

## **Grundzüge des Erkenntnisverfahrens erster Instanz unter Berücksichtigung der Veränderungen nach der Zivilprozeßrechtsreform**

### **I. Einleitung**

Bei den Vorbereitungen auf das Erste Staatsexamen legen Studenten überwiegend den Schwerpunkt auf das materielle bürgerliche Recht. Mit den Vorschriften der ZPO wird sich dann meist nur nebenbei beschäftigt. Daraus folgt, daß die ZPO für viele Studenten ein Gesetzesbuch "mit sieben Siegeln" ist. Um dem abzuweichen, sollen hier die Grundzüge des Erkenntnisverfahrens dargestellt werden. Das Ziel ist es, beim Studierenden das Interesse für das Zivilverfahrensrecht zu wecken oder etwa zu Beginn des Rechtsreferendariats vorhandenes Wissen über das Erkenntnisverfahren in Erinnerung zu rufen. Gleichzeitig kann sich der Leser mit den wichtigsten Änderungen im Zivilprozeßrecht für das erstinstanzliche Verfahren vertraut machen, die am 01.01.2002 in Kraft getreten sind.

### **II. Geschichte der ZPO**

Die ZPO stammt vom 30. Januar 1877 und trat am 1. Oktober 1879 in Kraft. Das Ziel war, mit einer einheitlichen Prozeßordnung der bis dahin bestehenden starken Rechtszersplitterung in Deutschland auf dem Gebiet des Zivilprozeßrechts entgegenzuwirken. Zusammen mit dem GVG, der StPO und der KO gehört die ZPO zu den sogenannten Reichsjustizgesetzen. Die ZPO hat im Laufe der Zeit zahlreiche Änderungen erfahren, die sich im einzelnen der dem Gesetzestext vorangestellten Übersicht im Schönfelder entnehmen lassen. Erwähnt sei hier nur das Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz vom 17.12.1990, welches das Zivilverfahren einfacher und zeitsparender zu gestalten suchte. Mit dem Einigungsvertrag vom 31.08.1990 wurde der Geltungsbereich der ZPO zum 03.10.1990 mit einigen Anpassungen an die Gerichtsstruktur der ehemaligen DDR auf die neuen Bundesländer erstreckt. Mit der Zivilprozeßrechtsreform, die am 17.05.2001 vom Deutschen Bundestag verabschiedet und vom Bundesrat in der Sitzung vom 22.06.2001 beschlossen wurde und die am 01.01.2002 vollständig in Kraft getreten ist, haben sich weitere wichtige Änderungen für das Zivilverfahrensrecht und das Gerichtsverfassungsgesetz ergeben. Ziel dieses Reformvorhabens ist, den Zivilprozeß "bürgerlicher, effizienter und transparenter" zu gestalten. Dies wurde u.a. durch die Einführung einer Güteverhandlung, durch die stärkere Betonung der richterlichen Aufklärungs- und Hinweispflichten, die Stärkung der ersten Instanz und durch eine Umgestaltung der Zugangsvoraussetzungen zu den höheren Instanzen umgesetzt. Eine gütliche Einigung der Parteien soll in einem möglichst frühen Verfahrensstadium erreicht werden, zumindest soll angestrebt werden, das Verfahren in erster Instanz zu beenden.

### **III. Aufbau der ZPO**

Betrachtet man die Gliederung des Gesetzestextes im Überblick, so fällt einem die Einteilung in zehn Bücher auf, die dem allseits bekannten Grundsatz "Vom Allgemeinen zum Besonderen" folgt. So finden sich im *Ersten Buch* die für das gesamte Verfahren bedeutsamen Vorschriften (z.B. welches Gericht örtlich zuständig ist oder wer überhaupt am Prozeß teilnehmen darf), im *Zweiten Buch* der Verfahrensablauf von der Klageerhebung bis zum erstinstanzlichen Urteil und im *Dritten Buch* die Rechtsmittel, um in eine höhere Instanz zu gelangen.

Im *Vierten bis Siebten Buch* sind mit der Wiederaufnahme eines Verfahrens, dem Urkunden- und Wechselprozeß, dem Verfahren in Familiensachen sowie dem Mahnverfahren besondere Verfahrensarten geregelt, auf die später noch genauer eingegangen wird.

Mit der Zwangsvollstreckung im *Achten Buch* wird eine grundlegende Zweiteilung der ZPO deutlich, die für das Verständnis des Verfahrensrechts von großer Bedeutung ist: Die Unterscheidung von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren. Im Erkenntnisverfahren - das Thema dieser Darstellung ist - soll festgestellt werden, ob die Behauptung des Klägers, einen materiell rechtlichen Anspruch gegen den Beklagten zu haben, überhaupt stimmt. Erst wenn dies feststeht, kann dieser Anspruch auch im Vollstreckungsverfahren mit Zwang gegen den Schuldner durchgesetzt werden. Dies bedeutet aber nicht, daß das Erkenntnisverfahren immer dem Vollstreckungsverfahren vorausgehen muß. Für die Vollstreckung wird zwar stets ein Titel benötigt, neben einem vollstreckungsfähigen Urteil kommen aber auch noch die in § 794 Abs.1 genannten Vollstreckungstitel in Betracht.

Das Aufgebotsverfahren im *Neunten Buch*, das überwiegend der Feststellung von Berechtigten bei verlorengegangenen Urkunden dient, und das schiedsgerichtliche Verfahren im *Zehnten Buch*, das den Parteien die Möglichkeit einräumt, ihren Rechtsstreit durch einen privaten Richter entscheiden zu lassen, werden hier nicht weiter behandelt.

#### **IV. Einleitung des Zivilverfahrens erster Instanz**

##### **1. Rechtshängigkeit der Klage**

Der Zivilprozeß ist das Verfahren der Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Bei uns hat der Staat das Justizmonopol. Kein Bürger soll außer in den gesetzlich geregelten Fällen Selbstjustiz üben dürfen. Zur Durchsetzung seiner Rechte muß er sich vielmehr an den Staat wenden, der die notwendigen Verfahren zu regeln und die erforderlichen Gerichte einzurichten hat, sogenannte Justizgewährungspflicht. Dennoch ist es jedem Bürger selbst überlassen, ob er seine Rechte mit Hilfe des Staates überhaupt durchsetzen will. So wie es ihm materiellrechtlich frei steht, seine Rechte auszuüben und darüber zu verfügen, so kann, muß er aber nicht die Hilfe des Gerichts in Anspruch nehmen (sog. Dispositionsmaxime). Daher muß stets das Gericht um Gewährung von Rechtsschutz ersucht werden. Dies erfolgt durch Erhebung einer Klage. Dazu muß der Kläger zunächst eine Klageschrift bei Gericht einreichen, die den in § 253 ZPO<sup>1</sup> (lesen!) genannten Anforderungen entspricht. Neu ist insoweit nur, daß die Klageschrift eine Äußerung dazu enthalten muß, ob einer *Entscheidung der Sache durch den Einzelrichter Gründe entgegenstehen* (§ 253 Abs.3 n.F.). Mit dem Einreichen der Klageschrift bei Gericht wird die Klage *anhängig*. Erhoben ist sie aber erst, wenn das Gericht von Amts wegen dem Beklagten eine beglaubigte Abschrift zugestellt hat, §§ 253 Abs.1, 271<sup>2</sup>. Damit wird die Klage *rechtshängig*. Der Terminus "Rechtshängigkeit" wird in einigen materiellrechtlichen Vorschriften verwendet<sup>3</sup>. In den meisten dieser Fälle tritt ab der Rechtshängigkeit eine Haftungsverschärfung ein, da ab der Zustellung der Klageschrift der Beklagte weiß, daß seine Rechtsstellung angezweifelt wird, und er sich dann entsprechend zu verhalten hat.

##### **2. Klagearten**

Nach dem Rechtsschutzbegehren des Klägers werden die Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsklage sowie die entsprechenden Urteile unterschieden.

- a) *Leistungsklage*: Wird vom Beklagten ein Tun, Unterlassen oder Dulden begehrt, ist eine Leistungsklage zu erheben. Leistungsurteile sind voll vollstreckbar und werden eingeleitet mit der Formulierung "der Beklagte wird verurteilt...".

<sup>1</sup>§§ ohne Gesetzesangabe sind solche der ZPO.

<sup>2</sup>BGHZ 7, 268; da es sich bei einem Rechtsstreit um ein dialogisches Verfahren zwischen zwei Rechtssubjekten handelt und das Gericht nicht Empfangsadressat des Beklagten ist, wird die Klage erst mit der Zustellung an den Beklagten rechtshängig.

<sup>3</sup>Vgl. §§ 291, 292, 987, 988, 989, 996, 818 Abs.4, 819, 1384, 2023 BGB.

- b) *Gestaltungsklage*: Die Gestaltungsklagen sind hingegen darauf gerichtet, durch ein rechtskräftiges Urteil unmittelbar die Rechtslage zu ändern. Sie sind selten, da die Parteien im Rahmen der Privatautonomie ihre Rechtsverhältnisse selbst gestalten können. Nur in Ausnahmefällen erfordert das Gesetz ein Urteil, so z.B. bei Ehescheidungen oder der Auflösung einer OHG nach § 133 HGB<sup>4</sup>. Neben den Gestaltungsklagen im Zwangsvollstreckungsrecht<sup>5</sup> spielt die Anpassung wiederkehrender Leistungen an veränderte wirtschaftliche Verhältnisse mittels Abänderungsklage gem. § 323 in der Praxis eine wichtige Rolle<sup>6</sup>. Gestaltungsurteile sind in der Hauptsache nicht vollstreckungsfähig, sie wirken aber für und gegen jedermann.
- c) *Feststellungsklage*: Feststellungsklagen schließlich dienen der Feststellung, ob zwischen den Parteien gegenwärtig ein Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht. Der Tenor lautet: "Es wird festgestellt, daß...". Da kein Leistungsbefehl erteilt wird, sind auch Feststellungsurteile nicht vollstreckbar. Feststellungsklagen können daher auch nur subsidiär erhoben werden und kommen z.B. bei Kündigungsschutzklagen oder Eigentümerfeststellungen vor.

## V. Verfahrensgrundsätze

Das Zivilverfahren wird vom Verhalten der Parteien beherrscht. Im Zivilprozeß gelten daher die Dispositions- und die Verhandlungsmaxime:

### 1. Dispositionsmaxime (Verfügungsgrundsatz)

Nach diesem Grundsatz steht der Zivilprozeß zur Disposition der Parteien, d.h. sie selbst bestimmen Beginn, Inhalt und Ende des gerichtlichen Verfahrens:

- a) Der Kläger bestimmt mit seiner Klage, ob es überhaupt zum Prozeß kommt ("wo kein Kläger, da kein Richter"), und durch seinen Antrag (§ 253) über den Inhalt des Verfahrens. Nur in Ausnahmefällen, wie z.B. in Ehe- und Kindschaftssachen (vgl. § 617) wird davon abgewichen.
- b) Die Parteien müssen Rechtsmittel einlegen, um in eine höhere Instanz zu gelangen (§§ 511, 542 n.F.) und können diese jederzeit zurücknehmen.
- c) Das Gericht kann nur über den gestellten Antrag befinden und darf nicht qualitativ etwas anderes oder quantitativ mehr zusprechen (§ 308) - *Bindung an Antrag!*
- d) Die Parteien können den Prozeß jederzeit auch ohne Urteil beenden: Der Kläger kann seine Klage zurücknehmen (§ 269) oder verzichten (§ 306), der Beklagte anerkennen (§ 307). Die Parteien können sich vergleichen (außergerichtlich formlos, § 779 BGB; förmlicher Prozeßvergleich, §§ 160 Abs.3 Nr.1, 794 Abs.1 Nr.1), jeder für sich oder übereinstimmend die Hauptsache für erledigt erklären (nur letzteres in § 91a geregelt) oder durch Abwesenheit dem Gegner die Möglichkeit einräumen, ein Versäumnisurteil zu beantragen (§§ 330, 331).

Der Gegensatz zur Dispositionsmaxime ist der Offizialgrundsatz, wo das Verfahren von Amts wegen eingeleitet wird und der in der StPO gilt.

<sup>4</sup>Weitere Beispiele bei Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., Vorb. §253, Rn.6.

<sup>5</sup>Vollstreckungsgegenklage, § 767, Klage gegen die Vollstreckungsklausel, § 768, Drittwiderspruchsklage, § 771.

<sup>6</sup>Vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 323, Rn.1ff., wichtig ist die Abgrenzung zur Vollstreckungsabwehrklage, vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 323, Rn.2, BGH NJW 1978, 753; FamRZ 1989, S.159.

## 2. Verhandlungsmaxime

Sie trägt dem Umstand Rechnung, daß die Parteien ihren Streit entschieden wissen wollen und daher die für sie günstigen Tatsachen von selbst vortragen werden:

- a) Danach müssen die Parteien den Tatsachenstoff bei Gericht vortragen und die Beweise beibringen (Beibringungsgrundsatz). Nur die Behauptungen der Parteien dürfen berücksichtigt werden, das private Wissen des Richters bleibt außer Acht - *Bindung an Vortrag!*
- b) Unstreitige Tatsachen sind vom Gericht ungeprüft hinzunehmen (§§ 138 Abs.3, 288).
- c) Grundsätzlich ist das Gericht an die Beweisanträge der Parteien gebunden.

Zur Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens werden jedoch Ausnahmen zugelassen:

- a) Das Gericht hat eine Frage- und Aufklärungspflicht (§ 139 Abs.1).
- b) In Ehe- und Kindschaftsverfahren überwiegt das öffentliche Interesse an einer objektiven Tatsachenfeststellung (§§ 616, 640 Abs.1, 640 d).
- c) Kein Beweis muß erhoben werden bei Fakten, die allgemein (allgemeinkundige Tatsachen) oder dem erkennenden Gericht (gerichtskundige Tatsachen) bekannt sind (§ 291).
- d) Der Augenschein-, Urkunden- und Sachverständigenbeweis sowie die Parteivernehmung können von Amts wegen angeordnet werden (§§ 141, 142, 144).

