



**Vorlesung ZPO I (Erkenntnisverfahren), SS 2015 – 1. Teil**

*-von Dr. Hartmut Rensen, Richter am Oberlandesgericht,  
Köln-*

# 1. Einführung

## **Inhalt der Veranstaltung und gesetzlicher Hintergrund:**

**§ 3 Abs. 2 S. 1 NJAG** und **§ 16 Nr. 2 Buchst. d NJAVO**, d.h. jedenfalls die hier vermittelten Grundzüge sind Pflichtstoff und können nicht nur für Kandidaten eines entsprechenden Schwerpunkts Gegenstand der Prüfung zum 1. Staatsexamen sein. Für das für Ihre berufliche Perspektive bedeutsamere 2. Staatsexamen werden die hier vermittelten Grundzüge schließlich vorausgesetzt. Allerdings geht die praktische Bedeutung noch deutlich hierüber hinaus. Kurz: Damit Sie nicht nur wissen, wer welche Rechte hat, sondern auch wissen, wie diese Rechte durchgesetzt werden können, sollten Sie sich mit dem Zivilprozessrecht unbedingt schon während des Studiums beschäftigen.

## **Materialien zur Vor- und Nachbereitung:**

1. *Schilken*, Zivilprozessrecht, 7. Aufl., München 2014;
2. *Zimmermann*, ZPO-Fallrepetitorium, 10. Aufl., Heidelberg 2015;
3. [zpoblog.de](http://zpoblog.de) (u.a. mit meinen Repetitoriumsskripten von 2014).

# 1. Einführung

## a) Der Begriff des Zivilprozesses

- Der Zivilprozess ist das staatlich geregelte Verfahren zur hoheitlichen Feststellung (Erkenntnisverfahren) und Durchsetzung (Zwangsvollstreckungsverfahren = Einzelzwangsvollstreckungs- und Insolvenzverfahren) privater Rechte. Vgl. *Schilken*, Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Rn. 1.

## b) Der Begriff des Zivilprozessrechts

- Das Zivilprozessrecht ist die Gesamtheit aller geschriebenen und ungeschriebenen Normen, die das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor den staatlichen Gerichten regeln. Vgl. dazu *Schilken*, Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Rn. 3.

# 1. Einführung

**Frage:** Gehören das Zivilprozessrecht allgemein und insbes. die ZPO zum öffentlichen Recht oder handelt es sich um Privatrecht?

**Antwort:** Da das Zivilprozessrecht die hoheitliche Tätigkeit der Zivilgerichte regelt und das Prozessrechtsverhältnis der Parteien nur im Hinblick auf diese hoheitliche Tätigkeit eines staatlichen Organs geregelt wird, handelt es sich beim Zivilprozessrecht um öffentliches Recht (Sonderrechtstheorie). Vgl. dazu *Schilken*, Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Rn. 5.

# 1. Einführung

## c) Die Zwecke des Zivilprozesses

- Von Verfassungs wegen: Erfüllung des Justizgewährungsanspruchs gemäß Art. 2 Abs. 1 iVm. Art 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 47 GRCh als Kehrseite des mit dem Rechtsstaat nach unserem Verständnis untrennbar verbundenen staatlichen Gewaltmonopols.

Art. 19 Abs. 4 GG enthält seinem Wortlaut folgend eine spezielle Bestimmung für Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt und ist folglich bürgerliche Rechtsstreitigkeiten betreffend nicht anwendbar. Deshalb bedarf es hier des Rückgriffs auf den allgemeinen Justizgewährungsanspruch (vgl. etwa BVerfG, NJW 2003, 1924).

# 1. Einführung

- Herstellung materieller Gerechtigkeit, wenn man Gerechtigkeit als vorläufiges Ergebnis des demokratischen und rechtsstaatlichen Gesetzgebungsprozesses versteht (vgl. *Schilken*, Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Rn. 10)

1. Einwand: Was ist materielle Gerechtigkeit? – Darüber gibt es trotz entsprechender Diskussionen seit der Antike keine Einigkeit. Im demokratischen Rechtsstaat kann materielle Gerechtigkeit nur in der richtigen Anwendung von Recht und Gesetz gefunden werden, weil sich darin die maßgebenden Vorstellungen des demokratische legitimierten Gesetzgebers wiederfinden. Keinesfalls darf der Richter eigene Vorstellungen ohne gesetzliche Legitimation hierzu zur Grundlage seiner Entscheidung machen.

2. Einwand: „... Ein System, das die Entscheidbarkeit aller aufgeworfenen Probleme gewährleisten muss, kann nicht zugleich die Richtigkeit der Entscheidung garantieren. ...“, so zutreffend *Niklas Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 4. Aufl., FaM 1997, S. 21. Daher ist die Zielerreichung stets nur näherungsweise möglich. Dass der Gesetzgeber dies durchaus ebenso gesehen hat, zeigen zum einen die Rechtsmittel- und Wiederaufnahmევorschriften, zum anderen die Bestimmungen über die von der Richtigkeit der Entscheidung unabhängige Rechtskraft.

# 1. Einführung

- Erzielung von Rechtsfrieden (vgl. *Schilken*, Zivilprozessrecht, 7. Auf., Rn. 12).
- Rechtssicherheit durch endgültige Entscheidungen (Rechtskraft, §§ 322, 705 ZPO). Vgl. *Schilken*, Zivilprozessrecht, 7. Auf., Rn.15.
- Keinesfalls hingegen soziale Gestaltung – allenfalls kann das materielle Recht gewissen sozialen Zwecken dienen, wie z.B. das Mieterhöhungen und Kündigungen von Mietverhältnissen betreffende Recht und das gesamte Verbraucherschutzrecht. Vgl. *Schilken*, Zivilprozessrecht, 7. Auf., Rn. 16. Ausnahmsweise gibt es auch Bestimmungen des Prozessrechts, die sozialen Gesichtspunkten Rechnung tragen, wie z.B. das Prozesskostenhilferecht (§§ 114 ff. ZPO).

# 1. Einführung

**Kleiner Fall:** Der Bundesgesetzgeber plant eine Entlastung der Justiz und beabsichtigt zu diesem Zweck, den Weg zu den staatlichen Gerichten erst für bürgerliche Streitigkeiten mit Streitwerten von mehr als 100,- EUR zu eröffnen. Streitigkeiten mit Streitwerten von bis zu 100,- EUR sollen nur noch vor privaten Schiedsstellen ausgetragen werden können. Der Bundestagsabgeordnete Bedenklich befragt dazu den wissenschaftlichen Dienst des Bundestages. Was wird dieser ihm hinsichtlich des Gesetzesvorhabens mitteilen?



# 1. Einführung

**Lösung:** Er wird ihm mitteilen, dass der für den Zivilprozess nicht in Art. 19 Abs. 4 GG, sondern in Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG geregelte (vgl. BVerfG, NJW 2003, S. 1924) Justizgewährungsanspruch dem entgegensteht. Denn für jede bürgerliche Rechtsstreitigkeit muss danach ein zumutbarer Weg eröffnet sein, gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen (vgl. BVerfG, NJW 1992, S.105).

# 1. Einführung

**Kleiner Fall:** Der E ist Eigentümer eines Mehrfamilienhauses in der Hamburger Hafenstraße. Alle Häuser der Straße und darunter auch das ihm gehörende sind von unbekanntem Personen besetzt, die auch die Straße blockiert haben und dem E jeden Zutritt zum Haus verweigern. Auf Anfrage erklärt der Polizeipräsident dem E, er sei nicht in der Lage, das Haus räumen und zu lassen und dem E den Zutritt zu verschaffen. Der E fragt, was er tun kann. Was wird sein Rechtsanwalt antworten?

# 1. Einführung

**Lösung:** Einen zivilrechtlichen Vollstreckungstitel kann E nicht erwirken, solange er die Hausbesetzer nicht zu individualisieren vermag und dem steht gewöhnlich schon der ständige Wechsel der Personen entgegen. Er kann also auf dem Verwaltungsrechtsweg gegen die Weigerung der Ordnungsbehörde bzw. der Polizei vorgehen und insofern eine Leistungsklage erheben. Scheitert dies, bleibt ihm nur der Weg über die durch Notwehrrechte (§ 32 StGB, § 227 BGB) gerechtfertigte Selbsthilfe. Nimmt der Staat sein Gewaltmonopol nicht wahr und eröffnet dem Rechtsinhaber keinen geregelten Weg der Rechtsdurchsetzung, so tritt das staatliche Gewaltmonopol also grds. zurück.

# 1. Einführung

## c) Abgrenzung von anderen Gerichtsverfahren (Rechtswege)

### aa) Verwaltungsgerichtsverfahren

- § 40 VwGO und § 13 GVG: öffentlich-rechtliche im Gegensatz zu bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (bekannter Theorienstreit: Interessen-, Subordinations und Sonderrechtstheorie);

- Sonderzuweisungen für Amtshaftungssachen, § 839 BGB, Art. 34 S. 3 GG.

