschluss 23 25
- Beweiserhebung im Ausland 23 31
- Beweiserhebungstheorie 11 44, 12 52
- Beweisermittlungsantrag 23 24
- Beweisführungslast 23 57
- Beweislast 23 59 ff.
  - Beweiserleichterung 23 65
  - Beweislastumkehr 23 64 f.
  - gesetzliche Regeln 23 64
  - Grundregel 23 61
  - richterrechtliche Regeln 23 65
  - subjektive 23 57
- Beweismaß 23 51 ff.
  - Glaubhaftmachung 23 55
  - Regelbeweismaß 23 52
- Beweisvereitelung 22 2
- Beweisverfahren, selbstständiges 23 47
- Beweisverordnung, europäische (EuBewVO) 23 32
- Beweisverwertungsverbote 24 1 ff.
- Beweiswürdigung 23 33 ff.
  - Anscheinsbeweis 23 38 ff.
  - freie B. 23 36
  - Schadensschätzung 23 43
- Bewirkungshandlungen 11 18, 14 7, 53, 16 12
- Bezugnahme auf Schriftsätze 4 21
- BGB-Gesellschaft, Parteifähigkeit 7 23
- Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) 5 19
- Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) 5 3, 12
- Commercial Courts 6 26
- Dispositionsgrundsatz 4 7 ff.
- Distanzdelikt 6 59
- DNA-Vaterschaftsanalyse 24 8
- Dokumente, elektronische 8 18, 23 18
- Doppelrelevante Tatsachen 6 62
- Drittwiderklage 12 92 ff.
- EheVO 2 36
- Einheit der mündlichen Verhandlung 4 23
- Einheitstheorie 8 57
- Einrede
  - Begriff 12 25
  - rechtshemmende 12 28
  - rechtsvernichtende 12 27
- Einseitige Erledigung
  - als Klageänderung 14 28
  - bedingte E. 14 33
  - erledigendes Ereignis 14 35 ff.
  - Erledigungserklärung 14 31 ff.
  - Klausuraufbau 14 51
  - Kosten 14 24
  - nach Aufrechnung 14 39 ff.
  - Überblick 14 24
  - vor Rechtshängigkeit 14 38
- Einstweiliger Rechtsschutz 38 2 ff.
  - Arten 38 3
  - Hauptsacheverfahren 38 15
  - in Familiensachen 35 6
  - Rechtshängigkeit 38 14
  - Regelung 38 2
  - Schadensersatz 38 17
  - Streitgegenstand 38 14
  - Verfahren 38 12
  - Voraussetzungen 38 8
  - Zuständigkeit 38 12

- Einstweilige Verfügung 38 25 ff.
  - Inhalt der Entscheidung 38 25
  - Leistungsverfügung 38 33
  - Regelungsverfügung 38 30
  - Sicherungsverfügung 38 27
  - Verfügungsanspruch 38 35
  - Verfügungsgrund 38 36
- Einvernehmensanwalt 5 15
- Einwendung, Begriff 12 25
- Einzelrechtsnachfolge 28 53
- Einzelrichter 6 25
  - obligatorischer 6 26
  - originärer 6 26
- Elektronische Signatur 8 19
- EMRK 4 40, 49
- Englisch als Verfahrenssprache 8 19a
- Entscheidungsgründe 3 12, 27 21, 28 25
  - Tatbestand 27 20
- Entscheidungsreife 26 3
- Erfolgshonorar 5 10
- Erfolgsort 6 59
- Erheblichkeit Beklagtenvorbringen 12 15
- Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsver-  
fahren 2 6 ff.
- Erklärung mit Nichtwissen 12 22
- Erledigung
  - einseitige Erledigung 14 24 ff.
  - übereinstimmende Erledigung 16 1 ff.
- Ermittlung ausländischen Rechts 23 22
- Erwirkungshandlungen 11 16
- EuBewVO 2 36
- EU-Grundrechtecharta 4 40
- EuGVO 2 35
- EuInsVO 2 36
- EuRAG 5 15
- Europäisches Zivilprozessrecht 2 33 ff.
- EuVTO 2 36
- EuZustVO 2 36
- Eventualaufrechnung 11 43 ff.
- Fachanwaltschaften 5 12
- FamFG 2 31, 6 12
- Familiengericht 35 3 f.
- Familiensachen
  - Anwaltszwang 35 4
  - einstweiliger Rechtsschutz 35 6
  - Reform 35 2
  - Verfahren 35 1
- Feststellungsklage 8 33 ff.
