

NOMOSLEHRBUCH

Adolphsen

Zivilprozessrecht

6. Auflage



Nomos

NOMOSLEHRBUCH

Prof. Dr. Jens Adolphsen,
Universität Gießen

Zivilprozessrecht

6. Auflage



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-5794-7 (Print)

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

6. Auflage 2020

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

Vorwort zur 6. Auflage

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

Zivilprozessrecht ist aber nicht nur später praxisrelevant, sondern zunehmend wichtiger Prüfungsstoff, dessen Beherrschung für das Examen zwingend notwendig ist. Gem. § 5 a Abs. 2 DRiG ist der Kernbereich des Verfahrensrechts Pflichtfach im 1. Staatsexamen. Was als Kernbereich angesehen wird, variiert in den einzelnen Bundesländern stark. Während in einigen Ländern das Verfahrensrecht seit langem zum Pflichtprogramm gehört und die Klausuren entsprechend anspruchsvoll sind, ist in einzelnen Bundesländern die ZPO erst seit kurzem Prüfungsgegenstand.

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

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

Die ersten fünf Auflagen dieses Buches sind positiv aufgenommen worden. Denen, die konstruktive Kritik geäußert und mich auf Ungenauigkeiten und Fehler hingewiesen haben, danke ich sehr. Ich habe mich auch bei der Überarbeitung für die 6. Auflage wieder bemüht, den Ansatz des Buches beizubehalten, eine Struktur vorzugeben und nur Notwendiges darzustellen. Das Werk soll keinesfalls von Auflage zu Auflage wachsen.

Das Werk ist für die Neuauflage komplett überarbeitet worden und befindet sich auf dem Stand von September 2019. Wesentliche relevante Gesetzesänderung für Studenten ist sicherlich das Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage, das am 1.11.2018 in Kraft getreten ist. Es zeigt sehr plastisch, wie sich ein tatsächlicher Sachverhalt wie der Dieselskandal auch in der Neukonzeption des Rechts niederschlägt.

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

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

Viel Erfolg beim Lernen!

Gießen, im September 2019

Jens Adolphsen

Inhalt

Vorwort zur 6. Auflage	5
Abkürzungsverzeichnis	19
A. EINFÜHRUNG	
§ 1 Die ZPO-Klausur	25
I. Klausurschema	25
Aufbau einer erstinstanzlichen Klage	26
II. Klausurtypen	27
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	28
§ 2 Hinführung zum Zivilprozessrecht	29
I. Funktion des Zivilprozesses	29
II. Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren	30
III. Streit und Zivilprozessrecht	31
IV. Alternative Streitbeilegung	33
1. Gerichtliche Streitbeilegungsmechanismen	33
2. Außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen	33
a) Obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung	34
b) Mediation	35
c) Schiedsgerichtsbarkeit	37
V. Zivilprozessrecht in der Gesamtrechtsordnung	38
VI. Europäisches Zivilprozessrecht	40
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	42
§ 3 Überblick über den Ablauf eines Zivilprozesses	43
I. Bis Klageerhebung	43
1. Vorprozessuale Überlegungen des Klägers	43
2. Einreichung der Klage bei Gericht	44
II. Die mündliche Verhandlung	44
III. Die Beweisaufnahme	45
IV. Das Urteil	45
V. Rechtsmittel	45
VI. Rechtskraft	46
VII. Zwangsvollstreckung	46
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	46
§ 4 Die Verfahrensgrundsätze	47
I. Der Dispositionsgrundsatz	47
II. Der Beibringungsgrundsatz	48
III. Mündlichkeit und Schriftlichkeit	50
IV. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz	52
V. Der Öffentlichkeitsgrundsatz	53
VI. Der Anspruch auf rechtliches Gehör	55
1. Überblick	55
2. Notwendiger fachgerichtlicher Rechtsschutz	56