# 1. Einführung

bb) arbeitsgerichtliche Streitigkeiten (an sich bürgerliche Rechtsstreitigkeiten iSd. § 13 GVG, aber Sonderzuweisung in §§ 2 ff. ArbGG);

cc) finanzgerichtliche Streitigkeiten (an sich § 40 VwGO, aber Sonderzuweisung gem. § 33 FGO);

dd) sozialgerichtliche Streitigkeiten (an sich § 40 VwGO, aber Sonderzuweisung gem. § 51 SGG);

ee) Strafprozesse (ordentliche Gerichtsbarkeit – vgl. StPO);

ff) Freiwillige Gerichtsbarkeit (ordentliche Gerichtsbarkeit – vgl. FamFG).

# 1. Einführung

**Frage:** Wo hat der Bundesgerichtshof (BGH) seinen Sitz und wie ist die ordentliche Gerichtsbarkeit aufgebaut?

**Antwort:** Der BGH sitzt in Karlsruhe und mit einem Strafsenat in Leipzig. Als erstinstanzliche Gericht fungieren in der ordentlichen Gerichtsbarkeit die Amts- und Landgericht (AG bzw. LG). Als Berufungs- und Beschwerdegerichte werden die LG und die Oberlandesgerichte (OLG) tätig. Der Bundesgerichtshof ist zuständig für Rechtsbeschwerden und Revisionen.

# 1. Einführung

**Kleiner Fall:** Der Geschäftsführer der Eintröglich-GmbH ist von den Gesellschaftern aus wichtigem Grund gem. § 38 GmbHG abberufen worden und sein Anstellungsvertrag ebenfalls aus wichtigem Grund gem. § 626 BGB gekündigt worden. Er meint, beide Maßnahmen seien rechtswidrig und will sich dagegen wehren. Muss er ein Arbeitsgericht oder muss er ein Zivilgericht anrufen?

**Lösung:** Aus § 5 Abs. 1 S. 3 GmbHG ergibt sich, dass der gem. § 35 GmbHG zur Vertretung der Gesellschaft berufene Geschäftsführer nicht Arbeitnehmer ist. Deshalb greift § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG nicht ein. Dementsprechend bleibt es gem. § 13 GVG bei der Eröffnung des Rechtsweges zu den ordentlichen Zivilgerichten. Das gilt jedenfalls, solange die Abberufung nicht eingetragen ist, weil solange die Vertretungsmacht besteht.

# 1. Einführung

d) Abgrenzung von Verwaltungsverfahren (etwa nach VwVfG) und Gesetzgebungsverfahren (nach GG sowie GOBTag und GOBRat).

Verfahren der Judikative im Gegensatz zu

- Verfahren der Exekutive (Regierung und Verwaltung) und
- Verfahren der Legislative.

(Aber: Auch Behörden der Judikative betreiben exekutive Verfahren, z.B. zwecks Beförderung von Richtern. Nicht jede Tätigkeit der Gerichte ist also judikativer Natur, sondern nur die Rechtsprechung.)



# 1. Einführung

**e) Frage:** Das Zivilprozessrecht regelt zwar grds. nur das Verfahren vor staatlichen Gerichten, die ZPO enthält aber in den §§ 1025 ff. (10. Buch: Schiedsrichterliches Verfahren) auch gewisse Regeln für nichtstaatliche Verfahren. Warum ist das so?

**Antwort:** Weil gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 4a ZPO aus Entscheidungen über die Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen (§§ 1060 f. ZPO) vollstreckt werden kann, also der Staat hier nichtstaatlichen Entscheidungen in gewissem Umfang hoheitliche Wirkung verleiht. Das hat schon wegen der Bindung aller Hoheitsgewalt an die Grundrechte und die grundrechtsgleichen Recht gewisse unabdingbare Voraussetzungen.

# 1. Einführung

## f) Überblick über den Gang eines gewöhnlichen Zivilprozesses im Erkenntnisverfahren (vgl. Musterakte)

aa) Klageerhebung, § 253 ZPO

bb) Mündliche Verhandlung, §§ 128 ff. und insbes. § 137 ZPO

cc) Beweisaufnahme, §§ 284 ff. und §§ 355 ff. ZPO

dd) Urteil, §§ 300 ff. ZPO

ee) Rechtsmittel, §§ 511 ff. ZPO

ff) Rechtskraft, §§ 322 ff., 705 ZPO

gg) Wiederaufnahme, §§ 578 ff. ZPO

*gg) Bundesverfassungsgericht (BVerfGG, GG), EuGH (Verfahrensordnung des Gerichtshofs und Art. 251 ff. AEUV), EGMR (Verfahrensordnung des EGMR und EMRK)*

## 2. Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben

### a) Rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG

- Herleitung: zum einen Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG), zum anderen Menschenwürdegehalt (Art. 1 Abs. 1 GG – Objektformel);
- persönlicher Schutzbereich den Zivilprozess betreffend: Parteien und unmittelbar in ihren Rechten betroffene Dritte (Streithelfer; Zeugen, soweit Zeugnis- und Aussageverweigerungsrechte berührt sind; Prozessbevollmächtigte, soweit Berufsfreiheit berührt ist, z.B. bzgl. Gebühren);
- sachlicher Schutzbereich: 1. Informationspflicht (Vorherigkeitsgrds.), 2. Äußerungsrecht (Recht, nicht Pflicht), 3. Berücksichtigungspflicht (Grenze: Art. 103 Abs. 1 GG schützt nicht davor, dass Vorbringen aus Gründen des materiellen oder formellen Rechts unberücksichtigt bleibt, vgl. BVerfG, NJW1997, S.2310 <2312> = Anhören bedeutet nicht Erhören);
- Ausnahmen: bei Dringlichkeitsfälle und Fälle der Vereitelungsgefahr (z.B. im einstweiligen Rechtsschutz gem. § 921 ZPO oder im Rahmen der Zwangsvollstreckung gem. § 834 ZPO), aber lediglich Ausnahme von der Vorherigkeit, d.h. zwingend Nachholung geboten (vgl. BVerfG, NJW1959, S. 427 <428>).

## 2. Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben

**Kleiner Fall:** Der Jurastudent K klagt gegen den B eine Kaufpreisforderung in Höhe von 550,- EUR ein. Die für die Sache zuständige Richterin am Amtsgericht Osnabrück übersieht im Laufe des Verfahrens allerdings, dass der K für die umstrittene Frage der Annahme seines Angebotes durch den B den Zeugen Z benannt hat und weist die Klage den Regeln der Beweislast folgend ab. Der K findet heraus, dass er wegen § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO gegen das Urteil nicht Berufung erheben kann, und fragt seinen Dozenten D, was er tun kann. Was wird der ihm erklären?

**Lösung:** Er wird ihm erläutern, dass § 321a ZPO für diesen Fall die Anhörungsrüge eröffnet.

## 2. Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben

**Abwandlung:** Angenommen, der K habe nicht lediglich 550,- EUR eingeklagt, sondern 600,01 EUR. Wie lautet die Antwort in diesem Fall?

**Lösung:** Dann ist nach § 511 Abs. 1 ZPO die Berufung statthaft und § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO steht der Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht entgegen.

**Weitere Abwandlung:** Angenommen, der K habe nach der Zustellung des Urteils, mit dem das Amtsgericht seine auf Zahlung von 600,01 EUR gerichtete Klage abgewiesen hat, wegen eines zwischenzeitlichen Urlaubs 6 Wochen gewartet, das Urteil erst dann gelesen und dabei die Gehörsverletzung durch Übergehen des Beweisantrages (Zeuge Z) entdeckt. Was gilt hier?

**Lösung:** Fest steht, dass die Berufung hier wegen Ablaufs der Einlegungsfrist (§ 517 ZPO) unzulässig ist. Fraglich ist zum einen, ob bei zwar statthaftem Rechtsmittel z.B. gem. § 511 Abs. 1 ZPO, aber Unzulässigkeit etwa wegen Fristablaufs gem. § 517 ZPO eine unanfechtbare Entscheidung iSd. § 321a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO vorliegt. Das wird z.T. bejaht (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, § 321a Rn. 5), lässt sich aber mit Blick auf den Zweck der Anhörungsrüge nicht vertreten. Bejaht man dennoch die Statthaftigkeit der Anhörungsrüge, ist zum anderen fraglich, ob die Rügefrist bei Glaubhaftmachung der verspäteten Kenntniserlangung (§ 321a Abs. 2 S. 1 ZPO) noch nicht abgelaufen ist.

