

NOMOSLEHRBUCH

Adolphsen

# Zivilprozessrecht

6. Auflage



Nomos

NOMOSLEHRBUCH

Prof. Dr. Jens Adolphsen,  
Universität Gießen

# Zivilprozessrecht

6. 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 978-3-8487-5794-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-9877-1 (ePDF)

6. 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.

## Vorwort zur 6. 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 im 1. Staatsexamen. 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 fünf 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 6. 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 September 2019. Wesentliche relevante Gesetzesänderung für Studenten ist sicherlich das Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage, das am 1.11.2018 in Kraft getreten ist. Es zeigt sehr plastisch, wie sich ein tatsächlicher Sachverhalt wie der Dieselskandal auch in der Neukonzeption des Rechts niederschlägt.

Die aktuelle Rechtsprechung und Literatur ist 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!

Gießen, im September 2019

*Jens Adolphsen*



# Inhalt

<b>Vorwort zur 6. Auflage</b>	5
-------------------------------	---

<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	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. Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren	30
III. Streit und Zivilprozessrecht	31
IV. Alternative Streitbeilegung	33
1. Gerichtliche Streitbeilegungsmechanismen	33
2. Außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen	33
a) Obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung	34
b) Mediation	35
c) Schiedsgerichtsbarkeit	37
V. Zivilprozessrecht in der Gesamtrechtsordnung	38
VI. Europäisches Zivilprozessrecht	40
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	42
<b>§ 3 Überblick über den Ablauf eines Zivilprozesses</b>	43
I. Bis Klageerhebung	43
1. Vorprozessuale Überlegungen des Klägers	43
2. Einreichung der Klage bei Gericht	44
II. Die mündliche Verhandlung	44
III. Die Beweisaufnahme	45
IV. Das Urteil	45
V. Rechtsmittel	45
VI. Rechtskraft	46
VII. Zwangsvollstreckung	46
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	46
<b>§ 4 Die Verfahrensgrundsätze</b>	47
I. Der Dispositionsgrundsatz	47
II. Der Beibringungsgrundsatz	48
III. Mündlichkeit und Schriftlichkeit	50
IV. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz	52
V. Der Öffentlichkeitsgrundsatz	53
VI. Der Anspruch auf rechtliches Gehör	55
1. Überblick	55
2. Notwendiger fachgerichtlicher Rechtsschutz	56

3. Rechtsschutzmöglichkeiten bei Verletzung	57
4. Die Anhörungsrüge	57
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	59
<b>B. PROZESSUALE VORBEREITUNG</b>	
<hr/>	
<b>§ 5 Der Weg zum Rechtsanwalt</b>	60
I. Einschaltung eines Rechtsanwalts	61
II. Der Rechtsanwaltsvertrag	61
1. Dienstvertrag	61
2. Rechte und Pflichten	62
3. Haftung	63
4. Vergütung des Rechtsanwalts	63
5. Zulassung als Anwalt	64
III. Anwaltszwang, Lokalisationsprinzip	65
IV. Europäische Rechtsanwälte in Deutschland	66
V. Anwaltsorganisation	66
1. Kooperationsformen	66
2. Haftung in Abhängigkeit der gewählten Rechtsform	67
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	69
<b>§ 6 Die Auswahl des Gerichts</b>	70
I. Internationale Zuständigkeit	70
II. Rechtsweg	71
1. Unterteilung in fünf Rechtswege	71
2. Kompetenzregelung	73
III. Instanzenzug und sachliche Zuständigkeit	74
1. Instanzenzug in Zivilsachen	74
2. Gerichtsverfassung	74
3. Ausgestaltung der sachlichen Zuständigkeit	75
IV. Die örtliche Zuständigkeit	76
1. Art der Zuständigkeiten und ihr Verhältnis zueinander	77
2. Folge des Fehlens der örtlichen Zuständigkeit	78
3. Allgemeiner Gerichtsstand	78
a) Klagen gegen natürliche Personen	78
b) Klagen gegen juristische Personen	79
4. Besondere Gerichtsstände	79
a) Gerichtsstand der unerlaubten Handlung § 32	79
b) Gerichtsstand des vertraglichen Erfüllungsortes § 29	82
c) Dinglicher Gerichtsstand § 24	84
d) Gerichtsstand der Widerklage § 33	84
e) Gerichtsstand des Vermögens § 23	85
f) Gerichtsstandsbestimmung bei Streitgenossenschaft § 36 Abs. 1 Nr. 3	85
V. Funktionelle Zuständigkeit	86
VI. Vereinbarungen über die Zuständigkeit § 38	86
VII. Rüge lose Einlassung § 39	87
Zusammenfassende Übersicht zur Ermittlung der örtlichen Zuständigkeit	88