Nach § 142 Abs.1 S.1 n.F. kann das Gericht jetzt auch anordnen, daß ein Dritter die in seinem Besitz befindlichen Urkunden und Unterlagen binnen einer vom Gericht zu bestimmenden Frist vorzulegen hat. Nach § 144 Abs.1 S.2 n.F. kann zur Einnahme eines Augenscheins<sup>7</sup> sowie zur Begutachtung durch Sachverständige neben der Partei auch Dritten die Vorlegung eines in seinem Besitz befindlichen Gegenstandes aufgegeben und hierfür eine Frist gesetzt bzw. eine Duldungsverpflichtung auferlegt werden, sofern nicht die Wohnung betroffen ist (§ 144 Abs.1 S.3 n.F.). Von diesen Verpflichtungen ist der Dritte allerdings frei, soweit ihm die Vorlegung nicht zumutbar oder er zur Zeugnisverweigerung berechtigt ist (§§ 383-385). Dies trifft etwa für den Anwalt einer der beiden Parteien zu (§ 383 Abs.1 Ziff.6). Die Zumutbarkeit der Vorlagepflicht wird wohl dann zu verneinen sein, wenn die Offenlegung der Unterlagen den Dritten in seinem persönlichsten Geheimbereich betrifft. Einzelheiten werden die Gericht zu klären haben.

- e) Freie Würdigung der Beweise durch das Gericht (§ 286)

Der Gegensatz zur Verhandlungsmaxime ist der Untersuchungsgrundsatz, der eine Aufklärung des Sachverhalts allein durch das erkennende Gericht vorsieht und in der StPO und der VwGO gilt.

Um allerdings zu verhindern, daß der Prozeß von einer der Parteien bewußt verschleppt wird, ist die Leitung des Verfahrens dem Gericht überlassen:

## 3. Amtsbetrieb

- a) *Formelle Prozeßleitung*: Das Gericht stellt die eingereichte Klageschrift dem Beklagten unverzüglich zu (§§ 270 Abs.1, 271), bestimmt den Verhandlungstermin (§ 216), veranlaßt Ladungen (§ 214) und stellt die Urteile zu (§§ 317 Abs.1, 270 Abs.1).
- b) *Materielle Prozeßleitung*: Das Gericht hat zudem darauf hinzuwirken, daß die Parteien sich vollständig erklären und sachgerechte Anträge stellen, damit das Verfahren rasch beendet wird (§§ 139, 273).

---

<sup>7</sup> Vgl. insoweit auch § 371 Abs.2 n.F., der die Voraussetzungen für den Antritt des Beweises durch Augenschein regelt, falls sich der Gegenstand nach Behauptung des Beweisführers im Besitz eines Dritten befindet.

Soweit bislang in der ZPO die Vorschriften der materiellen Prozeßleitung verstreut waren (§§ 139 Abs.1, Abs.2; 273 Abs.1 und § 278 Abs.3 a.F.), werden diese nunmehr nach der Zivilprozeßrechtsreform einheitlich in § 139 n.F. erfaßt.

Dies soll zum Ausdruck bringen, daß nach der Zielsetzung der Reform der Aufgabe der Prozeßleitung in der ersten Instanz ein hoher Stellenwert eingeräumt wird. Der Richter soll im Gespräch mit den Parteien, die für seine Entscheidung erheblichen Gesichtspunkte tatsächlicher und rechtlicher Art erörtern und das Verfahren sachdienlich führen, um dafür zu sorgen, daß sich die Parteien "rechtzeitig" und "vollständig" erklären, um eine möglichst frühzeitige Entscheidung zu ermöglichen. Es ist allerdings nach wie vor nicht seine Aufgabe, auf etwaige Verteidigungsmittel, etwa die Einrede der Verjährung oder ein Zurückbehaltungsrecht hinzuweisen. Es gilt auch nach wie vor das Verbot, die Entscheidung auf überraschende Gesichtspunkte zu stützen (§ 278 Abs.3 a.F., § 139 Abs.2 n.F.), ohne zuvor einen richterlichen Hinweis zu erteilen. Solche Hinweise sind aktenkundig zu machen (Hinweisbeschluß, Aufnahme in Verhandlungsprotokoll, Aktenvermerk, § 139 Abs.4 S.1 n.F.), was die Fehlerkontrolle und Fehlerbeseitigung in der nächsten Instanz ermöglicht. Es gilt die Beweisregel, daß ein Hinweis als nicht erteilt gilt, wenn sich die Erteilung des Hinweises nicht aus den Akten ergibt (§ 139 Abs.4 S.2 n.F.). Den Parteien ist eine Möglichkeit zur Reaktion zu geben, eventuell durch Schriftsatznachlaß (§ 139 Abs.5 n.F.).

Gem. §§ 348, 348a n.F. werden die Entscheidungskompetenzen zwischen dem Einzelrichter und der Zivilkammer am LG zugunsten des Einzelrichters verschoben. Der "originäre Einzelrichter" entscheidet allein, soweit die Entscheidungskompetenz nach § 348 Abs.2 n.F. nicht ausdrücklich der Zivilkammer zuerkannt wird, weil das Mitglied Richter auf Probe ist und noch nicht über einen Zeitraum von einem Jahr geschäftsverteilungsmäßig Rechtsprechungsaufgaben in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten wahrzunehmen hatte bzw. der Rechtsstreit einer der in § 348 Abs.1 Ziff.2 n.F. genannten Sachgebiete (etwa Presse, Rundfunk, Film, Fernsehen, Bank- und Finanzgeschäfte, Heilbehandlungen, Versicherungsvertragsverhältnisse, Urheber- Verlagsrecht) angehört. Allerdings legt der Einzelrichter den Rechtsstreit der Zivilkammer zur Entscheidung über eine Übernahme vor, wenn die Sache besondere Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist, die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Parteien dies übereinstimmend beantragen (§ 348 Abs.3 S.1 n.F.).

Im übrigen gelten die auch bereits von anderen Verfahren bekannten Grundsätze:

#### **4. Mündlichkeitsgrundsatz**

Grundsätzlich sollen die Tatsachen und die Anträge von den Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht vorgetragen werden, § 128 Abs.1. Nach § 128 Abs.2 kann das Gericht zur Vereinfachung und Beschleunigung auch mit Zustimmung der Parteien das Verfahren ohne mündliche Verhandlung führen. Im übrigen ist die Bezugnahme auf Schriftsätze zulässig, § 137 Abs.3.

Durch die Zivilprozeßrechtsreform ist § 128 Abs.3 a.F. ersatzlos gestrichen worden, weil er durch die Regelung in § 495a entbehrlich geworden ist, der nunmehr bestimmt, daß das Gericht sein Verfahren nach billigem Ermessen bestimmen kann, wenn der Streitwert 600 EUR nicht übersteigt und nur auf Antrag mündlich verhandelt werden muß. Eine Kostenentscheidungen (§ 128 Abs.3 n.F.) und Gerichtsentscheidungen (§ 128 Abs.4 n.F.), die keine Urteile sind, dürfen, bei letzteren allerdings nur, soweit das Gesetz nicht anderes bestimmt (vgl. §§ 320 Abs.3 S.1, 1063 Abs.2; Verzicht auf mündliche Verhandlung bei Urteilsentscheidung nach §§ 128 Abs.2, 331 Abs.3, 341 Abs.2 n.F.), ohne mündliche Verhandlung ergehen. Eine Neuerung stellt die Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung dar (§ 128a n.F.). Der Gesetzgeber hat damit die Rechtsgrundlage dafür

geschaffen, eine mündliche Verhandlung per Videokonferenz durchführen zu können, um Anreisezeit zu sparen. Auch Zeugen, Sachverständige und die Parteien sollen so vernommen werden können (§ 128a Abs.2 n.F.). Es bleibt abzuwarten, wie schnell die technischen Voraussetzungen geschaffen werden, um die rechtlichen Möglichkeiten auch praktisch umzusetzen. Des Weiteren bleibt noch zu untersuchen, wie technische Störungen während der Verhandlung prozeßrechtlich zu bewerten sind. Zweifelhaft erscheint, ob sich ein Richter bei der Vernehmung eines Zeugen per Videokonferenz ein Bild von dessen Glaubwürdigkeit machen kann, fehlt dem Richter doch der unmittelbare Eindruck.

### **5. Unmittelbarkeitsgrundsatz**

Die Verhandlung der Parteien hat unmittelbar vor dem erkennenden Gericht stattzufinden, §§ 309, 355. Dadurch soll gewährleistet werden, daß das Prozeßgericht die Beweise unter dem in der Verhandlung gewonnenen Eindruck würdigt. Nur ausnahmsweise kann die Beweiserhebung durch einen beauftragten Richter (er gehört dem Prozeßgericht an, § 361) oder einen ersuchten Richter (er gehört einem anderen Gericht an, § 362) durchgeführt werden<sup>8</sup>.

### **6. Streitschlichtungsgedanke**

Mit § 278 Abs.1 n.F. bekommt der Streitschlichtungsgedanke im Zivilprozeß einen neuen Stellenwert. Während § 278 Abs.1 n.F. wörtlich dem § 279 Abs.1 a.F. entspricht, also nach wie vor das Gericht in jeder Phase des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits hinzuwirken hat, soll nunmehr gemäß § 278 Abs.2 n.F. der mündlichen Verhandlung eine Güteverhandlung vorausgehen, wie sie bereits aus dem Arbeitprozeß bekannt ist. Einer solchen Güteverhandlung bedarf es nicht, wenn ein Einigungsversuch vor einer außergerichtlichen Gütestelle gescheitert ist oder eine Güteverhandlung erkennbar aussichtslos erscheint (liegt im Ermessen des Gerichts), § 278 Abs.2 S.1 n.F. Das Gericht soll für die Güteverhandlung sowie für weitere Güteversuche das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen (§ 278 Abs.3 n.F.). Erscheinen die Parteien in der Güteverhandlung nicht, so ist gem. § 278 Abs.4 n.F. Das Ruhen des Verfahrens anzuordnen. Nach § 278 Abs.5 n.F. kann das Gericht darüber hinaus eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen. Solange ruht das Verfahren ebenfalls (§ 251<sup>9</sup>). Praktisch bedeutsam ist § 278 Abs.6 n.F. Danach können die Parteien einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz annehmen. Das Gericht kann dann den Abschluß und den Inhalt des Vergleichs durch Beschluß feststellen. Daß für den Vergleichsschluß keine mündliche Verhandlung mehr stattfinden muß, stellt eine erhebliche Entlastung für die Parteien und ihre Prozeßvertreter dar. Allerdings kann ein solcher Vergleich nicht die notarielle Beurkundung nach § 127a BGB ersetzen.

### **7. Öffentlichkeitsgrundsatz**

Um das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Gerichte zu stärken und eine Kontrolle der Rechtspflege durch die Allgemeinheit zu ermöglichen, erfolgt auch der Zivilprozeß öffentlich, § 169 GVG. Beschränkungen finden sich in den §§ 170ff. GVG.

### **8. Konzentrationsmaxime**

Der Zivilprozeß soll möglichst rasch und in einem umfassend vorbereiteten Termin stattfinden. Dazu wurden folgende Regelungen getroffen:

- a) Nach § 139 obliegt dem Richter eine Aufklärungspflicht, d.h. er hat dafür zu sorgen, daß die Parteien die Fakten möglichst vollständig vortragen und sachdienliche Anträge stellen. Dies gilt auch nach der erweiterten Neufassung des § 139.
- b) § 273 Abs.2 gibt dem Richter Mittel zur Hand, um den Verhandlungstermin umfassend vorzubereiten.
- c) § 358 a enthält die Möglichkeit, einen Beweisbeschluß auch schon vor der mündlichen

<sup>8</sup>Vgl. auch §§ 349 Abs.1 S.2, 527 Abs.2 S.2 n.F.

<sup>9</sup> § 251 Abs.2 a.F., wonach nach Ablauf von drei Monaten das Verfahren nur mit Zustimmung des Gerichts aufgenommen werden konnte, ist ersatzlos gestrichen worden.

Verhandlung zu erlassen.

d) Den Parteien obliegt eine Prozeßförderungspflicht, § 282.

e) Das Gericht kann den Parteien Fristen für ihr Vorbringen setzen (§§ 273 Abs.2 Nr.1, 275 Abs.1 S.1, Abs.3, 4, 276 Abs.1 S.2, Abs.3, 277). Verspätet vorgebrachte Angriffs- und Verteidigungsmittel sind dann grundsätzlich nicht mehr zu beachten, sie sind *präkludiert*. Sie können nur noch zugelassen werden, wenn das Gericht davon überzeugt ist, daß der Prozeß nicht verschleppt würde oder die Partei eine genügende Entschuldigung vorbringen kann (streng zu handhaben !), § 296 Abs.1, 2<sup>10</sup>.

## **9. Rechtliches Gehör, Art. 103 Abs.1 GG<sup>11</sup>**

Droht jemandem ein ihn belastendes Urteil in einem Zivilprozeß, so muß er die Möglichkeit haben, auf die Entscheidung des Gerichts Einfluß zu nehmen. Er muß einerseits eigene Anträge stellen können, Tatsachenbehauptungen vortragen dürfen, andererseits aber auch zu den Ausführungen der Gegenseite Stellung nehmen können. Treten neue rechtliche Gesichtspunkte auf, muß den Parteien im Rahmen von § 278 Abs.3 die Möglichkeit der Stellungnahme gegeben werden. Mit § 321a n.F. wurde eine Vorschrift in die ZPO aufgenommen, die das BVerfG entlasten soll. Danach ist das Verfahren, wenn die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von der beschwerten Partei gerügt wird, vor dem Gericht der ersten Instanz fortzuführen, wenn die Berufung nicht zulässig ist und das Gericht des ersten Rechtszuges den Anspruch auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat (§ 321a Abs.1 n.F.). Die Rüge ist durch Einreichung eines Schriftsatzes innerhalb einer Frist von 2 Wochen beim Gericht der ersten Instanz zu erheben. Danach wird den Gerichten erster Instanz bei Verletzung des Gebots des rechtlichen Gehörs erstmals die Möglichkeit einer Selbstkorrektur eingeräumt. Bislang mußte zeitaufwendig Verfassungsbeschwerde beim BVerfG eingelegt werden (Art. 93 I Nr.4a GG, §§ 13 Nr.8a, 90 ff. BVerfGG).