## 2. Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben

**Frage:** Eine sog. Überraschungsentscheidung liegt immer dann vor, wenn das Gericht seine Entscheidung auf einen tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkt zu stützen beabsichtigt, mit dem die betroffene Partei bzw. ihr Prozessbevollmächtigter auch unter Beachtung der im Prozess gebotenen Sorgfalt nicht zu rechnen brauchte und der von keiner Partei erörtert worden ist. Das ist z.B. dann der Fall, wenn der BGH ohne entsprechende Ankündigung seine st. Rspr. zu ändern beabsichtigt und die Parteien diese Möglichkeit nicht erörtert haben. Solche Entscheidungen verstoßen gegen die aus Art. 103 Abs. 1 GG folgende Informationspflicht, weil hier den Parteien die zumutbare Möglichkeit genommen wird, sich zu den entscheidungserheblichen Gesichtspunkten vor der Entscheidung zu äußern. Auf welche Weise hat der Gesetzgeber versucht, solche Entscheidungen zu verhindern?

**Antwort:** Durch ein über Art. 103 Abs. 1 GG deutlich hinausreichendes Verbot von Überraschungsentscheidungen in § 139 Abs. 2 ZPO als Teil der richterlichen Hinweispflichten.

**Zusatzfrage:** Inwiefern reicht § 139 Abs. 2 ZPO über Art. 103 Abs. 1 GG hinaus, inwiefern bleibt die Norm hinter Art. 103 Abs. 1 GG zurück?

**Antwort:** Hinaus reicht die Hinweispflicht, soweit sie nicht von der Beachtung der prozessual gebotenen Sorgfalt abhängt. Zurück bleibt die einfachrechtliche Pflicht, soweit sie für Nebenforderungen nicht gelten soll. Nebenforderungen sind z.B. Zinsforderungen nach § 291 BGB.

## 2. Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben

### **b) Gesetzlicher Richter, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG**

- Was bedeutet „gesetzlicher Richter“? Welche Erwägungen stehen hinter der verfassungsrechtlichen Gewährleistung?
- „Gesetzlicher Richter“ ist zum einen nur der unparteiliche Richter, zum anderen erfordert die Garantie eine abstrakt-generelle Bestimmung des zuständigen Richters schon vor dem Eingang der Klage. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG soll den aus den Jahren 1933 bis 1945 bekannten Manipulationen im Zusammenhang etwa mit der Gerichtsbesetzung und Zuständigkeiten vorbeugen.

## 2. Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben

**Kleiner Fall:** Der Kläger K führt mit all seinen Nachbarn außergerichtliche Auseinandersetzungen, darunter auch mit dem Richter am Amtsgericht in Osnabrück R. Dieser hat ihm vor einiger Zeit erklärt, er werde sich die Beschwerden nicht einen Tag länger anhören. Der K möge sich an den Rechtsanwalt des R wenden, wenn er seine lächerlichen Beschwerden fortsetzen wolle. Er selbst habe wichtigere Dinge zu tun. Als der K nun den Nachbarn B verklagt, erfährt er, dass nach dem Geschäftsverteilungsplan des Amtsgerichts der R für die Sache zuständig ist. Er fragt seinen Rechtsanwalt, wie er den R als zuständigen Richter „loswerden“ könne. Was wird der Rechtsanwalt antworten?

**Lösung:** Der Rechtsanwalt wird ihm zu einer Ablehnung wegen Befangenheit nach den §§ 42 ff. ZPO raten.

**Frage:** Angenommen, der nach erfolgreicher Ablehnung zuständige Richter legt dem K im Rahmen der Güteverhandlung nach § 278 Abs. 2 ZPO dar, dass die Klage nach seiner vorläufigen Würdigung keinen Erfolg haben könne, und der K lehnt daraufhin den Richter ab. Wie wird das Verfahren fortgesetzt?

**Antwort:** Grds. hat der abgelehnte Richter das Gesuch (§ 44 Abs. 1, 2 und 3 ZPO) vollständig aufzunehmen, die Verhandlung danach sofort zu unterbrechen, eine dienstliche Äußerung zum Gesuch abzugeben (§ 44 Abs. 3 ZPO), die Sache dem zur Entscheidung über das Gesuch berufenen Richter vorzulegen (§ 45 ZPO) und mit der Fortsetzung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Bescheidung des Ablehnungsgesuchs abzuwarten (Wartepflicht). Ausnahmsweise kann aber das Verfahren nach § 47 ZPO fortgesetzt werden, und ganz ausnahmsweise kommt auch eine sofortige Verwerfung des Gesuchs als unzulässig wegen Prozessverschleppung durch den abgelehnten Richter selbst in Betracht.



## 2. Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben

**Frage:** Wie kommt es, dass der SPIEGEL bei ehrverletzender Berichterstattung nicht stets vor dem Landgericht Hamburg verklagt wird, sondern u.U. auch vor dem Landgericht Köln?

**Antwort:** Zwar sieht die Zivilprozessordnung in den §§ 12 ff. ZPO den Vorgaben des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG entsprechend abstrakt-generelle Regeln für Gerichtsstände vor und regelt § 32 ZPO für die hier in Betracht kommende unerlaubte Handlung durch Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts den Tatort als besonderen Gerichtsstand. Jedoch versteht man darunter nicht nur den Handlungsort, sondern auch den Erfolgsort, so dass § 32 ZPO etwa im Presserecht zum sog. „fliegenden Gerichtsstand“ führt. I.E. können deshalb die auf Klagen im Bereich des Presserechts spezialisierten Rechtsanwälte das Gericht mit der ihren Mandanten günstigsten Rechtsprechung zum Persönlichkeitsrecht auswählen.

Hinzu kommt hier, dass im Presserecht oft nur Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes stattfinden, bei denen wegen § 542 Abs. 2 S. 1 ZPO eine Revision nicht stattfindet. Dementsprechend kann der Bundesgerichtshof hier die Rspr. nicht vereinheitlichen, so dass der Gerichtsstandswahl eine größere Bedeutung als üblich zukommt. Anderes gilt allerdings, soweit es um Entschädigung in Geld geht, weil hier nicht im einstweiligen Rechtsschutz vorgegangen wird.

## 2. Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben

### c) Rechtswahrnehmungs- und –schutzgleichheit, Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG

**Frage:** Was kann derjenige tun, der den nach § 12 GKG an das Gericht zu zahlenden Prozesskostenvorschuss und die Rechtsanwaltskosten für die Prozessführung nicht zu ragen vermag?

**Antwort:** Er kann nach den §§ 114 ff. ZPO die Bewilligung von Prozesskostenhilfe beantragen.

**Frage:** Welche Voraussetzungen hat die Bewilligung von Prozesskostenhilfe außer einem entsprechenden Antrag?

**Antwort:** Gemäß § 114 S. 1 ZPO setzt sie die Bedürftigkeit iSd. §§ 115 ff. ZPO, hinreichende Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung bzw. –verteidigung sowie mangelnde Mutwilligkeit voraus.

**Frage:** Darf bei der Prüfung der Erfolgsaussicht schon Beweis erhoben werden? Darf das Gericht die prognostizieren, dass eine Beweisaufnahme nicht erfolgreich sein wird, etwa weil der als Zeuge angebotene Angehörige nicht glaubwürdig erscheine?

**Antwort:** Nein, die Beweisaufnahme ist dem Hauptsacheverfahren vorbehalten und eine Beweisantizipation ist grds. nicht zulässig.

**Frage:** Wie kann eine finanziell nicht leistungsfähige Partei staatliche Hilfe bei der außergerichtlichen Hinzuziehung eines Anwalts erlangen?

**Antwort:** Im Wege der Bewilligung von Beratungshilfe nach dem BerHG.

## 2. Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben

### d) Waffengleichheit, Art. 3 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG sowie Art. 6 Abs. 1 EMRK

**Fall:** Der K nimmt die B-GmbH auf Rückzahlung eines Darlehens in Anspruch. Die GmbH bestreitet zwar nicht den Geldempfang, behauptet aber unter Benennung des Angestellten Z als Zeugen, dass die Rückzahlung anlässlich eines Treffens von Z und K schon erfolgt sei. Der K bestreitet dies, hat aber dafür wegen der Vier-Augen-Situation keinen Zeugen. Was kann er tun?