Zusammenfassende Übersicht zu § 6	88
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	89
<b>§ 7 Die Parteien</b>	<b>90</b>
I. Das Prozessrechtsverhältnis	90
II. Erlangung der Parteienstellung	90
III. Parteibegriff	91
1. Parteibegriff und Sachlegitimation	91
2. Parteibegriff und Prozessführungsbefugnis	91
3. Partei kraft Amtes	92
IV. Das Zweiparteiensystem	93
V. Parteifähigkeiten	96
1. Parteifähigkeit	96
2. Prozessfähigkeit	98
3. Postulationsfähigkeit	99
VI. Verhältnis der Partei zum Streitgegenstand/Prozessführungsbefugnis	99
1. Fälle gesetzlicher Prozessstandschaft	100
2. Gewillkürte Prozessstandschaft	101
Zusammenfassende Übersicht zur Parteilehre	102
VII. Mehrheit von Parteien	103
1. Die einfache Streitgenossenschaft	103
a) Zulässigkeit	103
aa) Rechtsgemeinschaft mehrerer Personen (§ 59, 1. Fall)	104
bb) Einheit der Rechtsgründe (§ 59, 2. Fall)	104
cc) Gleichartigkeit der Streitgegenstände (§ 60)	104
b) Wirkung	105
2. Die notwendige Streitgenossenschaft (§ 62)	105
a) Fälle der notwendigen gemeinsamen Klage von mehreren bzw. gegen mehrere	105
b) Fälle der notwendig einheitlichen Sachentscheidung	106
c) Wirkungen	106
3. Behandlung in der Klausur	107
4. Streitgenossenschaft und Klagehäufung	107
VIII. Parteiänderung	107
1. Gesetzliche Regelung der Parteiänderung	108
2. Gewillkürte Parteiänderung	108
a) Der Parteiwechsel	108
b) Bindung an bisherige Prozessergebnisse/Wirkung der Parteiänderung	110
c) Parteierweiterung	110
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	111
<b>§ 8 Die Klageerhebung</b>	<b>112</b>
I. Die Klageschrift	112
1. Parteien	113
2. Gericht	113
3. Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs	113

4.	Bestimmter Antrag	113
a)	Unbezahlte Zahlungsanträge	114
b)	Stufenklage	114
5.	Sollvorschriften	115
6.	Unterschrift	115
II.	Die Klageart	118
1.	Die Leistungsklage	119
a)	Rechtsschutzziel	119
b)	Teilklagen	119
c)	Unterlassungsklagen	120
d)	Fälligkeit des Anspruchs	120
2.	Die Feststellungsklage	121
a)	Gegenstand und Inhalt der Feststellungsklage	121
b)	Ziel der Feststellungsklage	121
c)	Feststellungsinteresse/Subsidiarität der Feststellungsklage	122
d)	Das Problem nachfolgender Leistungsklagen in gleicher Sache	123
e)	Zwischenfeststellungsklage	124
3.	Die Gestaltungsklage	124
III.	Der Streitgegenstand	124
1.	Fehlende Regelung in der ZPO	124
2.	Bedeutung des Streitgegenstands	125
3.	Alte und neue Streitgegenstandstheorien	126
IV.	Die Wirkungen der Klageerhebung	127
1.	Prozessuale Wirkungen	127
a)	Einrede der Rechtshängigkeit	127
b)	Fortbestehen der Zuständigkeit – perpetuatio fori	130
c)	Verbot der Klageänderung	130
d)	Veräußerung der streitbefangenen Sache	130
2.	Materiellrechtliche Wirkungen	131
a)	Hemmung der Verjährung	131
b)	Haftungsverschärfung	132
c)	Prozesszinsen	132
V.	Die Klagehäufung	132
1.	Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung	133
2.	Die nachträgliche objektive Klagehäufung	134
3.	Kumulative und eventuelle Klagehäufung	135
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	137

## C. DER FORTGANG DES VERFAHRENS

---

<b>§ 9</b>	<b>Die Vorbereitung der Hauptverhandlung</b>	<b>138</b>
I.	Ladung, Zustellung, Fristen	138
1.	Ladung	139
2.	Zustellung	139
3.	Fristen	140
4.	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand	141
II.	Früher erster Termin und schriftliches Vorverfahren	142
1.	Früher erster Termin	142
2.	Schriftliches Vorverfahren	143

