

Schmitz-Herscheidt | Wagner

Zivilprozess- und Verhandlungstaktik



Nomos

NOMOSSTUDIUM

Prof. Dr. Stephan Schmitz-Herscheidt
Dr. Benjamin Wagner

Zivilprozess- und Verhandlungstaktik



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 978-3-8487-5163-1 (Print)

ISBN 978-3-8452-9359-2 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorbemerkung

Das rechtswissenschaftliche Studium vermittelt den Studenten die Zusammenhänge des materiellen Rechts. Im Referendariat machen sie sich dann mit den Details des Prozessrechts vertraut. Damit sind die Grundlagen für ein erfolgreiches Anwaltsleben unzweifelhaft gelegt. Hinzu kommt aber noch ein weiterer Faktor, der in der nach wie vor vorrangig auf den Richterberuf ausgerichteten juristischen Ausbildung meist nur eine untergeordnete Rolle spielt: Anders als aus der Ausbildung gewohnt, wird der Rechtsanwalt in der Praxis nicht allein mit abgeschlossenen Sachverhalten konfrontiert, die „nur“ noch auf eine rechtliche Subsumtion unter die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen warten, sondern von ihm wird häufig auch eine Rechtsgestaltung gefordert. Er muss beispielsweise Verträge aufsetzen. Deren Inhalt ist nicht selten erst das Ergebnis von Verhandlungen, in denen beide Vertragsparteien versuchen, das für sie bestmögliche Ergebnis zu erzielen. Wird der Rechtsanwalt dabei hinzugezogen, ist neben seinem ausgeprägten juristischen Sachverstand auch Verhandlungsgeschick gefragt. Dasselbe gilt, wenn ein Konflikt durch außergerichtliche Verhandlungen gelöst, d.h. eine gerichtliche Auseinandersetzung vermieden werden soll. In allen diesen Fällen wird dem Rechtsanwalt neben dem rechtlich richtigen auch ein taktisch geschicktes Vorgehen abverlangt. Dies gilt nicht zuletzt auch bei der anwaltlichen Führung von Zivilprozessen. Denn hier geht es darum, die von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten, materiellen-rechtlichen wie prozessualen Gestaltungsmöglichkeiten zu erkennen und geschickt einzusetzen, um die Interessen des Mandanten bestmöglich zu vertreten.

Diese taktischen Möglichkeiten im Zivilprozess und in außergerichtlichen Verhandlungen will das vorliegende Werk aufzeigen. Es ist hervorgegangen aus der Vorlesung des Autors Schmitz-Herscheidt an der Universität Münster zum Thema „Verhandlungsstrategien und forensische Praxis“ im Rahmen des Schwerpunktgebietes „Rechtsgestaltung und Streitbeilegung“. Gleichwohl richtet sich unser Buch nicht nur an Studenten und Referendare, sondern möchte auch Kollegen wertvolle Entscheidungshilfen bei taktischen Überlegungen und Entscheidungen bieten.

Rechtsprechung und Literatur sind bis Mitte Dezember 2019 berücksichtigt.

Für jeden Hinweis zur Verbesserung unseres Buches sind wir dankbar. Besonderer Dank gebührt schließlich Herrn. Dr. Peter Schmidt für die ausgezeichnete Unterstützung seitens des Lektorats des Nomos-Verlags.

Hamm und Hamburg

Stephan Schmitz-Herscheidt

Benjamin Wagner

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis	21
----------------------	----

A. Prozesstaktik

TEIL I	EINLEITUNG	
§ 1	Was ist Prozesstaktik?	25
TEIL II	KLAGE	
§ 2	Vorbereitung der Klage	28
§ 3	Überblick über den Ablauf eines Zivilprozesses aus Anwaltssicht	34
§ 4	Wer klagt?	36
§ 5	Wer wird verklagt?	40
§ 6	Die Verfahrensbeteiligten	43
§ 7	Wo wird geklagt?	58
§ 8	Sachvortrag sowie Darlegungs- und Beweislast	65
§ 9	Beweisführung und Beweismittel	89
§ 10	Klageantrag und Streitgegenstand	107
TEIL III	KLAGEERWIDERUNG UND WIDERKLAGE	
§ 11	Klageerwiderung	128
§ 12	Widerklage	143
TEIL IV	MÜNDLICHE VERHANDLUNG	
§ 13	Allgemeines	149
§ 14	Präklusion wegen Verspätung und Gegenstrategien	162
§ 15	Anwaltliche Pflichten nach Urteilsverkündung	186
TEIL V	SONSTIGE FORMEN DER BEENDIGUNG DES PROZESSES	
§ 16	Erledigung	189
§ 17	Klagerücknahme	191
§ 18	Prozessvergleich	192

Inhaltsübersicht

TEIL VI BERUFUNG

§ 19	Zulässigkeit der Berufung	196
§ 20	Begründetheit der Berufung, Umfang der Überprüfung durch das Berufungsgericht	201
§ 21	Besonderheiten des Berufungsverfahrens	215

TEIL VII BESONDERE VERFAHRENSARTEN

§ 22	Selbständiges Beweisverfahren	219
§ 23	Urkundenprozess	223
§ 24	Mahnverfahren	233
§ 25	Einstweiliger Rechtsschutz	238

B. Verhandlungstaktik

TEIL I	EINFÜHRUNG	255
---------------	-------------------	------------

TEIL II VERHANDLUNGSGRUNDLAGEN

§ 26	Verhandeln im anwaltlichen Bereich	257
§ 27	Grundformen des Verhandeln	257
§ 28	Grundbegriffe der Verhandlungsforschung	266
§ 29	Herausforderungen in (anwaltlichen) Verhandlungen	271

TEIL III PLANUNG UND ABLAUF VON VERHANDLUNGEN

§ 30	Verhandlungsvorbereitung	274
§ 31	Verhandlungseinstieg („Warmlaufphase“)	285
§ 32	Kernphase der Verhandlung	286
§ 33	Der Abschluss der Verhandlung	299
§ 34	Die Umsetzung des Vereinbarten	301
§ 35	Interne Nachbereitung der Verhandlung	302

TEIL IV PSYCHOLOGISCHE ASPEKTE DER VERHANDLUNG

§ 36	Die Verhandlung als Kommunikationsprozess	304
§ 37	Heuristiken und kognitive Verzerrungen	308
§ 38	Emotionen in Verhandlungen	315
Stichwortverzeichnis		319

Inhalt

Literaturverzeichnis	21
----------------------	----

A. Prozesstaktik

TEIL I EINLEITUNG

§ 1 Was ist Prozesstaktik?	25
I. Dispositionsmaxime	25
II. Beibringungsgrundsatz	26
III. Konsequenzen	26

TEIL II KLAGE

§ 2 Vorbereitung der Klage	28
I. Vorbemerkung: Wichtige Pflichten des Rechtsanwalts gegenüber seinem Mandanten	28
1. Umfassende Beratung und Interessenwahrnehmung bei optimaler rechtlicher Bearbeitung	28
2. Wahl des sichersten Weges	30
3. Weisungsgebundenheit	30
II. Einzelheiten zur Vorbereitung der Klage	30
1. Soll überhaupt geklagt werden?	30
2. Aufklärung des Sachverhaltes	31
3. Außergerichtliche Mahnung	32
4. Außergerichtliches Güteverfahren	32
5. Fristen	33
6. Wahl der optimalen Verfahrensart	34
§ 3 Überblick über den Ablauf eines Zivilprozesses aus Anwaltssicht	34
I. Anhängigkeit und Rechtshängigkeit	34
II. Früher erster Termin oder schriftliches Vorverfahren	34
III. Mündliche Verhandlung	35
IV. Urteil und Rechtsmittel	36
§ 4 Wer klagt?	36
I. Aktivlegitimation	36
II. Ermittlung des Anspruchsinhabers	37
III. Abtretung	38
1. Abtretung zur Begründung der Aktivlegitimation	38
2. Abtretung zur Verbesserung der Beweissituation	38
IV. Prozesstandschaft	39
§ 5 Wer wird verklagt?	40
I. Mehrheit von Anspruchsgegnern, „Herausschießen“ von Zeugen	40
II. GbR als Anspruchsgegnerin	41
III. Sorgfältige Bezeichnung des Beklagten	42

§ 6	Die Verfahrensbeteiligten	43
I.	Die Parteien, insbesondere Streitgenossenschaft	43
1.	Einfache Streitgenossenschaft	43
2.	Notwendige Streitgenossenschaft	45
a)	Voraussetzungen	45
b)	Rechtsfolgen	46
II.	Beteiligung Dritter am Rechtsstreit	47
1.	Nebenintervention	47
a)	Voraussetzungen	47
b)	Verfahren	48
c)	Recht zur Unterstützung der Partei, § 67 ZPO	49
aa)	Grundsatz	49
bb)	Schranken	49
d)	Nebeninterventionswirkung, § 68 ZPO	50
e)	Sonderfall: streitgenössische Nebenintervention	52
2.	Streitverkündung	54
a)	Taktische Ziele der Streitverkündung	54
b)	Voraussetzungen und Verfahren der Streitverkündung	55
c)	Mögliche Reaktionen des Streitverkündeten und taktische Erwägungen	56
§ 7	Wo wird geklagt?	58
I.	Rechtsweg	58
II.	Sachliche Zuständigkeit	58
III.	Funktionelle Zuständigkeit	59
IV.	Örtliche Zuständigkeit	60
1.	Ausschließliche Gerichtsstände	60
2.	Nicht ausschließliche Gerichtsstände	60
a)	Allgemeiner Gerichtsstand	61
b)	Besondere Gerichtsstände	61
aa)	Gerichtsstand der Mitgliedschaft, § 22 ZPO	61
bb)	Gerichtsstand der Erbschaft, § 27 ZPO	61
cc)	Gerichtsstand des Erfüllungsortes, § 29 ZPO	61
dd)	Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, § 32 ZPO	62
ee)	Wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten, § 14 UWG	62
c)	Prozesstaktische Erwägungen	63
3.	Gerichtsstandsvereinbarungen	63
4.	Gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit	64
V.	Rügelose Verhandlung	64
VI.	Verweisung	64
§ 8	Sachvortrag sowie Darlegungs- und Beweislast	65
I.	Substantiierungslast	65
1.	Bedeutung	65
2.	Inhaltliche Anforderungen an die hinreichende Substantiierung	65
a)	Grundsatz	65
b)	Wechselwirkung mit gegnerischem Vortrag	68
c)	Bezugnahme auf Anlagen zum Schriftsatz	68
3.	Hinweispflicht des Gerichts bei unzureichender Substantiierung	69