**Lösung:** Er kann sich zwar als Partei selbst zur Vernehmung anbieten. Die eigene Vernehmung hängt aber gem. § 447 ZPO von dem unwahrscheinlichen Einverständnis des Gegners ab. Da die Voraussetzungen des § 448 Abs. 1 ZPO insofern nicht vorliegen, als der K noch nicht den sog. „Anbeweis“ geführt hat, bliebe er nach der Zivilprozessordnung an sich beweislos und hinge sein Erfolg daher ohne Gegenbeweis allein von der Führung des Hauptbeweises ab. Nach der Rspr. insbes. des EGMR (NJW 1995, S. 1413 f.) muss aber dem Gegner zwecks Waffengleichheit auch in einer „Vier-Augen-Situation“ eine Möglichkeit zugebilligt werden, den Gegenbeweis zu führen. Das kann hier durch erweiternde Auslegung des § 448 ZPO geschehen oder durch bloße Parteianhörung nach § 141 ZPO. Wenn auch die Anhörung kein Beweismittel des Strengbeweises ist, stehen sich Parteivernehmung und –anhörung doch im Rahmen des § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO gleich (vgl. auch BGH, NJW-RR 2006, S. 61ff.).

## 2. Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben

**Frage:** Was gilt im Falle einer „Vier-Augen-Situation“, wenn nicht der Gegner der beweispflichtigen Partei ohne Beweismittel ist, sondern die beweispflichtige Partei?

**Antwort:** Nach BAG, NJW 2007, S. 2427 f. kann auch die beweispflichtige Partei durch Benennung der eigenen Person zwecks Vernehmung oder Anhörung den Beweis führen. Das dürfte indessen falsch sein, weil die Frage nach der Ungleichheit hier insofern nicht aufgeworfen ist, als Beweisprobleme jede Partei treffen können, und weil das vom BAG als ausschlaggebend angesehene rechtliche Gehör nicht davor schützt, dass ein Antrag aus Gründen des Prozessrechts, also auch des § 448 ZPO, unberücksichtigt bleibt. Richtig ist allerdings, dass die betroffene Partei nach § 137 Abs. 4 ZPO in der mdl. Verh. das Wort hätte verlangen und Stellung nehmen können. Das wäre nach § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO zu würdigen gewesen.

## 2. Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben

### e) Willkürverbot, Art. 3 Abs. 1 GG, und unzulässige Rechtsfortbildung, Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG

**Frage:** Einigkeit besteht darin, dass das Bundesverfassungsgericht kein „Superrevisionsgericht“ sein soll (!) und deshalb einerseits die Anwendung des einfachen Rechts nicht – wie ein Revisionsgericht – vollumfänglich kontrollieren darf. Andererseits kann der durch Art. 20 Abs. 3 GG verbürgte Rechtsstaat umfassend nur gewährleistet werden, wenn das einfache Recht zutreffend angewendet wird, und die in Art. 20 Abs. 2 GG vorgesehene Gewaltenteilung ist nur dann gewährleistet, wenn sich die Fachgerichte an die Grenzen ihrer Befugnisse halten. Deshalb muss das Bundesverfassungsgericht in gewissem Umfang die Anwendung auch des einfachen Rechts kontrollieren, und zwar auf objektive Willkür und auf Einhaltung der Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung. Wann liegt objektive Willkür vor? Inwieweit ist Rechtsfortbildung durch Fachgerichte zulässig?

**Antwort:** BVerfG, NJW 1997, S.2305 (2307) – „Willkür liegt ... vor, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder der Inhalt einer Norm in krasser Weise missdeutet wird.“ BVerfG, NJW 2011, S. 1723 – „Der Richter darf sich nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen. Er muss die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren und den Willen des Gesetzgebers auch unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung bringen. Dabei ist den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung zu folgen ... Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, keinen Widerhall im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder – bei Vorliegen einer erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke – stillschweigend gebilligt wird, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein...“

## 2. Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben

### **f) Faires Verfahren, Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG**

- BVerfG, NJW 1991, S. 1878: „An diesem Gebot sind nur solche Beschränkungen Verfahrensbeteiligter zu messen, die von den speziellen Gewährleistungen des Grundgesetzes nicht erfasst werden.“

- BVerfG, NJW 1988, S. 2787: „Der Richter muss das Verfahren so gestalten, wie die Parteien des Zivilprozesses es von ihm erwarten dürfen: Er darf sich nicht widersprüchlich verhalten ..., darf aus eigenen oder ihm zuzurechnenden Fehlern oder Versäumnissen keine Verfahrensnachteile ableiten ... und ist allgemein zur Rücksichtnahme gegenüber den Verfahrensbeteiligten in ihrer konkreten Situation verpflichtet...“

### **g) Allgemeiner Justizgewährungsanspruch, Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG**

## 2. Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben

**Kleiner Fall:** Der Bundesgesetzgeber hat für Rechtsstreitigkeiten mit Streitwerten von bis zu 100,- EUR zwar nicht den Weg zu den staatlichen Gerichten ausgeschlossen, er hat aber die gerichtlichen Gebühren mit dem Ziel heraufgesetzt, Klagen in diesem Bereich zu vermeiden. Für die Zustellung einer Klage mit einem Streitwert von bis zu 100,- EUR ist nun ein Vorschuss von 10.000,- EUR zu leisten. Der Klamm möchte nach dem Scheitern eines Güteverfahrens Klage auf Zahlung von 20,- EUR erheben und fragt, ob er gegen die neue Regelung den Vorschuss betreffend erfolgreich Verfassungsbeschwerde erheben kann. Wie ist die Rechtslage?

**Zusatzfrage:** Kann das Gericht, wenn es die neue Bestimmung für verfassungswidrig hält und meint, dass eine verfassungskonforme Auslegung ausscheidet, die Bestimmung ohne weiteres außer Acht lassen? Darf es sie verwerfen?

## 2. Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben

**Lösung: 1.** Bedenklich ist die neue Bestimmung im Hinblick auf den im ersten Fall schon erwähnten Justizgewährungsanspruch aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG als Kehrseite des staatlichen Gewaltmonopols, der allen Rechtsuchenden einen zumutbaren Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz garantiert. Zwar steht diese Garantie als solche der Erhebung von Kosten einschließlich Vorschüssen nicht entgegen (vgl. BVerfG, NJW 1992, S. 1673). Diese dürfe aber nicht außer Verhältnis zum Rechtsschutzinteresse stehen und die Erlangung gerichtlichen Rechtsschutzes nicht deshalb unzumutbar erschweren. Hier dürfte die Regelung den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht genügen, weil es dem Gesetzgeber nicht um die zulässige Kostendeckung ging, sondern um die Nichtinanspruchnahme des Rechtsweges. Das ist ein Zweck, der von vornherein unzulässig ist, weil er sich gegen die verfassungsrechtlich gebotene Justizgewähr richtet.

**2.** Allerdings dürfte eine sofortige Verfassungsbeschwerde im Hinblick auf das Gebot der Rechtswegerschöpfung gemäß § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG unzulässig sein. Denn hier ist hinsichtlich der Vorauszahlung die Beschwerde nach § 67 GKG eröffnet.

**3.** Nein, das Verwerfungsmonopol steht wegen Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG allein dem BVerfG zu. Erforderlich ist die Aussetzung des Verfahrens und die Einleitung einer konkreten Normenkontrolle durch einen Beschluss des Gerichts über die Vorlage der betreffenden Frage beim BVerfG.



## 2. Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben

**Kleiner Fall:** Der K nimmt seinen Unfallgegner B wegen Schadenersatzes und Schmerzensgeldes in Anspruch. Das Gerichtsverfahren hat bis zum Urteil insgesamt 22 Jahre in Anspruch genommen. Er fragt sich, ob er auch wegen der überlangen Verfahrensdauer eine Entschädigung verlangen kann. Wie ist die Rechtslage?

**Lösung:** Zwar verletzt die überlange Verfahrensdauer sowohl Art.6 Abs. 1 EMRK als auch den allgemeinen Justizgewährungsanspruch nach Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG in seiner Ausprägung als Gebot effektiven Rechtsschutzes (verspäteter Rechtsschutz kommt oft Rechtsschutzverweigerung gleich!), das BVerfGG lässt es aber nicht zu, dem Bf. eine Entschädigung zu gewähren und § 839 BGB hat Voraussetzungen, die idR. nicht dargetan werden können. Bis zu der vom EGMR veranlassten (vgl. etwa NJW 2006, S. 2389 ff.) Einführung der §§ 198 ff. GVG bestand daher nach dt. Recht idR. keine Möglichkeit, eine Entschädigung zu erlangen. Nunmehr steht zwar § 198 GVG bereit. Danach bedarf es aber einer Verzögerungsrüge im Verfahren, die hier fehlt. Daher bleibt für diesen „Altfall“ nur der Weg zum EGMR, der im Gegensatz zum BVerfG eine Entschädigung zusprechen kann.

## 2. Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben

**Frage:** Was gilt, wenn eine überlange Verfahrensdauer nicht auf einer verzögerlichen Behandlung der Sache durch das nationale Fachgericht beruht, sondern auf einer Verzögerung seitens des EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens?

