

Vorbemerkung

Häufig wird darüber geklagt, dass die theoretischen Unterweisungen im Zivilprozessrecht dem jungen Juristen weithin unverständlich bleiben, weil die gerade für diesen Rechtsbereich unentbehrliche Anschauung fehlt. Die Folge ist, dass prozessuale Probleme zusammenhanglos gelernt werden, um das erforderliche Prüfungswissen bereit zu haben. Ein Verständnis oder gar ein nachhaltiges Interesse für das Zivilprozessrecht kann auf diese Weise nicht erlangt werden. Völlig versagt dann dieses bruchstückhafte theoretische Wissen, wenn es darum geht, in der Praxis damit zurecht zu kommen.

Mit dem vorliegenden „Lehrbuch für die Praxis“ soll diesem herkömmlichen Mangel begegnet werden. Es sollen die oft unzulänglichen theoretisch angeeigneten Prozessrechtskenntnisse entlang des sich entwickelnden Rechtsstreits fundiert ergänzt und praktisch verwertbar gemacht werden. Dem dienen auch die zahlreichen Muster für Beschlüsse und Verfügungen. Insbesondere sollen angehende Juristen, sei es als Rechtsreferendare, Richter oder als Rechtsanwälte, in die Grundlagen zivilrechtlicher Arbeitstechniken wie Schlüssigkeits- und Erheblichkeitsprüfung, Abfassung von Klageschriften, richterlichen Verfügungen, Beschlüssen, Gutachten oder Urteilen eingewiesen werden. Dafür sind vor allem die praktischen Hinweise im 7. Teil gedacht.

Der **theoretische Lehrbuchteil** in Teilen 1 bis 6 lehnt sich an den Ablauf eines Prozesses an. Er kann und will selbstverständlich keine lückenlose Darstellung des Zivilprozessrechts sein. Es sollen jedoch diejenigen Bereiche eines Verfahrens, denen in der täglichen Prozesspraxis besonderes Gewicht zukommt, eingehend dargestellt und einer fundierten, praxisgerechten Lösung zugeführt werden. Einer vertieften Problembefassung dienen die zahlreichen Verweise auf Rechtsprechung, Literatur und gängige Kommentare.

Teil 7 gibt **praktische Hinweise**, insbesondere für Rechtsreferendare, und unterweist in der Anfertigung von Gutachten, Berichten und Urteilen. Für Berufsanfänger mögen die Checklisten für die richterliche Bearbeitung von Rechtsfällen dienen.

Es besteht die Erwartung, dass derjenige, der die Ausführungen mit Interesse verfolgt und jeweils die zugehörigen Unterweisungen gewissenhaft erarbeitet, von dem gewonnenen Verständnis her leicht in der Lage ist, anhand weiterführender Literatur und Rechtsprechung sich auch mit hier nicht behandelten, in der Praxis immer wieder neu entstehenden Problemen zurechtzufinden. Besonders wichtig ist es jedoch, dass bei der Durcharbeitung des Lehrbuches jede zitierte gesetzliche Bestimmung gewissenhaft nachgelesen und verstanden wird.

Da viele Probleme des Zivilprozessrechts in verschiedenen Stadien des Verfahrensganges wiederholt praktische Bedeutung erlangen, so zum Beispiel die Schlüssigkeitsprüfung bei Beurteilung der Prozesschancen und Abfassung der Klageschrift, beim Prozesskostenhilfeantrag, vor Erlass eines Versäumnisurteils, bei Prüfung der Beweiserheblichkeit von Tatsachen oder im Gutachten zur Vorbereitung der richterlichen Entscheidung, ist es nicht ohne Absicht geschehen, dass solche Fragen auch mehrfach in einschlägigem Zusammenhang angesprochen werden und wegen der Details auf die erstmalige Erwähnung und umfassende Abhandlung verwiesen wird.

Das Hauptanliegen vorliegender Abhandlung ist es, den Zivilprozess als den normalen, sinnvollen und regelmäßig auch unkomplizierten Weg vom entstandenen Rechtskonflikt bis zu seiner richterlichen Klärung in seinem natürlichen Ablauf verständlich zu machen und so die nicht begründete Scheu vor dieser Rechtsmaterie abzubauen.

1. Teil Die Einleitung des zivilprozessualen Verfahrens

1. Kapitel Entstehung von Rechtsstreitigkeiten und Möglichkeiten der Rechtsverfolgung

I. Rechtskonflikte

Es entspricht allgemeinem Rechtsempfinden, dass Ansprüche erfüllt werden: Rechnungen werden bezahlt, Waren geliefert und Beanstandungen behoben. Bei Schwierigkeiten in der Durchführung von Rechtsverhältnissen ist das Bemühen um eine gütliche außergerichtliche Regelung vorrangig. Es spart Zeit, Geld und Kraft und eröffnet die Chance für den Fortbestand bestehender Geschäftsbeziehungen. 1

Demgegenüber ist der Prozess das letzte Mittel zur Klärung oder Durchsetzung von Ansprüchen.