II. Vortrag „ins Blaue hinein“ und wahrheitswidriger Vortrag	69
III. Haupt- und Hilfsvortrag	70
IV. Verteilung der Darlegungs- und Beweislast	71
1. Bedeutung und grundsätzliche Verteilung	71
2. Sekundäre Darlegungslast	73
a) Bereicherungsrecht	74
b) Verletzung von Aufklärungspflichten	75
3. Umkehr der Beweislast	76
a) Gesetzliche Beweislastregeln	76
b) Gesetzliche Vermutungen	77
aa) Tatsachenvermutungen	78
bb) Rechtsvermutungen	78
cc) Exkurs: Unwiderlegliche Vermutungen	79
c) Tatsächliche Vermutungen	79
aa) Wiederholungsgefahr	80
bb) Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde	80
cc) Wucherähnliches Rechtsgeschäft	80
dd) Beratungsgerechtes Verhalten	81
d) Materiell-rechtliche Anerkenntnisse	82
4. Beweiserleichterungen	83
a) Ausgangspunkt: Vollbeweis	83
b) Gesetzliche Beweiserleichterungen	84
aa) § 287 ZPO	84
bb) § 252 BGB	85
c) Anscheinsbeweis = prima-facie-Beweis	86
aa) Pflichtverletzung	86
bb) Kausalität	87
cc) Beratungsgerechtes Verhalten	87
d) Beweisvereitelung	88
§ 9 Beweisführung und Beweismittel	89
I. Allgemeine Grundsätze	89
1. Erschöpfung der Beweismittel und Verbot der antizipierten Beweismittelwürdigung	89
2. Hauptbeweis und Gegenbeweis	90
3. Unmittelbarer und mittelbarer Beweis	90
4. Beweisverwertungsverbote	91
5. Strengbeweis und Freibeweis	92
6. Eignung der Beweismittel	92
II. Zeugenbeweis, §§ 373 ff. ZPO	93
1. Beweisthema und Zeugnisfähigkeit	93
2. Beweisantritt	94
3. Potenziell parteiischer Zeuge	96
III. Beweis durch Sachverständige, §§ 402 ff. ZPO	97
1. Beweisthema	97
2. Beweisantritt	98
3. Sonderproblem: Informationsbeschaffung bei einer Partei	98
4. Prozessuale Rechte nach Erstellung des Sachverständigengutachtens	99

IV.	Urkunden, §§ 415 ff. ZPO	101
1.	Beweiskraft	101
a)	Öffentliche Urkunden	101
b)	Privaturkunden	102
2.	Beweisantritt	103
V.	Parteivernehmung, §§ 445 ff. ZPO	104
1.	Vernehmung der gegnerischen Partei	104
2.	Vernehmung oder Anhörung der eigenen Partei	105
§ 10	Klageantrag und Streitgegenstand	107
I.	Grundlagen	107
1.	Streitgegenstand und Anspruch im prozessualen Sinne	107
2.	Bedeutung des Streitgegenstandes	108
a)	Ne ultra petita	108
b)	Einrede der anderweitigen Rechtshängigkeit	108
c)	Verjährungshemmung	108
d)	Rechtskraft	109
3.	Beispiele	110
II.	Klageantrag	110
1.	Grundsätzliches	110
2.	Leistungsklagen	110
a)	Zahlungsklagen	110
aa)	Bezifferte Zahlungsanträge	110
bb)	Unbezifferte Zahlungsanträge	111
b)	Herausgabeanträge	112
c)	Freistellungsanträge	112
d)	Unterlassungsanträge	113
e)	Zug-um-Zug-Verurteilung	113
f)	Stufenklage	114
3.	Feststellungsklagen	116
a)	Statthaftigkeit der Feststellungsklage	116
b)	Feststellungsinteresse	117
c)	Klage auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht	117
d)	Negative Feststellungsklage	118
e)	Zwischenfeststellungsklage	119
4.	Gestaltungsklagen	120
5.	Haupt- und Hilfsanträge	121
a)	Vorbemerkung: Zulässigkeit bedingter Prozesshandlungen	121
b)	Konsequenzen für Klageanträge	122
III.	Objektive Klagehäufung, insbes. Eventualklagehäufung	123
IV.	Teilklage	124
1.	Zulässigkeit	124
2.	Taktische Überlegungen	125
a)	Absenkung des Kostenrisikos und Eventualwiderklage	125
b)	Bedingte Erweiterung der Teilklage	126

TEIL III KLAGEEERWIDERUNG UND WIDERKLAGE

§ 11	Klageerwiderung	128
I.	Fristen	128
II.	Verteidigung gegen die Klage	129
1.	Antragstellung	129
2.	Aufbau möglichst vieler „Verteidigungslinien“	130
3.	Prüfung der Schlüssigkeit der Klage	131
4.	Bestreiten des klägerischen Vortrags zu anspruchsbegründenden Tatsachen	131
a)	Prozessuale Anforderungen an das Bestreiten	131
aa)	Nicht nur pauschales Bestreiten	132
bb)	Einfaches und qualifiziertes Bestreiten	132
cc)	Bestreiten mit Nichtwissen	133
b)	Gegenbeweis	135
c)	Richtiger Vortrag des Klägers; Vermeidung von Geständnissen	135
5.	Einreden gegen die Klageforderung	136
a)	Taktisches Vorgehen bzgl. Formalia der Einrede	137
b)	Aufrechnung	137
aa)	Rechtsnatur, Formen, Darlegungs- und Beweislast	137
bb)	Rücknahme der Aufrechnung oder Änderung der Tilgungsreihenfolge	138
cc)	Gerichtliche Entscheidung	139
III.	Verhalten bei begründeter Klage	140
1.	Urteil oder Erledigung?	140
2.	Mögliche Vermeidung von Kostennachteilen	141
3.	Sonderfall: nicht leistungsfähiger Beklagter	142
§ 12	Widerklage	143
I.	Bedeutung	143
II.	Zulässigkeit der Widerklage, insbesondere örtliche Zuständigkeit	143
III.	Eventualwiderklage	144
IV.	Drittwiderklage	147

TEIL IV MÜNDLICHE VERHANDLUNG

§ 13	Allgemeines	149
I.	Terminierung, Aufhebung und Verlegung	149
II.	Gang der mündlichen Verhandlung	150
1.	Erörterung der Sach- und Rechtslage	151
2.	Vergleichsgespräche	152
3.	Persönliches Erscheinen und Anhörung der Parteien	152
4.	Beweisaufnahme	154
a)	Vernehmung von Zeugen	154
aa)	Frage nach eigener Wahrnehmung des Zeugen	157
bb)	Aufdeckung von Widersprüchen oder Unrichtigkeiten	157
cc)	Vertheidigung des Zeugen?	157
b)	Vernehmung des Sachverständigen	158

c) Verhandlung nach der Beweisaufnahme	158
III. Schriftsatznachlass	159
1. Schriftsatznachlass auf gerichtliche Hinweise, § 139 Abs. 5 ZPO	160
2. Schriftsatznachlass auf gegnerischen Vortrag, § 283 ZPO	160
3. Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, § 156 ZPO	162
§ 14 Präklusion wegen Verspätung und Gegenstrategien	162
I. Zurückweisung verspäteten Vorbringens gem. § 296 ZPO	163
1. Zurückweisung nach § 296 Abs. 1 ZPO	163
a) Fristversäumung	163
b) Keine Entschuldigung	164
c) Verzögerung des Verfahrens	164
aa) Verzögerungsbegriff	164
bb) Entscheidungsreife	166
cc) Schlüssiger, entscheidungserheblicher und streitiger Vortrag	167
d) Keine Verletzung der Prozessförderungspflicht des Gerichts	168
aa) Ordnungsgemäße Terminvorbereitung nach § 273 ZPO	169
bb) Richterliche Hinweispflicht gem. § 139 ZPO	169
e) Rechtsfolgen	171
2. Zurückweisung nach § 296 Abs. 2 ZPO	171
a) Verletzung der allgemeinen Prozessförderungspflicht der Partei	172
b) Grobe Nachlässigkeit	174
c) Rechtsfolgen	174
II. Strategien zur Vermeidung der Präklusion wegen Verspätung	174
1. Präsenze Beweismittel	175
2. Flucht in die Säumnis	175
a) Die Säumnis und ihre Folgen	176
b) Taktisches Vorgehen	177
c) Ausschluss einer Flucht in die Säumnis	179
d) Gegenstrategien	180
aa) Gegenvorbringen und Gegenbeweis	180
bb) Entscheidung nach Aktenlage	180
e) Fazit	182
3. Flucht in die Widerklage	182
4. Flucht in die Klageerweiterung oder -änderung	184
5. Flucht in die Klagerücknahme	185
§ 15 Anwaltliche Pflichten nach Urteilsverkündung	186
I. Urteilsberichtigung wegen offenkundiger Unrichtigkeit	186
II. Tatbestandsberichtigung	186
III. Urteilsergänzung	187
IV. Beratung über Rechtsmittel	188