  - Beweislast 23 69
  - Feststellungsinteresse 8 39
  - negative F. 8 33
  - Rechtsverhältnis 8 33
  - Subsidiarität 8 40
  - und nachfolgende Leistungsklage 8 44 ff.,  
62, 73
- FGG-Reformgesetz 35 1
- Forum prorogatum 6 81
- Forum rei sitae 6 72
- Forum shopping 6 6
- Fristberechnung 9 22
- Fristen 9 17 ff.
- Funktion des Zivilprozesses 2 2 ff.
- Gericht, Begriff 6 24
- Gerichtsaufbau 6 23
- Gerichtsfernsehen 4 37
- Gerichtsstand
  - allgemeiner 6 47 ff.
  - ausschließlicher 6 44 f.
  - Begriff 6 41
  - bei Haustürgeschäften 6 49, 71
  - besonderer 6 56 ff.
  - der unerlaubten Handlung 6 57 ff.
  - der Widerklage 6 75 ff.
  - des Erfüllungsortes 6 65 ff.
  - des Vermögens 6 79
  - dinglicher 6 72 ff.
  - fakultativer 6 44 f.
  - Klägergerichtsstand 6 49
  - kraft Sachzusammenhang 6 63
  - Sitz 6 53
  - Wohnsitz 6 50
- Gerichtsstandsbestimmung 6 81
- Gerichtsstandsvereinbarung 6 83 ff.
  - ausschließliche Zuständigkeit 6 85
  - durch Kaufleute 6 88
  - in AGB 6 88
  - Rechtsnatur 6 86
- Gesamtrechtsnachfolge 28 53
- Gestaltungsklage 8 49 ff.
- Geständnis 12 31 ff.
- Glaubhaftmachung
  - Begriff 23 55
  - im einstweiligen Rechtsschutz 38 11
- Gouvernantenklausel 5 15
- Güteverhandlung, zwingende 2 22 ff., 3 9,  
10 1 ff.
- Gutgläubigkeit und Rechtskraft 28 56

- GVG 2 32, 6 29
- Haftung d. Sachverständigen 23 17
- Handlungsort 6 59
- Haupt- und Hilfsantrag 11 37 ff.
- Haustürgeschäfte, Zuständigkeit 6 49, 71
- Hühnerpest-Fall 23 67
- Informationsbeschaffung 21 1 ff.
- Insichprozess 7 17
- Instanzenzug 6 21
- Interessentheorie 6 14
- Internationale Zuständigkeit 6 4 ff.
- Folge der Bejahung 6 5
  - Funktion 6 5
- Interventionswirkung 36 8 ff.
- Justizgewährungsanspruch 2 2
- Justizkommunikationsgesetz 8 16
- Justizmodernisierungsgesetz 14 2, 22, 16 7, 23 22, 31 19
- Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) 7 18
- Kernpunkttheorie EuGH 8 47, 62
- Kerntheorie 8 30
- Klageabweisungstheorie 12 52
- Klageänderung 13 1 ff.
- bei Klagenhäufung 13 12
  - Einwilligung des Beklagten 13 17
  - klageauswechselnde K. 13 9
  - Klausuraufbau 13 19
  - ohne Weiteres zulässige K. 13 13
  - Sachdienlichkeit 13 19
  - und Klagerücknahme 13 19
  - Vermutete Einwilligung des Beklagten 13 18
- Klageänderungstheorie BGH 7 84 ff.
- Klagearten 8 20 ff.
- Klageerhebung 8 1 ff.
- Förmlichkeiten 8 4
  - Haftungsverschärfung 8 86
  - Hemmung Verjährung 8 84
  - Wirkung 8 63 ff.
  - Zinsen 8 87
  - Zustellung 8 5
- Klageleugnen 12 18
- Klagenhäufung 8 88 ff.
- alternative K. 8 102
  - eventuelle K. 8 99
  - K. als Streitgegenstandshäufung 8 89-90
  - Klausuraufbau 8 98, 102
  - kumulative K. 8 99
  - objektive K. 8 93 ff.
  - sachliche Zuständigkeit 8 93
  - Verbindungsverbot 8 93
- Klagerücknahme 14 2 ff.
- Abgrenzung Klageverzicht 14 5
  - als Prozesshandlung 14 7
  - Einwilligung des Beklagten 14 13
  - Kosten 14 20 ff.