Es gibt allerdings auch Situationen, in denen ein gerichtliches Verfahren unvermeidlich ist, z.B.:

- beim Scheitern außergerichtlicher Vergleichsbemühungen, § 779 BGB;
- zur Beschaffung eines Titels für die Zwangsvollstreckung, §§ 704, 794 ZPO;
- zur Erreichung von Hemmung oder Neubeginn der Verjährung, wenn deren Eintritt droht, §§ 204, 212 BGB;
- zur Gestaltung von Rechtsverhältnissen, wie z.B. Ehescheidung, § 1564 BGB; Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe durch Urteil, § 343 BGB; Anfechtungsklage gegen Hauptversammlungsbeschlüsse einer Aktiengesellschaft, § 246 AktG.

II. Vor- und außergerichtliche Möglichkeiten der Streitbeilegung

Die allgemeine Überlastung von Gerichten und Rechtsanwälten mit Streitfällen, die für den Rechtssuchenden lange **Wartezeiten** bis zu einer gerichtlichen Entscheidung zur Folge hat, aber auch die hohen **Kosten** eines mit anwaltlicher Hilfe geführten Rechtsstreits mit aufwändiger Beweisaufnahme, zwingen dazu, außerhalb von staatlichen Gerichten bestehende Konfliktlösungsmodelle zu nutzen. 2

1. Schiedsgerichtsbarkeit

Rechtsprechung kann auch außerhalb der staatlichen Rechtspflege im Rahmen eines **schiedsrichterlichen Verfahrens**, §§ 1025 ff. ZPO, stattfinden. Von dieser Möglichkeit wird im Geschäftsleben verbreitet Gebrauch gemacht, weil ein Schiedsgericht meist schneller **über Rechtsstreitigkeiten entscheidet** als das staatliche Gericht und keine „Öffentlichkeit“ besteht. Durch das Fehlen von Rechtsmittelinstanzen ist das Verfahren für gewöhnlich auch billiger. Schließlich kann durch Auswahl fachkundiger Schiedsrichter die sonst oft langwierige und kostspielige Zuziehung besonderer Sachverständiger erspart werden. 3

Unterscheide: Vom schiedsrichterlichen Verfahren ist das **Schiedsgutachterverfahren** zu unterscheiden. Es bezieht sich auf die Feststellung von **Tatumständen und Tatfragen**, nicht auf die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit. Der Schiedsgutachter befindet über Ursache und Umfang eines Schadens, nicht aber über die Verpflichtung, den Schaden ersetzen zu müssen. 4

a) Voraussetzungen des schiedsrichterlichen Verfahrens

- 5 aa) Schiedsfähigkeit.** Die Parteien können vereinbaren, dass an Stelle des staatlichen Gerichts ein aus einer oder mehreren Personen bestehendes privates Schiedsgericht den Streit entscheiden soll, soweit es sich bei dem Streit um **vermögensrechtliche Ansprüche** handelt oder **nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten vergleichsfähig** sind, § 1030 Abs. 1 ZPO. Einem Vergleich nicht zugänglich und damit nicht schiedsfähig sind solche Streitgegenstände, bei denen ein staatliches Rechtsschutzmonopol besteht (z.B. Ehe- und Kindschaftssachen; aktienrechtliche bzw. GmbH-rechtliche Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen, streitig, vgl. Zöller-Geimer, § 1030 Rn. 10) Neben anderen sind Mietstreitigkeiten über den **Bestand eines Wohnraummietverhältnisses** i.d.R. ebenfalls nicht schiedsfähig, § 1030 Abs. 2 und 3 ZPO.
- 6 bb) Schiedsvereinbarung.** Erforderlich ist der Abschluss einer Schiedsvereinbarung, also einer Vereinbarung der Parteien, in welcher sie alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen entstanden sind oder künftig entstehen können, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen. Sie kann als selbstständige vertragliche Vereinbarung (**Schiedsabrede**) oder in Form einer Vertragsklausel (**Schiedsklausel**) geschlossen werden, § 1029 ZPO.
Die Schiedsvereinbarung bedarf der besonderen **Form** des § 1031 ZPO: Sie muss in einem unterzeichneten Dokument (Abs. 1, 1. Alt.) oder in einem Schriftwechsel (Abs. 1, 2. Alt.) enthalten sein, sie kann durch stillschweigende Zustimmung, z.B. in einem „kaufmännischen Bestätigungsschreiben“ (Abs. 2) oder durch vertragliche Bezugnahme auf eine schriftliche Schiedsklausel (Abs. 3) geschlossen werden.
Soweit **Verbraucher** an Schiedsvereinbarungen beteiligt sind, muss das die Schiedsvereinbarung enthaltende Schriftstück von den Parteien **eigenhändig unterzeichnet** sein (elektronische Form nach § 126 a BGB erlaubt!) und darf keine anderweitigen Vereinbarungen enthalten, § 1031 Abs. 5 ZPO.
- 7 cc) Prozesshindernis.** Das Bestehen einer Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien wird jedoch nicht von Amts wegen beachtet, wenn der Streit vom Kläger gleichwohl beim staatlichen Gericht anhängig gemacht wird. Es ist vielmehr Sache des Beklagten, auf ihre Berücksichtigung hinzuwirken, indem er dies vor Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache rügt, § 1032 ZPO (**Prozesshindernis** oder **verzichtbare Sachurteilsvoraussetzung**). Die Klage ist dann als unzulässig abzuweisen, falls sie der Kläger nicht zurücknimmt.

b) Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens

- 8 aa) Schiedsgericht.** Die Zusammensetzung des Schiedsgerichts und die Zahl der **Schiedsrichter** werden von den Parteien bestimmt, §§ 1034, 1035 ZPO. Sie können den Schiedsrichter einvernehmlich ernennen oder auch jeder Partei das Recht einräumen, einen Schiedsrichter zu ernennen. Der Schiedsrichter benötigt keine besondere richterliche Qualifikation, jedoch muss er unparteiisch (neutral) und unabhängig (weisungsfrei) sein (BGH NJW 1986, 3029).
Zwischen den Parteien und dem Schiedsrichter wird ein Schiedsrichtervertrag (i.d.R. Geschäftsbesorgungsvertrag) abgeschlossen, der beiderseits Rechte und Pflichten – für den Schiedsrichter insbesondere den Anspruch auf Vergütung und Auslagenersatz – begründet. Als Vergütung für die Schiedsrichter werden meist die Gebührensätze des RVG vereinbart (vgl. Mustervereinbarungen des DtAnwVereins und nach der SchGO für das Bauwesen, Heiermann BB 1974, 1507; OLG Stuttgart NZA 1988, 215).
- 9 bb) Verfahren.** Das schiedsrichterliche Verfahren kann durch die Parteien in einer Verfahrensordnung festgelegt werden. Im Übrigen ist es an das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten angelehnt, vgl. § 1051 Abs. 1 und 2 ZPO:

- Bei berechtigten Zweifeln an der **Unparteilichkeit** oder Unabhängigkeit eines Schiedsrichters kann er **abgelehnt** werden, §§ 1036 ff. ZPO.
- **Gleiche Behandlung** der Parteien und **rechtliches Gehör** müssen gewährleistet sein, § 1042 Abs. 1 ZPO.
- Die **Mitwirkung von Rechtsanwälten** darf nicht ausgeschlossen werden, § 1042 Abs. 2 ZPO, jedoch besteht kein Anwaltszwang.
- Anspruch und Anspruchsbegründung sind in einer **Klageschrift** darzulegen; der Beklagte soll dazu Stellung nehmen, § 1046 ZPO.
- Eine **mündliche Verhandlung** muss auf Antrag, sonst nach Ermessen des Schiedsgerichts stattfinden. Soweit erforderlich, sind **Beweise zu erheben**, § 1047 ZPO. Werden Ausübung von **Zwangsgewalt** gegen Zeugen oder Sachverständige (z.B. Erzwingung einer Aussage durch Ordnungsgeld) oder eine **Beeidigung** notwendig, so kann die **Hilfe des staatlichen Gerichts** (Amtsgericht, § 1062 Abs. 4 ZPO) in Anspruch genommen werden, § 1050 ZPO.

c) Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens

aa) Schiedsspruch. Die Entscheidung ergeht durch einen Schiedsspruch, § 1054 ZPO. Der Schiedsspruch – nebst Kostenentscheidung – beendet das Verfahren und hat die **Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils**, §§ 1055–1057 ZPO. Da der Schiedsspruch jedoch die Meinungsäußerung von Privatpersonen darstellt, fehlt ihm die Eigenschaft eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels. Diese kann aus dem Schiedsspruch erst stattfinden, wenn er vom zuständigen Oberlandesgericht **für vollstreckbar erklärt** ist, §§ 1060 Abs. 1, 1062 Abs. 1 Nr. 4 ZPO.

10

bb) Vergleich. Wie im Verfahren vor den staatlichen Gerichten können die Parteien während des schiedsrichterlichen Verfahrens einen Vergleich schließen, den das Schiedsgericht in Form und mit Wirkung eines Schiedsspruches mit dem vereinbarten Wortlaut auf Antrag festhält. Die Vollstreckbarerklärung kann in diesem Fall auch von einem Notar abgegeben werden, § 1053 ZPO.

d) Rechtsbehelfe gegen den Schiedsspruch

Bei schweren Verstößen gegen grundsätzliche Regelungen des Schiedsverfahrensrechts (abschließende Aufzählung in § 1059 ZPO) kann durch **Aufhebungsantrag** beim **Oberlandesgericht** gegen den Schiedsspruch angegangen werden, § 1062 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. Grundsätzlich ist aber das staatliche Gericht keine Rechtsmittelinstanz gegen Entscheidungen des Schiedsgerichts. Gegen eine Entscheidung des Oberlandesgerichts ist die Rechtsbeschwerde statthaft, § 1065 ZPO.