III. Entscheidung des Richters	143
IV. Reaktionen des Beklagten und Verfahrensfortgang	143
1. Schriftliches Vorverfahren	143
2. Früher erster Termin	144
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	144
<b>§ 10 Das weitere Verfahren vor dem Gericht</b>	<b>145</b>
I. Obligatorische Güteverhandlung	145
II. Mündliche Verhandlung	147
1. Eröffnung	147
2. Einführung in den Sach- und Streitstand	147
3. Prüfung der Zulässigkeit	147
a) Reihenfolge Zulässigkeit und Begründetheit	148
b) Zulässigkeitsrügen	149
aa) Einteilung der Zulässigkeitsvoraussetzungen	149
bb) Bedeutung des Rügeerfordernisses	149
c) Abgesonderte Verhandlung § 280	150
d) Reihenfolge der Prüfung von Sachentscheidungs Voraussetzungen	150
4. Stellen der Anträge	151
5. Streitige Verhandlung	151
6. Beweisaufnahme	151
7. Erörterung des Sach- und Streitstands, des Ergebnisses der Beweisaufnahme	151
8. Schluss der mündlichen Verhandlung	152
III. Entscheidung und Verkündung	152
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	152
<b>D. FORTFÜHRUNG DES VERFAHRENS DURCH DIE PARTEIEN</b>	
<b>§ 11 Prozesshandlungen der Parteien</b>	<b>153</b>
I. Abgrenzung von materiellen Rechtsgeschäften und Prozesshandlungen	153
1. Voraussetzungen und Wirkungen im Prozessrecht	153
2. Unterscheidung nach der Hauptwirkung	154
3. Vornahme materieller Rechtsgeschäfte im Prozess	154
II. Arten der Prozesshandlungen	155
1. Ein- und zweiseitige Prozesshandlungen	155
2. Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen	155
III. Regelung der Parteihandlungen	155
1. Prozesshandlungsvoraussetzungen	156
2. Form und Wirksamwerden	156
a) Prozesshandlung in mündlicher Verhandlung	156
b) Prozesshandlung außerhalb der mündlichen Verhandlung	156
aa) Gegenüber dem Gericht	156
bb) Gegenüber dem Gegner	157
3. Auslegung	157
4. Bedingungen	157
a) Haupt- und Hilfsantrag	158
b) Eventualaufrechnung	159

5.	Fehler von Prozesshandlungen	160
a)	Fehler bei Bewirkungshandlungen	160
b)	Fehler und ihre Heilung bei Erwirkungshandlungen	160
aa)	Neuvornahme	160
bb)	Genehmigung	160
cc)	Rügeverzicht des Gegners	160
6.	Beseitigung vorgenommener Prozesshandlungen	161
a)	Anfechtung	161
b)	Widerruf und Rücknahme	161
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	162
<b>§ 12</b>	<b>Selbstständige und unselbstständige Verteidigung des Beklagten</b>	<b>163</b>
I.	Die Verteidigung des Beklagten	163
II.	Streit um Tatsachen	163
1.	Tatsachengrundlage im Prozess	164
2.	Schlüssigkeit des klägerischen Tatsachenvortrags	164
3.	Erheblichkeit des Beklagtenvorbringens	165
a)	Im Hinblick auf Sachentscheidungsvoraussetzungen und Prozesshindernisse	165
b)	Klageleugnen	166
c)	Anforderungen an das Vorbringen des Beklagten	166
d)	Geltendmachen von Einreden	167
e)	Replik des Klägers	167
4.	Geständnis	167
5.	Beweisbedürftigkeit	168
III.	Streit um Rechtsfragen	169
IV.	Aufrechnung des Beklagten	169
1.	Wirksamkeitsvoraussetzungen	170
2.	Keine Rechtshängigkeit der Aufrechnungsforderung	170
3.	Aufrechnung mit rechtswegfremder Forderung	171
4.	Probleme der Doppelnatur der Prozessaufrechnung	172
5.	Aufrechnung im Verfahren	173
6.	Aufrechnung in der Klausur	174
V.	Widerklage des Beklagten	174
1.	Widerklage als normale Klage	175
a)	Prozess- und Sachentscheidungsvoraussetzungen	175
b)	Örtliche Zuständigkeit	176
c)	Sachliche Zuständigkeit	176
d)	Rechtshängigkeit	177
e)	Rechtsschutzbedürfnis	178
2.	Privilegierung der Widerklage	178
3.	Zulässigkeit der Widerklage	178
a)	Rechtshängigkeit der Klage	178
b)	Gleiche Prozessart	179
c)	Zusammenhang als Problem der Zulässigkeit?	179
4.	Eventualwiderklage	180
5.	Drittweiterklage	181
a)	Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung	182
b)	Keine isolierte Drittweiterklage	182