  - Überblick 14 2 ff.
  - vor Anhängigkeit 14 23
  - vor Rechtshängigkeit 14 9
  - Wirkung 14 17 ff.
  - Zulässigkeit 14 9 ff.
- Klagerücknahmeversprechen 14 12, 16 31
- Klageschrift 8 2 ff.
- Bestimmtheit des Antrags 8 11
  - Bezeichnung der Parteien 8 8
  - Bezeichnung des Gerichts 8 9
  - Bezeichnung des Streitgegenstands 8 10
  - Sollvorschriften 8 7
  - unbezifferte Zahlungsanträge 8 13
  - und Stufenklage 8 14
  - Unterschrift 8 16 ff.
  - zwingende Voraussetzungen 8 5
- Kooperationsmaxime 4 18
- Kosten des Verfahrens 3 4
- Lauschzeugen 24 4
- Law firms 5 18
- Leistungsbefehl, staatlicher 2 8
- Leistungsklage 8 25 ff.
- Leitentscheidungsverfahren 4 11
- Lex fori-Prinzip 2 35
- Lokalisationsprinzip 5 13
- Lügeverbot 4 15
- Mahnbescheid 33 12 ff.
- Mahnverfahren 33 1 ff.
- Anwaltszwang 33 4
  - Einspruch 33 24 ff.
  - europäisches Mahnverfahren 33 5
  - Mahngericht, zentrales 33 10
  - Überblick 33 1
  - Vollstreckungsbescheid 33 20
  - Widerspruch 33 18
  - Zulässigkeit 33 7
  - Zuständigkeit 33 10
- Mediation 2 25
- Mobilisierung von Recht 2 16
- Mündliche Verhandlung 3 8, 4 19
- Mündlichkeitsprinzip 4 19 ff.

- Musterverfahren 7 18
- Nachforderungsklage 28 38 f.
- Nebenintervention 36 1 ff.
  - Begriff 36 2
  - Interventionsgrund 36 4
  - Interventionswirkung 36 8 ff.
  - Rechtsstellung Nebenintervenient 36 5
  - Voraussetzungen 36 3 f.
- Ne bis in idem 28 10
- Nichtigkeitsklage 28 71
- Non liquet-Situation 3 10, 23 59
- Notfrist 9 21
- Novation 16 36, 51
- Offenkundige Tatsachen 4 16
- Öffentlichkeit der Verhandlung 4 35
- Öffentlichkeitsgrundsatz 4 35 ff.
- Offizialmaxime 4 11
- Ordnungshaft 23 11
- Partei 7 1 ff.
  - Bezeichnung 7 15
  - Erlangung der Stellung als P. 7 3
  - formaler Begriff 7 13
  - kraft Amtes 7 9 ff., 43
  - Mehrheit von P. 7 50 ff.
  - Parteibegriff 7 4
  - Parteifähigkeit 7 21 ff.
  - Parteivernehmung 23 20
  - Postulationsfähigkeit 7 31 ff.
  - Prozessfähigkeit 7 26 ff.
  - Vertretung 7 27
  - Zweiparteiensystem 7 15
- Parteiänderung 7 78 ff.
  - als Institut eigener Art 7 89
  - Bindung an Prozessergebnisse 7 94
  - gesetzliche Fälle 7 80 f.
  - gewillkürte P. 7 82 ff.
  - in erster Instanz 7 85
  - in zweiter Instanz 7 86
  - Klageänderungstheorie BGH 7 84
  - Klagerücknahmetheorie 7 88
- Parteibeitritt 7 98
- Parteierweiterung 7 97 ff.
- Partnerschaftsgesellschaft 5 16, 7 22
- Perpetuatio fori 8 78 f.
- Präklusion 30 39
- Pressedelikt 6 60
- Pretrial-discovery-Verfahren 21 3
- Privatgutachten 23 15
- Produzentenhaftung 23 67
- Prozessförderungspflicht der Parteien 12 10
- Prozessführungsbefugnis 7 8, 35 ff.
- Prozesshandlungen 11 1 ff.
  - Abgrenzung von Rechtsgeschäften 11 3
  - Auslegung 11 31
  - außerhalb mündlicher Verhandlung 11 25
  - Bedingungen 11 32
  - Beseitigung 11 53
  - ein- und zweiseitige 11 12 ff.
  - fehlerhafte 11 46 ff.