TEIL V SONSTIGE FORMEN DER BEENDIGUNG DES PROZESSES

§ 16	Erledigung	189
§ 17	Klagerücknahme	191
§ 18	Prozessvergleich	192
I.	Allgemeines	192
II.	Widerrufsvergleich	193
III.	Zwangsvollstreckung	194

TEIL VI BERUFUNG

§ 19	Zulässigkeit der Berufung	196
I.	Statthaftigkeit und Beschwer	196
II.	Berufungseinlegung	197
III.	Berufungsbegründung	197
1.	Form und Frist	197
2.	Berufungsanträge	198
3.	Berufungsgründe	199
a)	Geltendmachung von Rechtsverletzungen	199
b)	Beanstandung der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen	200
c)	Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel	200
d)	Gegenstand der Berufungsrügen	201
e)	Bedeutung der Berufungsrügen	201
§ 20	Begründetheit der Berufung, Umfang der Überprüfung durch das Berufungsgericht	201
I.	Beschränkung durch die Berufungsanträge	202
II.	Rechtsverletzungen	202
III.	Tatsächliche Grundlagen	203
1.	Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen	203
a)	Verfahrensfehler	203
b)	Zweifel trotz verfahrensfehlerfreier Feststellungen	204
c)	Beweisaufnahme durch das Berufungsgericht	205
aa)	Erneute Vernehmung von Zeugen durch das Berufungsgericht	205
bb)	Erneute Begutachtung durch den Sachverständigen	205
2.	Novenverbot und Ausnahmen	206
a)	Neuheit des Angriffs- und Verteidigungsmittels und Beweiskraft des erstinstanzlichen Tatbestandes	206
aa)	Keine Beweiskraft bei widersprüchlichem oder unklarem Tatbestand	207
bb)	Keine Bindungswirkung nach Tatbestandsberichtigungsantrag	207
b)	Zulässigkeit neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel	209
aa)	§ 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO	209
bb)	§ 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO	210
cc)	§ 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO	211

dd) Teleologische Reduktion: Berücksichtigung unstreitigen Vorbringens	213
3. Verspätetes Vorbringen in der Berufungsinstanz	214
§ 21 Besonderheiten des Berufungsverfahrens	215
I. Berufungserwiderung	215
II. Anschlussberufung	215
III. Klageänderung, Aufrechnung und Widerklage in der Berufungsinstanz	217
IV. Entscheidung über die Berufung	217

TEIL VII BESONDERE VERFAHRENSARTEN

§ 22 Selbständiges Beweisverfahren	219
I. Voraussetzungen	219
1. Antrag	219
2. § 485 Abs. 1 ZPO	219
3. § 485 Abs. 2 ZPO	220
4. Nicht erforderlich: Schlüssigkeit und Beweiserheblichkeit	221
II. Taktische Ziele und Vorgehen	221
1. Verjährungshemmung	221
2. Beweissicherung	221
3. Informationsbeschaffung	222
4. Vergleichsbemühungen	223
§ 23 Urkundenprozess	223
I. Statthaftigkeit des Urkundenprozesses	224
II. Verfahren und taktisches Vorgehen	226
1. Sonderregeln des Urkundenprozesses	226
2. Mögliche Verläufe des Urkundenprozesses	227
a) Unbegründete Klage	227
b) Im Urkundenprozess unstatthafte Klage	228
aa) Taktische Möglichkeiten des Beklagten zur Herbeiführung der Unstatthaftigkeit des Urkundenprozesses	228
bb) Gegenstrategie des Klägers: Abstandnahme vom Urkundenprozess	229
c) Vorbehaltsurteil und Nachverfahren	230
§ 24 Mahnverfahren	233
I. Verfahren	233
II. Taktische Ziele und Vorgehen	234
1. Schnelle und kostengünstige Titulierung	234
2. Verjährungshemmung	235
a) Vorteile und Risiken des Mahnverfahrens	235
b) Dauer der Verjährungshemmung und Gegenstrategien	237
§ 25 Einstweiliger Rechtsschutz	238
I. Arrest und einstweilige Verfügung	238
II. Arten einstweiliger Verfügungen	239

III. Voraussetzungen und Inhalt der einstweiligen Verfügung	240
1. Verfügungsanspruch	240
2. Verfügungsgrund	241
a) Allgemeines	241
b) Verfügungsgrund bei Unterlassungsverfügungen	241
c) Wettbewerbsrechtliche Dringlichkeitsvermutung	242
3. Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache	243
4. Interessenabwägung	245
IV. Verfahren	245
1. Zuständigkeit	245
2. Urteilsverfügung und Beschlussverfügung	246
a) Urteilsverfügung	246
b) Beschlussverfügung, Schutzschrift und Widerspruch	247
c) Zurückweisung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung	248
3. Prozessuale Besonderheiten des einstweiligen Verfügungsverfahrens	249
a) Glaubhaftmachung und Beschränkung auf präsente Beweismittel	249
b) Verfahrensbeschleunigung	251
c) Berufung und Instanzenzug	252
4. Vollziehung und Zustellung der einstweiligen Verfügung	252

B. Verhandlungstaktik

TEIL I EINFÜHRUNG	255
-------------------	-----

TEIL II VERHANDLUNGSGRUNDLAGEN

§ 26 Verhandeln im anwaltlichen Bereich	257
§ 27 Grundformen des Verhandelns	257
I. Distributives Verhandeln	258
1. Grundprinzip	258
2. Hartes und weiches Verhandeln	259
II. Integratives Verhandeln	260
1. Grundprinzip	260
2. Exkurs: Sachbezogenes Verhandeln nach dem Harvard-Konzept	262
a) Trennung von Verhandlungsgegenstand und Beziehungsebene	263
b) Konzentration auf Interessen statt auf Positionen	264
c) Erarbeitung möglichst vieler Lösungsoptionen	264
d) Bestehen auf objektive Beurteilungskriterien	265
e) Heranziehen der BATNA	265
§ 28 Grundbegriffe der Verhandlungsforschung	266
I. Positionen und Interessen	266
II. Maximalziel	267
III. Minimalziel („deal-breaker“)	268
IV. Der Einigungsbereich (ZOPA)	270

§ 29 Herausforderungen in (anwaltlichen) Verhandlungen	271
I. Das Verhandlungsdilemma – Das Spannungsverhältnis zwischen Wertschöpfung und Wertbeanspruchung	271
II. Das Verhandlungsdilemma als Grundproblem von Verhandlungen	271
III. Management des Verhandlungsdilemmas	273

TEIL III PLANUNG UND ABLAUF VON VERHANDLUNGEN

§ 30 Verhandlungsvorbereitung	274
I. Analyse der Parteien und Beteiligten der Verhandlung	275
II. Verhandlungsthemen, Positionen und Interessen	276
III. Maximalziele, Minimalziele und Nichteinigungsalternativen der Parteien	278
1. Maximal- und Minimalziele	278
2. Nichteinigungsalternativen	278
a) Bedeutung	278
b) Arten von Nichteinigungsalternativen	279
c) Bewertung von Nichteinigungsalternativen	280
aa) Grundsätzliches	280
bb) Exkurs: Prozessrisikoanalyse als Instrument zur Bewertung von Nichteinigungsalternativen in Konfliktverhandlungen	281
IV. Identifizierung von Wertschöpfungsquellen und Entwicklung von Handlungsoptionen und Alternativlösungen	282
V. Festlegen der Prioritäten, Bewertungskriterien und der Eröffnungsposition; Ableitung einer Konzessionsstrategie	283
VI. Verhandlungslogistik	283
VII. Zusammenstellen des Verhandlungsteams; Rollenverteilung	284
VIII. Gesamtstrategie	285
§ 31 Verhandlungseinstieg („Warmlaufphase“)	285
§ 32 Kernphase der Verhandlung	286
I. Informationsphase	286
II. Wertschöpfungsphase („value creation“)	287
1. Wertschöpfungsquellen	288
a) Unterschiede zwischen den Parteien	289
aa) Unterschiedliche Interessen und Präferenzen	289
bb) Unterschiedliche Ressourcen, Fähigkeiten und Kosten	289
cc) Unterschiedliche Prognosen	290
dd) Individuelle Zeit- und Risikopräferenzen	290
b) Gemeinsamkeiten zwischen den Verhandlungsparteien	291
c) Größenvorteile und Verbundeffekte	292
d) Reduzierung der Transaktionskosten	292
2. Wertschöpfungstaktiken	292
III. Wertbeanspruchungsphase („value claiming“)	296
1. Grundlagen der Wertbeanspruchung	296
2. Techniken der Wertbeanspruchung	296
a) Einigungsbereich abschätzen	296
b) Die gegenseitigen Ausgangsforderungen	297

c) Die Annäherung durch wechselseitige Konzessionen	298
3. Typische Wertbeanspruchungstaktiken	298
§ 33 Der Abschluss der Verhandlung	299
I. Abbruch der Verhandlung	299
II. Einigung	300
III. Weiterverhandeln	300
IV. Vorläufige Übereinkunft samt Nachverhandlungs-Vereinbarung	301
§ 34 Die Umsetzung des Vereinbarten	301
§ 35 Interne Nachbereitung der Verhandlung	302
 TEIL IV PSYCHOLOGISCHE ASPEKTE DER VERHANDLUNG	
§ 36 Die Verhandlung als Kommunikationsprozess	304
I. Grundprinzipien menschlicher Kommunikation	304
1. Verbale und nonverbale Kommunikation	304
2. Die vier Seiten einer Nachricht	305
II. Kommunikationstechniken	306
1. (Aktives) Zuhören	306
2. Paraphrasieren und Verbalisieren	307
3. Fragetechniken	307
§ 37 Heuristiken und kognitive Verzerrungen	308
I. Fixed-pie assumption – Nullsummenannahme	309
II. Escalation of Commitment, Sunk Costs Bias	309
III. Anchoring and adjustment – Der Ankereffekt	310
IV. Overconfidence-Bias – Selbstüberschätzungseffekt	312
V. Reactive Devaluation – Reaktive Abwertung	312
VI. Endowment-Effect – Der Besitztumseffekt	313
VII. The winner's curse	314
VIII. Framing	314
§ 38 Emotionen in Verhandlungen	315
I. Negative Emotionen und ihre Auswirkungen	316
II. Umgang mit eigenen negativen Emotionen	317
III. Umgang mit fremden negativen Emotionen	317
IV. Taktischer Einsatz von negativen Emotionen	318
Stichwortverzeichnis	319