11

2. Mediation

In jüngerer Zeit hat sich mit der „**Mediation**“ eine neue Form der aktiven Streitbeilegung etabliert. Unter Vermittlung eines professionellen „Mediators“, der häufig über psychologische und juristische Fähigkeiten verfügt, ringen die Parteien in mehreren Sitzungen unter Beachtung selbst aufgestellter Regeln mit eigener Kraft um eine ausgleichende Lösung ihres Problems. Dabei durchlaufen sie unter Anwendung besonderer **Verhandlungstechniken** („Harvard-Methode“) **fünf Phasen** (Abschluss des Mediationsvertrages, Ermittlung der Verhandlungsthemen und Parteiinteressen, Klärung der Sach- und Rechtslage, Verhandlung und Lösungssuche, ggf. Abschluss eines Vergleichsvertrages). Besonders erfolgreich wird diese Methode im Bereich der „Wirtschaftsmediation“ und im Bereich familienrechtlicher Auseinandersetzungen praktiziert; sie ist jedoch angesichts der Honorare des Mediators und der Kosten des eigenen begleitenden Rechtsanwalts nicht ganz billig.

12

Auch der moderne Gesetzgeber bekennt sich ausdrücklich in § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO zu dieser außergerichtliche Streitschlichtung, wenn er dem Richter das Recht einräumt, in geeigneten Fällen trotz des bereits begonnenen Rechtsstreits den Parteien den Weg der gerichtlichen oder außergerichtlichen Mediation vorzuschlagen.

3. Obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung

- 13** Der Gesetzgeber hat manchem zivilgerichtlichen Streitverfahren einen zwingenden „Güteversuch“ vorgeschaltet:
In § 15a EGZPO wird den Bundesländern ermöglicht, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen den Zugang zu den **Amtsgerichten** von einem vorhergehenden Einigungsversuch vor einer **engerichteten** oder **anerkannten Gütestelle** abhängig zu machen. Bisher haben acht Bundesländer von der „obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung“ in **Schlichtungsgesetzen** Gebrauch gemacht. Danach kann die Zulässigkeit der Erhebung einer Klage vor den Amtsgerichten bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis 750 €, bei bestimmten nachbarrechtlichen Streitigkeiten, bei bestimmten Ehrverletzungen und bei Ansprüchen nach dem AGG davon abhängig gemacht werden, dass vor einer Gütestelle der erfolglose Versuch einer Einigung unternommen und bescheinigt worden ist.

All diese vor- und außergerichtlichen Streitschlichtungsverfahren setzen jedoch den **Einigungswillen** und damit die Bereitschaft der Kontrahenten voraus, von der eigenen – vermeintlich starken – Rechtsposition abzurücken und in Wahrnehmung der Vorteile einer Einigung den „Vergleich“ zu suchen. Wo diese Bereitschaft fehlt, bleibt zur Rechtsverfolgung nur der Weg ins förmliche Gerichtsverfahren.

III. Möglichkeiten der Rechtsverfolgung

- 14** An Verfahren vor staatlichen Gerichten stehen im Wesentlichen zur Verfügung:
- **Gerichtliches Mahnverfahren** nach Stellung eines Mahnantrags, §§ 688 ff. ZPO,
 - **Klageverfahren** durch Erhebung einer Klage, §§ 253, 261 ZPO,
 - **Selbstständiges Beweisverfahren**, §§ 485 ff. ZPO.

1. Das gerichtliche Mahnverfahren

a) Vorzüge

Das gerichtliche Mahnverfahren bietet einen einfachen, schnellen und kostengünstigen, im Rechtsalltag gebräuchlichen Weg zur Geltendmachung von Zahlungsansprüchen, ist durch **einfache formulargestützte Antragstellung** einzuleiten, kennt **keine mündliche Verhandlung** und erfordert **auch keine Beweisführung** hinsichtlich der erhobenen Forderung.

b) Verfahrensablauf im Überblick

- 15** Auf den **Mahnantrag** des Gläubigers ergeht – in der Regel computergestützt maschinell – ein gerichtlicher **Mahnbescheid**, §§ 688–692 ZPO. Leistet der Schuldner nach Zustellung des Mahnbescheids die verlangte Zahlung, so ist damit der Zweck des Verfahrens erreicht und es **endet** ohne weiteres.
Erbringt der Schuldner die verlangte Leistung nicht, ohne sich jedoch gegen die im Mahnbescheid enthaltene Aufforderung durch Widerspruch zur Wehr zu setzen, so kann der Gläubiger zügig einen **Vollstreckungsbescheid**, § 699 ZPO, erlangen und ihn

zur **Zwangsvollstreckung** gegen den Schuldner verwenden, vgl. § 794 Abs. 1 Nr. 4 ZPO.

Wehrt sich der Schuldner gegen den erhobenen Anspruch durch Einlegung eines **Widerspruchs** gegen den Mahnbescheid oder eines **Einspruchs** gegen den bereits ergangenen Vollstreckungsbescheid, so kann das gerichtliche Mahnverfahren direkt in ein gerichtliches Streitverfahren, den Zivilprozess, übergeleitet werden, §§ 696–700 ZPO.