**Antwort:** Der EGMR rechnet diese Verzögerung jedenfalls gegenwärtig (noch) nicht hinzu, weil sie nicht auf der Mitgliedstaat schließlich seine Kompetenzen als Gerichtsherr auf die die EU übertragen hat und sich auf diese Weise nicht seinen Mitgliedspflichten nach der EMRK entziehen können sollte. Wie sich der EGMR im Ernstfall dazu verhält, wenn der EuGH den Beitritt verhindert, bleibt abzuwarten. Für § 198 GVG dürften die gleichen Grundsätze gelten.

## 2. Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben

### h) Art. 47 GRCh und das Zusammenwirken von EuGH und BVerfG

**Kleiner Fall:** Angenommen, ein Oberlandesgericht legt eine Bestimmung der Verordnung des Europäischen Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) entgegen der Rspr. des EuGH aus, ohne dem EuGH eine entsprechende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen. Was kann der nachteilig Betroffene unternehmen?

**Lösung:** Er kann seine abweichende Rechtsauffassung mit einer Nichtzulassungsbeschwerde bzw. Revision weiterverfolgen und zugleich hilfsweise die Vorlage beim EuGH anregen. Kommt der BGH dem nicht nach, kann er im Wege einer Verfassungsbeschwerde gestützt auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gegen die BGH-Entscheidung vorgehen.

# 3. Verfahrensgrundsätze bzw. -maximen

**a) Dispositionsmaxime**, d.h. den Parteien und hier insbes. dem Kläger obliegt die Entscheidung über die Einleitung und die Beendigung sowie den Gegenstand des Verfahrens, vgl. etwa §§ 269, 306, 307 und 308 ZPO.

„iudex ne eat ultra petita partium“

**b) Verhandlungsmaxime bzw. Beibringungsgrundsatz**, d.h. der Tatsachenvortrag und der Beweis streitiger Tatsachen obliegen jedenfalls grds. den Parteien, vgl. § 138 ZPO und §§ 355 ff. ZPO.

„iura novit curia“                      „da mihi facta, dabo tibi ius“

Darlegungslast = die dem materiellen Recht zu entnehmende Antwort auf die Frage, wer das Risiko mangelnden Tatsachenvortrages trägt.

Beweislast = die dem materiellen Recht zu entnehmende Antwort auf die Frage, wer das Risiko mangelnden Beweises trägt.

Substantiierung = der nach den jeweiligen Tatbestandsmerkmalen der zu prüfenden Norm gebotene Grad an Konkretetheit des Tatsachenvortrages.

**c) Grundsatz der Mündlichkeit**, vgl. zum einen § 128 ZPO, zum anderen § 495a ZPO.

- Aber: konkludente Inbezugnahme des schriftsätzlichen Vortrages bis zur mündlichen Verhandlung durch Bezugnahme auf schriftsätzlichen angekündigte Anträge.

# 3. Verfahrensgrundsätze bzw. -maximen

**d) Grundsatz der Öffentlichkeit**, vgl. §§ 169 ff. GVG.

**e) Grundsatz der Unmittelbarkeit**, vgl. §§ 309, 355 ZPO einerseits und § 375 ZPO andererseits.

**f) Konzentrationsmaxime und Beschleunigungsgrundsatz**, vgl. §§ 275 f. ZPO und § 296 ZPO.

- Absoluter Verzögerungsbegriff, Ausnahme: Durchlauftermin.

- Verfassungsrechtlich gem. Art. 103 Abs. 1 GG iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG gebotene Einschränkung der Präklusion nach § 296 ZPO durch folgende zusätzliche Merkmale: Alleinverantwortlichkeit der Partei für Verzögerung, d.h. z.B. keine gerichtliche Mitverantwortung wegen Verletzung der Hinweispflicht, und keine andere Abwendungsmöglichkeit der Verzögerung durch das Gericht, wie z.B. kurzfristige Ladung.

**g) Grundsatz der freien Beweiswürdigung**, vgl. § 286 ZPO.

- Aber: Tatsächliche Vermutungen (z.B. Vollständigkeit und Richtigkeit von Urkunden) sowie Anscheinsbeweise (z.B. Alleinverschulden nach Spurwechsel).

# 4. Rechtsquellen

## a) Zivilprozessordnung (**ZPO**)

- Gehört – wie auch GVG und GKG - zu den am 30. Januar 1877 beschlossenen und am 1. Oktober 1879 beschlossenen Reichsjustizgesetzen. Der eingangs abgebildete Adolph Leonhardt (6. Juni 1815 bis 7. Mai 1880) war als preußischer Justizminister maßgeblich an diesen Gesetzen und darunter auch an der CPO bzw. ZPO beteiligt.

**Frage:** Woran sieht man die Gesetzesgeschichte der Zivilprozessordnung auch heute noch besonders deutlich?

**Antwort:** An dem in § 869 ZPO vorgesehenen Verweis auf ein besonderes Gesetz. Denn mangels einheitlichen Sachenrechts – das BGB trat erst am 1. Januar 1900 in Kraft - konnte der Gesetzgeber von 1877 die Immobiliervollstreckung nicht detailliert einheitlich regeln.

- Evtl. schon sehr bald neuerliche ZPO-Reform (vgl. Erörterungen des 70. DJT).

## b) Gerichtsverfassungsgesetz (**GVG**)

# 4. Rechtsquellen

c) Gerichtskostengesetz (**GKG**), Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (**RVG**)

d) Deutsches Richtergesetz (**DRiG**), Bundesrechtsanwaltsordnung (**BRAO**), Rechtspflegergesetz (**RPfIG**)

e) **GG, EMRK, GRCh**

f) **EU-Verordnungen**, wie z.B. die EuGVVO

g) **MiZi** (Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen)

# 5. Organe

## a) Gericht und Richter

**aa) Unparteilichkeit** bzw. Neutralität, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (s.o.)

Sicherung durch Regeln über:

- Ausschließung kraft Gesetzes, § 41 ZPO;
- Befangenheitsablehnung, §§ 42 ff. ZPO;
- Selbstablehnung, § 48 ZPO.



# 5. Organe

## **bb) Zuständigkeit bzw. Besetzung**

- Amtsgericht, § 23 GVG => Einzelrichter, § 22 Abs. 1 GVG
  
- Landgericht, § 71 GVG => Kammer gem. §§ 59 f. GVG, es sei denn Einzelrichterzuständigkeit nach §§ 348 f. ZPO (weitere Besonderheit: Kammern für Handelssachen, §§ 349 ZPO, 93 ff. GVG)

# 5. Organe

## cc) Qualifikation und Unabhängigkeit

- § 5 Abs. 1 DRiG – Befähigung zum Richteramt
- Art. 97 GG – sachliche und persönliche Unabhängigkeit

# 5. Organe

## b) Rechtspfleger

**aa)** Kein Organ der Rechtsprechung iSd. Grundgesetzes; Rechtsprechung im verfassungsrechtlichen Sinne ist Richtern gem. Art. 92 HS. 1 GG vorbehalten (vgl. BVerfG, NJW 2000, S. 1709):

=> Keine Geltung der Justizgrundrechte ieS. (z.B. Art. 101 Abs. 1 S. 2, Art. 103 Abs. 1 GG), sondern lediglich der für alle Verfahren geltenden grundrechtsgleichen Rechte (z.B. Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 3 Abs. 1 GG) ;

=> Verfahren vor dem Rechtspfleger können nicht den verfassungsrechtlichen Justizgewährungsanspruch erfüllen und gegen Rechtspflegerentscheidungen muss deshalb stets ein Rechtsbehelf zum Richter eröffnet sein (Hintergrund von § 11 Abs. 2 RPflG).

# 5. Organe

**bb)** Keine Unabhängigkeit von Verfassungs wegen, sondern lediglich begrenzt und kraft einfachen Rechts, und zwar sachlich gem. § 9 RPflG.

**cc)** Unparteilichkeit und Bindung nur an Recht und Gesetz ebenfalls nur kraft einfachen Rechts, §§ 9 f. RPflG.

**dd)** Kein gesetzlicher Rechtspfleger (h.M.), da Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht anzuwenden ist, sondern lediglich Zuständigkeit kraft Geschäftsverteilungsplan und damit verbundene Selbstbindung.

# 5. Organe

**ee)** Qualifikation gem. § 2 RPfLG (Studium an einer FH für Rechtspflege und berufspraktische Zeit).

**ff)** Keine allgemeine Zuständigkeit des Rechtspflegers, sondern lediglich Übertragung bestimmter einzelner Geschäfte insbes. gem. § 3 RPfLG (in der Praxis z.B. Kostenfestsetzung gem. §§ 104 ff. ZPO und Erteilung qualifizierter Klauseln, §§ 726 ff. ZPO).