Literaturverzeichnis

- Aderhold/Koch/Lenkaitis, Vertragsgestaltung, 3. Aufl., 2018
- Allert, Erfolgreich verhandeln bei M&A-Transaktionen im Mittelstand, 2014
- Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl., 2019
- Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl., 2018
- Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl., 2019
- Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, ZPO, 78. Aufl., 2020
(zitiert: Baumbach/Lauterbach/Bearb.)
- Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 4. Aufl., 2018
- Bazerman/Samuelson, I won the auction but I don't want the prize, in: Journal of Conflict Resolution, Vol. 27, No. 4, 1983, S. 618-634
- Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB (zitiert: BeckOGK-BGB/Bearbeiter)
- Beck'scher Online-Kommentar zum BGB (zitiert: BeckOK-BGB/Bearbeiter)
- Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO (zitiert: BeckOK-ZPO/Bearbeiter)
- Berneke/Schüttpelz, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, 4. Aufl., 2018
- Born/Ghassemi-Tabar/Gehle (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 7, Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten (Corporate Litigation), 6. Aufl., 2020
(zitiert: MünchHdbGesR/Bearbeiter)
- Brockner/Rubin, Entrapment in Escalating Conflicts: A Social Psychological Analysis, 1985
- Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., 2018
- Bühning-Uhle/Eidenmüller/Nelle, Verhandlungsmanagement, 2. Aufl., 2017
- Campagna/Mislin/Kong/Bottom, Strategic consequences of emotional misrepresentation in negotiation: The blowback effect, in: Journal of Applied Psychology, Vol 101(5), May 2016, S. 605-624
- Craver, Effective Legal Negotiation and Settlement, Eight Edition, 2016
- Duve, /Eidenmüller/ Hacke/Fries, Mediation in der Wirtschaft: Wege zum professionellen Konfliktmanagement, 3. Aufl., 2019
- Epley/Gilovich, The Anchoring-and-Adjustment Heuristic: Why the Adjustments are Insufficient., in Psychological Science, Vol. 17, No. 4, S. 311-318.
- Erman, BGB, 15. Aufl., 2017
- Fahrendorf/Mennemeyer, Die Haftung des Rechtsanwalts, 9. Aufl., 2018
- G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch der Anwaltshaftung unter Einbeziehung von Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern, 4. Aufl., 2015
- Fischer/Ury/Patton, Das Harvard Konzept: Die unschlagbare Methode für beste Verhandlungsergebnisse, 25. Aufl., 2015
- Fisher/Shapiro, Building Agreement: using emotions as you negotiate, 2007

- Galinsky/Mussweiler, First Offers as Anchors. The Role of Perspective-Taking and Negotiator Focus, in Journal of Personality and Social Psychology, 2001, Vol. 81, No. 4, S. 657-669
- Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., 2010
- Geigel, Der Haftpflichtprozess, 27. Aufl., 2015
- Gray, Negotiating With Your Nemesis, in: Negotiation Journal 2003, 19, 4, S. 299-310
- Greger/von Münchhausen, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte, 2010
- Haft, Verhandlung und Mediation: Die Alternative zum Rechtsstreit, 2. Aufl., 2000
- Heussen/Pischel [Hrsg.], Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement: Planung, Verhandlung, Design und Durchführung von Verträgen, 4. Aufl., 2014
- Holthausen, Entlastung und Generalbereinigung – unverzichtbare Instrumente zur Erlangung von Rechtssicherheit und persönlicher Haftungsbeschränkung, in: GmbHR 2019, S. 634-640
- Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., 2011
- Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung: Taktische, strategische und rechtliche Elemente, 2016
- Kahneman/Knetsch/Thaler, Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias, in: The Journal of Economic Perspective, Vol. 5, No. 1, 1991, S. 193-206
- Kapfer; Kooperationsgewinne und ihre Quellen, in: MittBayNot 2001, S. 558-561
- Köhler/Bornkamm/Feddersen, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 37. Aufl., 2019
- Lewicki/Barry/ Saunders, Essentials of Negotiation, 2016
- Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl., 2020
- Mnookin/Peppet/Tulumello, Beyond Winning; Negotiating to Create Value in Deals and Disputes, 2000
- Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., 2018 ff. (Bände 1 – 4 und 11, §§ 1 – 534, 1922 ff.), im Übrigen 7. Aufl., 2015 ff. (zitiert: MünchKommBGB)
- Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl., 2018 (zitiert: MünchKommGmbHG)
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Aufl., 2016 (zitiert: MünchKommZPO)
- Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl., 2019
- Musielak/Voit, Grundkurs ZPO, 14. Aufl., 2018
- Oberheim, Erfolgreiche Taktik im Zivilprozess, 7. Aufl., 2017
- Ohly/Sosnitzer, UWG, 7. Aufl., 2016
- Palandt, BGB, 79. Aufl., 2020
- Pfromm, Effektiver Verhandeln: Strategien und Taktiken für Anwälte, 2016

- Pohlmann, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., 2018
- Ponschab/Schweizer, Kooperation statt Konfrontation, 2. Aufl., 2010
- Raiffa, The Art and Science of Negotiation. 2003
- Rinsche, Prozesstaktik, 4. Aufl., 1999
- Risse/Morawietz, Prozessrisikoanalyse: Erfolgsaussichten vor Gericht bestimmen, 2017
- Risse, Wirtschaftsmediation, 2013
- Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018
- Rosette/Kopelman/Abbott, Good Grief! Anxiety Sours the Economic Benefits of First Offers, Group Decision and Negotiation 23, 2014, S. 629-647
- Rosner/Winheller, Mediation und Verhandlungsführung: Theorie und Praxis des wertschöpfenden Handelns – nicht nur in Konflikten, 2012
- Saenger, ZPO-Handkommentar, 8. Aufl., 2019 (zitiert: Hk-ZPO)
- Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann, Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 2011
- Saner, Verhandlungstechnik, 2. Aufl., 2008.
- Schneider, Egon, Die Klage im Zivilprozess, 3. Aufl., 2007
- Scholz, GmbHG, 11. Aufl., 2014
- Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 6. Aufl., 2016
- Siedel, George, Negotiation for Success: Essential Strategies and Skills, 2014
- Staub, HGB, Band 3 (§§ 105 – 160), 5. Aufl., 2009
- Staudinger, BGB, Bearbeitung bis 2019
- Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., Bände 1 – 8, 2014 ff.
- Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., Band 9 (§§ 916 – 1068), 2002
- Thaler, Anomalies: The Winner's Curse, in: The Journal of Economic Perspectives, Vol. 2, No. 1, 1988, S. 191-202
- Thomas/Putzo, ZPO, 40. Aufl., 2019
- Thompson, The Mind and Heart of the Negotiator, 6th edition, 2015
- Tversky/Kahneman, Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases, in: Science, Vol. 185, No. 4157 (27 September 1974), S. 1124-1131
- Tversky/Kahneman, The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, in: Science, Vol. 211 (30 January 1981), S. 453-458
- Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl., 2013 ff.
- Wagner; Prozessrisikoanalyse: Ein Mittel zur Gewinnung rationalerer Entscheidungen in Unternehmen?, in: GmbHR 2018, R52-R54
- Walz(Hrsg.), Verhandlungstechnik für Notare, 2003
- Wasilewski, Streitverhütung durch Rechtsanwälte: empirische Untersuchung von Umfang, Struktur und Bedingungen außergerichtlicher Beilegung zivilrechtlicher Streitigkeiten durch Rechtsanwälte, 1990

Wassermann, Kommentar zur Zivilprozessordnung (Reihe Alternativkommendare), 1987 (zitiert: AK-ZPO/Bearbeiter)

Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., 2013 ff.

Zeiss/Schreiber, Zivilprozessrecht, 12. Aufl., 2014

Zöller, ZPO, 33. Aufl., 2020

A. Prozesstaktik

TEIL I

EINLEITUNG

§ 1 Was ist Prozesstaktik?