2. Das Klageverfahren

a) Zivilprozess nach der ZPO

aa) Klageerhebung. Der Zivilprozess wird durch Einreichung einer Klageschrift bei Gericht **anhängig**. Sobald sie dem Gegner förmlich zugestellt ist, tritt **Rechtshängigkeit** ein, § 253 Abs. 1 ZPO. Die Klagezustellung erfolgt entweder nach vorheriger richterlicher Bestimmung eines **frühen ersten Termins** zusammen mit einer Ladung zum Termin oder – ohne Terminbestimmung – nach Anordnung des **schriftlichen Vorverfahrens**, § 275 ZPO. 16

bb) Beibringung der Tatsachen. Der Sachverhalt, der nach dem Willen der Parteien bei der vom Gericht erbetenen Entscheidung berücksichtigt werden soll, ist ausgehend von der Klageschrift in weiteren Schriftsätzen **von den Parteien** dem Gericht zu unterbreiten (**Beibringungsgrundsatz**). Die Parteien müssen sich wahrheitsgemäß erklären, § 138 Abs. 1 ZPO, und auch die ihnen geeignet erscheinenden **Beweismittel** vorbringen, insbesondere Zeugen benennen und Urkunden vorlegen, §§ 373, 420 ZPO. 17

cc) Mündliche Verhandlung. Die mündliche Verhandlung ist ein wesentliches Merkmal des Zivilprozesses, § 128 Abs. 1 ZPO. Sie ist – unbeschadet der gebotenen Prozessvorbereitung durch Schriftsätze – das Ereignis, bei dem die Parteien den Sachverhalt und ihren Standpunkt vortragen können und auf dessen Grundlage die Entscheidung ergeht (**Mündlichkeitsgrundsatz**). Die mündliche Verhandlung kann nur ausnahmsweise entfallen, vgl. § 128 ZPO. Jeder mündlichen Verhandlung hat grundsätzlich eine **Güteverhandlung** zur gütlichen Beilegung des Rechtsstreits voraus zu gehen, zu der die Parteien persönlich erscheinen sollen, § 278 Abs. 2 ZPO. 18

dd) Entscheidung. Die Entscheidung wird regelmäßig in der Form des **streitigen Urteils** erlassen, §§ 300 ff. ZPO. Es kann auch auf Grund formaler Verhaltensweise der Parteien in **nicht streitiger** Form ergehen bei Anerkenntnis, § 307 ZPO, Verzicht, § 306 ZPO, oder Säumnis einer Partei, §§ 330 f. ZPO. 19

Die Parteien haben es jedoch in der Hand, den Rechtsstreit anderweitig zu beenden (**Dispositionsgrundsatz**), entweder durch **Prozessvergleich** bei gegenseitigem Nachgeben, §§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, 779 BGB, durch **Klagerücknahme**, wenn der Kläger von der begonnenen Rechtsverfolgung wieder Abstand nehmen will, § 269 ZPO, oder durch übereinstimmende **Erledigungserklärung**, wenn das Ziel des Rechtsstreits durch ein anderweitiges Ereignis vorweg genommen oder überholt wird, § 91 a ZPO.

b) Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Außer den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die nach den Bestimmungen der ZPO und unter Beachtung der dort geltenden Verfahrensgrundsätze durchzuführen sind, haben die Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit auch noch sog. „**Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit**“ zu erledigen, die nach den Bestimmungen des FamFG zu behandeln sind. 20

- 21 aa) Anwendungsbereich.** In welchen Fällen eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach FGG vorliegt, ist allein den **gesetzlichen Bestimmungen** zu entnehmen, vgl. § 23 a Abs. 2 GVG:
- Betreuungs- und Unterbringungssachen, §§ 271 ff. FamFG,
 - Nachlass- und Teilungssachen, §§ 432 ff. FamFG,
 - Registersachen, §§ 374 ff. FamFG,
 - weitere Angelegenheiten, § 410 FamFG,
 - Freiheitsentziehungssachen, §§ 415 FamFG,
 - Aufgebotssachen bzgl. Ausschließung von Grundeigentümern, Grundpfand- oder Nachlassgläubigern sowie die Kraftloserklärung von (verloren gegangenen) Urkunden, §§ 433 FamFG,
 - Beratungshilfesachen, § 5 BerHG.

Die Begriffe „freiwillige“ und „streitige“ **Gerichtsbarkeit** tragen insoweit nichts zur Klarstellung bei, weil auch im Zivilprozess nicht stets gestritten wird und andererseits bei den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sogenannte „echte Streitsachen“ vorkommen.