**gg)** Rechtsmittel: § 11 RpflG, d.h. entweder reguläres Rechtsmittel oder sofortige Erinnerung.

**hh)** Wirksamkeit eines vom Richter ungeachtet der Übertragung an den Rechtspfleger vorgenommenen Geschäfts, § 8 Abs. 1 RPfLG.

# 5. Organe

## **c) Urkundsbeamter der Geschäftsstelle (UdG)**

- Zuständig z.B. für Erteilung einfacher Klauseln (§ 724 ZPO) sowie für die Veranlassung von Zustellungen und die Aktenführung. Als Rechtsbehelf ist hier die Erinnerung nach § 573 ZPO eröffnet.

## **d) Gerichtsvollzieher (GV)**

- Organ der Zwangsvollstreckung (z.B. bei Herausgabevollstreckung oder Pfändung beweglicher Sachen), das neben den o.g. Rechtsgrundlagen insbes. die GVGA als Verwaltungsvorschrift zu beachten hat. Als Rechtsbehelf ist hier die Erinnerung gem. § 766 ZPO eröffnet.

# 5. Organe

**Kleiner Fall:** Der Gläubiger G hat gegen den Schuldner S ein Urteil über die Zahlung von 10.000,- EUR erwirkt. § 724 ZPO entnimmt er, dass er zur Zwangsvollstreckung eine sog. einfache Vollstreckungsklausel benötigt, für die der UdG zuständig ist. Nachdem er die Erteilung derselben beantragt hat, erhält er die Ausfertigung zwar mit einer einfachen Klausel zurück, entdeckt aber, dass diese vom Richter unterzeichnet worden ist. Er fragt sich, ob er eine wirksame Vollstreckungsklausel vor sich hat. Wie lautet die Antwort?

**Lösung:** Zwar ist nach § 724 Abs. 2 ZPO der UdG funktionell zuständig gewesen, aber nach § 8 Abs. 5 RPflG kann ein Rechtspfleger die Aufgaben des UdG wirksam ausführen und nach § 8 Abs. 1 RPflG kann ein Richter wiederum die Aufgaben des Rechtspflegers wirksam ausführen. Dementsprechend kann man vertreten, dass die Ausführung durch den Richter nicht die Unwirksamkeit der Klausel zur Folge hat. Gegen diese Lösung spricht allerdings, dass § 8 Abs. 1 RPflG ausdrücklich nur dem Rechtspfleger übertragene Geschäfte betrifft und um eine solches handelt es sich bei den in § 8 Abs. 5 RPflG geregelten Geschäften gerade nicht.

# 6. Parteien und ihre Vertreter

**a)** Kontradiktorisches Verfahren => Zwei-Parteien-Prinzip (idR. Kläger und Beklagter, Antragsteller und Antragsgegner, Gläubiger und Schuldner)

=> Weitere Beteiligte treten stets entweder als Streitgenossen (§§ 59 ff. ZPO) oder als Streithelfer (§§ 66 ff. ZPO) einer Seite auf.

=> Verbot von Insichprozessen (Ausnahme iwS. Organstreitigkeiten in Gesellschaften).

=> Ungeachtet der Beteiligung mehrerer Personen bestehen stets nur zweiseitige Prozessrechtsverhältnisse, so dass die Kosten jeweils nur innerhalb desjenigen Prozessrechtsverhältnisses, in dem sie ihren Grund haben, verteilt werden können (vgl. Baumbach'sche Formel).



# 6. Parteien und ihre Vertreter

## b) Parteibegriff und Konsequenzen

**aa)** Formeller Parteibegriff, d.h. Bestimmung des Gegners allein aufgrund des Begehrens des Klägers und nicht mit Rücksicht auf die materielle Rechtslage (=> wenn der Kläger die materielle Rechtslage falsch beurteilt und z.B. anstelle der Gesellschaft den Gesellschafter verklagt, hat er das Risiko zu tragen und wird den Prozess kostenpflichtig verlieren).

**bb)** Auslegung der Klageschrift bei Unklarheiten (analog §§ 133, 157, 242 BGB: Wen wollte der Kläger mit der Klageschrift erkennbar in Anspruch nehmen?).

**cc)** Sog. Rubricsberichtigung analog § 319 ZPO nur dann, wenn die Identität der nunmehr benannten Partei mit derjenigen der in der Klageschrift bezeichneten übereinstimmt. Anderenfalls kommt nur eine subjektive Klageänderung iSd. § 263 ZPO in Betracht, in der auch eine Klagerücknahme gem. § 269 ZPO gegen die zunächst verklagte Partei liegt.

# 6. Parteien und ihre Vertreter

c) Wer kann Partei sein? – Parteifähigkeit, § 50 ZPO (= Fähigkeit als Partei an einem Prozess teilzunehmen = aktive und passive Parteifähigkeit = erste Prozesshandlungsvoraussetzung)

- § 50 Abs. 1 ZPO: Derjenige, der (nach materiellem Recht) rechtsfähig ist.

- Zum verfassungsrechtlichen Hintergrund vgl. Ausführungen zum Justizgewährungsanspruch gem. Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG.

=> Die Regelung des § 50 Abs. 1 ZPO ist von Verfassungs wegen geboten. Denn bliebe der Parteifähigkeit hinter der Rechtsfähigkeit zurück, könnten bestimmte Rechte nicht auf dem Klagewege durchgesetzt werden.

# 6. Parteien und ihre Vertreter

**Frage:** Sind oHG und KG parteifähig? Was gilt für die GbR (= BGB-Gesellschaft) und was für nicht-rechtsfähige Vereine?

**Antwort:** Die Parteifähigkeit der Personenhandelsgesellschaften oHG und KG ergibt sich aus § 50 Abs. 1 ZPO iVm. § 124 Abs. 1 HGB bzw. § 50 Abs. 1 ZPO iVm. § 124 Abs. 1, § 161 Abs. 2 HGB.

Obgleich eine § 124 HGB vergleichbare Vorschrift für die GbR fehlt, ist die GbR teilrechts- und damit gem. § 50 Abs. 1 ZPO parteifähig, wenn es sich um eine Außengesellschaft handelt (vgl. BGH, NJW 2001, S. 1056 ff.).

Die Parteifähigkeit des nicht-rechtsfähigen Vereins folgt aus der speziellen Vorschrift des § 50 Abs. 2 ZPO.

# 6. Parteien und ihre Vertreter

**Frage:** Was gilt für Wohnungseigentümergeinschaften, was für Erbengemeinschaften? Worin liegt der Grund für den Unterschied? Was gilt für polit. Parteien und Gewerkschaften?

**Antwort:** Während sich die Parteifähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft aus § 10 Abs. 6 S. 5 WEG ergibt, sind Erbengemeinschaften als solche nicht parteifähig (vgl. BGH, NJW 2006, S. 3715). Es bleibt hier bei der Parteifähigkeit nur der einzelnen Erben. Der Unterschied lässt sich keineswegs aus Unterschieden bei der gemeinsamen Willensbildung o.ä. erklären, sondern hinter den Sonderregeln des WEG stehen Gesichtspunkte der Praktikabilität bei der Verwaltung des Wohnungseigentums.

Für polit. Parteien sieht § 3 PartG die Parteifähigkeit vor, für Gewerkschaften folgt selbige aus § 10 ArbGG hinsichtlich des Verfahrens vor Arbeitsgerichten und im Übrigen gilt § 50 ZPO abhängig von der Organisationsform der jeweiligen Gewerkschaft.

# 6. Parteien und ihre Vertreter

**d)** Wer vertritt die Parteien im Prozess?

**aa)** Ausgangspunkt der Überlegungen:  
Prozessfähigkeit gem. § 51 ZPO (= Fähigkeit der Partei, ihre Rechte im Prozess selbst wahrzunehmen = weitere Prozesshandlungsvoraussetzung)

**bb)** Verweis auf das materielle Recht der Geschäftsfähigkeit, § 51 Abs. 1, § 52 ZPO

# 6. Parteien und ihre Vertreter

## cc) Prozessfähigkeit und gesetzliche Vertretung Minderjähriger

- Gem. § 52 ZPO sind diejenigen Personen prozessfähig, die voll geschäftsfähig iSd. §§ 104 ff. BGB sind.
- Dagegen reicht eine beschränkte Geschäftsfähigkeit grds. nicht für die Parteifähigkeit aus, weil damit ein Schwebezustand eintreten würde, der von außerprozessualen Umständen abhinge. Das liefe dem oben erörterten Sinn und Zweck des Zivilprozesses (verbindliche Feststellung des materiellen Rechts) zuwider.
- Allerdings sind beschränkt geschäftsfähige Minderjährige parteifähig, soweit sie nach den §§ 112, 113 BGB Rechtsgeschäfte umfassend vornehmen können.
- Gesetzliche Vertretung gem. § 1629 Abs. 1 S. 1 BGB durch die Eltern.