Zivilprozesse sind erforderlich, weil die Parteien ihre privatrechtlichen Ansprüche – von engen Ausnahmen abgesehen, vgl. etwa § 229 BGB – nicht im Wege der Selbsthilfe durchsetzen dürfen, sondern der Staat das Gewaltmonopol für sich in Anspruch nimmt. „Kehrseite“ hierzu ist der durch Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich garantierte Justizgewährungsanspruch. Diesen erfüllt der Staat also ua durch den Zivilprozess.¹

Der Zivilprozess wird geprägt durch zwei wesentliche Verfahrensgrundsätze, nämlich die Dispositionsmaxime und den Beibringungsgrundsatz.²

I. Dispositionsmaxime

Die Dispositionsmaxime bedeutet – im Gegensatz zur Officialmaxime, die etwa für den Strafprozess gilt –, dass nicht das Gericht, sondern die Parteien die Freiheit und das Recht zur Verfügung über den Prozess im Ganzen, dh über den Streitgegenstand haben.³ Das bedeutet insbesondere:

- Der Prozess beginnt nur auf Initiative des Klägers, dh durch Klageerhebung.
- Der Kläger bestimmt den Streitgegenstand der Klage, d.h. nur er entscheidet, welcher Anspruch oder welche Ansprüche im prozessualen Sinne⁴ mit der Klage geltend gemacht werden. Für den Beklagten gilt entsprechendes in Bezug auf eine etwaige Widerklage.
- Das Gericht entscheidet nur über Anträge und darf nichts anderes und nicht mehr zusprechen, als beantragt wurde (§ 308 Abs. 1 ZPO: ne ultra petita). Eine Ausnahme bildet etwa die Kostenentscheidung, die gem. § 308 Abs. 2 ZPO von Amts wegen ergeht.
- Die Parteien können durch Verzicht (§ 306 ZPO) oder Anerkenntnis (§ 307 ZPO) eine Sachentscheidung ohne sachliche Prüfung durch das Gericht herbeiführen.
- Die Parteien können den Rechtsstreit durch Klagerücknahme (§ 269 ZPO), Vergleichsabschluss oder übereinstimmende Erledigungserklärung (§ 91 a ZPO) beenden.

1 Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 1 Rn. 10 ff., 39.

2 Zu weiteren Verfahrensgrundsätzen, die an dieser Stelle keiner Erörterung bedürfen, vgl. etwa Rosenberg/Schwab/Gottwald, §§ 78 ff.

3 Musielak/Voit, Rn. 205; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 76 Rn. 1.

4 Zum Begriff nachfolgend Rn. 244.

II. Beibringungsgrundsatz

- 4 Der Beibringungsgrundsatz besagt, dass das Gericht den maßgeblichen Sachverhalt nicht von Amts wegen ermittelt (so beim Amtsermittlungsprinzip, das etwa in der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit gilt), sondern die Parteien die Tatsachen, über die das Gericht entscheiden soll, vortragen und ggf. beweisen müssen.⁵ Dies hat zwei Konsequenzen:
- Das Gericht berücksichtigt nur Tatsachen, die von den Parteien vorgetragen wurden. Bei deren rechtlicher Würdigung ist das Gericht demgegenüber frei und selbst an eine übereinstimmende Beurteilung der Parteien bzw. ihrer Anwälte nicht gebunden, sondern im Gegenteil verpflichtet, diese zu überprüfen.⁶ Wie schon im römischen Recht gilt der Satz: „Da mihi facta, dabo tibi ius“ (frei übersetzt: „Nenne mir die Fakten, ich werde die Rechtslage beurteilen.“). Daraus folgt, dass zivilprozessual die Parteien nur den Sachverhalt vortragen müssen und die rechtliche Würdigung dem Gericht überlassen können („iura novit curia“ = „Das Gericht kennt die Rechtslage“). Aus anwaltschaftsrechtlichen Gründen darf sich der Rechtsanwalt allerdings nicht darauf verlassen, dass das Gericht die Rechtslage zutreffend beurteilt.⁷
 - Eine Beweiserhebung erfolgt grds.⁸ nur auf Antrag, dh sowohl die Tatsache, über die Beweis erhoben werden soll, als auch das Beweismittel müssen genau bezeichnet werden.

III. Konsequenzen

- 5 Dispositionsmaxime und Beibringungsgrundsatz führen dazu, dass der Ausgang des Prozesses nicht nur von der „objektiven“ Sach- und Rechtslage und deren Beweisbarkeit abhängt, sondern auch von der sachgerechten Verfahrensführung durch die Parteien bzw. deren anwaltliche Vertreter. Nur wenn diese die notwendigen prozessualen Maßnahmen ergreifen, dh rechtzeitig die richtigen Anträge stellen und die notwendigen Tatsachen – ggf. unter Beweisantritt – vortragen, kann der Prozesserfolg erreicht werden. Der Rechtsanwalt muss daher entscheiden, welche prozessualen Mittel er zur sachgerechten Verfolgung der Interessen seines Mandanten sinnvollerweise einsetzen kann und muss. Dies erfordert nicht selten eine taktische Entscheidung zwischen mehreren denkbaren Alternativen, also eine Prozesstaktik. Mit diesem Begriff kann damit die sachgerechte Entscheidung zwischen verschiedenen materiellen und prozessualen Handlungsalternativen mit dem Ziel der bestmöglichen Erreichung eines konkreten, rechtmäßigen Prozessergebnisses bezeichnet werden.⁹
- 6 Grenze jeder Prozesstaktik ist selbstverständlich die **Wahrheitspflicht**. Beide Parteien des Zivilprozesses sind gem. § 138 Abs. 1 ZPO zur Wahrheit verpflichtet. Dies unter-

5 Musielak/Voit, Rn. 208; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 77 Rn. 13.

6 Vgl. BGH GmbHR 2017, 30, 31, Tz.10: „Wenn die Parteien übereinstimmend einen Rechtsbegriff gebrauchen, aber zusätzlich Umstände vortragen, nach denen die rechtliche Würdigung unzutreffend ist, sind nur Letztere für das Gericht beachtlich.“

7 Dazu nachfolgend Rn. 11.

8 Ausnahmen ergeben sich aus §§ 142, 144 ZPO, dazu nachfolgend Rn. 219, 234.

9 Vgl. Oberheim, Rn. 39; ähnlich auch Schöler MDR 2011, 522, wonach Prozesstaktik die sachgerechte Verfahrensführung unter Berücksichtigung der jeweiligen Prozesssituation bedeutet.

sagt den Parteien allerdings nicht, Tatsachen¹⁰ vorzutragen, die sie nicht genau kennen, aber – etwa aufgrund von Schlussfolgerungen – für möglich oder wahrscheinlich halten; unzulässig ist nur, wider besseres Wissen vorzutragen oder zu bestreiten.¹¹ Die Verletzung der Wahrheitspflicht ist als Prozessbetrug strafbar (§ 263 StGB). Wer als Rechtsanwalt hieran wesentlich mitwirkt, macht sich folglich zumindest der Beihilfe, ggf. sogar der Mittäterschaft schuldig.¹² Außerdem ist das bewusste Verbreiten von Unwahrheiten dem Rechtsanwalt auch berufsrechtlich untersagt (§ 43a Abs. 3 S. 2 BRAO). Zu beachten ist aber, dass der Rechtsanwalt seinem Mandanten nicht nur glauben darf, sondern auch glauben muss, selbst wenn er gewisse Zweifel hat; erst wenn er den sicheren Eindruck gewinnt, dass sein Mandant ihn nicht wahrheitsgemäß informiert, wird er gehalten sein, zur Vermeidung einer Mitwirkung am Prozessbetrug das Mandat niederzulegen.¹³

10 Dazu gehören auch Rechtstatsachen (dazu sogleich Rn. 20), während reine Rechtsansichten oder Wertungen nicht unter § 138 Abs. 1 ZPO fallen (BGH JR 1958, 106 mAnm Schröder), so dass der Rechtsanwalt auch eine für seinen Mandanten günstige Rechtsauffassung vertreten darf, die er persönlich für juristisch verfehlt hält; vgl. MünchKommZPO/Fritsche § 138 Rn. 2; Wieczorek/Schütze/Gerken, § 138 Rn. 9; Baumbach/Lauterbach/Anders, § 138 Rn. 13 f., insbes. 14 aE.

11 BGH NJW 1986, 246, 247; NJW 1995, 2111, 2112; NJW-RR 2003, 69, 70; ZIP 2018, 1173, Tz. 7; NJW-RR 2019, 380, Tz. 11; OLG Hamm GmbHR 2016, 1154, 1156 f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 65 Rn. 66; Musielak/Voit, Rn. 210; Zöller/Greger § 138 Rn. 2 f.; MünchKommZPO/Fritsche § 138 Rn. 2 f.

12 Rosenberg/Schwab/Gottwald § 65 Rn. 75; **noch weitergehend** Baumbach/Lauterbach/Anders § 138 Rn. 8, wonach den Rechtsanwalt dieselben Pflichten aus § 138 Abs. 1 ZPO treffen wie die Partei.

13 Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Rn. 494; G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab/Vill, § 2 Rn. 41, beide mwN.