- 22 bb) Verfahrensrecht.** Für ihre verfahrensrechtliche Behandlung gilt das **Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)**. Nach diesem Verfahrensgesetz hat der Richter den Sachverhalt in Abweichung zum zivilprozessualen Beibringungsgrundsatz in eigener Verantwortung zu ermitteln (**Untersuchungsgrundsatz**), § 26 FamFG. Er ist in der Verfahrensgestaltung, insbesondere bei der Erhebung der Beweise **freier** gestellt als in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach der ZPO. Bei seinen Entscheidungen hat er meist auch einen weiteren Spielraum, z.B. Entscheidungen nach **billigem Ermessen** (z.B. § 2 Hausrat-VO). Die Einleitung eines Verfahrens erfolgt nicht selten auch ohne Antrag einer Partei von Amts wegen (z.B. gerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, § 1666 BGB). Der Familienrichter hat neben dem Verfahrensrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit teilweise auch dasjenige der ZPO anzuwenden, vgl. § 113 FamFG.

3. Das selbstständige Beweisverfahren

- 23** Ohne dass zwingend ein Zivilprozess bereits anhängig ist, kann durch einen gerichtlich bestellten Sachverständigen die **Begutachtung einer Person oder Sache** erfolgen, wenn zu befürchten ist, dass das Beweismittel verloren geht oder dadurch ein Rechtsstreit vermieden werden kann, §§ 485 ff. ZPO.

Beispiel:

Gerichtsverwertbare Feststellung der Schadhaftigkeit eines Daches infolge mangelhafter Dachdeckerarbeiten, damit mit der Reparatur nicht zugewartet werden muss.

2. Kapitel **Prozessvorbereitung**

Vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens ist es sinnvoll, die Prozesschancen gründlich auszuloten, also die **Rechtslage** grob zu überprüfen, den **richtigen Zeitpunkt** für die gerichtliche Geltendmachung zu wählen und auch das **Kostenrisiko** und die Möglichkeit einer **Prozesskostenhilfe** zu bedenken. **24**

I. Die Beurteilung der Prozesschancen

1. Prüfung der Rechtslage

Eine Klage kann nur zum Erfolg führen, wenn der vorzutragende **Sachverhalt das Klagebegehren rechtfertigen** kann, nachteilige Behauptungen der Gegenseite **abgewehrt** werden können und eventuell erforderliche **Beweismittel** zur Verfügung stehen. **25**

a) Prüfung der Schlüssigkeit des Klagebegehrens

Ein schlüssiges Klagebegehren liegt vor, wenn die erstrebte **Rechtsfolge** (Zahlung, Schadensersatz, Unterlassung) auf der Grundlage der vorzutragenden **Tatsachen** (Geschäftsabschluss, Unfallgeschehen, störende Einflussnahme in fremde Belange) durch eine einschlägige **gesetzliche Bestimmung** angeordnet ist. Der Tatsachenvortrag, seine Richtigkeit unterstellt, muss geeignet sein, den Klageantrag sachlich zu rechtfertigen (BGH NJW 1984, 2889), sog. **Schlüssigkeitsprüfung**.

Beispiele:

- Der Verkehrsteilnehmer S ist infolge zu geringen Abstands mit seinem PKW auf das Fahrzeug des G aufgefahren. Dieses wurde dabei erheblich beschädigt, G musste sich wegen eines HWS-Syndroms in ärztliche Behandlung begeben. Er verlangt jetzt von S Ersatz der Kfz-Reparaturkosten, Bezahlung seiner Arztrechnung.
Die erstrebte **Rechtsfolge Schadensersatz** ergibt sich aus der **gesetzlichen Bestimmung** des § 823 Abs. 1 BGB, weil deren **tatbestandlichen Voraussetzungen** (**vorsätzliche oder fahrlässige und rechtswidrige Verletzung des Eigentums** und der **Gesundheit** des G) erfüllt sind, folglich ist sein Begehren **schlüssig**.
- G hat dem S für seine Party fünf CD's ausgeliehen, die dieser trotz Aufforderung bisher nicht zurückgegeben hat. Den Wert dieser CD's beziffert G mit 50,-€. G verlangt von S Bezahlung der 50,- €. Dem G wäre von einer **Klage auf Wertersatz** in Höhe des Kaufpreises abzuraten: Eine solche Klage müsste als unbegründet, da **unschlüssig**, abgewiesen werden: Es gibt **keine gesetzliche Bestimmung**, die als **Rechtsfolge Wertersatz** bei **tatsächlich verzögerter Rückgabe einer ausgeliehenen Sache** vorsieht.
Eine **Herausgabeklage** dagegen wäre **schlüssig**: § 604 Abs. 2 BGB bestimmt, dass der Verleiher die ausgeliehene Sache **zurückfordern** kann, wenn der Entleiher den sich aus dem Zweck der Leihe ergebenden **Gebrauch** (Party!) **gemacht** hat.

b) Berücksichtigung des Verteidigungsvorbringens

aa) Einwendungen. In die Prüfung der Rechtslage sind auch mögliche **Verteidigungsstrategien** des Gegners einzubeziehen. Diese lassen sich gelegentlich bereits aus dem vorgerichtlichen **Schriftwechsel** erkennen, wenn dabei schon die streitigen Fragen aufgeworfen worden sind. **26**

Beispiele:

Zahlungsverweigerung wegen Verjährung, §§ 195, 199 BGB; wegen eines Mangels der Kaufsache, § 434 BGB; wegen Abstreitens einer Skontovereinbarung.