c)	Streitgenossenschaft zwischen den Widerbeklagten	182
d)	Örtliche Zuständigkeit	182
e)	Zusammenfassung Anforderungen des BGH an die Drittweiterklage	183
f)	Abweichende Ansichten in der Literatur	183
g)	Zusammenfassung Anforderungen der Literatur an die Drittweiterklage	183
h)	Ausnahmsweise isolierte Drittweiterklage	183
6.	Die Widerklage in der Klausur	185
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	185
<b>§ 13</b>	<b>Die Klageänderung</b>	186
I.	Vorliegen einer Klageänderung	187
II.	Ohne Weiteres zulässige Klageänderungen § 264	187
III.	Einwilligung des Beklagten	188
IV.	Vermutete Einwilligung	188
V.	Sachdienlichkeit	188
VI.	Verhältnis von Klageänderung und Klagerücknahme	188
	Zusammenfassende Übersicht zu § 13	189
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	189
<b>§ 14</b>	<b>Prozessbeendigende Prozesshandlungen des Klägers</b>	190
I.	Klagerücknahme	190
1.	Überblick	190
2.	Klagerücknahme als Prozesshandlung	191
3.	Zulässigkeit der Klagerücknahme	191
4.	Klagerücknahme mit und ohne Einwilligung des Beklagten	192
5.	Wirkung	193
6.	Kosten	193
II.	Einseitige Erledigungserklärung	194
1.	Überblick	194
2.	Die einseitige Erledigung als nachträgliche Klageänderung	195
a)	Klageänderungstheorie	195
b)	Zulässigkeit der Klageänderung	195
c)	Wirksamkeit der Erledigungserklärung	196
3.	Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglichen Klage bei Erledigung	196
4.	Eintritt eines erledigenden Ereignisses	196
5.	Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses	196
6.	Die einseitige Erledigung in der Klausur	199
III.	Verzicht	199
1.	Überblick	199
2.	Rechtsnatur	199
3.	Voraussetzungen	200
4.	Wirkung	200
5.	Der Verzicht in der Klausur	201
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	201

<b>§ 15 Prozessbeendigung durch Anerkenntnis des Beklagten</b>	<b>202</b>
I. Überblick	202
II. Rechtsnatur	202
III. Voraussetzungen	203
1. Erklärung des Beklagten	203
2. Kein Antrag des Klägers	203
3. Form	203
4. Prozesshandlungsvoraussetzungen	203
IV. Wirkung/Kostenregelung	204
V. Das Anerkenntnis in der Klausur	205
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	205
<b>§ 16 Prozessbeendigende Prozesshandlungen von Kläger und Beklagtem</b>	<b>206</b>
I. Die übereinstimmende Erledigungserklärung	206
1. Überblick	206
2. Erledigungsereignis und Erledigungserklärung	206
3. Wirkung	207
4. Erledigungserklärung als Prozesshandlung	208
5. Kostenentscheidung	208
6. Zulässigkeit einer erneuten Klage	209
7. Übereinstimmende Erledigung in der Klausur	209
II. Der Vergleich	209
1. Überblick	210
2. Außergerichtliche und gerichtliche Vergleiche	210
a) Außergerichtliche Vergleiche	211
aa) Der materiellrechtliche Vergleich gem. § 779 BGB	211
bb) Der Vergleich vor der Gütestelle nach § 15 a EGZPO	212
cc) Der Vergleich während eines rechtshängigen Verfahrens	212
dd) Der Anwaltsvergleich	214
b) Gerichtliche Vergleiche	215
3. Der Prozessvergleich	215
a) Rechtsnatur	216
b) Voraussetzungen	216
aa) Materiellrechtliche Voraussetzungen	216
bb) Prozessrechtliche Voraussetzungen	218
c) Wirkungen	219
aa) Materiellrechtliche Wirkungen	219
bb) Prozessuale Wirkungen	219
d) Fehler, Anfechtung, Aufhebung und Rücktritt	220
e) Fortsetzung des alten oder neues Verfahren	220
aa) Unwirksamkeit des Vergleichs	220
bb) Der angefochtene Vergleich	220
cc) Rücktritt und Aufhebung	221
Zusammenfassende Übersicht zum Prozessvergleich	222
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	222

**E. VERSÄUMNISVERFAHREN**

---

<b>§ 17 Säumnis</b>	223
<b>§ 18 Das Versäumnisurteil gegen den Beklagten</b>	225
<b>§ 19 Das Versäumnisurteil gegen den Kläger</b>	227
<b>§ 20 Der Einspruch</b>	228
I. Zulässigkeit des Einspruchs	228
II. Wirkung des Einspruchs	228
III. Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts	229
1. Beide Parteien erscheinen	229
2. Erneute Säumnis der Partei im Einspruchstermin	229
3. Säumnis des Einspruchsgegners im Einspruchstermin	230
4. Berufung gegen zweites Versäumnisurteil	230
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	230