  - Form- und Wirksamkeit 11 23
  - in mündlicher Verhandlung 11 24
  - Widerruf und Rücknahme 11 56
- Prozesshandlungsvoraussetzung 7 32, 11 21
- Prozesskostenhilfe 1 13, 3 5
  - Mindeststandards in Europa 2 36
- Prozessmaximen 4 1 ff.
- Prozessrechtsverhältnis 7 1
- Prozessstandschaft 7 40 ff.
  - gesetzliche 7 41 ff., 8 81
  - gewillkürte 7 45 ff.
  - Rechtskraft 28 61
- Prozessurteil 12 5
- Prozessvergleich 16 40 ff.
  - Anfechtung 16 56
  - Anwaltszwang 16 49
  - Aufhebung 16 56
  - Doppelnatur 16 43
  - Protokollierung 16 49
  - Rechtsnatur 16 43
  - Rücktritt 16 56
  - Streit um Wirksamkeit 16 55
  - Umdeutung 16 49
  - Voraussetzungen 16 44 ff.
  - Widerrufsvorbehalt 16 46
  - Wirkungen 16 50 ff.
- Prozessvertrag 11 14
- Prozessvoraussetzung
  - Begriff 1 6
  - negative 28 12
- Rechtliches Gehör 4 39 ff.
  - als objektivrechtliches Verfahrensprinzip 4 41
  - Anhörungsrüge 4 50 ff.
  - kein Anspruch auf mündliche Verhandlung 4 42
  - notwendiger fachgerichtlicher Rechtsschutz 4 45
  - Rechtsschutzmöglichkeiten 4 46 ff.



- und einstweiliger Rechtsschutz 4 43
- und Präklusionsvorschriften 4 43
- Verfassungsbeschwerde 4 48
- Rechtsanwalt 5 1 ff.
- Anwaltsorganisation 5 16
- Anwaltszwang 5 13
- Berufshaftpflichtversicherung 5 8
- Erfolgshonorar 5 10
- europäischer R. 5 15
- Fachanwälte 5 12
- Gebühren 5 6
- gesetzliche Regelungen der Tätigkeit 5 3
- Honorarvereinbarung 5 10
- Lokalisationsprinzip 5 13
- Rechtsanwaltsvertrag 5 7
- Schadensersatz bei Pflichtverletzung 5 8
- Sozietät 5 16
- unabhängiges Organ der Rechtspflege 5 2, 7
- Verschulden Büropersonal 5 8
- Zahl zugelassener 5 1
- Zulassungsvoraussetzungen 5 11
- Rechtsanwalts-AG 5 16
- Rechtsanwalts-GmbH 5 16
- Rechtsanwaltskammern 5 19
- Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) 5 10
- Rechtsbehelfsbelehrungspflicht 4 18
- Rechtsberatung
- Deregulierung 5 4
- per Hotline 5 6
- Rechtsberatungsgesetz (RBerG) 5 3
- Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) 5 4
- Rechtshängigkeit der Klage 3 7, 8 3
- Bedeutung des Streitgegenstands 8 55, 72
- Beginn 8 68
- Einrede der R. 8 66 ff.
- Ende 8 71
- in EuGVO 8 58, 70
- perpetuatio fori 8 78 f.
- Verbot Klageänderung 8 80
- Vorwirkung durch § 167 8 64, 84
- Rechtshilfe 23 30
- Rechtskraft 28 1 ff.
- Abgrenzung von Bindung 28 8
- Anerkennung als Urteilswirkung 28 9
- Aufrechnung 28 28 ff.
- Bezugspunkt Streitgegenstand 28 8
- Durchbrechung 28 64 ff.
- Durchbrechung gem. § 826 BGB 28 77 ff.
- Einwendungen und Einreden 28 27
- Erstreckung auf Dritte 28 59
- Erstreckung auf Rechtsnachfolger 28 53
- formelle R. 28 3
- inter partes-Wirkung 28 51
- materielle R. 28 7
- objektiver Umfang 28 19 ff.
- Präjudizialität 28 13
- rechtskraftfähige Entscheidungen 28 15
- Rechtskrafttheorie, materielle 28 11
- Rechtskrafttheorie, prozessuale 28 11
- subjektiver Umfang 28 50 ff.
- Teilklagen 28 34
- Wirkung 28 10
- zeitliche Grenze 28 62
- Rechtsmittel 3 13, 29 1 ff.