Nicht selten können allerdings Abwehrmöglichkeiten des Beklagten auch erst **im Verlaufe eines Rechtsstreits** zutage treten:

Beispiel:

Bei einem Verbraucherdarlehen nach § 491 BGB war die durch § 355 BGB vorgeschriebene Widerrufsbelehrung des Kunden vergessen worden und dies kommt erst im Verhandlungstermin zur Sprache. Dann kann u.U. auch in diesem Stadium der Widerruf noch wirksam erklärt werden. Gegebenenfalls empfiehlt es sich, die Belehrung vor Klageerhebung noch nachzuholen, um die nötige Klärung der Rechtslage herbeizuführen. Allerdings besteht dann das Risiko, dass der Widerruf tatsächlich erklärt wird.

- 27 bb) Einrede der Verjährung.** Ergibt die Prüfung der Rechtslage, dass die Forderung verjährt ist, so ist die Überlegung angebracht, ob der Gegner voraussichtlich zur Abwehr des Anspruchs die **Einrede der Verjährung** erheben wird oder nicht (insbesondere, weil er sie vermutlich gar nicht kennt). Denn die Verjährung als solche behindert eine gerichtliche Geltendmachung eines verjährten Anspruchs nicht, sie gewährt lediglich ein **Leistungsverweigerungsrecht**, § 214 Abs. 1 BGB. Zur Abweisung der Klage kommt es daher erst nach Erhebung der Verjährungseinrede.

c) Prüfung der Beweismöglichkeiten

- 28** Schließlich kann der Prozessausgang noch davon abhängen, ob die den Anspruch begründenden Tatsachen auch bewiesen werden können. Eine **Beweisführung** ist dann erforderlich, wenn der Gegner die zur Schlüssigkeit der Klage erforderlichen Tatsachen **bestreitet**.

Eine weitgehend zuverlässige Beweisführung ermöglicht der **Besitz von Urkunden** (Vertragsurkunde, Schuldschein, Quittung, Korrespondenz). Demgegenüber ist es oft recht fragwürdig, auf vorhandene **Zeugen** zu bauen. Diese können nicht auffindbar sein, unter Gedächtnisschwund leiden oder durch „Gegenzeugen“ entkräftet werden.

2. Richtiger Zeitpunkt für die gerichtliche Geltendmachung

- 29** Vor Erhebung einer Klage ist es ratsam, die außergerichtlichen Möglichkeiten zur Streitbeilegung durch Kontaktaufnahme mit dem Gegner zu nutzen bzw. die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Klage zu schaffen, damit nicht die Kostenlast des begonnenen Prozesses den Kläger trifft.

a) Fälligkeit

In erster Linie sollte grundsätzlich die Fälligkeit der erstrebten Leistung bereits eingetreten sein, weil der Gläubiger vor diesem Zeitpunkt die Leistung nicht verlangen kann, § 271 BGB.

Dennoch wird in der Praxis in bestimmten Situationen prozesstaktisch davon Gebrauch gemacht, bei mehreren unterschiedlich fälligen Forderungen auch eine erst zukünftig fällig werdende Forderung schon einzuklagen, wenn damit zu rechnen ist, dass sich der Gegner auch gegen diese Forderung wehren wird und die Fälligkeit bis zu dem vom Gericht anzusetzenden Termin zur mündlichen Verhandlung eingetreten sein wird. Dies erspart dem Kläger dann den Aufwand einer späteren Klageerweiterung.

b) Maßnahmen vor Klageerhebung

- 30** Gewöhnlich wird der Gläubiger den Schuldner zur Leistung auffordern, ehe er Klage erhebt. Damit besteht die Chance, ohne teuren Prozess zum Erfolg zu kommen.

aa) Mahnung. Wenigstens sollte der Schuldner vor Klageerhebung nach § 286 BGB durch eine Mahnung, infolge vertraglich vereinbarter Kalenderfälligkeit oder durch

Ablauf von 30 Tagen seit Zugang einer Rechnung in **Verzug** geraten sein. Dies hat für den Gläubiger den Vorteil, dass er bei Geldforderungen sofort **Verzugszinsen** mindestens in gesetzlicher Höhe nach § 288 BGB verlangen kann. Es gibt jedoch keine gesetzliche Bestimmung, dass eine Klageerhebung erst nach ein- oder mehrmaliger Mahnung zugelassen wäre.

Der „voreilige“ Kläger läuft auch Gefahr, unter Umständen entgegen der Regel des § 91 ZPO selbst die **Kosten** des Rechtsstreits nach § 93 ZPO tragen zu müssen, wenn der Beklagte den Klageanspruch in frühem Prozessstadium „**sofort anerkennt**“. Diese Kostenfolge tritt jedoch nur ein, wenn der Schuldner nicht durch sein Verhalten Veranlassung zur Klageerhebung gegeben hat, d.h. keine Verhaltensweise an den Tag gelegt hat, die den Kläger annehmen ließ, er könne sein Ziel nur durch einen Prozess erreichen. Befindet sich der Schuldner indes schon in Verzug, so wird man ein späteres Anerkenntnis nicht mehr als „sofortiges“ ansehen können (vgl. Rn. 677).