# 6. Parteien und ihre Vertreter

## **dd) Prozessfähigkeit und gesetzliche Vertretung bei Betreuung**

- Da die Einrichtung einer Betreuung nicht ohne weiteres die Geschäftsunfähigkeit des Betreuten zur Folge hat (§§ 1896 ff. BGB), liegt Geschäftsunfähigkeit nur im Einzelfall vor und bedarf es der gesetzlichen Vertretung durch den Betreuer gem. § 53 ZPO nur dann, wenn ein solcher Einzelfall vorliegt.
- Tritt allerdings ein bestellter Betreuer in dem Verfahren als Vertreter des Betreuten auf, hat das die Fiktion der Geschäftsunfähigkeit des Betreuten zur Folge. Fortan ist allein das Verhalten des Betreuers als gesetzlicher Vertreter maßgebend, § 53 ZPO.
- Andere gilt allerdings bei Einrichtung eines Einwilligungsvorbehalts, der auch den vorliegenden Zivilprozess betrifft, § 1903 BGB.

# 6. Parteien und ihre Vertreter

## ee) Gesetzliche Vertretung von Gesellschaften durch Geschäftsführer

- z.B. GbR gem. §§ 709, 714 BGB: im Zweifel gemeinschaftliche Vertretung durch sämtliche Gesellschafter

- z.B. GmbH gem. § 35 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 GmbHG im Zweifel durch die Geschäftsführer gemeinschaftlich



## 6. Parteien und ihre Vertreter

**ff) Frage:** Was hat zu geschehen, wenn eine Partei nicht ordnungsgemäß gesetzlich vertreten ist?

**Antwort:** Gem. § 57 ZPO ist ein Prozesspfleger zu bestellen.

**gg) Frage:** Was gilt bei vollmachtloser Vertretung?

**Antwort:** Das regelt § 89 ZPO.

# 6. Parteien und ihre Vertreter

## hh) Anwaltliche Vertretung

- (1.) Anwaltszwang, § 78 ZPO, und Ausnahme gem. § 78 Abs. 3 ZPO (z.B. bei Pkh-Antrag, § 117 Abs. 1 S. 1 HS. 2 ZPO)
- (2.) Reichweite der Prozessvollmacht, §§ 80 ff. ZPO
- (3.) Prüfung gem. § 56, § 88 Abs. 2 ZPO zwar grds. von Amts wegen, aber bei anwaltlicher Vertretung nur auf Rüge.
- (4.) Notanwalt, § 78b ZPO
- (5.) Qualifikation, Zulassung und Voraussetzungen: §§ 4 ff. BRAO
- (6.) Stellung: einerseits § 1 BRAO (unabhängiges Organ der Rechtspflege), andererseits § 3 BRAO (berufener Berater und Vertreter der Partei)

# 7. Prozesshandlungen

## a) Des Gerichts

aa) Unter **formalen** Gesichtspunkten, § 160 Abs. 3 Nr. 6 ZPO

(1.) Urteile, §§ 300 ff. ZPO

(a) End- und Zwischenurteile, § 300, § 303 ZPO

- Unechte Zwischenurteile zwischen einer Partei und einem Dritten, z.B. gem. § 71 Abs. 1, 135 Abs. 2 und 3, § 142 Abs. 2, § 144 Abs. 2, § 372a, § 387, § 402 ZPO

- Echte Zwischenurteile zwischen den Parteien, z.B. gem. § 280 ZPO (über Zulässigkeit der Klage und Verfahrensfortsetzung) oder nach § 303 ZPO (über andere prozessuale Vorfragen)

# 7. Prozesshandlungen

(b) Grundurteile, § 304 ZPO

(c) Vorbehaltsurteile, §§ 302, 305, 305a, 599, 602, 605a ZPO (= auflösend bedingte Urteile)

(d) Verzichts- und Anerkenntnisurteile, §§ 306, 307 ZPO

(e) Unechtes Versäumnisurteil und echtes Versäumnisurteil, §§ 330 ff. ZPO, sowie erstes und (technisch) zweites Versäumnisurteil, § 345 ZPO)

(f) Kontradiktorische Urteile und andere Urteile

(g) Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsurteile

(h) Prozess- und Sachurteile

# 7. Prozesshandlungen

(i) Fällung und Verkündung von Urteilen: §§ 309, 310-312 ZPO (Stuhllurteile und andere Urteile)

(j) Form: §§ 313 ff. ZPO (Rubrum; Tenor zu Hauptsache, Kosten und vorläufiger Vollstreckbarkeit; Tatbestand und Entscheidungsgründe bzw. Gründe; Unterschriften)

(k) Wirkung: Bindungswirkung nach § 318 ZPO, materielle und formelle Rechtskraft, §§ 322, 705 ZPO, sowie Tatbestandswirkung nach § 314 ZPO und Nebeninterventionswirkung gem. § 68 ZPO

(l) Zustellung und Ausfertigung, § 317 ZPO

(m) unterschiedliche Korrekturmöglichkeiten, §§ 319 ff. ZPO

(n) Rechtsmittel und andere Rechtsbehelfe, §§ 321a, 511 ff., 542 ff., 578 ff. ZPO

# 7. Prozesshandlungen

## (2.) Beschlüsse

(a) Ergehen nicht aufgrund mündlicher Verhandlung (aber: Urteile im schriftlichen Verfahren gem. §§ 276, 331 Abs. 3 ZPO oder nach § 341 Abs. 2 ZPO).

(b) Form: § 329 ZPO.

(c) Wirkung: Evtl. analog § 318 ZPO.

(d) Rechtsmittel: §§ 567 ff., 574 ff. ZPO

# 7. Prozesshandlungen

## (3.) Verfügungen

(a) Mit oder ohne Außenwirkung

(b) nicht des Spruchkörpers, sondern des Vorsitzenden, des Rechtspflegers oder des UdG

(c) Rechtsmittel: §§ 567 ff., §§ 574 ff. ZPO oder Erinnerung, § 573 ZPO

# 7. Prozesshandlungen

## bb) Formelle und materielle Prozessleitung

(1.) Formell: insbes. §§ 136, 145, 147, 148 ff. ZPO

(2.) Materiell: z.B. § 139 ZPO – richterliche Hinweispflicht

- Korrespondiert mit dem Beibringungsgrundsatz und hier insbes. mit § 138 ZPO.

- Hat Berührungspunkte zum Recht der Befangenheitsablehnung, §§ 42 ff. ZPO.

- Weitere Bestimmungen über die materielle Prozessleitung: z.B. §§ 273, 504 ZPO.

## cc) Sitzungspolizei, §§ 176 ff. GVG



# 7. Prozesshandlungen

## b) Prozesshandlungen der Parteien

### aa) Bedeutung

- Abgrenzung von Prozesshandlungen einerseits und materiell-rechtlichen Handlungen andererseits u.a. wegen der Wirkungen im Prozess und materiell-rechtlich sowie wegen der Wirksamkeitsvoraussetzungen entweder nur im materiellen Recht (z.B. §§ 104 ff. BGB) oder (auch) im Prozessrecht.

- z.B. Doppelnatur des Prozessvergleichs

# 7. Prozesshandlungen

## bb) Begriff

- Systematische Prozesshandlungslehre (vgl. z.B. BGH, NJW 2010, S. 1662): Nur ein Verhalten der Parteien, dessen Wirkungen und Voraussetzungen im Prozessrecht geregelt sind.
- Funktionelle Prozesshandlungslehre (hLit): Verhalten, das sich auf Prozess bezieht und dort Wirkungen hat, d.h. auch vor- und außerprozessuale Verträge-.
- Die Lehren selbst erlauben kaum einmal einen Rückschluss auf die Beantwortung der jeweils maßgebenden Fallfrage. Vielmehr muss ausgehend vom Gesetz in jedem Einzelfall ermittelt werden, ob die Handlung in ihrer Wirksamkeit allein materiell-rechtliche oder auch prozessuale Voraussetzungen hat sowie welche Wirkung ihr im Prozess zukommen. So sind Prozesshandlungen – anders als materiell-rechtliche Handlungen – grundsätzlich bedingungsfeindlich, weil die anderenfalls entstehende Schwebelage die prozessuale Klärung aufgeworfener Fragen nicht erlaubte. Diesem Gedanken entsprechend sind wiederum innerprozessuale Bedingungen idR. unbedenklich, weil sie im selben Prozess geklärt werden können.