Inhalt

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

Inhalt

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

Inhalt

4. Bestimmter Antrag	113
a) Unbezahlte Zahlungsanträge	114
b) Stufenklage	114
5. Sollvorschriften	115
6. Unterschrift	115
II. Die Klageart	118
1. Die Leistungsklage	119
a) Rechtsschutzziel	119
b) Teilklagen	119
c) Unterlassungsklagen	120
d) Fälligkeit des Anspruchs	120
2. Die Feststellungsklage	121
a) Gegenstand und Inhalt der Feststellungsklage	121
b) Ziel der Feststellungsklage	121
c) Feststellungsinteresse/Subsidiarität der Feststellungsklage	122
d) Das Problem nachfolgender Leistungsklagen in gleicher Sache	123
e) Zwischenfeststellungsklage	124
3. Die Gestaltungsklage	124
III. Der Streitgegenstand	124
1. Fehlende Regelung in der ZPO	124
2. Bedeutung des Streitgegenstands	125
3. Alte und neue Streitgegenstandstheorien	126
IV. Die Wirkungen der Klageerhebung	127
1. Prozessuale Wirkungen	127
a) Einrede der Rechtshängigkeit	127
b) Fortbestehen der Zuständigkeit – perpetuatio fori	130
c) Verbot der Klageänderung	130
d) Veräußerung der streitbefangenen Sache	130
2. Materiellrechtliche Wirkungen	131
a) Hemmung der Verjährung	131
b) Haftungsverschärfung	132
c) Prozesszinsen	132
V. Die Klagehäufung	132
1. Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung	133
2. Die nachträgliche objektive Klagehäufung	134
3. Kumulative und eventuelle Klagehäufung	135
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	137
<hr/> C. DER FORTGANG DES VERFAHRENS	
<hr/>	
§ 9 Die Vorbereitung der Hauptverhandlung	138
I. Ladung, Zustellung, Fristen	138
1. Ladung	139
2. Zustellung	139
3. Fristen	140
4. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand	141
II. Früher erster Termin und schriftliches Vorverfahren	142
1. Früher erster Termin	142
2. Schriftliches Vorverfahren	143

Inhalt

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

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

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

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

Inhalt

E. VERSÄUMNISVERFAHREN

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

F. BEWEISRECHT

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

Inhalt

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

Inhalt

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

Inhalt

I. BESONDERE VERFAHRENSARTEN

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

J. BETEILIGUNG DRITTER AM RECHTSSTREIT

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

K. EINSTWEILIGER RECHTSSCHUTZ

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

§ 2 Hinführung zum Zivilprozessrecht

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

1

I. Funktion des Zivilprozesses

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

2

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

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

2 Rechtsvergleichend *Stürner*, Die Verfahrensdauer in Zivilprozessen wichtiger Staaten der Europäischen Union und die Rechtsprechung des EGMR, FS Schütze, 2015, S. 593.

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

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

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

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

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

- 3 In dem geordneten gerichtlichen Verfahren wird ein konkreter Konflikt zwischen realen Personen entschieden. Deren Fall wird, das kennen Sie aus dem Bürgerlichen Recht, durch einen Entscheider unter das Gesetz subsumiert (s.u. Abb. 23, § 12 Rn. 13). Dieses geschieht im Bereich des Zivilrechts durch das Zivilprozessrecht, das die Regeln vorgibt, wie der Einzelne zu seinem Recht kommt. Der Zivilprozess dient der Feststellung, Gestaltung und Durchsetzung der privaten Rechte des Einzelnen.⁷ Daraus ergeben sich unmittelbar Konsequenzen für die Ausgestaltung der prozessualen Regeln selbst: Die Parteien haben die Dispositionsbefugnis über das Verfahren und tragen die Verantwortung für die Beibringung des Prozessstoffes (§ 4 Rn. 7 ff.). Weitere Konsequenzen sind die Regeln über die Klageerhebung (§§ 253 ff.), über die Klagerücknahme (§ 269), über die Erledigung der Hauptsache (§ 91 a), den Vergleich (§ 794) und die Bindung an die Anträge (§ 308).
- 4 Die Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens, das Finden materieller Wahrheit, die Bewahrung der objektiven Privatrechtsordnung und die Rechtsfortbildung und Wahrung der Rechtseinheit sind weitere (Neben-) Zwecke des Zivilprozessrechts.
- 5 Auch im Zivilprozess gibt es allerdings Verfahren, deren primärer Zweck die Aufrechterhaltung der Gesamtrechtsordnung ist. Dabei handelt es sich um Verfahren im öffentlichen Interesse, wobei am aktuellsten die Verbandsklagen in den Fällen § 8 Abs. 3 UWG und § 1 ff. UKlaG sind.

II. Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren

- 6 Mit einem Urteil im gerichtlichen Verfahren, dem sog. **Erkenntnisverfahren**, ist dem Kläger jedoch noch nicht in allen Fällen geholfen.
- 7 In jedem Verfahren wird zunächst völlig unabhängig vom Klageziel ein Recht oder **Rechtsverhältnis festgestellt**. Klagt jemand auf Zahlung des Kaufpreises, wird festgestellt, ob der Anspruch besteht. Klagt jemand auf Feststellung, dass er Eigentümer einer Sache sei, so wird dies im Verfahren festgestellt. Diese gerichtliche Feststellung entspricht in diesem Fall exakt dem Klageziel. Wird eine Scheidung beantragt, so wird zunächst festgestellt, ob die Voraussetzungen vorliegen.
- 8 Es ist aber, wie im Fall der Zahlungsklage, noch ein weiterer hoheitlicher Akt erforderlich, damit das Ziel des Zivilprozesses erreicht ist. Bei der Scheidungsklage muss nach der Feststellung die **Gestaltung** selbst erfolgen: Der Richter scheidet die Ehe (§ 1564 BGB). Bei der Zahlungsklage endet das Verfahren mit dem Urteil, das den Beklagten zur Zahlung verurteilt. Dieses Urteil enthält neben der Feststellung, dass dem Kläger der Anspruch zusteht einen **staatlichen Leistungsbefehl**.

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

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

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

Damit hat der Kläger aber noch kein Geld. Er erhält dies auch nicht am Ende der mündlichen Verhandlung, etwa an der Gerichtskasse. In der Regel zahlt der Beklagte auf das Urteil hin die Summe. Tut er dies nicht, muss sich ein weiteres hoheitliches Verfahren anschließen, das **Zwangsvollstreckungsverfahren**. Der Kläger beantragt z.B. beim Gerichtsvollzieher, die Kaufpreissumme zwangsweise beizutreiben (§§ 753, 754, 803). Dazu kann der Gerichtsvollzieher Gegenstände des Beklagten pfänden und verwerten und dem Kläger aus dem Verwertungserlös die Summe geben, zu deren Zahlung der Beklagte verurteilt wurde.