**F. BEWEISRECHT**

---

<b>§ 21 Die Informationsbeschaffung für das Verfahren</b>	231
<b>§ 22 Notwendigkeit und Gegenstand des Beweises</b>	234
<b>§ 23 Grundbegriffe des Beweisrechts</b>	236
I. Beweismittel	236
1. Augenscheinsbeweis	236
2. Zeugenbeweis	237
3. Sachverständigenbeweis	238
4. Urkundsbeweis	239
5. Parteivernehmung	240
II. Beweisverfahren	240
1. Strengbeweis und Freibeweis	240
2. Beweisantritt	240
3. Anordnung der Beweisaufnahme	241
4. Durchführung der Beweisaufnahme	241
a) Der beauftragte Richter	242
b) Der ersuchte Richter	242
c) Beweiserhebungen im Ausland	242
5. Beweiswürdigung	242
a) Grundsatz freier Beweiswürdigung	243
b) Anscheinsbeweis	243
c) Schadensschätzung	244
III. Selbstständiges Beweisverfahren	245
IV. Beweismaß	246
1. Regelbeweismaß	246
2. Glaubhaftmachung	246
V. Beweisführungslast	247
VI. Beweislast	247
1. Entscheidungsnotwendigkeit in einer non liquet-Situation	247

2.	Grundregel der Beweislast	248
3.	Gesetzliche Beweislastregeln	248
4.	Richterrechtliche Beweislastregeln	249
5.	Beweislast bei der negativen Feststellungsklage	250
<b>§ 24</b>	<b>Beweisverwertungsverbote</b>	<b>251</b>
I.	Lauschzeugen	251
II.	Heimliche Vaterschaftstests	252
III.	Dashcams	255
	Zusammenfassende Übersicht Beweisrecht	256
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	256
<b>G. DAS URTEIL</b>		
<b>§ 25</b>	<b>Arten gerichtlicher Entscheidungen</b>	<b>258</b>
I.	Urteil	258
II.	Beschluss	258
III.	Verfügung	258
<b>§ 26</b>	<b>Urteilsarten</b>	<b>260</b>
I.	Das Endurteil	260
II.	Das Zwischenurteil	261
<b>§ 27</b>	<b>Der Erlass des Urteils</b>	<b>262</b>
I.	Fällung des Urteils	262
1.	Urteilsfindung	262
2.	Entscheidungsmöglichkeiten	262
3.	Richterwechsel	263
II.	Verkündung des Urteils	263
III.	Zustellung des Urteils	264
IV.	Form und Inhalt des Urteils	264
<b>§ 28</b>	<b>Die Rechtskraft des Urteils</b>	<b>267</b>
I.	Die formelle Rechtskraft	267
II.	Die materielle Rechtskraft	267
1.	Wirkung der materiellen Rechtskraft	268
a)	Negative Prozessvoraussetzung	269
b)	Präjudizialität	269
2.	Rechtskraftfähige Entscheidungen	270
3.	Objektiver Umfang der materiellen Rechtskraft	270
a)	Grundsatz	270
b)	Entscheidungsgründe als Auslegungshilfe	271
c)	Keine Rechtskraft von Einwendungen und Einreden	272
d)	Rechtskraft bei Aufrechnung	272
e)	Rechtskraft bei Teilklagen	273
f)	Rechtskraft bei Schmerzensgeldklagen	274
g)	Zwischenfeststellungsklage	275
4.	Subjektiver Umfang der materiellen Rechtskraft	276
a)	Grundsatz inter partes-Wirkung	276
b)	Rechtskrafterstreckung auf Rechtsnachfolger	277

c) Gutgläubigkeit des Rechtsnachfolgers	277
d) Rechtskrafterstreckung auf Dritte	278
5. Zeitliche Grenzen der Rechtskraft	278
III. Durchbrechung der Rechtskraft	279
1. Die Abänderungsklage gem. § 323	279
2. Die Wiederaufnahme des Verfahrens	280
a) Die Nichtigkeitsklage	280
b) Die Restitutionsklage	281
c) Dreiteilung des Wiederaufnahmeverfahrens	281
3. Durchbrechung der Rechtskraft gem. § 826 BGB	281
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	282
<hr/>	
H. RECHTSMITTEL	
<b>§ 29 Überblick</b>	284
I. Unterscheidung von Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen	285
II. Aufbau einer Rechtsmittelklausur	285
III. Verschlechterungsverbot	286
<b>§ 30 Die Berufung</b>	288
I. Die Zulässigkeit der Berufung	288
1. Statthaftigkeit	288
2. Form der Einlegung in der Berufungsfrist	289
3. Beschwer	291
4. Berufungsbegründung	292
5. Die Prüfung der Zulässigkeit der Berufung	294
II. Zurückweisung durch Beschluss	294
III. Die Begründetheit der Berufung	295
1. Berufungsgrund der fehlerhaften Rechtsanwendung	296
2. Berufungsgrund der unrichtigen Tatsachenfeststellung	297
3. Neue Tatsachen	298
IV. Die Entscheidung des Berufungsgerichts	299
<b>§ 31 Die Revision</b>	301
I. Die Zulässigkeit der Revision	301
1. Statthaftigkeit	301
2. Form der Einlegung in der Revisionsfrist	303
3. Beschwer	303
4. Revisionsbegründung	303
5. Die Prüfung der Zulässigkeit der Revision	304
II. Zurückweisung durch Beschluss	304
III. Die Begründetheit der Revision	304
IV. Die Entscheidung des Revisionsgerichts	305
V. Flucht aus der Revision	305
<b>§ 32 Die Beschwerde</b>	307
I. Die sofortige Beschwerde	307
II. Die Rechtsbeschwerde	308
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	310