TEIL II

KLAGE

§ 2 Vorbereitung der Klage

I. Vorbemerkung: Wichtige Pflichten des Rechtsanwalts gegenüber seinem Mandanten

- 7 Bevor auf die Einzelheiten der Vorbereitung einer Klageerhebung eingegangen wird, sollen einige wichtige Pflichten hervorgehoben werden, die bei jeder anwaltlichen Tätigkeit bestehen und deren Missachtung Schadensersatzansprüche des Mandanten gegen seinen Rechtsanwalt gem. § 280 BGB begründen kann.
1. **Umfassende Beratung und Interessenwahrnehmung bei optimaler rechtlicher Bearbeitung**
- 8 Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, seinen Mandanten innerhalb der Grenzen des ihm erteilten Mandates¹ allgemein, umfassend und möglichst erschöpfend zu beraten, um ihm eine eigenverantwortliche, sachgerechte Entscheidung zu ermöglichen, wie er seine Interessen in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht zur Geltung bringen will.² Die so definierten Ziele hat der Rechtsanwalt in optimaler Weise zu verfolgen.
- 9 Hierbei schuldet der Anwalt die umfassende Kenntnis der einschlägigen Gesetze und der höchstrichterlichen Rechtsprechung.³ An letzterer hat sich der Rechtsanwalt im Interesse seines Mandanten auszurichten, auch wenn er diese für unzutreffend hält oder sie in der Literatur bekämpft wird.⁴ Gibt es zu einer entscheidungserheblichen Frage noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung, ist die obergerichtliche Rechtsprechung zu berücksichtigen, bei deren Fehlen die vorherrschende Literaturmeinung.⁵ Auf eine Mindermeinung darf sich der Rechtsanwalt nur stützen, wenn er seinen Mandanten über die hiermit verbundenen Risiken ordnungsgemäß aufklärt und dieser mit der Vorgehensweise einverstanden ist.⁶
- 10 Schon die vorstehenden Ausführungen verdeutlichen, dass die Rspr. an die Sorgfalt des Rechtsanwaltes hohe Anforderungen stellt. Geschuldet wird, was bei realistischer Beurteilung ein versierter und intelligenter Jurist bei größtmöglicher Aufmerksamkeit tatsächlich zu leisten imstande ist.⁷ Übersieht ein Rechtsanwalt eine einschlägige gesetzliche Bestimmung oder eine für den zu bearbeitenden Fall maßgebliche (insbesondere höchstrichterliche) Rechtsprechung oder anerkannte Literaturmeinung, handelt er

1 Auch bei einem gegenständlich beschränkten Mandat trifft den Rechtsanwalt aus § 242 BGB die Nebenpflicht zu Hinweisen und Warnungen in Bezug auf außerhalb des eigentlichen Vertragsgegenstandes liegende Gefahren, derer sich der Mandant erkennbar nicht bewusst ist, die aber dem Anwalt bekannt oder für ihn offenkundig sind, vgl. nur BGH NJW 2018, 2476, Tz. 12 ff., auch zu den Voraussetzungen der Offenkundigkeit in diesem Sinne.

2 St. Rspr., vgl. nur BGH NJW 2007, 2485, 2486, Tz. 9 ff.; 2009, 3025, 3026, Tz. 9; 2018, 2476, Tz. 8, alle mwN.

3 BGH NJW 2018, 2476, Tz. 17.

4 BGHZ 145, 256, 263; ebenso für Steuerberater: BGHZ 178, 258, 262, Tz. 9; BGH NJW 2009, 1422, Tz. 3.

5 Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Rn. 545, 548 ff., 551 mwN.

6 BGH NJW 1974, 1865, 1866; Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Rn. 551.

7 Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Rn. 440; vgl. auch G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab/G. Fischer, § 4 Rn. 6 f.

pflichtwidrig⁸ und macht sich damit schadensersatzpflichtig, wenn hierdurch dem Mandanten ein Schaden entsteht.

Dies geht so weit, dass ein Rechtsanwalt auch bei Rechtsfehlern des Gerichtes haftet, wenn er diese hätte verhindern können.⁹ Deshalb darf er sich nicht im Vertrauen auf den Satz „iura novit curia“ darauf beschränken, entsprechend dem Beibringungsgrundsatz nur Tatsachen vorzutragen. Vielmehr hat er das Gericht auch davon zu überzeugen, dass und weshalb seine Rechtsauffassung richtig ist. Er hat alles – einschließlich Rechtsausführungen – vorzubringen, was die gerichtliche Entscheidung günstig beeinflussen kann.¹⁰ Wird dies versäumt und ergeht daraufhin ein rechtsfehlerhaftes Urteil, haftet der Anwalt folglich für einen dem Mandanten hierdurch entstehenden Schaden. Dasselbe gilt etwa, wenn das Gericht in der mündlichen Verhandlung eine Rechtsauffassung vertritt, die von der geltenden Rechtsprechung des BGH abweicht, der Rechtsanwalt das Gericht hierauf nicht hinweist und der Mandant durch ein daraufhin ergehendes, rechtsfehlerhaftes Urteil geschädigt wird, etwa weil hiergegen kein Rechtsmittel möglich ist oder der Rechtsanwalt seinem Mandanten nicht zur Einlegung des gebotenen Rechtsmittels rät.

Auch Empfehlungen oder Vergleichsvorschläge des Gerichts ändern nichts an der Verpflichtung des Rechtsanwalts, diese zu überprüfen und seinen Mandanten über die prozessualen Möglichkeiten aufzuklären. Empfiehlt beispielsweise der Berichterstatter des Berufungsgerichts einen Tag vor der Berufungsverhandlung telefonisch die Rücknahme der Berufung mit der Begründung, diese habe nach Vorberatung des Senates keine Aussicht auf Erfolg, darf der Berufungsanwalt seinem Mandanten nicht zur Rücknahme des Rechtsmittels raten, ohne ihn über die prozessualen Möglichkeiten, tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte gegen die Auffassung des Gerichts vorzubringen, so aufgeklärt zu haben, dass er die Prozessaussichten sachgerecht beurteilen kann.¹¹ Ebenso wenig entbindet ein gerichtlicher Vergleichsvorschlag den Rechtsanwalt von der Verpflichtung zur Beratung des Mandanten.¹²

Die rechtliche Bearbeitung hat **alle einschlägigen Rechtsgebiete** zu berücksichtigen, auch solche, auf denen der Rechtsanwalt nicht regelmäßig tätig ist, wie bei vielen Kollegen etwa das Steuerrecht.¹³ Zulässig und zu empfehlen ist jedoch, bestimmte Rechtsgebiete durch Vereinbarung mit dem Mandanten aus dem Umfang des Mandates auszunehmen. Auch **ausländisches Recht** hat der Rechtsanwalt grds. zu berücksichtigen, wenn dies Gegenstand des Mandates ist. Übernimmt der Anwalt vorbehaltlos ein Mandat, für das erkennbar ausländisches Recht von Bedeutung ist, haftet er für dessen Berücksichtigung wie für deutsches Recht. Zeigt sich die Relevanz des ausländischen Rechts erst im Verlauf des Mandats, gilt dasselbe, wenn der Anwalt nicht klar darauf hinweist, dass er ausländisches Recht nicht berücksichtigen kann.¹⁴ Zulässig und zu empfehlen ist jedoch, den Mandatsumfang dahin gehend einzuschränken, dass das ausländische Recht hiervon ausgenommen wird und ein ausländischer Kollege hinzu-

⁸ Dazu eingehend Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Rn. 517 ff., 535 ff., 544 ff., 548 ff.

⁹ St. Rspr., vgl. nur BGHZ 174, 205, 210, Tz. 15; BGH NJW 2009, 987, Tz. 8 f.; BGH NJW 2016, 957, 958, Tz. 8; BGH NJW-RR 2017, 540, Tz. 35; Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Rn. 455 ff. mwN.

¹⁰ BGH NJW 2016, 957, 958, Tz. 8; BGH NJW-RR 2017, 540, Tz. 23; Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Rn. 456 mwN.

¹¹ BGH NJW 2013, 2036 f.

¹² Vgl. zu Einzelheiten nachfolgend Rn. 365.

¹³ Vgl. nur Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Rn. 517, 519 mwN.

¹⁴ Vgl. zum Ganzen: Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Rn. 526, 531 f.; G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab/Vill, § 2 Rn. 68, 71.

gezogen wird. Nach Möglichkeit sollte nicht der Anwalt, sondern der Mandant selbst, ggf. vertreten durch den Anwalt, den Vertrag mit dem ausländischen Kollegen schließen, damit dieser nicht Erfüllungsgehilfe des deutschen Anwalts wird und dieser damit gem. § 278 BGB für die Fehler des ausländischen Kollegen haftet.

2. Wahl des sichersten Weges

- 14** Der Rechtsanwalt hat unter mehreren in Betracht kommenden Alternativen den sichersten Weg zur Erreichung des beabsichtigten Erfolgs zu wählen. Er hat außerdem Hilfs- und Vorsorgemaßnahmen für den Fall zu treffen, dass er sich mit einer bestimmten Argumentation nicht durchsetzt. Ist die Rechtslage offen, etwa weil eine gefestigte Rechtsprechung fehlt und im Schrifttum unterschiedliche Auffassungen vertreten werden, genügt der Rechtsanwalt seinen Pflichten nicht, wenn er entsprechend einer vertretbaren Meinung vorgeht; er muss vielmehr damit rechnen, dass sich die erkennenden Gerichte der für seinen Mandanten ungünstigen Auffassung anschließen, und hat daher vorausschauend den für seinen Mandanten relativ sichersten und am wenigsten gefährlichen Weg zu wählen.¹⁵

3. Weisungsgebundenheit

- 15** Der Rechtsanwalt ist gem. §§ 675, 665 BGB verpflichtet, Weisungen des Mandanten zu befolgen, soweit sie nicht auf rechtswidriges, sittenwidriges, unlauteres oder unseriöses Verhalten gerichtet sind.¹⁶ Die Befolgung von Weisungen schließt eine Haftung des Rechtsanwaltes allerdings nicht in jedem Fall aus. Weist der Mandant den Rechtsanwalt etwa zu einem nachteiligen oder auch nur risikoträchtigen Verhalten an, muss letzterer hierauf hinweisen und seinem Mandanten Alternativen aufzeigen. Erst wenn der Klient danach auf seiner Weisung beharrt, darf der Anwalt sie ausführen.¹⁷

II. Einzelheiten zur Vorbereitung der Klage

1. Soll überhaupt geklagt werden?

- 16** Ob überhaupt geklagt werden soll, hängt auch von nicht-juristischen Erwägungen ab. Namentlich sollte immer erwogen werden, ob eine Klage wirtschaftlich sinnvoll ist; daran kann es etwa bei einer Zahlungsklage fehlen, wenn der Mandant von vorneherein weiß, dass sein Schuldner zahlungsunfähig ist und voraussichtlich auch bleiben wird. Auch sollte vor Erhebung einer Klage ein möglicher „Flurschaden“ bedacht werden, etwa bei Klagen im Familienkreis. Auch sollten alternative Handlungsoptionen zumindest erwogen werden, etwa Verhandlungen oder Mediation.
- 17** Darüber hinaus besteht eine zentrale Aufgabe des Rechtsanwalts im Vorfeld einer Klageerhebung darin, die Erfolgsaussichten der Klage einschließlich der Beweisbarkeit der Anspruchsvoraussetzungen und denkbarer gegnerischer Einreden zu prüfen und seinen Mandanten ordnungsgemäß hierüber zu informieren. Von der Klageerhebung abraten muss der Rechtsanwalt allerdings nur, wenn die Klage praktisch aussichtslos ist.¹⁸

¹⁵ Allgemeine Auffassung, vgl. nur BGH NJW 2015, 3519, 3520, Tz. 16; Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Rn. 596 ff.; G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab/Vill, § 2 Rn. 110 ff., alle mwN.