9

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

10

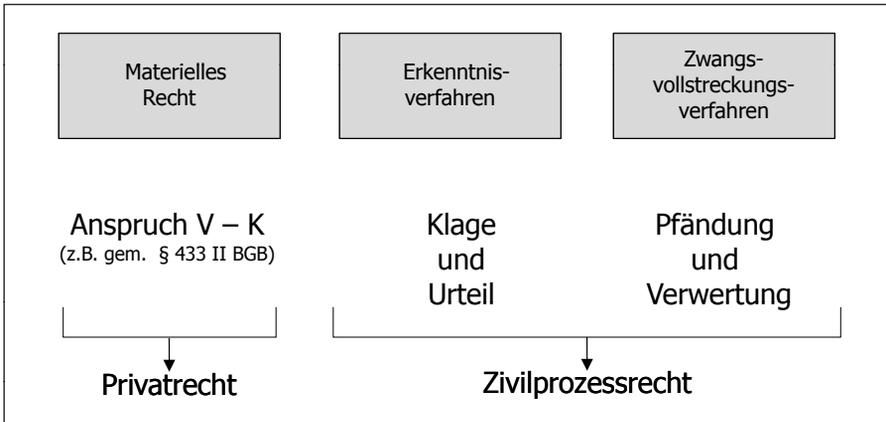


Abb.1 Das Recht und seine Durchsetzung

III. Streit und Zivilprozessrecht

Fragt man sich, wo man sich im Alltagsleben befindet, wenn ein (Zivil-)Prozess geführt wird, so stößt man unweigerlich auf das Phänomen des Konflikts. Der Zivilprozess ist häufig Endstation, manchmal leider auch nur Zwischenstation, in einem zwischen mehreren Personen geführten Streit. Dieser Streit wird oft über eine zwischen den Beteiligten geltende Rechtslage geführt, ist dann also ein **normbezogener Konflikt**.⁸ Zwingend ist das nicht. Zahlreiche (Schätzungen gehen bis zu mehr als 50 %)⁹ Prozesse werden geführt, weil z.B. der Schuldner zahlungsunwillig oder zahlungsunfähig ist, obwohl seine Verpflichtung zur Leistung unstrittig ist. Außerdem gibt es Verfahren, in denen sich der Staat ein richterliches Entscheidungsmonopol vorbehalten hat und den Parteien dadurch eine parteiautonome Gestaltung ihres Rechtsverhältnisses versagt, z.B. bei der Scheidung der Ehe, die nur durch richterlichen Gestaltungsakt geschieden werden kann (§ 1564 Abs. 1 S. 1 BGB).

11

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

12

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

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

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

- 13 Konflikte werden durch einen Richter entschieden. Die Lehre vom (Zivilprozess-)Verfahrensrecht ist damit **Streitentscheidungslehre**,¹⁰ auch wenn immer stärker Elemente der Vermittlung und Schlichtung, also der **Streitbehandlung** Eingang in das zivilprozessuale Verfahren finden.
- 14 In das Stadium des Zivilprozesses gelangt jedoch nur ein geringer Teil aller privaten Streitigkeiten, der Großteil endet zeitlich davor bzw. führt trotz Weiterbestehens des Streits nicht zu einem Zivilprozess. Trotzdem war man in der Vergangenheit der Ansicht, dass die ordentlichen Gerichte mit der Zahl der Streitigkeiten, die vor ihnen ausgetragen wurden, überlastet waren. Die aktuellen Zahlen zeigen ein anderes Bild: nach einer Prozessflut in den 70er und 80er Jahren gibt es eher eine Ebbe, etwa seit 1995. Seit 2000 sinkt das Geschäftsaufkommen deutlich – allerdings bei längerer Verfahrensdauer.¹¹
- 15 Außerhalb des staatlichen Prozesses werden Streitfälle zunächst durch rein **soziale Lösungsmechanismen** beendet, indem ein Dritter, z.B. ein Verwandter oder Freund schlichtet, ohne dass dieses „Verfahren“ in irgendeiner Weise formalisiert oder institutionalisiert wäre. Zum Teil lassen auch soziale Begebenheiten eine Streitaustragung vor Gerichten nicht zu, weil es in der jeweiligen sozialen Struktur (z.B. einem kleinen Dorf oder in einer stark persönlich oder emotional geprägten Dauerbeziehung) nicht opportun ist, gegen einen anderen zu klagen. Rechtssoziologische Studien haben ergeben, dass Parteien in nur punktuellen oder anonymen Beziehungen deutlich stärker geneigt sind, ihr Recht im Prozess durchzusetzen als Parteien in dauerhaften oder wiederkehrenden Sozialbeziehungen.¹²
- 16 Auch die Hemmschwelle vor einem staatlichen Instanzenzug, dessen Mechanismen den meisten Bürgern unbekannt sind, oder die Angst vor erheblichen Kosten bzw. Rechtsunsicherheit führen dazu, dass ein Streit nicht vor Gericht ausgetragen, sondern klein beigegeben wird. Die Rechtssoziologie erfasst diese Mechanismen unter dem Stichwort der **Mobilisierung von Recht**.¹³
- 17 Konfliktregelung erfolgt zumeist durch den Einsatz Dritter, seien dies Verwandte, Sachverständige oder Verbraucherberater. Im Zivilprozess besonders bedeutend ist der Einsatz des Rechtsanwalts: Rechtsanwälte sollen für eine Objektivierung des Streits sorgen, indem sie den Rat suchenden Bürger verantwortungsbewusst beraten. Rechtsanwälte zeigen den meist rechtsunkundigen Parteien die ihnen möglicherweise bis dahin unbekannte, nur „erahnte“ oder „gefühlte“ Rechtslage auf und können die Streitenden so u.U. zu einer außergerichtlichen Verständigung bewegen. Die Frage, ob die Sicht des Rechtsanwalts eingeschränkt ist, weil sie nur rechtsorientiert ist und dabei dazu neigt, die Interessen der Parteien außer Acht zu lassen, wird heute dadurch relati-