## Inhalt

---

### I. BESONDERE VERFAHRENSARTEN

---

<b>§ 33 Das Mahnverfahren</b>	311
I. Überblick	311
II. Zulässigkeit des Mahnverfahrens	312
III. Erlass des Mahnbescheids	315
IV. Widerspruch	315
V. Erlass des Vollstreckungsbescheids	317
VI. Einspruch	317
VII. Säumnis im Einspruchstermin	318
VIII. Berufung	319
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	320
<b>§ 34 Der Urkundenprozess</b>	321
<b>§ 35 Das Verfahren in Familiensachen</b>	323

### J. BETEILIGUNG DRITTER AM RECHTSSTREIT

---

<b>§ 36 Nebenintervention</b>	325
I. Begriff	326
II. Voraussetzung	326
III. Rechtsstellung des Nebenintervenienten	327
IV. Interventionswirkung	327
<b>§ 37 Streitverkündung</b>	329
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	330

### K. EINSTWEILIGER RECHTSSCHUTZ

---

<b>§ 38 Regelung des einstweiligen Rechtsschutzes</b>	331
I. Arten	331
II. Voraussetzungen	332
III. Verfahren	332
IV. Regelung des Arrestes	334
V. Regelung der einstweiligen Verfügung	334
1. Sicherungsverfügung	334
2. Regelungsverfügung	335
3. Leistungsverfügung	335
Zusammenfassende Übersicht einstweiliger Rechtsschutz	336
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	336
<b>Anhang: Definitionen</b>	337
<b>Stichwortverzeichnis</b>	341

## 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
AufI.	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
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
BGBI.	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. November 2001
BRAGO	Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung (außer Kraft)
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung, Gesetz vom 1. August 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	Bundesverwaltungsgericht

## Abkürzungsverzeichnis

---

bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	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 (www.egvp.de)
EGZPO	Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung vom 30.1.1877 (RGBl. 244)
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (BGBl. 1952 II, 686, 953)
ERVVO BGH	elektronische Rechtsverordnung des BGH
EU	Europäische Union
EuBVO	Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28.5.2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen (ABIEG Nr. L 174 vom 27.6.2001)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
EuGVO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl.EU 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, ABl.EU 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. April 2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (Amtsblatt Nr. L 143 vom 30.4.2004 S. 15–39)
EuZustVO	Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates vom 29.5.2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten (ABIEG Nr. L 160 vom 30.6.2000)
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

## Abkürzungsverzeichnis

---

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. August 2004 (BGBl. I, 2198)
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KapMuG	Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten vom 19. Oktober 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
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

## Abkürzungsverzeichnis

---

OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger freier Berufe vom 25. Juli 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. Mai 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
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung i.d.F. der Bekanntmachung vom 19.3.1991 (BGBl. I, 686)
www.	World Wide Web

## Abkürzungsverzeichnis

---

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. Alles 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, 40. Aufl. 2019 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 **Sachurteilsvoraussetzung**, da über Sachanträge nicht nur durch Urteil, sondern auch durch Beschluss entschieden wird) müssen vorliegen, damit überhaupt in der Sache verhandelt und dann entschieden wird. Die Sachentscheidungs Voraussetzungen sind meist positiv formuliert (müssen also vorliegen), gelegentlich aber auch negativ (dürfen nicht vorliegen). Ihr Vorliegen oder notwendiges Fehlen hat das Gericht von Amts wegen zu prüfen. **Prozesshindernisse** sind ebenfalls Sachentscheidungs Voraussetzungen, die aber nicht von Amts wegen beachtet werden, sondern nur auf Einrede des Beklagten. ◀

## II. Klausurtypen

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

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

In der zunehmend wichtigen **Anwaltsklausur** wird oft verlangt, dass Sie gutachterlich 9  
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.