## **VI. Zulässigkeitsvoraussetzungen Klage 1. Instanz**

### **1. Echte Prozeßvoraussetzungen**

Sie werden von Amts wegen geprüft. Stellt das Gericht fest, daß eine der echten Prozeßvoraussetzungen nicht vorliegt, so kommt es erst gar nicht zum Prozeß. In diesen Fällen wird die Klage nicht zugestellt, kein mündlicher Termin anberaumt. Allerdings kann dann erneut eine Klage unter Vermeidung des Mangels erhoben werden, da keine rechtskräftige Entscheidung entgegensteht. Im einzelnen müssen vorliegen:

1. Deutsche Gerichtsbarkeit, §§ 18-20 GVG
2. Die eingereichte Klage darf keine schweren Mängel aufweisen (muß als Klage erkennbar sein, den Beklagten bezeichnen, Unterschrift darf nicht fehlen, keine bedingte Klageerhebung)
3. Postulationsfähigkeit, §§ 78, 79  
Postulationsfähigkeit ist die Prozeßführungsfähigkeit. Grundsätzlich können die Parteien einen Prozeß selbst führen (Partei-prozeß, § 79). Nur ausnahmsweise müssen sie sich von einem beim Prozeßgericht zugelassenen Anwalt vertreten lassen. Die Fälle des Anwaltsprozesses sind in § 78 abschließend geregelt. Die Folge ist, daß dann auch nur der Anwalt die Klageschrift einreichen kann.

<sup>10</sup>§ 296 ist verfassungskonform, da die Angriffs- und Verteidigungsmittel nur dann zurückgewiesen werden können, wenn es der Partei vorwerfbar ist, daß sie sie verspätet vorgetragen hat (BVerfG NJW 1985, S.3005, NJW 1992, S.680).

<sup>11</sup>Zur Vertiefung Baur, AcP 153, 393; Jauernig, ZZZ 101, 361; Schwartz, Gewährung und Gewährleistung des rechtlichen Gehörs durch einzelne Vorschriften der Zivilprozeßordnung, 1977; Waldner, der Anspruch auf rechtliches Gehör, 1989; Zeuner, Rechtliches Gehör, materielles Recht und Urteilswirkungen, 1974.

4. Ferner muß der Gerichtskostenvorschuß gezahlt worden sein, § 65 GKG.

## 2. Sachurteilsvoraussetzungen

Fehlt einer der folgenden Voraussetzungen, dann kommt es zwar zum Prozeß, sollte aber der Mangel nicht bis zur letzten mündlichen Verhandlung bereinigt sein, dann ergeht keine Entscheidung in der Sache selbst (also kein *Sachurteil!*), sondern es wird die Klage durch *Prozeßurteil* (!) als unzulässig abgewiesen. Eine Ausnahme gilt nur beim falschen Rechtsweg, da dann eine Verweisung gem. § 17 a Abs.2 GVG (lesen!) an das richtige Gericht erfolgen kann. Bei einem Prozeßurteil bleibt die Rechtskraft auf die Prozeßfragen beschränkt, d.h. der Kläger kann auch dann unter Vermeidung des Mangels erneut klagen.

### a) Sachurteilsvoraussetzungen, die an das *Gericht* anknüpfen:

aa) Zivilrechtsweg muß eröffnet sein, § 13 GVG.

Keine bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten sind insbesondere die den Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichten zugewiesenen Sachen und wenn aus einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend gemacht werden<sup>12</sup>.

bb) Sachliche Zuständigkeit des Gerichts, §§ 1 ZPO, 23, 71 GVG

In der ersten Instanz ist das Amtsgericht sachlich zuständig bei einem Streitwert bis 5000 EUR, ab 5000,01 EUR das Landgericht, § 23 Nr.1 GVG.

Daneben gibt es streitwertunabhängige Zuweisungen an das Amtsgericht<sup>13</sup> und an das Landgericht<sup>14</sup>. Daß das Urteil eines Landgerichts nicht angefochten werden kann, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen ist wird nunmehr in § 513 Abs.2 n.F. geregelt und § 10 a.F. aufgehoben.

cc) Örtliche Zuständigkeit des Gerichts (Gerichtsstand), §§ 12ff.

Zu unterscheiden sind der allgemeine, der besondere und der ausschließliche Gerichtsstand sowie die Gerichtsstandsvereinbarung:

(1) *Allgemeiner Gerichtsstand*: Grundsätzlich ist der Beklagte am allgemeinen Gerichtsstand zu verklagen. Bei natürlichen Personen ist dies das Gericht am Wohnsitz (§ 13), bei juristischen Personen ist deren Sitz entscheidend (§ 17), beim Fiskus der Behördensitz (§§ 18, 19).

(2) *Besonderer Gerichtsstand*: Ist ein besonderer Gerichtsstand vorgesehen, dann kann der Kläger zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Gerichtsstand wählen, § 35. Die wichtigsten Fälle sind: Sitz der Firmenniederlassung, § 21, Erbschaftsangelegenheiten, § 27, unerlaubt Handlungen, § 32.

(3) *Ausschließlicher Gerichtsstand*: Sieht das Gesetz hingegen einen ausschließlichen Gerichtsstand vor (dinglicher Gerichtsstand, § 24, bei Umwelthaftung, § 32a, bei Ansprüchen aus Miet- und Pachtverhältnissen, § 29a), dann kann nur dort geklagt werden. Dies ist daher immer zuerst zu prüfen.

(4) *Prorogation*: Darunter versteht man die Vereinbarung der Parteien, daß ein an sich unzuständiges Gericht zuständig sein soll<sup>15</sup>. Gerichtsstandsvereinbarungen sind

<sup>12</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 13 GVG, Rn.17.

<sup>13</sup>Vgl. § 23 Nr.2 GVG: Insbesondere Rechtsstreitigkeiten im Hinblick auf Wohnraummiete, §§ 23 a ff. GVG: Ehe- und Kindschaftssachen.

<sup>14</sup>§ 71 Abs.2 GVG: insbesondere Amtshaftungsklagen.



grundsätzlich unzulässig<sup>16</sup> und werden nur unter den in §§ 38ff. (lesen!) genannten Voraussetzungen zugelassen. Wichtig ist dabei zu wissen, daß Voll(!)kaufleute immer (§ 38 Abs.1), Privatpersonen regelmäßig aber nur nach dem Entstehen der Streitigkeit prorogieren können (§ 38 Abs.3 Nr.1). Es reicht aber bereits aus, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit des Gerichts zu rügen, zur Hauptsache verhandelt (rügeloses Einlassen, § 39). Wichtig ist allerdings die Unwirksamkeitsgründe von § 40 in die §§ 38, 39 hineinzulesen. Insoweit hat § 40 Abs.2 S.1 im Rahmen der Zivilprozeßrechtsreform allerdings eine Änderung erfahren: Während bislang eine Gerichtsstandsvereinbarung immer auch unzulässig war, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betraf, ist dies nunmehr nur noch der Fall, wenn sie den Amtsgerichten ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zugewiesen sind.

## **b) Sachurteilsvoraussetzungen, die an die *Partei* anknüpfen:**

### aa) Parteifähigkeit, § 50

Parteien sind diejenigen Personen, von denen oder gegen welche Rechtsschutz im eigenen Namen begehrt wird. Parteifähigkeit ist die Fähigkeit, im Rechtsstreit Partei zu sein<sup>17</sup>. Sie ist das prozessuale Gegenstück zur materiellen Rechtsfähigkeit, § 50 Abs.1. Kläger und Beklagter können somit jede natürliche und juristische Person, OHG und KG<sup>18</sup>, Parteien<sup>19</sup> und Gewerkschaften<sup>20</sup> sein. Viel Aufsehen hat eine Entscheidung des BGH erregt, in der das Gericht die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts für im Zivilprozeß aktiv und passiv parteifähig erklärt hat<sup>21</sup>.

### bb) Prozeßfähigkeit, § 52

Prozeßfähigkeit ist die Fähigkeit, Prozeßhandlungen selbst oder durch einen selbstgewählten Vertreter wirksam vor- oder entgegennehmen zu können. Das materiellrechtliche Gegenstück ist die Geschäftsfähigkeit, § 52. Prozeßfähig sind daher alle unbeschränkt geschäftsfähigen Personen, nicht aber juristische Personen sowie OHG oder KG, da sie nur durch ihre gesetzlichen Vertreter handeln können<sup>22</sup>. Minderjährige werden durch ihre Eltern vertreten, §§ 51 Abs.1 ZPO, 1629 Abs.1 BGB.

### cc) Prozeßführungsbefugnis

Prozeßführungsbefugnis ist die Befugnis, einen Prozeß über das behauptete Recht im eigenen Namen führen zu können. Grundsätzlich steht sie dem Inhaber des materiellen Rechts zu. Ausnahmsweise kann aber vorgesehen sein, daß ein anderer das fremde Recht im eigenen Namen geltend macht. Beruht dies auf gesetzlicher Anordnung, so liegt eine *gesetzliche Prozeßstandschaft* vor. Dies ist beispielsweise beim Insolvenz-, Zwangs-, Nachlaßverwalter, beim Testamentsvollstrecker<sup>23</sup> und bei der Veräußerung der Streitsache der Fall, denn dies bleibt ohne Auswirkungen auf den Prozeß, d.h. der Verkäufer bleibt Partei, § 265 Abs.2<sup>24</sup>.

---

<sup>15</sup>Derogation hingegen bedeutet, daß vereinbart wird, daß ein an sich zuständiges Gericht nicht zuständig sein soll.

<sup>16</sup>Dies ist im Umkehrschluß § 38 zu entnehmen, vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 38, Rn.1.

<sup>17</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 50, Rn.1.

<sup>18</sup>§§ 124 Abs.1, 161 Abs.2 HGB.

<sup>19</sup>§ 3 PartG.

<sup>20</sup>Gewohnheitsrechtlich anerkannt.

<sup>21</sup>BGH, Urt. v. 29.01.2001, AZ II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 – 361.

<sup>22</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 52, Rn.4; die gesetzliche Vertretung juristischer Personen ist geregelt in §§ 26 Abs.2 BGB, 78 Abs.1 AktG, 35 Abs.1 GmbHG, bei Handelsgesellschaften in den §§ 125, 161 Abs.2 HGB.

<sup>23</sup>Es handelt sich dabei um sog. Parteien kraft Amtes.

<sup>24</sup>Ein weiterer wichtiger Fall ist in § 1368 geregelt, vgl. dazu Baur FamRZ 58, 256, Brox, FamRZ 61, 281.

Demgegenüber liegt *gewillkürte Prozeßstandschaft* vor, wenn die Prozeßführungsbefugnis durch Rechtsgeschäft vom Rechtsträger auf die Partei des Rechtsstreits übertragen wird<sup>25</sup>. Damit könnte sich aber die eigentliche Partei eine Zeugenstellung verschaffen, so daß neben ihrer Zustimmung<sup>26</sup> drei weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen:

- Das Recht selbst oder seine Ausübung müssen übertragbar sein<sup>27</sup>.
- Der Prozeßstandschafter muß ein eigenes schutzbedürftiges Interesse an der Rechtsverfolgung haben<sup>28</sup>. Dies ist zu bejahen, wenn die eigene Rechtslage des Prozeßstandschafters durch die Entscheidung betroffen ist<sup>29</sup>.
- Die gewillkürte Prozeßstandschaft darf keine unzumutbare Beeinträchtigung des Beklagten darstellen.

Wichtig zu wissen ist, daß sich die Rechtskraft des vom Prozeßstandschafter erstrittenen Urteils auf den Rechtsinhaber erstreckt.

#### dd) Rechtsschutzbedürfnis

Das ist das berechtigte Interesse des Klägers, zur Erreichung des begehrten Rechtsschutzes ein Zivilgericht anzurufen. Es ist zu verneinen, wenn es einen einfacheren, aber ebenso effektiven Weg gibt. Vor allem bei Feststellungsklagen kann dies der Fall sein, da ein Leistungsurteil vollstreckbar ist. Daher muß das Feststellungsinteresse positiv festgestellt werden, § 256 Abs.1. Anders bei Gestaltungsklagen, da durch keine andere Klageart die Rechtslage unmittelbar verändert werden kann.

#### c) Sachurteilsvoraussetzungen, die an den *Streitgegenstand* anknüpfen:

*aa) Begriff des Streitgegenstandes:* Mit der Bestimmung des Streitgegenstandes wird festgelegt, worüber die Parteien vor Gericht streiten. Diese Festlegung ist für zahlreiche Teilbereiche der ZPO von maßgeblicher Bedeutung<sup>30</sup>. Um so bedauerlicher ist es, daß dieser zentrale Begriff im Gesetz nicht definiert ist. Dies hat unterschiedliche Lehrmeinungen ins Leben gerufen:

- (1) *Rein prozessualer zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff*<sup>31</sup>: Der Streitgegenstand richtet sich allein nach dem Klageantrag und dem vorgetragenen Lebenssachverhalt (daher zweigliedrig!). Die Anzahl geltend gemachter materiellrechtlicher Ansprüche ist daneben gleichgültig (daher prozessual!).
- (2) *Rein prozessualer eingliedriger Streitgegenstandsbegriff*<sup>32</sup>: Danach ist allein der gestellte Klageantrag maßgeblich (daher eingliedrig!) Allerdings wird der vorgetragene Sachverhalt als Auslegungshilfe herangezogen.

<sup>25</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 51, Rn. 31.

<sup>26</sup>§ 185 BGB analog; hier wird deutlich, daß das materiellrechtliche Gegenstück zur Prozeßstandschaft die Verfügungsbefugnis ist.

<sup>27</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 51, Rn.36; BGH NJW 1964, S.2296, zu bejahen bei dinglichem Herausgabeanspruch, zu verneinen bei Vereinbarung eines Abtretungsverbotes, das dahin auszulegen ist, das keine Prozeßstandschaft ausgeübt werden soll.

<sup>28</sup>St. Rspr.: BGHZ 96, 151, BGH NJW-RR 88, 126.

<sup>29</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 51, Rn.34.

<sup>30</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., Einl II, Rn.2: Der Streitgegenstand ist etwa maßgeblich für die Bestimmtheit der Klage (§ 253 Abs.2 Nr.2), für die Frage, ob es sich um objektive Klagehäufung (§ 260), d.h. um *mehrere* Streitgegenstände, um Klageänderung (§§ 263 ff.), d.h. ob es sich um einen *anderen* Streitgegenstand handelt; ebenso für anderweitige Rechtshängigkeit (§ 261) und Rechtskraft (§ 322), d.h. ob um diesen Streitgegenstand schon ein anderer Prozeß läuft bzw. ob über ihn bereits in einem früheren Prozeß rechtskraftfähig entschieden worden ist, schließlich für die Kosten des Rechtsstreits.

<sup>31</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., Einl. II, Rn.6,7; BGHZ 7, 271; BGH NJW 1983, S.388(389).

<sup>32</sup>Schneider, MDR 1968, S.290; BGH ZJP 75, S.458.