10 *Breidenbach*, Mediation, 1995, S. 2.

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

12 *Raiser*, Das lebende Recht, S. 426.

13 *Raiser*, a.a.O., S. 404.

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

IV. Alternative Streitbeilegung

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

Folgt man der Theorie einer Konfliktverarbeitung, nach der jeder Streitfall die ihm nach seinem Ursprung und Charakter gemäße Behandlung finden sollte, so entsteht eine unvoreingenommene Sicht sowohl auf alternative Formen der Streitbeilegung als auch auf die zivilprozessuale Streitentscheidung selbst. Zwar sehen sich Juristen gern als die Marktführer, zumindest auf dem Markt der Streitentscheidung, an; sie können aber auf der Grundlage dieser Theorie aus ihrer Sicht alternative Formen eher als dem konkreten Konflikt angemessen betrachten, denn als unerwünschte Konkurrenz. 19

Ein wesentlicher Grund dafür, dass die Politik alternative Streitbeilegung diskutiert, ist in der notwendigen Entlastung der Gerichte zu sehen. Zum Teil wird auch eine qualitative Verbesserung der Streitbeilegung erhofft, weil manche Formen alternativer Streitbeilegung zu einer umfassenden Erörterung mit allen Beteiligten geeignet sind. Dabei treten z.T. wesentlich tiefer liegende Konfliktursachen auf, die im Rahmen des durch striktes Recht organisierten Zivilprozesses nicht gelöst werden können. 20

1. Gerichtliche Streitbeilegungsmechanismen

Streitbehandlungsmechanismen werden zunehmend in den Zivilprozess integriert: Durch das Zivilprozessreformgesetz¹⁶ wurde durch § 278 Abs. 2 eine **zwingende Güterverhandlung** eingeführt, die jeder streitigen Verhandlung vorausgehen hat (§ 10 Rn. 1 ff.). 21

2. Außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen

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

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

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

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

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

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

prozessrechte der Mitgliedstaaten verwehrt. Inzwischen bemüht sie sich auf der Grundlage des Art. 169 AEUV (Verbraucherschutz) um die außergerichtliche Streitbeilegung in Verbraucherstreitigkeiten. Die Entwicklung der EU im Bereich der Verbraucherstreitbeilegung mündete 2013 in den Erlass einer Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten (ADR-RIL)¹⁸ und einer Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten (ODR-VO)¹⁹. Diese RIL verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung der Verfügbarkeit von außergerichtlichen Streitbeilegungsstellen für Verbraucherstreitigkeiten. 2016 ist das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG) in Kraft getreten, durch das die ADR-RIL umgesetzt und die ODR-VO durchgeführt werden.²⁰ ◀

a) Obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung

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

- 23 Seit 1999 haben die Bundesländer die Möglichkeit, für bestimmte zivilrechtliche Fälle eine obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung vorzuschreiben.²¹ Die Landesgesetzgeber werden durch eine Öffnungsklausel in § 15 a EGZPO ermächtigt, bei Streitigkeiten, deren Streitwert unter 750 € liegt, obligatorisch den Gang vor eine Gütestelle anzuordnen. Die Regelung in NRW hat das BVerfG 2007 als verfassungsgemäß angesehen. Es sah keine Verletzung des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs.²² Erst nach einem erfolglosen Einigungsversuch kann dann Klage vor einem Gericht erhoben werden. Die Schlichtung kann nicht bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nachgeholt werden, sondern muss vor Klagerhebung erfolgen. Der BGH hat den Gerichten nahegelegt, unzulässige Klagen, bei denen noch kein Schlichtungsverfahren durchgeführt wurde, schon nicht zuzustellen.²³ Das Fehlen des Streitschlichtungsverfahrens kann auch noch in der Berufungsinstanz gerügt werden, wenn die erste Instanz zu Unrecht die Klage für zulässig hielt und ein Sachurteil erließ. Das erstinstanzliche

18 Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten), ABl. L 165/63 vom 18.6.2013.

19 Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten), ABl. L 165/1 vom 18.6.2013.

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

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

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

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

Urteil ist aufzuheben und die Klage als unzulässig abzuweisen.²⁴ Anwendungsfälle dieser obligatorischen Streitschlichtung sind nachbarrechtliche Streitigkeiten und Auseinandersetzungen wegen Verletzung der persönlichen Ehre, die nicht in Presse oder Rundfunk begangen worden sind. Die entsprechenden Gesetze der Länder, die hiervon Gebrauch gemacht haben, sind im Beck-Text unter § 15 a EGZPO abgedruckt. Schlichter sind z.B. in Bayern alle Notare und Rechtsanwälte, die von der Rechtsanwaltskammer als Schlichter zugelassen worden sind.

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

Durch obligatorische Streitschlichtung ist es nicht zu einer Erhöhung der Vergleichsquote und damit zu einer spürbaren Entlastung der Ziviljustiz gekommen. Die Auswertung amerikanischer Erfahrungen, die wesentlich umfassender sind als die deutschen, zeigte hier bereits ein eher ernüchterndes Bild. Die ersten Erfahrungen mit der obligatorischen Güteverhandlung sind denn auch negativ.²⁵ Auch kann bei Parteien, die nicht willens sind, sich zu einigen, der obligatorische Gang vor eine Schlichtungsstelle eher zu einer Verlängerung des Streitverfahrens führen als zu einer Verkürzung.²⁶

24

► **VERTIEFUNG:** Zur Vermeidung des oft als lästig empfundenen Schlichtungsverfahrens wird die „**Flucht in das Mahnverfahren**“ angetreten, da in diesem Fall gem. § 15 a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 EGZPO kein obligatorischer Einigungsversuch erforderlich ist. Kommt es im Verfahren zu einer Klageerweiterung (§ 264 Nr. 2) oder -änderung (§ 263), muss nicht erneut das Schlichtungsverfahren durchgeführt werden.²⁷ Wird die Klage aufgrund einer unzutreffenden Ermittlung des Streitwerts zunächst vor dem LG erhoben und verweist dieses den Rechtsstreit wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit gemäß § 281 Abs. 1 an das AG, so ist die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens nicht erforderlich.²⁸ ◀

b) Mediation

Literatur:

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

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

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

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

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

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

25 Die Mediation ist die in Deutschland bedeutendste Erscheinung der Alternative Dispute Resolution (ADR),²⁹ die ein Oberbegriff für eine Vielzahl von Ansätzen der Konfliktbehandlung ist. Diese werden seit geraumer Zeit als quasi umfangreicher Feldversuch in den USA getestet, aber auch in Europa³⁰ und anderen Ländern verbreiten sich diese Verfahren zusehends. In den USA hat sich eine wahre Technologie des Konfliktmanagements entwickelt. Allerdings darf man den Hintergrund nicht außer Acht lassen: Dies ist vor allem die Schwäche des US-amerikanischen Zivilprozesses. Vor allem der sog. *pretrial discovery*, ein außergerichtliches, ausschließlich in der Hand der Parteien liegendes Beweisverfahren,³¹ führt zu enormen Kosten, Zeitverzug und auch Offenlegung von Betriebsinterna, das die Parteien vermeiden wollen, indem sie auf ADR-Verfahren ausweichen. In Europa war die Mediations-Richtlinie für grenzüberschreitende Mediationsfälle in Zivil- und Handelssachen bis zum 20.5.2011 in nationales Recht umzusetzen.³² Durch das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21.7.2012³³ – also mit mehr als einjähriger Verspätung – wurde ein deutsches Mediationsgesetz geschaffen. Damit wird die europäische Mediationsrichtlinie in nationales Recht umgesetzt. Die Umsetzung betrifft aber nicht nur – wie von der Richtlinie gefordert – den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr, sondern erfasst jede, auch die rein nationale Mediation. Art. 1 definiert Mediation als ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben. Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt. Um die Qualifikation des Mediators zu sichern, wird der Begriff des zertifizierten Mediators eingeführt. Es soll zwischen dem „Mediator“ und dem „zertifizierten Mediator“ unterschieden werden. Ein zertifizierter Mediator hat eine Ausbildung abgeschlossen, die bestimmte Ausbildungsstandards nach der Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren erfüllt. Wesentlicher Streitpunkt im Gesetzgebungsverfahren war die Frage der gerichtlichen Mediation, die als Modellversuch an einigen Gerichten in den Bundesländern durchgeführt worden war. Das Gesetz schafft die gerichtliche Mediation ab, als Kompromiss wurde der sog. Güterichter aufgewertet (§ 278 Abs. 5), indem festgehalten wird, dass dem Güterichter alle Methoden der Konfliktbeilegung „einschließlich der Mediation“ zur Verfügung stehen.³⁴ Das Gericht kann gem. § 278 a Abs. 1 den Parteien die Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen. Weitere Diskussionspunkte im Gesetzgebungsverfahren waren neben der Vollstreckbarkeit einer Mediationsvereinbarung die Vertraulichkeit der Mediation (s. § 159 Abs. 2). Die Vollstreckbarerklärung der Mediationsvereinbarung kann gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. § 797 durch Protokollierung bei einem deutschen Gericht oder Beurkundung durch einen deutschen Notar erfolgen. Die Vollstreckungsfähigkeit der Mediation

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

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

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

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

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

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

onsvereinbarung kann gem. § 796 a auch durch Vereinbarung in Form eines anwaltlichen Vergleiches erfolgen.

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

c) Schiedsgerichtsbarkeit

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist im 10. Buch der ZPO geregelt (§§ 1025 ff.). International gilt das weltweit verbreitete New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.6.1958 (UNÜ).³⁵ Schiedsgerichtsbarkeit ist wohl die bekannteste und verbreitetste außergerichtliche Möglichkeit, einen Streit auf der Grundlage der Vereinbarung der Parteien durch einen Dritten entscheiden zu lassen. Die Tätigkeit der Schiedsgerichte steht der richterlichen Streitentscheidung in vielen Punkten sehr nah, sie verwirklicht insbesondere eine qualitativ gleichwertige **gerichtliche Tätigkeit**. In Handelsverträgen ist sehr häufig eine Schiedsklausel enthalten, die eine Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zulasten der staatlichen Gerichte bewirkt. Die genannten Zahlen schwanken zwischen 50 und 90 %. Je stärker der internationale Charakter des Vertrages ist bzw. je größer das Unternehmen bzw. das Vertragsvolumen ist, desto häufiger werden Schiedsklauseln in die Verträge aufgenommen.³⁶ Der Streit um die verspätete Einführung der Lkw-Maut in Deutschland wurde ab 2004 wie selbstverständlich vor einem Schiedsgericht ausgetragen! Rein quantitativ ist die Schiedsgerichtsbarkeit keine Konkurrenz zu staatlichen Gerichtsverfahren, dazu ist die Gesamtzahl der Verfahren viel zu gering.³⁷