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

Der **Richter** hingegen prüft erst die Zulässigkeitsvoraussetzungen, 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

- 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 i.V.m. § 3 PflVG (Direktanspruch gegen die Versicherung), §§ 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 Richterklauseur?

## § 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.

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 *Greger*, Überlange Gerichtsverfahren: Vorbeugen ist besser als heilen, AnwBl 2015, 541; *ders.*, Überlange Gerichtsverfahren: Handlungsoptionen und Anwaltpflichten, AnwBl 2015, 536; *Wüding*, Der Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren: Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Motor einer langen Reise in die prozessuale Moderne, FS Rüßmann, 2013, S. 651; *Link/van Dorp*, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, 2012; *Marx/Roderfeld*, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren,

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 Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens, das Finden materieller Wahrheit, die Bewahrung der objektiven Privatrechtsordnung und die Rechtsfortbildung und Wahrung der Rechtseinheit sind weitere (Neben-) Zwecke des Zivilprozessrechts.
- 5 Auch im Zivilprozess gibt es allerdings Verfahren, deren primärer Zweck die Aufrechterhaltung der Gesamtrechtsordnung ist. Dabei handelt es sich um Verfahren im öffentlichen Interesse, wobei am aktuellsten die Verbandsklagen in den Fällen § 8 Abs. 3 UWG und §§ 1 ff. UKlaG sind.

## II. Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren

- 6 Mit einem Urteil im gerichtlichen Verfahren, dem sog. **Erkenntnisverfahren**, ist dem Kläger jedoch noch nicht in allen Fällen geholfen.
- 7 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.
- 8 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**.

<sup>2013</sup>; *Althammer/Schäuble*, Effektiver Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer – Das neue Gesetz aus zivilrechtlicher Perspektive, NJW 2012, 1.

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

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

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 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.

9

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

10

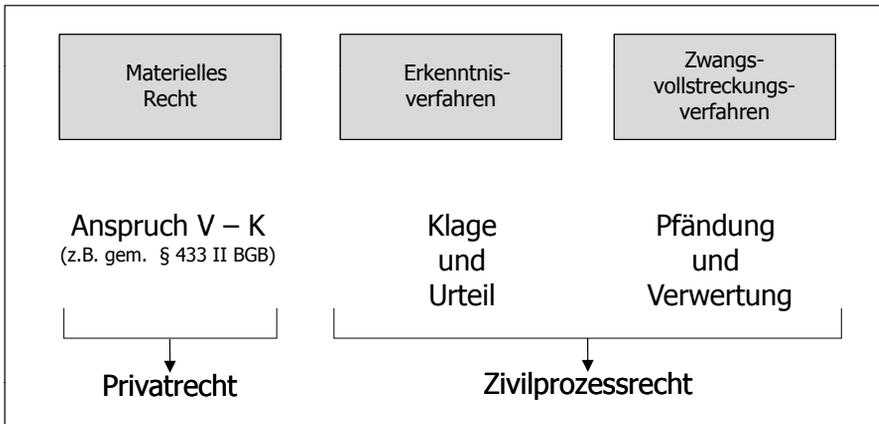


Abb.1 Das Recht und seine Durchsetzung

### III. Streit und Zivilprozessrecht

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>8</sup> Zwingend ist das nicht. Zahlreiche (Schätzungen gehen bis zu mehr als 50 %)<sup>9</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).

11

Real ist in vielen Konflikten der eigentliche Streitpunkt gar nicht die Rechtslage. Es kann sich um **personenbezogene** oder auch um **rollenbezogene Streitigkeiten** handeln.

12

<sup>8</sup> Zu normbezogenen Konflikten *Raiser*, Das lebende Recht, 2. Aufl. 1995, S. 300.

<sup>9</sup> *Blankenburg*, Thesen zur Umverteilung von Rechtschancen, in: *Blankenburg/Gottwald/Stempel* (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 32f.

Oft ist eine persönliche Aversion oder Ähnliches zwischen den Beteiligten der eigentliche Auslöser des Streits auch über Normen.

- 13 Konflikte werden durch einen Richter entschieden. Die Lehre vom (Zivilprozess-)Verfahrensrecht ist damit **Streitentscheidungslehre**,<sup>10</sup> auch wenn immer stärker Elemente der Vermittlung und Schlichtung, also der **Streitbehandlung** Eingang in das zivilprozessuale Verfahren finden.
- 14 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>11</sup>
- 15 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>12</sup>
- 16 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>13</sup>
- 17 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 relati-

---

<sup>10</sup> Breidenbach, *Mediation*, 1995, S. 2.

<sup>11</sup> 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, S. 100, 103; Adolphsen, Der Zivilprozess im Wettbewerb der Methoden, BRAK-Mitt 2017, 147.

<sup>12</sup> Raiser, *Das lebende Recht*, S. 426.