(3) *Materiellrechtliche Lehren*: Danach wird der Streitgegenstand bestimmt durch den behaupteten Anspruch. Mehrere Ansprüche bedeuten aber nicht automatisch auch mehrere Streitgegenstände. Wenn der gleiche Sachverhalt mehrere Ansprüche erzeugt, dann liegt auch nur ein Streitgegenstand vor<sup>33</sup>. Andere stellen darauf ab, ob sich die den Ansprüchen zugrundeliegenden Rechtspflichten decken - dann Anspruchsgrundlagenkonkurrenz und ein Streitgegenstand, oder nicht - dann selbständige Anspruchsgrundlagen und mehrere Streitgegenstände<sup>34</sup>.

In der Praxis ist der Theorienstreit allerdings weniger bedeutsam als man glauben könnte. Wird beispielsweise jeweils auf Zahlung von 1000 EUR, einmal aus unerlaubter Handlung, zum anderen aus § 433 Abs.2 geklagt, dann liegen zwar gleichlautende Anträge vor, aber unterschiedliche Sachverhalte und auch unterschiedliche Rechtspflichten. Da aber auch bei der zweiten Theorie ergänzend auf den Lebenssachverhalt zurückgegriffen wird, bejahen alle Auffassungen im Ergebnis zwei Streitgegenstände.

*bb) Streitgegenstandsbezogene Sachurteilsvoraussetzungen:*

(1) Ordnungsgemäße Klagerhebung, § 253

(2) Keine entgegenstehende Rechtskraft, § 322

Bezüglich desselben Streitgegenstandes und denselben Parteien darf noch keine in Rechtskraft erwachsene Entscheidung ergangen sein.

Nach der *ne bis in idem* - Lehre ist in solchen Fällen jede weitere Klage unzulässig, da Rechtskraft bedeute, daß jede neue Verhandlung und Entscheidung ausgeschlossen sein solle<sup>35</sup>. Nach der Bindungslehre ist eine neue Klage zwar zulässig, aber automatisch unbegründet.

(3) Keine anderweitige Rechtshängigkeit, § 261 Abs.3 Nr.1

Es darf noch keine anderweitige Klage zwischen den gleichen Parteien über den gleichen Streitgegenstand vorliegen.

(4) Prozessuale Klagbarkeit des Anspruchs, § 1297 Abs.1 BGB

## VII. Klägervortrag

Die Klage ist begründet, wenn das Gericht davon überzeugt ist, daß die Tatsachen wahr sind, die den Klageantrag rechtfertigen. Da aber der Beibringungsgrundsatz gilt, muß einer der Parteien die anspruchsbegründenden Tatsachen in den Prozeß eingebracht haben. Der Beklagte wird dies in der Regel nicht freiwillig tun, da sie für ihn ungünstig sind. Daher obliegt es dem Kläger, die Fakten vorzutragen, die sein Klagebegehren rechtfertigen. Dann prüft das Gericht, ob dieser Klägervortrag schlüssig ist, d.h. ob die vom Kläger vorgetragenen Tatsachen den Klageantrag rechtfertigen, sofern man sie als unstrittig ansieht<sup>36</sup>.

Ist dies nicht der Fall, dann ist die Klage als unbegründet abzuweisen, wenn nicht bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung<sup>37</sup> die fehlenden Tatsachen noch vorgetragen werden, sei es auch von Seiten des Beklagten, weil das Gericht aus der gesamten Verhandlung das Urteil finden muß. Ist die Klage dagegen schlüssig, wendet sich das Gericht dem Beklagtenvortrag zu.

<sup>33</sup>So Henkel, Prozeßrecht und materielles Recht, 1961, S.270ff.

<sup>34</sup>Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, 1968.

<sup>35</sup>BGHZ 34, 337, 36, 365; NJW 1985, S.2535, 2825.

<sup>36</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., Vorb. §253, Rn.38.

<sup>37</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., Vorb.§253, Rn.37.

### VIII. Beklagtenvortrag

Der gerichtlichen Entscheidung dürfen zum einen Tatsachen zugrundegelegt werden, die von den Parteien unbestritten sind. Bestrittene Fakten dürfen nur Berücksichtigung finden, wenn sie offenkundig (§ 291) oder erwiesen (§ 286) sind, ferner wenn sie gegen den wirken, der sie behauptet<sup>38</sup>. Daher hat das Gericht als nächstes festzustellen, was der Beklagte zu seiner Verteidigung vorbringt, und ob dies erheblich ist. Dies ist der Fall, wenn das vom Beklagten Vorgebrachte - die Wahrheit unterstellt - den vom Kläger geltend gemachte Anspruch zumindest teilweise erlöschen läßt oder hemmt.

Der Beklagte kann sich unterschiedlich verhalten:

#### 1. Anerkenntnis, § 307

Der Beklagte kann einseitig vor Gericht erklären, daß der vom Kläger geltend gemachte prozessuale Anspruch<sup>39</sup> besteht, die aufgestellte Rechtsbehauptung richtig ist<sup>40</sup>. Da der Streitgegenstand der Verfügung der Parteien unterliegt, wird in diesem Fall nur noch die Zulässigkeit, nicht mehr aber die Schlüssigkeit und Begründetheit der Klage überprüft<sup>41</sup>. Die Anerkenntniserklärung muß nicht ausdrücklich erfolgen, aber eindeutig und bedingungslos sein<sup>42</sup>. Um zu verhindern, daß eine unsichere Rechtslage geschaffen wird, ist der Widerruf des Anerkenntnisses nur unter eng gefaßten Voraussetzungen möglich, nämlich unstrittig mit Zustimmung des Klagegegners<sup>43</sup> und bei Vorliegen eines Restitutionsgrundes i.S.v. § 580<sup>44</sup>. Umstritten ist hingegen, ob auch § 290 analog herangezogen werden kann<sup>45</sup>.

Das Gericht fällt ein Anerkenntnisurteil, das rechtskräftig werden kann, entscheidet also in der Hauptsache zugunsten des Gegners. Ferner wird über die Kosten nach den §§ 91 ff. befunden. Hier liegt häufig der Grund für ein Anerkenntnis: Nach § 93 fallen nämlich dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte durch sein Verhalten nicht Veranlassung zur Klage gegeben hat und den Anspruch sofort anerkennt<sup>46</sup>. Damit sollen leistungswillige Beklagte vor den Kosten eines unnützen Prozesses geschützt werden. Allerdings trägt der Beklagte die Beweislast für den fehlenden Anlaß zur Klage<sup>47</sup>.

#### 2. Bestreiten des Beklagten

##### a) Allgemeine Verteidigungsmöglichkeiten:

Wie bereits mehrfach angesprochen, prüft das Gericht die Wahrheit einer Parteibehauptung nur, wenn sie bestritten ist. Werden Tatsachen nicht bestritten, so gelten sie als zugestanden, § 138 Abs.3. Daher muß der Beklagte die vom Kläger vorgetragene Tatsachen leugnen. Er darf dies nicht nur dann tun, wenn er die Unwahrheit positiv kennt, ausreichend ist vielmehr, daß er Zweifel an der Wahrheit hat oder nicht weiß, ob die Tatsache wahr oder unwahr ist, § 138 Abs.4. In diesem Fall reicht ein einfaches Leugnen ("stimmt nicht") des Behaupteten.

<sup>38</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., Vorb. § 253, Rn.35.

<sup>39</sup>Während sich das Anerkenntnis auf den prozessualen Anspruch, also den *gesamten Streitgegenstand* bezieht und dem Gericht die rechtliche Prüfung abnimmt, macht das gerichtliche Geständnis (§288) nur einzelne Beweiserhebungen entbehrlich, die zugestandene *Tatsache* wird als wahr unterstellt, Thomas/Putzo, § 288, Rn.1.

<sup>40</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 307, Rn.1.

<sup>41</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 307, Rn.10.

<sup>42</sup>BGH NJW 1985, S.2713 (2716); vgl. im einzelnen Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 307, Rn.3.

<sup>43</sup>Dann gibt die andere Partei selbst die Rechtssicherheit auf.

<sup>44</sup>Die Restitutionsgründe sind so schwerwiegend, daß die Rechtssicherheit dahinter zurüctreten muß.

<sup>45</sup>Dagegen Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 307, Rn.8; BGH 80, 389; a.A. Nürnberg, MDR 1963, S.419; Orfanides, Berücksichtigung von Willensmängeln im Zivilprozeß, 1982, §4. Da Geständnis und Anerkenntnis unterschiedliche Anwendungsbereiche haben (vgl. Fn. 39), ist eine Analogiefähig von § 290 abzulehnen.

<sup>46</sup>Einzelheiten dazu bei Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 93, Rn.3ff.

<sup>47</sup>h.M., Hamburg, MDR 1987, S.329; Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., §93, Rn.4.

Kennt der Beklagte allerdings die maßgebenden Tatsachen genau (z.B. eigene Handlungen oder Wahrnehmungen) und sind ihm nähere Angaben zumutbar, so muß er mit diesen substantiiert bestreiten<sup>48</sup>. Dies ergibt sich aus der *Erklärungspflicht* gem. § 138 Abs.2.

*b) Besondere Verteidigungsmöglichkeiten:*

*aa) Prozeßaufrechnung<sup>49</sup>:* Der Beklagte kann im Prozeß die Aufrechnung erklären. Davon zu unterscheiden ist die Geltendmachung der erklärten Aufrechnung im Prozeß. Dabei erhebt der Beklagte die rechtsvernichtende Einwendung, daß der Klageanspruch durch die Aufrechnung, die vor dem Prozeß bereits erfolgt ist, erloschen sei<sup>50</sup>.

Die Prozeßaufrechnung hat eine Doppelnatur: Zum einen ist sie materielles Gestaltungsrecht, dessen Voraussetzungen sich nach den §§ 387ff. BGB richtet. Dadurch daß sie im Prozeß wirksam geltend gemacht wird, ist sie aber zugleich auch Prozeßhandlung, so daß auch die Prozeßhandlungsvoraussetzungen vorliegen müssen<sup>51</sup>. Diese Doppelnatur ist vor allem bedeutsam, wenn die Aufrechnung im Prozeß zu spät abgegeben wird<sup>52</sup>. Fraglich ist dann, ob die Aufrechnung nicht zumindest materiellrechtlich zum Erlöschen der Gegenforderung führt. Im Ergebnis muß dies verneint werden, denn ansonsten würde der Beklagte seine Gegenforderung nur deshalb verlieren, weil er die Aufrechnungserklärung im Prozeß zu spät abgegeben hat. Würde der Beklagte diese Problematik kennen, so hätte er die Aufrechnung unter der Bedingung erklärt, daß das Gericht sein Verteidigungsmittel als zulässig erachtet. Grundsätzlich ist zwar auch die Prozeßaufrechnung wie alle anderen einseitigen Rechtsgeschäfte wegen der damit verbundenen Rechtsunsicherheit bedingungsfeindlich. Eine Ausnahme gilt jedoch, wenn es sich um eine sog. Rechtsbedingung handelt, der Bedingungseintritt also gesetzlich geregelt ist. Die Zulassung der Aufrechnungserklärung richtet sich nach den Vorschriften der ZPO, so daß in diesem Fall keine Rechtsunsicherheit besteht. Daher bleibt die Gegenforderung erhalten. Der Beklagte kann die Gegenforderung daher später getrennt einklagen.

*bb) Widerklage:* Die Widerklage ist eine Klage, die vom Beklagten im selben Verfahren gegen den Kläger erhoben wird<sup>53</sup>. Sie ist eine selbständige Klage, die eine andere bereits rechtshängige Klage voraussetzt<sup>54</sup>. Die Widerklage hat zahlreiche Vorteile: Da das selbe Gericht tätig wird, sind die entscheidenden Richter in den Fall eingearbeitet und muß nur einmal Beweis erhoben werden. Dadurch werden sich widersprechende Entscheidungen vermieden<sup>55</sup>. Insgesamt dient die Widerklage der Kostenreduzierung<sup>56</sup> und der Prozeßökonomie.

Grundsätzlich sind die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen der Widerklage dieselben wie bei der "normalen" Klage, doch gibt es einige Besonderheiten, die zu berücksichtigen sind:

- a) Die Widerklage kann auch mündlich im laufenden Verfahren erhoben werden, § 261 Abs.2.
- b) Die Hauptklage des Klägers muß rechtshängig, also bereits zugestellt, § 253 Abs.1, sein.

<sup>48</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., §138, Rn.12.

<sup>49</sup>Vgl. zur Prozeßaufrechnung Musielak, JuS 1994, S.817ff.

<sup>50</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 145, Rn.13.

<sup>51</sup>V.a. Parteifähigkeit (§50), Prozeßfähigkeit (§52), Prozeßvollmacht (§80), Postulationsfähigkeit (§78).

<sup>52</sup>Zurückweisung der Aufrechnung gem. §§ 296 Abs.2, 282.

<sup>53</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 33, Rn.8.

<sup>54</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 33, Rn.8.

<sup>55</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 33, Rn.2.

<sup>56</sup>Die Streitwerte von Klage und Widerklage werden nicht zusammengerechnet, § 5 2.HS., vielmehr ist der jeweils höhere Streitwert allein maßgeblich, vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 5, Rn.5. Das kann dazu führen, daß für die Widerklage das LG sachlich zuständig ist, obwohl der Streitwert der Widerklage bis 5000 EUR beträgt, aber der Streitwert der Klage höher ist. Andererseits muß das AG den Rechtsstreit an das LG gem. § 506 verweisen, wenn der Streitwert der Widerklage die Zuständigkeitsgrenze überschreitet.

c) Eine Eventualwiderklage ist zulässig, wenn sich die Bedingung darauf bezieht, daß die Klage erfolgreich oder erfolglos ist<sup>57</sup>.

d) Da die Widerklage eine selbständige Klage ist, muß sie einen neuen Streitgegenstand betreffen. Würde sie sich auf die bloße Verneinung der Hauptklage beschränken, so läge derselbe Streitgegenstand vor mit der Folge, daß eine anderweitige Rechtshängigkeit der Widerklage entgegenstünde<sup>58</sup>.

e) Die Widerklage muß sich gegen den Kläger der Hauptklage richten (Parteiidentität)<sup>59</sup>.

f) Im ersten Rechtszug ist die Widerklage nur bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung statthaft, in der Berufung nur unter den Voraussetzungen von § 533 n.F.

Umstritten ist die rechtliche Einordnung von § 33.

Nach einer Ansicht schafft die Norm für die Widerklage eine besondere Zulässigkeitsvoraussetzung, d.h. daß eine Widerklage nur zulässig ist, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Hauptklage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht<sup>60</sup>. Für diese Meinung spricht der Wortlaut ("... kann eine Widerklage erhoben werden, wenn...") und daß dadurch verhindert wird, daß der Beklagte beliebige Gegenansprüche in Widerklagen geltend machen kann.