# 7. Prozesshandlungen

## cc) Arten von Prozesshandlungen

- Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen, d.h. entweder ohne unmittelbare Wirkung für das Verfahren und nur zweck Einflussnahme auf das Gericht vorgenommen (z.B. Sachanträge im Rahmen einer Klage) oder aber mit unmittelbarer Wirkung auf das Verfahren (z.B. Anerkenntnis gem. 307 ZPO und Klagerücknahme nach § 269 ZPO)

- Sach- und Prozessanträge, Behauptungen und Bestreiten

- Angriffs- und Verteidigungsmittel (vgl. § 282 Abs. 1 ZPO), die von selbständigen Angriffen (z.B. Widerklage) zu unterscheiden sind; Bedeutung: Wegen der Verspätung können nur Angriffs- und Verteidigungsmittel zurückgewiesen werden, nicht aber selbständige Angriffe (d.h. zwar kann Aufrechnung präkludiert werden, nicht aber Widerklage; dort kommt nur Verspätung wegen Antragstellung nach Schluss der mdl. Verh. in Betracht).

# 7. Prozesshandlungen

## dd) Wirksamkeitsvoraussetzungen = Prozesshandlungsvoraussetzungen

- Faustformel = 3xP, 2xF (Partei-, Prozess- und Postulationsfähigkeit sowie Form und Frist)
- Aktive oder passive Parteifähigkeit gem. § 50 ZPO, s.o.
- Prozessfähigkeit nach §§ 51 ff. ZPO, s.o.
- Ordnungsgemäße gesetzliche Vertretung (z.B. bei GmbH), s.o.
- Postulationsfähigkeit des vor Gericht auftretenden Vertreters (wirksame Zulassung des Anwalts bei Anwaltszwang).
- Form ist zwar nicht einheitlich geregelt. Oft sieht die ZPO aber eine bestimmte Form vor, z.B. gem. § 253 ZPO bei der Klageschrift oder gem. § 519 ZPO für die Berufungsschrift. Wird eine vorgesehene Form nicht eingehalten, muss das aber nicht stets zur Unwirksamkeit führen, sondern kann auch die Unzulässigkeit einer Klage oder eines Rechtsmittels zur Folge haben.  
Eine Klagerücknahme anlässlich einer mdl. Verh. muss hingegen protokolliert, verlesen und genehmigt werden zur Wirksamkeit, § 160 Abs. 3 Nr. 8, § 162 ZPO.

# 7. Prozesshandlungen

- Erklärung und Zugang (evtl. sogar Zustellung, d.h. formale Zugangsbewirkung)
- Grds. Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit; s.o. zum Hintergrund und zur Ausnahme (Hilfsanträge, eventuelle Klagehäufung).

## ee) Willensmängel

- Grds. sind die §§ 116 ff. BGB auf Prozesshandlungen mit Rücksicht auf den Sinn und Zweck des Zivilprozesses nicht anzuwenden.
- Jedoch können Prozesshandlungen ergänzt, berichtigt und widerrufen werden, solange der Gegner nicht keine prozessuale günstige Position dadurch erlangt hat. Das steht eine Widerruf etwa bei Bewirkungshandlungen wie Klage- oder Rechtsmittelrücknahmen entgegen, §§ 269, 516 ZPO. Außerdem sind besondere Regelungen, wie z.B. § 290 ZPO für den Widerruf eines Geständnisses, zu beachten.
- Mit Rücksicht auf den Gedanken der Prozessökonomie und Zwecks Vermeidung eines unmittelbar anschließenden Wiederaufnahmeverfahren ist Widerruf stets zulässig in den Fällen der § 580 Nr. 1 bis 4, § 581 ZPO.

# 7. Prozesshandlungen

- Auch keine allgemeine Anfechtung analog den §§ 119, 123 BGB (vgl. BGH, NJW 2007, S. 1460 <1461>). Ausnahme: Prozessvergleich, weil hier der Gedanke der Rechts- und Prozesssicherheit nicht entgegensteht, da die Streitfrage im folgenden Prozess geklärt werden kann. Die gilt auch für andere Prozessverträge, wie etwa Schiedsvereinbarungen.

**Kleiner Fall:** Der K und der B haben eine § 38 ZPO entsprechende Gerichtsstandsvereinbarung getroffen. Anlässlich der mdl. Verh. in dem nachfolgenden Verfahren erfährt der B nicht nur, dass das kraft Vereinbarung zuständige Gericht die Rechtsauffassung des K teilt, sondern ebenfalls, dass der K ihn bei der Vereinbarung arglistig getäuscht hat. Er fragt seinen Anwalt, ob er die zur Vereinbarung führende Willenserklärung nach § 123 BGB anfechten könne, obgleich er bereits rügelos verhandelt habe. Was wird der Anwalt antworten?

**Lösung:** Der Anwalt wird erklären, dass die Zuständigkeit dann zwar nicht mehr aus der Vereinbarung folgen werden, aber aus § 39 S. 1 ZPO, wenn nämlich entweder das Amtsgericht zuvor seiner Hinweispflicht nach § 504 ZPO nachgekommen ist oder die Parteien vor dem Landgericht verhandeln.

# 7. Prozesshandlungen

ff) Treu und Glauben analog § 242 BGB als Schranke zulässiger Prozesshandlungen

(1.) Verbot der arglistigen Schaffung von Prozesslagen

- z.B. Abtretung einer Forderung an eine bekanntermaßen mittellose Partei, damit diese unter Inanspruchnahme von Pkh, d.h. auf Staatskosten, klagen kann

(2.) Verbot widersprüchlichen Verhaltens

- z.B. widersprüchlicher Tatsachenvortrag

(3.) Verwirkung prozessualer Befugnisse

- z.B. längerdauernder Verzicht auf Einlegung eines unbefristeten Rechtsbehelfs

# 7. Prozesshandlungen

(4.) Missbrauch prozessualer Befugnisse, insbes. Prozessverschleppung

- z.B.: Befangenheitsablehnung ohne Grund oder nur zwecks Verhinderung einer Verfahrensförderung durch Terminbestimmung

gg) Gute Sitten analog § 138 Abs. 1 BGB nicht als Schranke zulässiger Prozesshandlungen anzuwenden (hM)



# 7. Prozesshandlungen

hh) Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht, § 138 Abs. 1 und 2 ZPO

(1.) Beibringungs- bzw. Verhandlungsmaxime (s.o.), Darlegungs- und Beweisebene sowie Grundsatz der formellen Wahrheit

(a) Behaupten, Substantiieren, einfaches und qualifiziertes Bestreiten, Bestreiten mit Nichtwissen (§ 138 Abs. 4 ZPO)

(b) sekundäre Behauptungslast

(c) unstreitiges Tatsachenvorbringen – formelle Wahrheit

(d) nicht bestrittenes Tatsachenvorbringen (§ 138 Abs. 2 und 3 ZPO)

(e) Behaupten und Bestreiten bei Negativtatsachen

# 7. Prozesshandlungen

**Kleiner Fall:** Der Kläger K hat im Prozess gegen B vorgetragen, er habe mit dem B einen Vertrag über den Kauf eines bestimmten Pkw BMW 118d für 18.000,- EUR geschlossen. Der B bestreitet dies. Das Gericht weist den K darauf hin, dass er seinen Tatsachenvortrag zu dem für den geltend gemachten Kaufpreisanspruch maßgebenden Vertragsschluss substantiieren müsse. Insbes. müsse er vortragen, wann und wo der Vertrag geschlossen worden sein solle. Hat das Gericht den K zu Recht auf diese Umstände hingewiesen?

**Lösung:** Nein, es mag zwar durchaus so sein, dass der Tatsachenvortrag recht des darlegungspflichtigen K recht allgemein gehalten gewesen ist. Indessen bedarf es im Rahmen der gebotenen Substantiierung lediglich des Vortrages zu den maßgebenden Tatbestandsmerkmalen. Der Tatbestand der materiellen Anspruchsgrundlage begrenzt also die Reichweite der gebotenen Konkretisierung (vgl. BGH, NJW 2000, 3286 <3287>). Wann und wo ein Vertrag geschlossen wurde, ist aber grds. nicht erheblich (vgl. OLG Köln, NJW-RR 1999, 1155).

# 7. Prozesshandlungen

(2.) Wahrheitspflicht gem. § 138 Abs. 1 ZPO als Grenze

(a) Zulässigkeit von Spekulationen

(b) Unzulässigkeit der Lüge, d.h. bewusst unwahrer Behauptungen

ii) Auslegung von Prozesshandlungen der Parteien, analog §§ 133, 157 BGB

- aber: Fragen (§ 139 ZPO) vor Auslegen

jj) Heilung von Mängeln

- Je nach dem entscheidungserheblichen Zeitpunkt auch mit Wirkung ex tunc. Evtl. Auch durch rügelose Einlassung, § 295 ZPO.

kk) Versäumung und Wiedereinsetzung

(1. ) Versäumnisverfahren, §§ 330 ff. ZPO

(2.) Versäumung von Fristen und Wiedereinsetzung, §§ 230 ff. ZPO

ll) Prozessverträge

Ende des 1. Teils