<sup>13</sup> Raiser, a.a.O., S. 404.

viert, dass sich auch Rechtsanwälte zunehmend als Schlichter sehen und die Konfliktbewältigungskompetenz Gegenstand der juristischen Ausbildung geworden ist.<sup>14</sup>

#### IV. Alternative Streitbeilegung

Weder Streitentscheidung noch Streitbehandlung werden nur durch staatliche Gerichte betrieben. Konfliktbewältigung ist heute ein Markt, auf dem sich zahlreiche Anbieter tummeln.<sup>15</sup> Die Gründe sind vielfältig, Unzufriedenheit mit staatlicher Gerichtsbarkeit auch aufgrund deren Überlastung ist sicher einer. 18

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. 19

Ein wesentlicher Grund dafür, dass die Politik alternative Streitbeilegung diskutiert, ist in der notwendigen Entlastung der Gerichte zu sehen. Zum Teil 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. 20

##### 1. Gerichtliche Streitbeilegungsmechanismen

Streitbehandlungsmechanismen werden zunehmend in den Zivilprozess integriert: Durch das Zivilprozessreformgesetz<sup>16</sup> wurde durch § 278 Abs. 2 eine **zwingende Güteverhandlung** eingeführt, die jeder streitigen Verhandlung vorauszugehen hat (§ 10 Rn. 1 ff.). 21

##### 2. Außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen

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 der 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

► **VERTIEFUNG:** Da die EU durch Art. 81 AEUV nur eine Rechtssetzungskompetenz für Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen hat,<sup>17</sup> sind ihr Eingriffe in die nationalen Zivil-

14 § 5 a Abs. 3 DRiG: Die Inhalte des Studiums berücksichtigen die rechtsprechende, verwaltende und rechtsberatende Praxis einschließlich der hierfür erforderlichen Schlüsselqualifikationen wie Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre und Kommunikationsfähigkeit.

15 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.

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

17 *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., 1 Kap. Rn. 36, 95.

prozessrechte 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>18</sup> und einer Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten (ODR-VO)<sup>19</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>20</sup> ◀

### a) Obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung

**Literatur:** *Bedo/Nicht*, Einigungsversuch und Klagezulässigkeit, ZZZP 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; *Mauz*, Das außergerichtliche obligatorische Schlichtungsverfahren gemäß § 15 a EGZPO, Diss. Würzburg 1999; *Schreiber*, Obligatorische Beratung und Mediation, 2007; *Stichelbrock*, JZ 2002, 633.

- 23 Seit 1999 haben die Bundesländer die Möglichkeit, für bestimmte zivilrechtliche Fälle eine obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung vorzuschreiben.<sup>21</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 2007 als verfassungsgemäß angesehen. Es sah keine Verletzung des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs.<sup>22</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>23</sup> Das Fehlen des Streitschlichtungsverfahrens kann auch noch in der Berufungsinstanz gerügt werden, wenn die erste Instanz zu Unrecht die Klage für zulässig hielt und ein Sachurteil erließ. Das erstinstanzliche

18 Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 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.

19 Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 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.

20 Gesetz vom 19.2.2016 (BGBl. I, 254). Zur Kritik *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.

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

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

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

Urteil ist aufzuheben und die Klage als unzulässig abzuweisen.<sup>24</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. ◀

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>25</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>26</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>27</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>28</sup> ◀

## b) Mediation

### Literatur:

*Diop/Steinbrecher*, Ein Mediationsgesetz für Deutschland: Impuls für die Wirtschaftsmediation?, BB 2011, 131; *Henssler/Deckenbrock*, Das neue Mediationsgesetz: Mediation ist und bleibt Anwaltssache, DB 2012, 159; *Klose*, Entwicklungen bei der außergerichtlichen Streitbeilegung, NJ 2018, 12; *Prütting*, Das neue Mediationsgesetz ist in Kraft getreten, AnwBl 2012, 796; *Stubbe*, Konfliktmanagement – bedarfsgerechte Streitbeilegungsinstrumente, SchiedsVZ 2009, 321; *Ulrici*, Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Auflage 2016, Anhang zu § 278 a Mediationsgesetz.

24 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.

25 *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.

26 *Friedrich*, NJW 2002, 798, 799.

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

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

- 25 Die Mediation ist die in Deutschland bedeutendste Erscheinung der Alternative Dispute Resolution (ADR),<sup>29</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>30</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>31</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>32</sup> Durch das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21.7.2012<sup>33</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>34</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 Vollstreckungsfähigkeit der Mediation

29 Zum Begriff ADR s. *Stubbe*, *SchiedsVZ* 2009, 321, 322.

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

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

32 RiL 2008/52 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU L 136 vom 24.5.2008.

33 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.

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