Nach anderer Ansicht wird durch § 33 nur ein besonderer Gerichtsstand für die Widerklage begründet<sup>61</sup>. Danach gewinnt § 33 nur Bedeutung in den Fällen, in denen das Gericht der Hauptsache nicht schon nach anderen Vorschriften (z.B. §§ 12ff.) örtlich zuständig ist. Dann kann das Gericht der Hauptklage als örtlich zuständiges gewählt werden, wenn der in § 33 Abs.1 genannte Zusammenhang besteht. Dieser Meinung ist zu folgen: Dies ergibt sich aus der systematischen Stellung der Norm. Auch kann sich § 33 Abs.2 nur sinnvoller Weise auf den Gerichtsstand beziehen<sup>62</sup>. Das wichtigste Argument ist jedoch, daß ansonsten § 145 Abs.2 überflüssig wäre, weil nach der ersten Ansicht die Widerklage unzulässig wäre, so daß eine Trennung gar nicht mehr erfolgen könnte.

## IX. Beweisstation

Durch die *Beweisführung* soll dem erkennenden Gericht die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit des Kläger- und Beklagtenvortrags verschafft werden. *Beweisbedürftig* sind außer im Falle eines Anerkenntnisses alle für die Gegenpartei ungünstigen, rechtserheblichen, bestrittenen Tatsachenbehauptungen, die noch nicht bewiesen, nicht offenkundig (§ 281) oder Gegenstand einer Vermutung (§ 292) sind<sup>63</sup>.

Die Beweisführung verläuft in zwei Stufen: Im Rahmen des Verhandlungsgrundsatzes stellen die Parteien ihre *Beweisanträge*. Durch Beschluß des Gerichtes wird dann die *Beweiserhebung* angeordnet. Es folgt die *Beweisaufnahme* nach den §§ 355-455.

Die *Beweismittel* sind der Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden und die Parteivernehmung (§§ 355ff.) – Merkbegriff SAPUZ - sowie die amtliche Auskunft (§ 273 Abs.2 Nr.2)<sup>64</sup>.

Bei den Beweisarten unterscheidet man zwischen dem Strengbeweis, der Glaubhaftmachung (§ 294) und dem Freibeweis. Der Strengbeweis kann nur mit den gesetzlichen Beweismitteln gem. §§ 355ff. beigebracht werden und soll die volle Überzeugung des Richters

<sup>57</sup>BGH 21, 13; 43, 28; Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 33, Rn.14.

<sup>58</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 33, Rn.21.

<sup>59</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 33, Rn.28.

<sup>60</sup>BGH NJW 1975, S.1228; BGHZ 40, 185.

<sup>61</sup>Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 21. Aufl., § 33, Rn.6f; Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 33, Rn.1.

<sup>62</sup>Vgl. dazu Thomas/Putzo, § 33, Rn.1.

<sup>63</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., Vorb. § 284, Rn.1.

<sup>64</sup>BGH BB 1976, S.480.

herbeiführen<sup>65</sup>. Die Glaubhaftmachung ist dagegen eine Beweisführung, die dem Richter einen geringeren Grad von Wahrscheinlichkeit vermitteln soll und sich dabei aller Beweismittel bedienen kann<sup>66</sup>. Die Glaubhaftmachung ist nur möglich, wo das Gesetz sie zuläßt<sup>67</sup>. Beim Freibeweis stehen das Verfahren und die Beweismittel im Ermessen des Gerichts<sup>68</sup>. Er spielt vor allem eine große Rolle bei der Ermittlung der Prozeß- und Rechtszugs Voraussetzungen<sup>69</sup>.

Mittels des *Hauptbeweises* versucht die beweisbelastete Partei die anspruchsbegründenden Tatsachen zu belegen. Durch den *Gegenbeweis* versucht die andere Partei diese zu widerlegen<sup>70</sup>. Dabei kann ein Beweis unmittelbar, aber auch mittelbar durch Indizien, also tatbestandsfremde Tatsachen, erbracht werden, von denen sich auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Tatbestandsmerkmals schließen läßt<sup>71</sup>.

Am Ende der Beweisaufnahme steht die freie richterliche Beweiswürdigung (§§ 286, 287). Im Ergebnis kann das Gericht von der Wahrheit einer Tatsache überzeugt sein oder aber nicht. Da es eine absolute Gewißheit nicht geben kann, ist ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit insoweit voll ausreichend<sup>72</sup>. Alternativ kann aber trotz aller Aufklärung der Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt ungewiß bleiben, dann regelt die Beweislast, wem diese Ungewißheit zum Nachteil gereicht. Die Beweislast hat daneben noch eine andere Bedeutung. Sie bestimmt nämlich bereits, wer im Prozeß den Beweis für eine Tatsache erbringen muß. Als Grundsatz kann man sich merken: Soweit nicht Gesetz oder Gewohnheitsrecht eine andere Regelung treffen, trägt jede Partei die Beweislast für die Tatbestandsmerkmale der ihr günstigen Rechtsnorm. Nur wenn dies zu unbefriedigenden Ergebnissen führt, lassen sowohl Gesetz als auch die Rechtsprechung eine ganze Reihe von Ausnahmen zu oder die Parteien vereinbaren diese. Dann spricht man von sogenannten *Beweiserleichterungen*<sup>73</sup>. Die wichtigsten sind die Offenkundigkeit<sup>74</sup>, die Indizien<sup>75</sup>, die gesetzlichen Vermutungen<sup>76</sup>, der Beweis des ersten Anscheins<sup>77</sup>, die Schätzung<sup>78</sup>, der Freibeweis<sup>79</sup>, die Glaubhaftmachung<sup>80</sup>, die Beweisvereitelung<sup>81</sup>, die Umkehr der Beweislast<sup>82</sup> und die gewillkürten Beweiserleichterungen<sup>83</sup>.

## X. Objektive Klagenhäufung und Klageänderung

### 1. Objektive Klagenhäufung, § 260

Nach dem herrschenden 2-gliedrigen Streitgegenstandsbegriff liegt eine objektive Klagenhäufung vor bei Antragsmehrheit (bei einem Verkehrsunfall werden Schadensersatz und

<sup>65</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., Vorb. § 284, Rn.4.

<sup>66</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 294, Rn.1.

<sup>67</sup>z.B. §§ 104 Abs.2, 236 Abs.2, 920 Abs.2, 1994 Abs.2 BGB, 15 Abs.2 FGG.

<sup>68</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., Vorb. § 284, Rn.6.

<sup>69</sup>Vgl. dazu BGH NJW 1987, S.2875; NJW-RR 1992, S.1338; a.A. Peters, ZJP 1988, S.296; ders., Der sog. Freibeweis im Zivilprozeß, 1962.

<sup>70</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., Vorb. § 284, Rn.7, 8.

<sup>71</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., Vorb. § 284, Rn.11.

<sup>72</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 286, Rn.2; BGHZ 53, 245 (256).

<sup>73</sup>Dazu ausführlichst Oberheim, Beweiserleichterungen im Zivilprozeß, in: JuS 1996, S.636 ff.

<sup>74</sup>Dazu ders., in: JuS 1996, S.637ff.

<sup>75</sup>Dazu ders., in: JuS 1996, S.729ff.

<sup>76</sup>Dazu ders., in: JuS 1996, S.732ff.

<sup>77</sup>Dazu ders., in: JuS 1996, S.918ff.

<sup>78</sup>Dazu ders., in: JuS 1996, S.921ff.

<sup>79</sup>Dazu ders., in: JuS 1996, S.1111ff.

<sup>80</sup>Dazu ders., in: JuS 1996, S.1113ff.

<sup>81</sup>Dazu ders., in: JuS 1997, S.61ff.

<sup>82</sup>Dazu ders., in: JuS 1997, S.358ff.

<sup>83</sup>Dazu ders., in: JuS 1997, S.363f.

Schmerzensgeld verlangt) oder Sachverhaltsmehrheit (Kaufpreisforderung aus Kaufvertrag und Schuldanerkenntnis). Es müssen die Voraussetzungen von § 260 erfüllt sein:

- Identität der Parteien (= innerhalb desselben Prozeßrechtsverhältnisses)
- Zuständigkeit des Prozeßgerichts
- Gleiche Prozeßart (= gleiche Verfahrensart)
- Kein Verbindungsverbot (z.B. § 578 Abs.2)

Es gibt drei Formen objektiver Klagehäufung. Die Ansprüche können bedingungslos nebeneinander (= kumulativ) oder in Form eines unbedingten Hauptantrages sowie einem oder mehreren bedingten Hilfsanträgen bestehen. Der Hilfsantrag kann für den Fall der Erfolglosigkeit des Hauptantrages gestellt werden (eigentliche eventuelle Klagehäufung) oder für den Fall, daß dieser Erfolg hat (uneigentliche eventuelle Klagehäufung). Der Hilfsanspruch wird sofort rechtshängig und daher auch sofort verhandlungsfähig. Die Rechtshängigkeit erlischt aber bei der eigentlichen Klagehäufung rückwirkend mit Rechtskraft des dem Hauptantrag stattgebenden Urteils. Das Gericht darf über den Hilfsantrag nur aufschiebend bedingt entscheiden. Die dritte Form, die alternative Klagehäufung, kommt in den Fällen der Wahlschuld (§§ 262ff. BGB) vor.

## 2. Klageänderung

Die Klageänderung bedeutet eine Änderung des Streitgegenstands, also des Klageantrags oder des Lebenssachverhalts. Sie kommt in Form der Klageauswechslung, der nachträglich objektiven Klagehäufung und den gesetzlich geregelten Fällen (vor allem §§ 264 Nr.2, 3) vor. Die Klageänderung ist eine besondere Sachurteilsvoraussetzung für den neu erhobenen prozessualen Anspruch. Die Prüfungsreihenfolge ist logisch vorgegeben:

- Klageänderung kraft Gesetzes zulässig (§§ 264 Nr.2, 3, 265 Abs.2)?
- Hat der Beklagte nach § 263, 1. Fall eingewilligt?
- Hat sich der Beklagte nach § 267 rügelos auf die Klageänderung eingelassen?
- Hat das Gericht die Klageänderung für sachdienlich erachtet (§ 263, 2. Fall)?

Nach zulässiger Klageänderung entfällt die Rechtshängigkeit des alten Anspruchs, der daher auch nicht mehr geprüft wird.

## XI. Parteimehrheit und Parteienänderung

### 1. Parteienmehrheit

Regelmäßig stehen sich im Zivilprozeß ein Kläger und ein Beklagter gegenüber. Streitgenossenschaft besteht, wenn sich auf Klägerseite und/oder Beklagtenseite mehrere Hauptparteien gegenüberstehen (= subjektive Klagehäufung). Bei der *einfachen Streitgenossenschaft* werden mehrere selbständige Klagen zu einem Prozeß zusammengefaßt. Jedes Prozeßrechtsverhältnis bleibt allerdings selbständig und jeder Streitgenosse betreibt seinen Prozeß selbständig und unabhängig von den übrigen Streitgenossen, soweit das Gesetz (etwa §§ 421ff., 428ff. BGB) keine gemeinsame Wirkung vorsieht. Das Prozeßergebnis kann daher auch für jeden Streitgenossen unterschiedlich ausfallen. Daneben gibt es die Parteienmehrheit in Form der *notwendigen Streitgenossenschaft*, die zur Erzielung einer einheitlichen Sachentscheidung aus Rechtsgründen erforderlich ist<sup>84</sup>. Die Notwendigkeit einer einheitlichen Sachentscheidung kann sich aus prozessualen (§ 62 Abs.1, 1.Fall) oder aus materiellrechtlichen Gründen (§ 62 Abs.1, 2. Fall) ergeben. Während bei der prozessualen Streitgenossenschaft<sup>85</sup> grundsätzlich auch Einzelklagen zulässig sind, im Falle einer

<sup>84</sup> BGHZ 30, 195; Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 62, Rn.22.

<sup>85</sup> Zum Beispiel die gemeinsame Klage von mehreren Pfändungsgläubigern gegen den Drittschuldner auf Hinterlegung (§ 856 Abs.5), BGHZ 30, 199.



Streitgenossenschaft aber zwingend eine einheitliche Sachentscheidung<sup>86</sup> ergehen muß, ist bei der materiellrechtlichen Streitgenossenschaft<sup>87</sup> notwendig gemeinschaftliche Klage durch alle oder gegen alle zu erheben. Einzelklagen sind nicht möglich, weil die Prozeßführungsbefugnis nur allen gemeinsam zusteht<sup>88</sup>. Es ist deshalb auch nicht nur erforderlich, daß die Sachentscheidung einheitlich ergeht, sondern daß auch alle notwendigen Streitgenossen daran beteiligt sind.

Die Voraussetzungen der einfachen Streitgenossenschaft richten sich nach den §§ 59, 60. Soweit man in jeder subjektiven Klagehäufung auch eine objektive sieht, ist des weiteren § 260 analog heranzuziehen. Fehlt eine der Voraussetzungen sind die Prozeßrechtsverhältnisse aber lediglich zu trennen (§ 145 Abs.1), die Klagen nicht abzuweisen. Die Wirkung der einfachen Streitgenossenschaft ergibt sich aus den §§ 61, 63. Bei der notwendigen Streitgenossenschaft wird die Selbständigkeit der Prozeßrechtsverhältnisse vor allem durch die Vertretungsfiktion im Säumnistermin (§ 62 Abs.1) durchbrochen.

## 2. Parteienänderung

Eine Parteiänderung umfaßt den Parteiwechsel und die Parteierweiterung.

### a) Parteiwechsel

Ein Parteiwechsel liegt vor, wenn eine neue Partei anstatt der alten in den Prozeß eintritt und das *bisherige* Prozeßrechtsverhältnis erhalten bleibt<sup>89</sup>.

Häufig ist der Parteiwechsel gesetzlich vorgesehen. Dabei unterscheidet man den Parteiwechsel kraft Gesetzes (Gesamtrechtsnachfolge, Partei kraft Amtes, z.B. Insolvenzverwalter) und den gesetzlich geregelten Parteiwechsel (§§75-77, 265, 266). Die eintretende Partei übernimmt dabei den Rechtsstreit in der Lage, in der er sich befindet. Bereits ergangene Entscheidungen und Prozeßhandlungen wirken fort<sup>90</sup>.