- Arten 29 11
- Devolutiveffekt 29 7
- Klausuraufbau 29 13
- Recht auf R. 29 3
- Suspensiveffekt 29 7
- Verschlechterungsverbot 29 17
- Rechtsmittelklausur 1 15
- Rechtsvergleich im Prozessrecht 4 3
- Rechtsweg 6 8 ff.
- Abgrenzungstheorien 6 14
- Abgrenzung Verwaltungsgerichtsbarkeit 6 13 ff.
- Arten 6 9
- Kompetenzautonomie 6 18
- Verweisung 6 19
- Vorabentscheidung über Zulässigkeit 6 19
- Reformatio in peius 29 17
- Reichsjustizgesetze 2 29
- Relationstechnik 12 15
- Replik 12 30
- Restitutionsklage 28 73
- Revision 31 1 ff.
- Begründetheit 31 21 ff.
- Begründung 31 13 ff.
- Beschwer 31 12
- Entscheidung des Gerichts 31 28 ff.
- Form der Einlegung 31 10
- Fristen 31 11
- Nichtzulassungsbeschwerde 31 8
- Revisionsgründe 31 15
- Statthaftigkeit 31 4
- Zulässigkeit 31 4 ff.
- Zulassungsrevision 31 6
- Zurückweisung durch Beschluss 31 19
- Richter
- Active case management 4 18
- beauftragter R. 23 29

- ersuchter R. 23 30
- Kooperationsmaxime 4 18
- Richterwechsel 4 32, 27 7 ff.
- Rolle im Verfahren 4 18
- Richterklausur 1 8
- Rubrum 27 17
- Rügelose Einlassung 6 89
- Sachlegitimation 7 6, 8 81
- Sachliche Zuständigkeit 6 29 ff.
- Sachurteil 12 6
- Säumnis
  - Begriff 17 1
  - im Einspruchstermin 33 27 ff.
- Schiedseinrede 2 27
- Schiedsgerichtsbarkeit 2 26 ff.
- Schiedsspruch 2 27
- Schiedsvereinbarung 2 27
- Schlüssigkeit der Klage 12 4, 11 ff.
- Schmerzensgeld 8 76, 28 41
- Schriftsätze 4 20
  - bestimmender/vorbereitender 8 16
  - und moderne Kommunikationstechnik 8 16
- Schutzschrift 38 13
- Selbsthilfe 2 2
- Sonderzuweisungen an AG 6 31
- Sonderzuweisungen an LG 6 32
- Sprungrevision 31 9
- Streitgegenstand 8 51 ff.
  - Bedeutung 8 55 ff.
  - eingliederter Streitgegenstandsbe-  
griff 8 61
  - Einheitstheorie 8 57
  - Streitgegenstandstheorien 8 59 ff.
  - zweigliedriger Streitgegenstandsbe-  
griff 8 59
- Streitgenossenschaft
  - einfache 7 52 ff.
  - Klausuraufbau 7 76
  - notwendige 7 66 ff.
  - und Klagenhäufung 7 77
  - und Versäumnisurteil 7 63, 17 2
- Streitschlichtung
  - außergerichtliche 2 23
  - obligatorische 2 23, 6 2
- Streitverkündung 37 1 ff.
  - Begriff 37 3
  - Überblick 37 1
  - Wirkung 37 4 f.
- Streudelikt 6 59
- Stufenklage 8 14, 77
- Stuhllurteil 3 11
- Subjektionstheorie 6 14
- Subjektstheorie 6 14
- Syndikusrechtsanwalt 5 11
- Tatbestand 3 12
- Tatsachen im Prozess 12 7 ff.
- Teilklagen
  - offene/verdeckte 8 28, 28 36 f.
  - Rechtshängigkeit 8 75
  - Rechtskraft 28 34 ff.
- Telefonkonferenz 4 34
- Tenor 3 12, 27 18
- Übereinstimmende Erledigung 16 1 ff.
  - Erledigungsereignis 16 5
  - Erledigungserklärung 16 5
  - Klausuraufbau 16 17
  - Kostenentscheidung 16 3, 13
  - Überblick 16 1
  - Wirkung 16 8
  - Zeitpunkt 16 9 f.
  - Zulässigkeit neue Klage 16 15
- Unmittelbarkeitsgrundsatz 4 31 ff.
- Unterlassungsklagen 8 29
- Unterschrift
  - eingescannte 8 16
  - elektronisch 8 18
  - Telefax 8 17
- Urkunde 23 18
- Urkundenprozess 34 1 ff.