¹⁶ BGH NJW 2018, 541, Tz. 11; Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Rn. 643 f.

¹⁷ BGH, aaO; Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Rn. 633 mwN.

¹⁸ Vgl. zum Ganzen nur BGH NJW 2012, 2435, 2437 Tz. 22; Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Rn. 578 ff.; G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab/Vill, § 2 Rn. 100, alle mwN.

2. Aufklärung des Sachverhaltes

Aufgrund des Beibringungsgrundsatzes berücksichtigt das Gericht nur Tatsachen, die ihm vorgetragen werden, und erhebt Beweise nur auf entsprechenden Antrag. Deshalb müssen vor Erhebung einer Klage die hierzu notwendigen Informationen und Beweismittel zusammengetragen werden. Im Verlauf des Prozesses können Ergänzungen erforderlich werden, etwa aufgrund des gegnerischen Vorbringens oder eines gerichtlichen Hinweises (§ 139 ZPO). Dies wirft die Frage auf, wer die Informationen und Beweismittel beschaffen muss, die dem Gericht vorgetragen werden müssen.

18

Grundsätzlich trifft diese Aufgabe nicht den Rechtsanwalt, sondern der Mandant muss diesen informieren.¹⁹ Hierbei darf der Rechtsanwalt auf die Vollständigkeit und Richtigkeit der Angaben seines Mandanten vertrauen, sofern er nicht ausnahmsweise deren Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit kennt oder kennen muss.²⁰ Wenn ein Prozess verloren wird, weil nicht hinreichend vorgetragen worden ist, kann der Rechtsanwalt sich häufig trotzdem nicht mit dem Argument entlasten, der Mandant habe ihn nicht vollständig informiert. Denn der Rechtsanwalt muss den Mandanten genauestens informieren und befragen, damit dieser weiß, welche Informationen benötigt werden, und diese seinem Anwalt erteilen kann. Ist der mitgeteilte Sachverhalt unklar oder unvollständig, muss der Rechtsanwalt sich außerdem bemühen, durch – ggf. auch wiederholte – Befragung seines Mandanten ein möglichst vollständiges und objektives Bild von der Sachlage zu gewinnen.²¹ Nicht nur der Sachverhalt, sondern auch die erforderlichen Beweismittel müssen vom Rechtsanwalt in dieser Weise eruiert werden. Erkennt er, dass die Informationen, die ihm sein Mandant zur Verfügung stellen kann, zur erfolgreichen Prozessführung voraussichtlich noch nicht ausreichen, darf er sich mit diesen auch nicht ohne weiteres begnügen, sondern muss um zusätzliche Aufklärung bemüht sein.²² Hierbei trifft den Rechtsanwalt allerdings keine allgemeine Ermittlungspflicht²³, eine solche beschränkt sich vielmehr auf Tätigkeiten, die er von seiner Kanzlei aus erledigen kann, wie etwa die Anforderung von Akten oder die Einsichtnahme öffentlicher Register²⁴; in Betracht kommen auch die Einholung von Privatgutachten oder der Stellungnahmen Dritter (etwa der behandelnden Ärzte) zur Aufklärung des Sachverhalts.²⁵

19

Grundsätzlich darf der Rechtsanwalt auf die Richtigkeit der Angaben seines Mandanten vertrauen. Dies gilt aber weder für die rechtliche Beurteilung des tatsächlichen Geschehens noch für sog. Rechtsstatsachen, d.h. Vorgänge, die durch einen einfachen, auch in der Alltagssprache verwandten Rechtsbegriff beschrieben werden, aber nur scheinbar tatsächlicher Natur sind, weil deren Feststellung eine rechtliche Subsumtion erfordert.²⁶ Rechtsstatsachen liegen beispielsweise vor, wenn der Mandant erklärt, er sei Eigentümer einer Sache oder Inhaber eines Vorkaufsrechtes, er habe einen Kaufvertrag abgeschlossen oder die von seinem Vertragspartner erklärte Kündigung sei ihm

20

19 Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Rn. 476; G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab/Vill, § 2 Rn. 39.

20 BGH NJW 2006, 501, 502; Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Rn. 493 f.; G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab/Vill, § 2 Rn. 41 mwN.

21 BGH NJW 2019, 1151, Tz. 9 mwN; Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Rn. 478.

22 BGH NJW 2013, 2965, 2966, Tz. 8 mwN

23 Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Rn. 487: Der Rechtsanwalt ist weder Privatdetektiv noch Inhaber einer Auskunft.

24 BGH NJW 1981, 2741; Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Rn. 488 ff.

25 BGH NJW 2013, 2965, 2966, Tz. 10.

26 BGH NJW 1997, 2168, 2169; BGH NJW 2019, 1151; G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab/Vill, § 2 Rn. 42; Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Rn. 495 ff.

erst an einem bestimmten Tag zugegangen. Hier muss der Rechtsanwalt damit rechnen, dass sein Mandant die Rechtslage erkennt, und ist deshalb zu deren Überprüfung verpflichtet; dazu hat er den Mandanten zunächst nach den für die rechtliche Beurteilung relevanten Tatsachen zu befragen.

3. Außergerichtliche Mahnung

- 21** IdR muss vor Klageerhebung außergerichtlich gemahnt werden. Unterbleibt dies nämlich und erkennt daraufhin der Beklagte die Klageforderung sofort an, kann der Kläger zwar in der Hauptsache ein Anerkenntnisurteil (§ 307 ZPO) erwirken, hat aber gem. § 93 ZPO gleichwohl die Kosten des Rechtsstreits (unter Einschluss des Honorars des gegnerischen Anwalts) zu tragen, wenn der Beklagte keine Veranlassung zur Klageerhebung gegeben hat. Letzteres ist idR der Fall, wenn der Beklagte sich vor Klageerhebung weder im Verzug befand, noch den Anspruch bestritten, noch die Leistung verweigert hat.²⁷ Selbstverständlich besteht aber Veranlassung zur Klageerhebung, wenn der Beklagte trotz außergerichtlicher Mahnung nicht leistet.²⁸
- 22** Darüber hinaus hat eine Mahnung vor Klageerhebung auch weitere taktische Vorteile:
- Die Mahnung führt den Verzug herbei, § 286 Abs. 1 S. 1 BGB. Nach der neueren Rspr. des BGH²⁹ zum Kaufrecht wird durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung zugleich auch eine angemessene Frist gesetzt, nach deren Ablauf gem. §§ 281 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 BGB Schadensersatz verlangt oder ein Rücktritt erklärt werden kann; der Angabe eines Zeitraumes oder eines bestimmten Endtermins bedarf es hierzu nicht.
 - Aus einem Antwortschreiben des Gegners ergeben sich häufig dessen Argumente gegen die Klageforderung, so dass die Erfolgsaussichten der Klage besser beurteilt werden können.
 - Eine Mahnung eröffnet auch die Möglichkeit, ggf. nochmals ein außergerichtliches Gespräch anzubieten und damit Vergleichsmöglichkeiten zu eruieren.