Umstritten ist dagegen, inwieweit auch ein gewillkürter Parteiwechsel möglich ist<sup>91</sup>. Die Rechtsprechung sieht im gewillkürten Parteiwechsel eine *Klageänderung* i.S.v. § 263, so daß entweder der Beklagte zustimmen muß oder die Klageänderung sachdienlich sein muß. In der Lehre wird zum Teil die *Klagerücknahmetheorie* vertreten, wonach die ursprüngliche Klage zurückgenommen und eine neue Klage erhoben werden muß. Dies aber verhindert einen einheitlichen Vorgang der Parteiänderung.

Es ist daher der herrschenden Lehre zu folgen, die den Parteiwechsel als Prozeßrechtsinstitut eigener Art ansieht, da die gesetzlich nicht geregelte Prozeßlage zur Entwicklung lückenschließender Regeln zwingt. Dabei soll der Schutzwürdigkeit der Beteiligten dadurch Rechnung getragen werden, daß sie dem Parteiwechsel zustimmen müssen.

Beim *Beklagtenwechsel* in *erster Instanz* muß der Kläger wegen der Dispositionsbefugnis zustimmen, der alte Beklagte gem. § 269 Abs.1, nicht aber der neue Beklagte, da er auch von Anfang an hätte verklagt werden können. Anders jedoch in der *Berufungsinstanz*, da dem neuen Beklagten jetzt eine Tatsacheninstanz verloren geht. Gewillkürter Parteiwechsel in der *Revisionsinstanz* ist nicht möglich, da insoweit keine neuen Tatsachen vorgetragen werden können.

Beim *Klägerwechsel* müssen der alte und neue Kläger zustimmen. Wohl auch der Beklagte, da er sich auf den neuen Kläger einstellen muß.

<sup>86</sup> Nur die Sachentscheidung muß einheitlich sein, so daß auch zulässig und denkbar ist, daß ein Prozeßurteil bezüglich des einen Streitgenossen und ein Sachurteil bezüglich des anderen Streitgenossen ergeht.

<sup>87</sup> Z.B. Gestaltungsklagen des HGB (§§ 133, 140 HGB), Passivprozesse gegen mehrere Berechtigte (Miteigentümer, Gesamthandklage gegen Miterbengemeinschaft, § 2059 Abs.2 BGB).

<sup>88</sup> BGH NJW 1984, 2210.

<sup>89</sup> Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., Vorb. § 50, Rn.12.

<sup>90</sup> Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., Vorb. § 50, Rn.18.

<sup>91</sup> Vertiefend dazu Kohler, JuS 1993, S.315ff.

## b) Parteibeitritt

Wenn in einem Verfahren entweder mehr als ein Kläger oder mehr als ein Beklagter auftreten, liegt eine Streitgenossenschaft vor. Es bestehen dann mehrere Prozeßrechtsverhältnisse, die in einem Verfahren miteinander verbunden sind<sup>92</sup>. Im Hinblick auf die Voraussetzungen und die Wirkungen des gewillkürten Parteibeitritts besteht Uneinigkeit. Die Rechtsprechung<sup>93</sup> behandelt den gewillkürten Parteibeitritt als Unterfall des Parteiwechsels (§§ 263 ff. analog). Danach muß der Beklagte dem Antrag des neuen Klägers auf Beitritt zum Prozeß zustimmen. Diese Zustimmung kann allerdings durch rügelose Einlassung oder Bejahung der Sachdienlichkeit ersetzt werden (§§ 263, 267). Der Beitritt eines neuen Beklagten bedarf eines Antrags des Klägers, weil er bestimmt, gegen wen sich die Klage richten soll. Gleichzeitig muß der neue Beklagte zustimmen, wobei die Zustimmung aber auch hier ersetzt werden kann durch rügelose Einlassung bzw. Bejahung der Sachdienlichkeit. Sieht man dagegen im ersten Rechtszug die Parteierweiterung unter den Voraussetzungen der §§ 59, 60 als uneingeschränkt zulässig an, dann bedarf es für den Beitritt eines neuen Klägers nur dessen Antrags, die bisherigen Parteien müssen nicht zustimmen. Der Beitritt eines neuen Beklagten erfolgt ebenfalls auf Antrag des Klägers. Die Zustimmung des neuen Beklagten ist nicht erforderlich, weil er auch gegen seinen Willen hätte verklagt werden können. Im Berufungs- und Revisionsverfahren kann dagegen kein neues Prozeßrechtsverhältnis begründet werden<sup>94</sup>, weil es an der funktionellen Zuständigkeit der zweiten Instanz zur Neubegründung eines Prozeßrechtsverhältnisses fehlt.

Nicht weiter behandelt werden die Beteiligung Dritter am Rechtsstreit, also die Hauptintervention (§§ 64, 65), die Nebenintervention oder Streithilfe (§§ 66-71) und die Streitverkündung (§§ 72-77). Sie haben in der Ausbildung zum ersten Staatsexamen eine eher untergeordnete Bedeutung.

## XII. Beendigung des Verfahrens

Das Verfahren kann durch eine Gerichtsentscheidung oder durch eine Prozeßhandlung einer oder beider Parteien beendet werden.

### 1. Beendigung des Verfahrens durch Gerichtsentscheidung

#### a) Das Endurteil, § 300

Gerichtliche Entscheidungen lassen sich in Urteile, Beschlüsse und Verfügungen unterteilen. Während Urteile in der Form des § 313 und regelmäßig aufgrund notwendiger mündlicher Verhandlung erlassen werden (vgl. § 128 Abs.4 n.F.), ergehen Beschlüsse in der Regel ohne mündliche Verhandlung. Mittels Verfügungen wird der Prozeß geleitet<sup>95</sup>.

Urteile lassen sich unter verschiedenen Aspekten einordnen<sup>96</sup>:

- Nach dem Rechtsschutzbegehren des Klägers in *Leistungs-, Gestaltungs- und Feststellungsurteile*.
- Nach der Rechtskraftwirkung in *Prozeßurteile*, die nur über die Zulässigkeit entscheiden, und *Sachurteile*, die über die Sache selbst entscheiden.
- Nach dem Umfang *Endurteile*, die für die Instanz endgültig über den Streitgegenstand zum Teil (dann *Teilurteil*, § 301) oder ganz entscheiden, *Zwischenurteile* (§§ 280, 303), die über einzelne Streitpunkte entscheiden und das Endurteil vorbereiten, und *Vorbehaltsurteile* (§§ 302, 599), die nur noch bestimmte Einwendungen des Beklagten offenlassen.

<sup>92</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., Vorb. § 59, Rn.1.

<sup>93</sup>BGH NJW 1975, 1228; BGH NJW 1966, 1028; BGHZ 40, 185.

<sup>94</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., Vorb. § 50, Rn.26.

<sup>95</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., Vorb. § 300, Rn.1-3; die Prozeßleitung durch den Vorsitzenden ist nunmehr vollständig in § 136 n.F. geregelt (§ 139 Abs.3 a.F. ist jetzt § 136 Abs.2 S.2 n.F.).

<sup>96</sup>Vgl. dazu Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., Vorb. § 300, Rn.4ff.

Ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht ein Endurteil zu erlassen, § 300 Abs.1. Dies ist dann der Fall, wenn nach der Sachverhaltsaufklärung und der Beweiswürdigung der Klage stattzugeben oder sie abzuweisen ist<sup>97</sup>. Das Endurteil schließt somit das Verfahren in der jeweiligen Instanz endgültig ab und beendet folglich die Rechtshängigkeit. Es ist ein Streitiges Urteil, ergeht also im Gegensatz zum Versäumnisurteil nach der Anhörung beider Parteien. Ein Endurteil, das rechtskräftig ist oder für vorläufig vollstreckbar erklärt wurde, ist Vollstreckungstitel für die Zwangsvollstreckung, § 704 Abs.1. Form und Inhalt des Urteils lassen sich § 313 entnehmen. Gemäß § 313a n.F. werden die Fälle des Weglassens von Tatbestand und Entscheidungsgründen erweitert. Neu ist vor allem, daß Tatbestand und Entscheidungsgründe weggelassen werden dürfen, wenn das Urteil in dem Termin, in dem die mündliche Verhandlung geschlossen worden ist, verkündet wird und beide Parteien auf Rechtsmittel gegen das Urteil verzichten (§ 313a Abs.2 n.F.).

*b) Das Versäumnisurteil, §§ 331 ff.*

Ein Versäumnisurteil kann ergehen, wenn Kläger oder Beklagter unentschuldig säumig sind. Dies ist nicht nur beim Nichterscheinen der Fall, sondern auch dann, wenn die erschienene Partei nicht verhandelt, also jede Einlassung zur Sache verweigert, im schriftlichen Verfahren der Verteidigungswille nicht angezeigt wird oder im Anwaltsprozeß kein zugelassener Rechtsanwalt erscheint.

Ein Versäumnisurteil ergeht immer nur auf Antrag der erschienenen Partei. Unabhängig davon, ob der Kläger oder der Beklagte säumig ist, muß die Klage auf jeden Fall zulässig sein. Ist der Kläger säumig, ergeht daneben keine weitere Sachprüfung, § 330. Ist der Beklagte säumig, wird zusätzlich die Schlüssigkeit der Klage überprüft, § 331 Abs.2. Bei Unzulässigkeit oder Unschlüssigkeit der Klage wird diese abgewiesen, es ergeht ein sog. *unechtes Versäumnisurteil*, gegen das Berufung oder Revision möglich ist.

Ist die Klage dagegen zulässig und bei Säumnis des Beklagten auch schlüssig, dann ergeht ein *echtes Versäumnisurteil*, wenn nicht ein Versagungsgrund gem. §§ 335, 337 vorliegt.

Dagegen kann die säumige Partei *Einspruch* einlegen, § 338. Allerdings muß dies frist- und formgerecht erfolgen, §§ 339, 340, was vom Gericht, welches das Versäumnisurteil erlassen hat, von Amts wegen geprüft wird. Ist der Einspruch wegen abgelaufener Frist oder wegen Formmangels unzulässig, so wird er verworfen, § 341 Abs.1 S.2. Dies erfolgt mittels Urteil, das ohne mündliche Verhandlung ergehen kann (§ 341 Abs.2 n.F.). Ist der Einspruch hingegen zulässig, wird der Prozeß in die Lage vor Eintritt der Säumnis zurückversetzt, § 342. Der Rechtsstreit wird dann im normalen Verfahren fortgesetzt. Vorausgesetzt, daß nun keine Partei säumig ist, ergeht ein Urteil in der Hauptsache mit Tenor nach § 343. Gegen dieses Urteil kann dann Berufung oder Revision eingelegt werden.

Ist jedoch dieselbe Partei im Verhandlungstermin erneut säumig, wird der Einspruch durch ein zweites Versäumnisurteil verworfen, § 345. Umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob die Schlüssigkeit des Klägervortrags nochmals geprüft werden muß. Dies wird teilweise abgelehnt und der Umkehrschluß aus § 700 Abs.6 gezogen. Danach wird beim Vollstreckungsbescheid, der dem Versäumnisurteil nach § 700 Abs.1 gleichsteht, eine solche Schlüssigkeitsprüfung ausdrücklich angeordnet. Dies ist aber nur deshalb der Fall, weil beim Erteilen des Vollstreckungsbescheids die Schlüssigkeit der Klage vorher nicht geprüft werden mußte. Ferner wird angeführt, daß § 345 eine eigenständige Regelung sei, die unabhängig von § 342 ein zweites Versäumnisurteil auch dann zulasse, wenn das erste Versäumnisurteil fälschlich ergangen sein sollte<sup>98</sup>.

Die Gegenansicht verlangt eine erneute Schlüssigkeitsprüfung, da das Verfahren gem. § 342 in den Zustand zurückversetzt werde, in dem es sich vor der ersten Säumnis befand, so daß §

<sup>97</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 300, Rn.2.

<sup>98</sup>BGHZ 97, 344; Schwab, ZZP 96 (1983), 516 m.w.N.

331 Abs.2 wieder gelte<sup>99</sup>. Nur nach dieser Ansicht kann das Gericht zwischenzeitliche Veränderungen berücksichtigen. Hiergegen kann kein weiterer Einspruch eingelegt werden, sondern höchstens Berufung mit der Begründung, daß keine Versäumnis vorgelegen habe (bislang § 513 Abs.2, nun § 514 Abs.2).

Ist allerdings die Gegenpartei erstmalig säumig, wird das bestehende Versäumnisurteil aufgehoben und ein Versäumnisurteil zu Lasten der Gegenpartei erlassen, gegen das diese wiederum Einspruch mit oben dargelegter Wirkung einlegen kann, § 338.

Wird gegen ein echtes Versäumnisurteil kein Einspruch eingelegt, dann wird dieses rechtskräftig. Eine Berufung oder Anschlußberufung (vgl. § 521 n.F.) ist in diesem Fall nicht möglich, § 514 Abs.1 n.F.

## 2. Beendigung des Verfahrens durch Parteihandlung

### a) Klagerücknahme<sup>100</sup>

Der Kläger kann unter den in § 269 genannten Voraussetzungen seine bereits erhobene Klage vollständig oder teilweise zurücknehmen und so den Prozeß ohne Entscheidung über den prozessualen Anspruch beenden. Die Klagerücknahme ist das aus der Dispositionsmaxime herrührende Gegenstück zur Klageerhebung.

Erforderlich ist dafür eine einseitige Erklärung des Klägers<sup>101</sup> sowie eine Einwilligung des Beklagten, wenn dieser mit der Verhandlung zur Hauptsache bereits begonnen hat<sup>102</sup>, § 269 Abs.1. Der Schriftsatz mit der Klagerücknahme muß dem Beklagten nur dann zugestellt werden, wenn seine Einwilligung zur Wirksamkeit der Klagerücknahme erforderlich ist (§ 269 Abs.2 S.3 n.F.). Nunmehr hat der Beklagte der Klagerücknahme ausdrücklich innerhalb einer Notfrist von 2 Wochen zu widersprechen. Unterläßt er dies - aus welchem Grunde auch immer - so gilt seine Einwilligung als erteilt, worauf er allerdings zuvor hinzuweisen ist (§ 269 Abs. 2 S.4 n.F.). Es bleibt dann bei nichtverschuldetem Versäumen der Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (§ 233). Der Vorteil der Klagerücknahme ist, daß sie die Anhängigkeit von Anfang an beseitigt wird, § 269 Abs.3 S.1, so daß eine neue Klage zwischen den Parteien bezüglich desselben Streitgegenstands möglich ist. Der Kläger wird daher die Klage zurücknehmen, wenn er während des Verfahrens erkennt, daß der geltend gemachte Anspruch materiellrechtlich unbegründet ist oder sich aufgrund unerwarteter Zeugenaussagen nicht mehr beweisen läßt<sup>103</sup>.