- Urkundenvorlage 21 5
- Urteil 25 1 ff.
  - Beratung und Abstimmung 27 3
  - Endurteil 26 2 ff.
  - Erlass 27 1 ff.
  - Findung 27 2 f.
  - Form 27 16 ff.
  - Gestaltungswirkung 28 11
  - Grundurteil 26 10
  - Inhalt 27 16
  - Rechtskraft 28 1 ff.
  - Stuhllurteil 27 12
  - Teilurteil 26 8
  - Verkündung 27 11 ff.
  - Zustellung 27 14 f.
  - Zwischenurteil 26 9
- Urteilserschleichung 28 79

- Vaterschaft
  - Anfechtung 24 8
  - gerichtliche Feststellung 24 11
- Vaterschaftstest, heimlicher 24 8
- Veräußerung der streitbefangenen Sache 7 81, 8 81
- Verbandsklage 2 5, 7 18
- Verein, nichtrechtsfähiger
  - Parteifähigkeit 7 24
- Verfahrensgrundrechte 4 4
- Verfahrensgrundsätze 4 1 ff.
- Verfügung 25 6
- Vergleich 16 17 ff.
  - Anwaltsvergleich 16 38
  - außergerichtlicher V. 16 21
  - materiellrechtlicher V. 16 24
  - Teilvergleich 16 41
  - Überblick 16 18
  - Verjährung 16 26
- Verhandlung zur Hauptsache 6 90
- Verkündungstermin 3 11
- Versäumnisurteil
  - Antrag 18 2, 19 1
  - gegen Beklagten 18 1 ff.
  - gegen Kläger 19 1 ff.
  - Geständnisfiktion 18 3
  - im schriftlichen Vorverfahren vor 17 1
  - Klausuraufbau 18 5, 19 3, 20 5
  - Schlüssigkeit der Klage 18 3, 19 2, 20 10, 14
  - unechtes V. 18 2
  - weiteres erstes V. 20 9
  - zweites V. 20 9
- Versäumnisverfahren 17 1 ff.
  - Berufung 20 14
  - Einspruch 20 1 ff.
  - Säumnis 17 1, 20 13
  - Vertretung durch Streitgenossen 17 2
- Verteidigung des Beklagten 12 1 ff.
- Vertrag von Amsterdam 2 34
- Verweisung bei fehlender Zuständigkeit 6 46
- Verzicht 14 52 ff.
  - Antrag Verzichts Urteil 14 55
  - keine neue Klage 14 60
  - Klausuraufbau 14 60
  - Rechtsnatur 14 53
  - Überblick 14 52
  - Wirkung 14 59
- Videokonferenz 4 33, 23 27
- Vollstreckungsbescheid 20 16, 33 20 ff.
- Vollstreckungsgegenklage 28 68
- Vorbehaltsurteil 12 53
- Vorläufige Vollstreckbarkeit 3 15
  - Schadensersatzpflicht 3 15
- Wahrheit, formelle, objektive 4 15
- Widerklage 12 58 ff.
  - Aufbau Klausur 12 87, 102
  - Drittwiderklage 12 92 ff.
  - Eventualwiderklage 12 88
  - Gerichtsstand 6 75
  - inkonnexe W. 12 87
  - Privilegierung 12 77
  - Rechtshängigkeit 12 74
  - Rechtsschutzbedürfnis 12 76
  - sachliche Zuständigkeit 12 70
  - Selbstständigkeit 12 61
  - Zusammenhang 12 81 ff.
  - Zwischenfeststellungswiderklage 12 75
- Wiederaufnahme des Verfahrens 28 69 ff.
  - Dreiteilung 28 76
- Wiedereinsetzung 9 23 ff.
- Wohnungseigentümergeinschaft
  - Parteifähigkeit 7 23
- Zeugnisfähigkeit 23 8
- Zeugnisverweigerungsrecht 23 11
- Zinsen 6 37 f.
- Zivilkammern 6 26
- Zivilsenate 6 27
- Zuständigkeit
  - örtliche 6 40 ff.
  - sachliche 6 21
- Zuständigkeitserschleichung 6 35
- Zuständigkeitsstreitwert 6 33
  - Erfüllungsortvereinbarung 6 70
- Zustellung 9 9-10 ff.
- Zweiparteiensystem 7 15
- Zwischenfeststellungsklage 8 48, 96, 28 45 ff.