4. Außergerichtliches Güteverfahren

- 23** Gem. § 15 a EGZPO iVm den Justizgesetzen der Länder kann vor Klageerhebung ein außergerichtliches Güteverfahren erforderlich sein. In Nordrhein-Westfalen etwa ist gem. §§ 53 ff. Justizgesetz NRW ein Schlichtungsversuch vor einem Schiedsamt oder einer sonstigen Gütestelle erforderlich in Nachbarstreitigkeiten, Streitigkeiten über Verletzung der persönlichen Ehre, soweit diese nicht in der Presse oder im Rundfunk begangen wurden, sowie bei Ansprüchen aus dem AGG. Dies gilt allerdings nur, wenn die Parteien in demselben Landgerichtsbezirk ansässig sind bzw. ihren Sitz oder eine Niederlassung haben (§ 54 Justizgesetz NRW). Die Durchführung des Schlichtungsverfahrens ist eine vom Gericht von Amts wegen zu berücksichtigende Prozessvoraussetzung.³⁰ Fehlt diese, ist die Klage gem. § 15a Abs. 1 ZPO unzulässig. Die Schlichtung kann auch nicht mehr im laufenden Rechtsstreit nachgeholt werden.³¹

27 MünchKommZPO/Schulz, § 93 Rn. 7; vgl. dazu auch Rn. 338.

28 Hk-ZPO/Gierl § 93 Rn. 11; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 84 Rn. 23.

29 BGH NJW 2009, 3153, 3154, Tz. 10 f.; 2015, 2564, 2565, Tz. 11; 2016, 3654 f., Tz. 25.

30 Zöller/Heßler, § 15a EGZPO Rn. 23 f.

31 BGH NJW 2005, 437, 438 f., früher str.

5. Fristen

Der Rechtsanwalt hat zu verhindern, dass sein Mandanten durch Versäumung einer Frist Rechtsnachteile erleidet.³² Bei der Klageerhebung ist daher besonders zu beachten, dass diese innerhalb der einschlägigen Fristen erfolgt. Zu beachten sind insbesondere die Verjährung (etwa §§ 195 ff. BGB) und etwaige Ausschlussfristen wie etwa die Frist für eine kapitalgesellschaftsrechtliche Anfechtungsklage (vgl. § 246 AktG). Zur Fristwahrung ist die Erhebung der Klage notwendig (vgl. etwa § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB), wozu gem. § 253 Abs. 1 ZPO die Zustellung der Klageschrift durch das Gericht erforderlich ist.

Gem. § 167 ZPO genügt aber deren Eingang beim Gericht, wenn die **Zustellung „demnächst“** nach Ablauf der Frist³³ erfolgt. Dies ist der Fall, wenn die Zustellung innerhalb einer nach den Umständen angemessenen, selbst längeren Frist erfolgt, wenn die Partei oder ihr Prozessbevollmächtigter unter Berücksichtigung der Gesamtsituation alles Zumutbare für die alsbaldige Zustellung getan haben.³⁴ Daraus folgt, dass bei Zustellungsverzögerungen nach deren Ursache zu differenzieren ist: Liegt diese in der Verantwortung des Gerichts, dh hat dieses die – uU auch längere – Verzögerung zu vertreten, ist sie grds. unschädlich, hindert also die „demnächstige“ Zustellung nicht.³⁵ Dagegen liegt eine solche nicht mehr vor, wenn die Partei, der die Fristwahrung obliegt, oder ihr Prozessbevollmächtigter durch nachlässiges – auch leicht fahrlässiges – Verhalten zu einer nicht bloß geringfügigen Zustellungsverzögerung beigetragen hat.³⁶ Hierbei ist auf die Zeitspanne abzustellen, um die sich der ohnehin erforderliche Zeitraum für die Zustellung der Klage als Folge der Nachlässigkeit verzögert; insofern ist ein Zeitraum von bis zu 14 Tagen regelmäßig geringfügig und damit noch unschädlich, längere Verzögerungen schließen dagegen die „demnächstige“ Zustellung aus.³⁷

Besonders zu beachten ist in diesem Zusammenhang die **Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses**, da erst nach dieser die Klage zugestellt wird, so dass diesbezügliche Verzögerungen eine „demnächstige“ Zustellung nicht selten verhindern. Anerkannt ist, dass der Kläger den Gerichtskostenvorschuss nicht von sich aus schon mit der Klage einzahlen muss, sondern grds. den Eingang der Zahlungsaufforderung durch die Gerichtskasse abwarten darf.³⁸ Unterbleibt diese aber, muss der Kläger bzw. sein Prozessbevollmächtigter nach spätestens drei Wochen beim Gericht nachfragen.³⁹ Nach Eingang der Zahlungsaufforderung gilt folgendes: Während nach der früheren Rspr. der Gerichtskostenvorschuss grds. spätestens zwei Wochen nach Zugang der Zahlungsaufforderung auf dem Konto der Gerichtskasse eingehen musste,⁴⁰ hält der BGH inzwischen nur eine Verzögerung der Einzahlung um mehr als 14 Tage für schädlich, dh eine „demnächstige“ Zustellung wird noch angenommen, wenn der nach Zugang der Zah-

24

25

26

32 Vgl. nur BGH NJW 2015, 3519, Tz. 9.

33 BGH NZM 2016, 53, 54, Tz. 11; BGH NJW-RR 2018, 461, Tz. 6; Zöller/Greger § 167 Rn. 10; unerheblich ist also, ob die Zustellung „demnächst“ nach Eingang der Klage bei Gericht erfolgt.

34 St. Rspr., vgl. nur BGH NJW 2017, 1467, 1469, Tz. 24.

35 BGHZ 168, 306, 310 ff.: keine Verpflichtung des Klägers, das gerichtliche Zustellungsverfahren weiter zu beobachten, nachdem er alle gebotenen Mitwirkungshandlungen vorgenommen, insbesondere den Gerichtskostenvorschuss eingezahlt hat; BGH NJW-RR 2019, 1465, Tz. 23; Zöller/Greger, § 167 Rn. 12.

36 BGH NJW 2017, 1467, 1469, Tz. 24.

37 BGH NJW 2017, 1467, 1469, Tz. 24; BGH NJW-RR 2018, 173, Tz. 5; BGH NZM 2016, 53, 54, Tz. 9; Zöller/Greger, § 167 Rn. 11; Hk-ZPO/Siebert § 167 Rn. 6.

38 Vgl. nur BGH NJW 2015, 3101, 3102, Tz. 19 mwN.

39 BGHZ 168, 306, 310; BGH NJW 2016, 53, 54, Tz. 13; Zöller/Greger § 167 Rn. 15; Hk-ZPO/Siebert § 167 Rn. 6.

40 BGH WM 2010, 72, 75, Tz. 21 aE.

lungsaufforderung zur Einzahlung des Vorschusses erforderliche und zumutbare Zeitraum um nicht mehr als 14 Tage überschritten wird.⁴¹ Ungeklärt ist allerdings, welcher Zeitraum dem Kläger für die Einzahlung des Vorschusses nach Eingang der Zahlungsaufforderung zuzubilligen ist. Nach einem obiter dictum des II. Zivilsenates beläuft sich dieser auf nur 3 Werktage.⁴² Dagegen will der V. Zivilsenat, wenn die Zahlungsaufforderung beim Prozessbevollmächtigten eingeht, diesem zunächst 3 Werktage für deren Prüfung und Weiterleitung an den Mandanten belassen, danach muss der Kläger innerhalb einer Woche den Zahlungseingang auf dem Konto der Gerichtskasse herbeiführen.⁴³ Aufgrund des Gebotes der Wahl des sichersten Weges sollte der Rechtsanwalt sich bis auf weiteres an der Entscheidung des II. Zivilsenates orientieren, auch wenn es sich hierbei nur um ein obiter dictum handelt.

6. Wahl der optimalen Verfahrensart

- 27 Neben dem ordentlichen Urteilsverfahren kennt die ZPO eine Reihe besonderer Verfahrensarten, namentlich das selbstständige Beweisverfahren (§§ 485 ff. ZPO), das Mahnverfahren (§§ 688 ff. ZPO), den Urkundsprozess (§§ 592 ff. ZPO) und den einstweiligen Rechtsschutz (Arrest und einstweilige Verfügung, §§ 916 ff. ZPO). Sind die Voraussetzungen hierfür erfüllt, kann es prozesstaktisch sinnvoll oder sogar geboten sein, eine solche Verfahrensart zu wählen.⁴⁴

§ 3 Überblick über den Ablauf eines Zivilprozesses aus Anwaltssicht

I. Anhängigkeit und Rechtshängigkeit

- 28 Der Zivilprozess wird eingeleitet durch Einreichung der Klageschrift beim Gericht. Hierdurch wird die **Anhängigkeit** des Rechtsstreites begründet.
- 29 Einige Zeit später fordert die Gerichtskasse den **Gerichtskostenvorschuss** an. Gem. § 12 Abs. 1 S. 1 GKG erfolgt die Zustellung der Klageschrift in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten erst nach Zahlung dieses Vorschusses. Mit Zustellung der Klage ist diese erhoben (§ 253 Abs. 1 ZPO) und es tritt **Rechtshängigkeit** ein (§ 261 Abs. 1 ZPO). Erst hierdurch wird ein Prozessrechtsverhältnis begründet. Ein trotz fehlender Rechtshängigkeit – etwa mangels wirksamer Zustellung der Klage – erlassenes Urteil ist wirkungslos und entfaltet keine materielle Rechtskraft.¹

II. Früher erster Termin oder schriftliches Vorverfahren

- 30 Für den weiteren Verlauf des Rechtsstreits stellt das Gesetz dem Gericht zwei Verfahrensarten zur Verfügung: Es kann gem. § 275 ZPO mit der Zustellung der Klage sogleich einen möglichst baldigen Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumen, den sog **frühen ersten Termin**. Alternativ kann gem. § 276 ZPO das **schriftliche Vorverfahren** angeordnet werden, bei dem zunächst Schriftsätze beider Parteien ausgetauscht

41 BGH NJW 2015, 2666, Tz. 5 f.; 2015, 3101, 3102 f., Tz. 19; 2017, 1467, 1469, Tz. 25; NZM 2016, 53, 54, Tz. 9; BGH NJW-RR 2018, 173, Tz. 5.

42 BGH NJW 2017, 1467, 1469, Tz. 25.

43 BGH NJW-RR 2018, 173, Tz. 9, 13 f.

44 Zu den Einzelheiten nachfolgend §§ 22 ff.

1 BGHZ 199, 31, Tz. 22; BGH NJW-RR 2006, 565, 566, Tz. 11 f.; 2014, 903, 904, Tz. 7; Zöller/Feskorn, vor § 300 Rn. 18; MünchKommZPO/Musielak, Vor § 300 Rn. 4.