Der Nachteil ist, daß der Kläger die Kosten des Verfahrens zu tragen hat, § 269 Abs.3 S.2. Ist der Anlaß zur Einreichung der Klage vor Rechtshängigkeit weggefallen und wird die Klage daraufhin unverzüglich zurückgenommen, so bestimmt sich die Kostentragungspflicht unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen (§ 269 Abs.3 S.3 n.F.). Allerdings entscheidet das Gericht über die nach Abs.3 eintretenden Wirkungen nur auf Antrag (§ 269 Abs.4 n.F.), wobei gegen diesen Beschluß die sofortige Beschwerde zulässig ist, soweit der Streitwert der Hauptsache im Beschlußzeitpunkt die Berufungssumme nach § 511 Abs.2 Nr.1 n.F., also 600 EUR, übersteigt (§ 269 Abs.5 n.F.).

<sup>99</sup>Orlich, NJW 1980, S.1782 (1783); BAG NJW 1974, S.1103; OLG Stuttgart MDR 1976, S.51; Braun, ZZP 93 (1980), 443, 471; ders., JZ 1999, 1157; Schneider MDR 1985, 377;

<sup>100</sup>Dazu ausführlich Brammsen/Leible, Die Klagerücknahme, in: JuS 1997, S.54-61.

<sup>101</sup>Als Prozeßhandlung ist diese unwiderruflich, bedingungsfeindlich und unanfechtbar!

<sup>102</sup>Das Einwilligungserfordernis dient dem Beklagtenschutz, denn ansonsten hätte der Kläger es in der Hand zwischen Rücknahme und Neuerhebung der Klage zu wechseln, um so eine günstigere Beweisposition zu erlangen.

<sup>103</sup>Brammsen/Leible, JuS 1997, S.54.

*b) Erledigungserklärung*

*aa) Übereinstimmende Erledigungserklärung, § 91 a*

Die Hauptsache ist erledigt, wenn das mit der Klage erhobene Rechtsschutzbegehren nach Rechtshängigkeit gegenstandslos wird. Durch den Eintritt eines Ereignisses ist der Kläger gehindert, die von ihm erstrebte Entscheidung durchzusetzen, weil diese nun entweder unbegründet<sup>104</sup> oder aber unzulässig<sup>105</sup> ist. Die übereinstimmende Erledigungserklärung<sup>106</sup> beendet den Prozeß ohne weiteres, ohne daß geprüft wird, ob überhaupt eine Erledigung tatsächlich eingetreten ist (Dispositionsgrundsatz!). Das Besondere ist, daß das Gericht nur noch über die Kosten beschließt, und zwar nach dem bisherigen Sach- und Streitstand. Ansonsten wird die Rechtshängigkeit beseitigt, so daß eine neue Klage wegen desselben Streitstandes zulässig bleibt<sup>107</sup>. War die Klage bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet, kann der Kläger so im Vergleich zur Klagerücknahme die für ihn ungünstige Kostenfolge vermeiden. Gegen die Kostenentscheidung kann allerdings sofortige Beschwerde nur eingelegt werden, wenn der Streitwert in der Hauptsache den in § 511 n.F. genannten Betrag in Höhe von 600 EUR übersteigt (§ 91a Abs.2 S.1 n.F.).

*bb) Einseitige Erledigterklärung des Klägers*

Die einseitige Erledigterklärung durch den Kläger ist gesetzlich nicht geregelt und daher Gegenstand eines Streits. Die h.M. sieht darin eine Klageänderung: Der Kläger verlange nicht mehr die Zahlung, sondern die Feststellung, daß sich die Klage erledigt habe<sup>108</sup>. Andere sind der Ansicht, es handele sich um eine besondere Form der Klagerücknahme<sup>109</sup> oder um ein prozessuales Institut besonderer Art<sup>110</sup>. Entscheidend ist dieser Theorienstreit für die Voraussetzungen der einseitigen Erledigterklärung. Folgt man der h.M., so gilt § 263, der fordert, daß der Beklagte einwilligt oder das Gericht die Klageänderung für sachdienlich erachtet. Das Besondere im Vergleich zur übereinstimmenden Erledigterklärung ist, daß die Erledigung durch das Gericht zu prüfen ist, da die Parteien darüber streiten, so daß die Zulässigkeit und Begründetheit des bisherigen Klageantrags im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses vorgelegen haben müssen.

Das Gericht wird somit die Erledigung im Urteil feststellen, wenn die Klage durch ein Ereignis *nach* Rechtshängigkeit<sup>111</sup> tatsächlich erledigt wurde<sup>112</sup> und die Klage ursprünglich zulässig und begründet war<sup>113</sup>. Daneben wird eine Kostenentscheidung nach den §§ 91ff.<sup>114</sup> ergehen. Das Urteil des Gerichts erwächst in materielle Rechtskraft.

<sup>104</sup>z.B. der Beklagte zahlt, die Forderung erlischt durch Aufrechnung, die herausverlangte Sache wird vernichtet.

<sup>105</sup>z.B. das Rechtsschutzbedürfnis entfällt, die Partei verliert die Parteifähigkeit, außergerichtlicher Vergleich.

<sup>106</sup>Als Prozeßhandlung unwiderruflich, bedingungsfeindlich und unanfechtbar.

<sup>107</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 91a, Rn.21.

<sup>108</sup>BGH NJW-RR 1989, 444; BGH NJW 1986, 588.

<sup>109</sup>Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl., § 91a, Rn.39 mwN.

<sup>110</sup>Vgl. Zeiss, ZPO, 8. Aufl., S.80.

<sup>111</sup>Bei Erledigung *vor* Rechtshängigkeit blieben dem Kläger bislang folgende Möglichkeiten (vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 21. Aufl., § 91a, Rn.36): 1. Klagerücknahme (dann muß Kläger Kosten tragen !), 2. Antrag auf Erledigterklärung der Hauptsache (Kostentragungspflicht, wenn Beklagter nicht zustimmt !), 3. Klageänderung auf Feststellung, daß Verzugsschaden zu ersetzen ist, 4. Geltendmachung des Kostenerstattungsanspruchs im selben Prozeß als Hauptsache, dazu auch BGHZ 83,12 m.w.N., BGH NJW-RR 1988, S.1151, Bergerfurth NJW 1992, S.1655, K. Schmidt, JuS 1992, S.434 m.w.N. Gem. § 269 Abs.3 S.3, Abs.4 n.F. kann der Kläger jetzt bei Rücknahme der Klage eine dem § 91a entsprechende Kostenentscheidung herbeiführen (Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 91a, Rn.36).

<sup>112</sup>Fehlt es an der Erledigung, ist die Feststellungsklage als unbegründet abzuweisen. Deshalb ist es stets ratsam, den ursprünglichen Klageantrag hilfsweise aufrecht zu erhalten, Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 91a, Rn.34b.

<sup>113</sup>Denn war sie es nicht, kann sie sich auch nicht erledigt haben.

<sup>114</sup>Zu beachten ist, daß nach der Neufassung des § 92 Abs.2 das Gericht einer Partei auch dann die gesamten Prozeßkosten auferlegen kann, wenn die Zuvielforderung der anderen Partei nur geringfügig höhere Kosten veranlaßt hat (§ 92 Abs.2 Ziff.1) oder von der Ermittlung durch Sachverständige abhängig war (§ 92 Abs.2 Ziff.2). Gem. § 108 Abs.2 S.2 n.F. wird die bisher in der Praxis häufigste Form der Sicherheitsleistung, nämlich

*cc) Einseitige Erledigterklärung des Beklagten*

Eine einseitige Erledigterklärung des Beklagten ist unzulässig, weil nur der Kläger den Streitgegenstand bestimmen kann<sup>115</sup>.

*c) Anerkenntnis, § 307<sup>116</sup>**d) Klageverzicht, § 306*

Der Klageverzicht ist das prozessuale Gegenstück zum Anerkenntnis: Der Kläger erklärt vor dem Gericht, daß der geltendgemachte Anspruch nicht besteht. Anders als bei der bloßen Klagerücknahme ergeht hier ein Verzichtsurteil<sup>117</sup>, dessen materielle Rechtskraft der Neuerhebung des gleichen Anspruchs entgegensteht. Die Kostenentscheidung ergeht nach § 91.

*e) Materiellrechtlicher Verzicht*

Der privatrechtliche Verzicht, der entweder zweiseitig oder einseitig erklärt werden kann, betrifft den Bestand des mit der Klage geltend gemachten Rechts, so daß die Klage dann als unbegründet abgewiesen werden muß.

*f) Prozeßvergleich*

Der Prozeßvergleich ist in der ZPO nicht ausdrücklich geregelt, wird aber in verschiedenen Normen wie z.B. §§ 98, 794 Abs.1 Nr.1 vorausgesetzt. Er hat ebenfalls seine Grundlage in der Dispositionsmaxime. Die Parteien müssen sich nur vor einem deutschen Gericht geeinigt haben, daß der Rechtsstreit beendet sein soll und der Vergleichsgegenstand muß der Dispositionsbefugnis der Parteien unterlegen haben. Mit seinem Abschluß endet die Rechtshängigkeit und damit der Rechtsstreit.

Im Gegensatz zum Urteil ergeht keine strittige Entscheidung. Der Prozeßvergleich ist aber auch vollstreckbar, § 794 Abs.1 Nr.1.

Seine Rechtsnatur ist umstritten, herrschend ist aber die Ansicht von der Doppelnatur des Prozeßvergleichs<sup>118</sup>. Danach sollen mit dem Abschluß des Prozeßvergleichs materiellrechtliche Unklarheiten bereinigt werden, § 779 BGB<sup>119</sup>, und gleichzeitig der Prozeß als solches ein Ende finden<sup>120</sup>. Daraus ergibt sich, daß materiellrechtliche Mängel auch den Prozeßvertrag entfallen lassen, umgekehrt aber ein prozeßrechtlich unwirksamer Vergleich als außergerichtlicher aufrecht erhalten werden kann<sup>121</sup>.

**XIII. Probleme der Rechtskraft**

Zu unterscheiden ist zwischen formeller (§ 705) und materieller Rechtskraft (§ 322).

die schriftliche Bankbürgschaft, kraft Gesetzes zugelassen.

<sup>115</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 91a, Rn.42.

<sup>116</sup>siehe unter VIII. 1.

<sup>117</sup>Dazu ist kein Antrag des Beklagten notwendig, da der Beklagte kein Rechtsschutzinteresse an einem streitigen Urteil hat, Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 306, Rn.3.

<sup>118</sup>Vgl. die bereits angesprochene Parallele bei der Aufrechnung.

<sup>119</sup>Insoweit handelt es sich um ein materiellrechtliches Rechtsgeschäft.

<sup>120</sup>Insoweit ist ein Prozeßvertrag gegeben.

<sup>121</sup>Unstreitig ist dies für den Fall, daß von Anfang an materiellrechtliche Mängel vorlagen. Streit herrscht jedoch bei der Frage, ob dies auch gilt, wenn materielle Unwirksamkeitsgründe erst nachträglich eintreten (Rücktritt nach §§ 325, 326, vertragliche Aufhebung des Vergleichs); BGHZ 16, 388; 41, 310(312); BGH NJW 1986, S.1348(1349): Die durch den ursprünglich wirksamen Prozeßvergleich beendete Rechtshängigkeit kann nicht mehr durch Parteivereinbarung aufleben; a.A. BAGE 3, 43; 8, 228; 9, 172; BAG DB 1983, 1370; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 21. Aufl., § 794, Rn.58; Lüke, JuS 1965, S.482 (485). Die Einheit von Prozeßhandlung und materiellem Rechtsgeschäft sowie die Dispositionsfreiheit der Parteien lassen die Prozeßbeendigung entfallen.

### 1. Formelle Rechtskraft

Formelle Rechtskraft bedeutet, daß eine Entscheidung unangreifbar ist<sup>122</sup>. Der Rechtsstreit wird damit abgeschlossen, die Gerichtsentscheidung ist grundsätzlich nicht mehr abänderbar. Die formelle Rechtskraft tritt ein,

- a) wenn Urteile verkündet werden, gegen die kein Rechtsmittel mehr eingelegt werden kann (vgl. etwa § 542 Abs. 2 n.F.).
- b) wenn *vor Ablauf* der Rechtsmittel- oder Einspruchsfrist<sup>123</sup> ein beiderseitiger Verzicht auf Rechtsmittel oder ein einseitiger Verzicht auf den Einspruch vorliegt
- c) *mit Ablauf* der Rechtsmittel oder Einspruchsfrist, wenn bis dahin kein statthafte Rechtsmittel oder kein Einspruch eingelegt ist oder inzwischen zurückgenommen wurde.
- d) *nach Ablauf* der Rechtsmittel- oder Einspruchsfrist, wenn die angefochtene Entscheidung nicht aufgehoben wird.

Die formelle Rechtskraft ist Voraussetzung der materiellen<sup>124</sup>.

### 2. Materielle Rechtskraft

Materielle Rechtskraft bedeutet, daß ein Urteil für das Gericht und die Parteien (inter partes!) bindend ist, also bezüglich desselben Streitgegenstandes nicht erneut prozessiert und entgegengesetzt entschieden werden kann<sup>125</sup>. Ist z.B. das Eigentum des Klägers rechtskräftig festgestellt, dann ist dies in anderen Prozessen zugrunde zu legen. Dies dient dem Hauptzweck der ZPO, nämlich Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien endgültig zu beenden.

In materielle Rechtskraft können alle endgültigen und vorbehaltlosen Entscheidungen deutscher Gerichte erwachsen<sup>126</sup>. Nicht der materiellen Rechtskraft fähig sind Vorbehalts- (§§ 302, 599), Zwischen- (§§ 280, 303) und Grundurteile (§ 304) sowie Entscheidungen der Rechtsmittelgerichte, die aufheben und zurückverweisen (§§ 539, 565 Abs.1, 2)<sup>127</sup>.

Merke: Nur der Tenor erwächst in Rechtskraft, nicht die tatsächlichen Feststellungen und Entscheidungsgründe<sup>128</sup>.