26

Wird ein staatliches Gericht trotz einer **Schiedsvereinbarung** (Vertrag zwischen den Parteien, der die schiedsrichterliche Zuständigkeit begründet) angerufen, so hat das Gericht die Klage als unzulässig abzuweisen, wenn sich eine Partei auf die Schiedsvereinbarung beruft (sog. **Schiedseinrede**, § 1032, s. Schema B III 1). Der Schiedsspruch hat zwischen den Parteien die **Wirkung eines rechtskräftigen Urteils** (§ 1055). Dies hat zur Folge, dass ein staatliches Gericht an die (materielle) Rechtskraft eines Schiedsspruchs gebunden ist und dass ein Schiedsspruch mithilfe des Staates wie ein Urteil vollstreckt werden kann (§ 1060). Der Schiedsspruch ist nur unter den engen Voraussetzungen des § 1059 aufhebbar. Eine Überprüfung in der Sache findet nicht statt. Da in der Schiedsgerichtsbarkeit regelmäßig nur eine Instanz durchgeführt wird, stellt sie

27

35 Kommentierung bei MüKo-ZPO/Adolphsen, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 1061 Anh. 1. Kurzdarstellung der Schiedsgerichtsbarkeit Adolphsen, Europäisches Zivilverfahrensrecht, S. 333.

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

37 www.repo.uni-hannover.de/bitstream/handle/123456789/95/Zivilprozessinzahlen.pdf?sequence=1&isAllowed=y (abgerufen 4.9.2019).

eine zeitlich günstigere Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit dar. Kostengünstiger ist sie regelmäßig dann, wenn man die Kosten des einen Schiedsverfahrens in Relation zu den Kosten eines typischen staatlichen Instanzenzuges setzt. Vergleicht man die Kosten des Schiedsverfahrens dagegen mit erstinstanzlichen Kosten, so ist das staatliche Verfahren häufig kostengünstiger. Ein Vorteil für die Parteien liegt darin, dass sie Experten als Schiedsrichter für den jeweiligen Rechtsstreit wählen können, was im staatlichen Verfahren aufgrund der notwendig festgelegten Geschäftsverteilung (Recht auf den gesetzlichen Richter) ausscheidet.

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

V. Zivilprozessrecht in der Gesamtrechtsordnung

- 29 Die ZPO datiert vom 30.1.1877³⁸ und gehört zusammen mit dem Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) und der Strafprozessordnung (StPO) zu den Reichsjustizgesetzen von 1877. Dazu gehörte auch die Konkursordnung (KO), die am 1.1.1999 durch die Insolvenzordnung (InsO) abgelöst wurde.
- 30 Zivilprozessrecht ist, wie die anderen Verfahrensordnungen auch, **Teil des öffentlichen Rechts**, da es zwar der Durchsetzung privater Rechte dient, aber das Verhältnis zwischen den Parteien und dem Gericht regelt. Besonders die Wirkung der Entscheidung sowie die Kraft der Vollstreckungsmaßnahmen beruhen auf der öffentlichen Gewalt des Staates, dem die Parteien unterworfen sind. Mit dem Privatrecht zusammen bildet das Zivilprozessrecht das Zivilrecht. Es regelt die Einrichtung und Voraussetzung der Zivilrechtspflege, die Art und die Wirkungen des Rechtsschutzes und das Verfahren zu seiner Realisierung.

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