### 3. Durchbrechung der Rechtskraft

Wichtige gesetzlich geregelte Fälle der Durchbrechung der Rechtskraft sind:

- a) *Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand*, wenn unverschuldet die in § 233 genannten Fristen versäumt werden. Die Wirkung ist, daß die versäumte und nachgeholt Prozeßhandlung so behandelt wird, als ob sie rechtzeitig erfolgt wäre. Als Ausnahmeregelung ist § 233 eng auszulegen und keinesfalls analog anwendbar auf andere Fristen<sup>129</sup>. Der Katalog der Fristen, bei deren Versäumung Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gewährt werden kann, wurde um die Fristen zur Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde und der Rechtsbeschwerde erweitert (§ 233 n.F.). Ein Verschulden liegt beispielsweise vor, wenn etwas vergessen wurde<sup>130</sup>, Unverschulden bei

<sup>122</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 705, Rn.1.

<sup>123</sup>Zum Einspruch vgl. XII.1.b).

<sup>124</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 705, Rn.3.

<sup>125</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 322, Rn.1.

<sup>126</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 322, Rn.3.

<sup>127</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 322, Rn.4.

<sup>128</sup>a.A. Lindacher ZZP 88, 64, der bei der Divergenz von Tenor und Entscheidungsgründen letzteren Vorrang einräumt, weil sie zuverlässiger sind. Er macht allerdings auch davon eine Ausnahme, wenn Vertrauensgesichtspunkte wichtiger sind.

<sup>129</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 233, Rn.3.

<sup>130</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 233, Rn.26.

Beförderungsverzögerungen durch die Post<sup>131</sup> oder bei Unkenntnis von der öffentlichen Zustellung<sup>132</sup>.

b) *Abänderungs- und Nachforderungsklage* (§§ 323, 324)

c) *Wiederaufnahme des Verfahrens* (§§ 578ff.)<sup>133</sup>:

Die Wiederaufnahme des Verfahrens bezweckt, ein rechtskräftiges Urteil zu beseitigen und die Sache zu neuer Entscheidung zu verhandeln, wenn einer der gesetzlich bestimmten und abschließend festgelegten Anfechtungsgründe vorliegt.

Dabei ist zwischen der *Nichtigkeitsklage* (§ 579) und der *Restitutionsklage* (§ 580) zu unterscheiden, § 578 Abs.1. Erstere berücksichtigt schwerste Verfahrensmängel, unabhängig davon ob diese für das Urteil ursächlich waren, zweite kann erhoben werden, wenn das Urteil auf einer falschen, v.a. verfälschten Grundlage beruht. Von Amts wegen wird daher zunächst geprüft, ob die Klage auf Wiederaufnahme zulässig ist, ein Anfechtungsgrund vorliegt, bevor es zu einer neuen Verhandlung des früheren Rechtsstreits kommt<sup>134</sup>.

d) § 826 BGB:

In besonderen Ausnahmefällen(!) kann, gestützt auf § 826, das bereits Geleistete zurückverlangen, die Zwangsvollstreckung abgewehrt, die Herausgabe des Titels oder Schadensersatz verlangen werden. Dies setzt voraus, daß das ergangene Urteil unrichtig ist und sich die vollstreckende Partei dessen bewußt ist<sup>135</sup>. Sittenwidriges Handeln reicht insoweit nicht aus, vielmehr muß die durch das unrichtige Urteil geschaffene Rechtslage für den Betroffenen schlechthin unerträglich erscheinen.

#### 4. Erstreckung der Rechtskraft auf Dritte

Ausnahmsweise wirkt die Rechtskraft nicht nur inter partes, sondern erstreckt sich auf Dritte:

- a) Bei der Veräußerung der streitbefangenen Sache, §§ 265, 325
- b) Bei der Streitverkündung
- c) Bei der Nebenintervention
- d) Wenn die Entscheidungsgründe bindend sind (§ 256 Abs.2, Zwischenfeststellungsklage).

#### XIV. Rechtsmittel

Zwar beschränkt sich diese Darstellung auf das Erkenntnisverfahren der ersten Instanz, dennoch sollen die Rechtsmittel nicht ganz unerwähnt bleiben. Bei den Rechtsmitteln ist zu unterscheiden zwischen der Berufung (§§511 – 541 n.F.), der Revision (§§542-566 n.F.) und der Beschwerde (§§567-577 n.F.). Ihnen allen gemeinsam ist, daß ihre fristgerechte Einlegung den Eintritt der formellen Rechtskraft hemmt (*Suspensiveffekt*) und das Verfahren in der nächst höheren Instanz anhängig wird (*Devolutiveffekt*). Mit der Zivilprozeßrechtsreform ist ein grundlegender Umbau des Rechtsmittelsystems vorgenommen worden, wobei die erste Instanz gestärkt und weitere Instanzen umgestaltet wurden. Für den Studenten und den angehenden Referendar sind vor allem die Berufung und die Beschwerde von Interesse. Wie

<sup>131</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 233, Rn.28.

<sup>132</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 233, Rn.35.

<sup>133</sup>dazu Behre, Der Streitgegenstand des Wiederaufnahmeverfahrens, 1968; Gaul, Die Grundlagen der Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe, 1956; Gilles, Zur Systematik des Wiederaufnahmeverfahrens, ZZP 78, 466 und 80, 391. Die Wiederaufnahme des Verfahrens ist nicht zu verwechseln mit der Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 156). Nach dem neu eingefügten § 156 Abs.2 hat das Gericht in den aufgezählten Fällen die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen (vor allem Verletzung der Hinweis- und Aufklärungspflicht nach §139, die Verletzung des rechtlichen Gehörs und die Glaubhaftmachung von Tatsachen, die einen Wiederaufnahmegrund darstellen, §§ 579, 580).

<sup>134</sup>Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., Vorb. § 578, Rn.3-5.

<sup>135</sup>Im einzelnen Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., § 322, Rn.50ff.



sich die Regelungen dieser Rechtsmittel nach dem Zivilprozeßreformgesetz verändert haben, gehört allerdings nicht zum Erkenntnisverfahren erster Instanz<sup>136</sup>.

## **XV. Besondere Verfahrensarten**

### **1. Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 578-591)<sup>137</sup>**

#### **2. Urkunden- und Wechselprozeß (§§ 592-605a)**

Der Urkundenprozeß dient der Beschleunigung des Verfahrens bei Ansprüchen, welche die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Menge anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand hat, § 592. Der Kläger im Urkundenprozeß soll rasch zu einem vorläufig vollstreckbaren Titel kommen. Die Beweismittel sind daher auf Urkundenbeweis und Parteivernehmung beschränkt; eine Widerklage ist nicht statthaft (§§ 595, 598). Wichtig ist, daß ein endgültiges Urteil erst mit dem Nachverfahren gefällt wird, § 600.

Der Wechsel- und Scheckprozeß ist eine Unterart des Urkundenprozesses, bei dem eine weitere Beschleunigung durch kürzere Ladungsfristen (§ 604) und Erleichterung der Beweisführung eintritt (§ 605).

#### **3. Familien-, Kindschafts- und Unterhaltssachen (§§ 606-660)**

Das Verfahren in Familien-, Kindschafts- und Unterhaltssachen ist von großer praktischer Bedeutung, andererseits aber auch so speziell, daß es hier nicht weiter vertieft werden kann.

### **4. Mahnverfahren (§§ 688-703d)<sup>138</sup>**

#### *a) Allgemeines*

Das Mahnverfahren dient dazu, dem Gläubiger schneller und billiger einen Vollstreckungstitel zu verschaffen, wenn erwartet werden kann, daß der Schuldner die Forderung nicht bestreiten wird.

Das Mahnverfahren unterscheidet sich deutlich vom normalen Klageverfahren:

- (1) Es ist ein rein schriftliches Verfahren, bei dem keine mündliche Verhandlung stattfindet.
- (2) Es ist nur zulässig zur Durchsetzung von Zahlungsansprüchen, für die nicht § 688 Abs.2 gilt.
- (3) Der Gläubiger muß seinen Anspruch nicht schlüssig vortragen und Beweise erbringen.
- (3) Das AG des allgemeinen Gerichtsstands des Antragstellers ist sachlich und örtlich ausschließlich zuständig, § 689 Abs.2. Funktionell ist der Rechtspfleger zuständig, § 20 Nr.1 RpfLG.

#### *b) Ablauf des Mahnverfahrens*

Das Mahnverfahren läuft in mehreren Schritten ab:

- 1. Schritt:** Der Gläubiger stellt beim Amtsgericht seines allgemeinen Gerichtsstandes einen wirksamen Antrag auf Erlaß eines Mahnbescheides, §§ 688-690.
- 2. Schritt:** Der Rechtspfleger (§ 20 Nr.1 RpfLG) erläßt den Mahnbescheid, wenn kein Zurückweisungsgrund vorliegt, §§ 691, 692.
- 3. Schritt:** Der Mahnbescheid wird dem Antragsgegner zugestellt, § 693 Abs.1.
- 4. Schritt:** Der Antragsgegner kann sich in zweifacher Weise verhalten:
  1. Er reagiert überhaupt nicht auf den Mahnbescheid; dann folgt der 5. Schritt.
  2. Er legt *Widerspruch* innerhalb von 2 Wochen ab Zustellung ein, §§ 694 Abs.1, 692 Abs.1 Nr.3. Stellt in diesem Fall einer der beiden Parteien einen Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens, so wird der Rechtsstreit an das dafür

<sup>136</sup> Vgl. dazu *Schnauder*, in: JuS 2002, S.68ff. (Folgebeitrag).

<sup>137</sup> vgl. XIII. 3.c)

<sup>138</sup> Dazu Coester-Waltjen, JURA 1991, S.600ff.

zuständige Gericht abgegeben, § 696 Abs.1 S.1, 4, III-V, 697.

5. Schritt: Der Gläubiger stellt einen Antrag auf Erlaß eines Vollstreckungsbescheid. Der Antrag muß nach Ablauf der Widerspruchsfrist und innerhalb von 6 Monaten ab Zustellung des Mahnbescheids erfolgen, §§ 699 Abs.1 S.1,2, 701.

6. Schritt: Der Rechtspfleger erläßt den Vollstreckungsbescheid, § 699 Abs.1. Dieser stellt einen vorläufig vollstreckbaren (!) Titel dar, §§ 700 Abs.1, 794 Abs.1 Nr.4.

7. Schritt: Der Vollstreckungsbescheid wird dem Antragsgegner von Amts wegen zugestellt, § 699 Abs.4 S.1.

8. Schritt: Der Antragsgegner kann sich in zweifacher Weise verhalten:

1. Er reagiert nicht auf den Vollstreckungsbescheid, dieser stellt dann einen rechtskräftigen Titel nach Ablauf der Einspruchsfrist dar, §794 Abs.1 Nr.4.
2. Er legt *Einspruch* innerhalb von 2 Wochen ab Zustellung, §§ 700 Abs.3, 338ff. ein. Als Einspruch gilt auch der verspätet eingelegte Widerspruch, § 694 Abs.2. Bereits mit Abgabe des Einspruchs wird dann das streitige Klageverfahren eingeleitet (s.o.), § 700 Abs.3.

## **XVI. Einstweilige Rechtsschutz (§§ 916-945)**

Der Gläubiger, der seinen Anspruch gegen den Schuldner durchsetzen will, ist oft darauf angewiesen, diesen zu verklagen. Da sich das Verfahren aber längere Zeit hinziehen kann, ist die Durchsetzung des Anspruchs gefährdet. Diesem Zweck dient der einstweilige Rechtsschutz, der nur der Sicherung des Gläubigers, aber nicht seiner Befriedigung dient.

Der Erlaß einer Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes ist vor allem durch eine vereinfachte Beweisführung in einem summarischen Verfahren gekennzeichnet: Statt Erbringung des vollen Beweises reicht die Glaubhaftmachung aus, § 920 Abs.2.

Es gibt zwei Arten einstweiligen Rechtsschutzes in der ZPO, die sich im wesentlichen nach der Art des zu sichernden Anspruchs unterscheiden: Der Arrest dient der Sicherung von Geldforderungen oder solchen Ansprüchen, die darin übergehen können (§ 916), die einstweilige Verfügung der Sicherung der übrigen Ansprüche (§§ 935, 940). Daher schließen sie sich gegenseitig aus. Die Verweisungstechnik in § 936 zeigt aber, daß beide sehr ähnlich geregelt sind:

Arrest und einstweilige Verfügung haben jeweils Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet sind:

<u>Prüfungspunkt</u>	<u>Arrest (§§ 916ff.)</u>	<u>Einstweilige Verfügung (§§ 935ff.)</u>
<i>I. Zulässigkeit</i>		
1. Allg. Prozeßvoraussetzungen:		
a) Zuständigkeit	§§ 919, 943	§§ 937, 942, 943
b) Antrag	§ 920 I,II	§§ 936, 920 I,II
2. Statthaftes Antragsziel	Sicherung einer Geldforderung oder eines Anspruchs, der in Zahlungsanspruch übergehen kann, § 916 I	a) Sicherungsverfügung, § 935: Sicherung der künftigen Verwirklichung eines Anspruchs, der keine Geldforderung ist. b) Regelungsverfügung, § 940: Regelung des einstweiligen Zustandes eines Rechtsverhältnisses c) Leistungsverfügung, §§ 935, 940: ausnahmsweise einstweilige Befriedigung eines Leistungsanspruchs <sup>139</sup>
<i>II. Begründetheit</i>		
	1. Arrestanspruch, § 916 I	1. Verfügungsanspruch, §§ 935, 940
	2. Arrestgrund, §§ 917, 918 <sup>140</sup>	2. Verfügungsgrund, §§ 935, 940
	3. Glaubhaftmachung <sup>141</sup> beider, §§ 920 II, 294	3. Glaubhaftmachung, §§ 936, 920 II, 294
<i>III. Rechtsfolge</i>	Vollziehung nach allgemeinen Zwangsvollstreckungsregeln mit den Besonderheiten der §§ 929-933.	

## **XVII. Schlußbetrachtung**

Es läßt sich feststellen, daß die wesentlichen Grundzüge des Erkenntnisverfahrens erster Instanz durch die Zivilprozeßrechtsreform unangetastet geblieben sind und lediglich im Detail Strukturveränderungen vorgenommen wurden, um den Zivilprozeß bürgernäher, effizienter und transparenter zu gestalten. Ob diese Veränderungen in der Praxis den Erfolgen haben werden, den sich der Gesetzgeber erhofft, wird abzuwarten bleiben.

<sup>139</sup>z.B. Existenzgefährdung, verbotene Eigenmacht, dringende Notlage.

<sup>140</sup>Arrestgrund und Verfügungsgrund betreffen immer die besondere Eilbedürftigkeit des summarischen Verfahrens und sind objektiv zu beurteilen.

<sup>141</sup>Ein Beweis zur vollen Überzeugung des Gerichts ist nicht nötig; es reicht ein geringerer Grad an Wahrscheinlichkeit.