Beispiel:

Malermeister M hat bei der Lackfabrik L Farbe bestellt. Zwei Wochen nach Lieferung gegen Rechnung erhebt L ohne vorherige Mahnung Klage gegen M auf Zahlung des Kaufpreises von 500,- €. Einer Zahlungsklage vor Verzugseintritt fehlt nicht etwa das Rechtsschutzinteresse; sie wird nicht als unzulässig abgewiesen. Vielmehr wird der Beklagte antragsgemäß verurteilt, da der Anspruch ja besteht und nach § 271 BGB fällig ist. Wenn M sofort nach Erhalt der Klageschrift ein Anerkenntnis abgibt, so kann Anerkenntnisurteil ergehen, jedoch fallen die Kosten des „voreiligen“ angestregten Rechtsstreits nach § 93 ZPO dem Kläger zur Last.

bb) Fristsetzung. Im Bereich der Sachmangelgewährleistung nach §§ 434 ff., 633 ff. BGB empfiehlt es sich, bereits mit dem Nacherfüllungsverlangen nach §§ 439, 635 BGB dem Verkäufer/Unternehmer eine **Frist zur Nacherfüllung** zu setzen, damit nach deren fruchtlosem Ablauf sofort Rücktritt (§ 323 BGB) Minderung (§§ 441, 638 BGB) oder Schadensersatz (§§ 280, 281 BGB) verlangt werden kann. Damit sind auch die Voraussetzungen für eine gerichtliche Geltendmachung dieser Ansprüche gegeben. **31**

Bei Unterlassungsansprüchen wird durch das Verlangen einer Unterlassungserklärung, die dann innerhalb der gesetzten Frist vom Gegner nicht abgegeben wird, die nach § 1004 BGB erforderliche **Wiederholungsabsicht** dokumentiert (z.B. Wettbewerbssachen).

II. Die Kosten eines Rechtsstreits im Überblick

Der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens gehen gewöhnlich Überlegungen zu dem damit verbundenen Kostenrisiko voraus. Dabei hat der Rechtsuchende im Wesentlichen drei verschiedene Kostenursachen zu berücksichtigen: Die **Gerichtsgebühren**, die **Rechtsanwaltskosten** sowie die im Zusammenhang mit dem Fortgang des Prozesses – etwa durch Beweisaufnahmen – entstehenden **Auslagen**. **32**

1. Gerichtsgebühren

a) Gegenstand

Gerichtsgebühren sind die Gegenleistung für die Inanspruchnahme der Gerichte, § 1 GKG. Sie sind mit **Einreichung** einer Klage-, Antrags-, Einspruchs- oder Rechtsmittelschrift als Vorschuss fällig, § 6 GKG. Vor ihrer Bezahlung soll regelmäßig das angestrebte Verfahren nicht in Gang kommen, § 12 GKG. **33**

Beispiele:

In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten **soll** die Klage erst nach Zahlung der erforderlichen Gebühr für das Verfahren im Allgemeinen **zugestellt** werden (§ 12 Abs. 1 GKG). Bei maschineller Erstellung des Mahnbescheids **soll** der Vollstreckungsbescheid erst nach Zahlung der

dafür vorgesehenen Gebühr **erlassen** werden (§ 12 Abs. 3 GKG). Eine Ausnahme besteht etwa bei der Erhebung einer Widerklage (§ 12 Abs. 2 GKG).

b) Höhe

- 34** Die Höhe der einzelnen Gebühr bestimmt sich gemäß § 34 GKG nach dem Wert des der Klage zugrunde liegenden Streitgegenstandes (**Streitwert**) und ist der dort abgedruckten **Tabelle** bzw. der Anlage 2 zum GKG zu entnehmen.

Beispiele:

- Bei einem Streitwert bis 5.000,– € beträgt eine volle Gerichtsgebühr 121,–€.
- Bei einem Streitwert bis 500.000,– € beträgt eine volle Gerichtsgebühr 2.956,–€.

c) Anzahl

- 35** Die Anzahl der in verschiedenen gerichtlichen Verfahren anfallenden Gebühren ist dem **Kostenverzeichnis** in Anlage 1 zum GKG zu entnehmen (§ 3 Abs. 2 GKG).

Beispiele:

- Für das **Klageverfahren im Allgemeinen**: drei Gebühren (Nr. 1210); für das **Mahnverfahren** zunächst nur eine **halbe** Gebühr (Nr. 1110), nach Widerspruch oder Einspruch vor Abgabe an das Streitgericht weitere **zweieinhalb** Gebühren.
- Bei Prozessbeendigung durch **Klagerücknahme**, **Anerkenntnis-** oder **Verzichtsurteil**, Abschluss eines **Prozessvergleiches** oder **Hauptsachenerledigung** ermäßigen sich die Gerichtsgebühren – rückwirkend – auf **eine** Gebühr (Nr. 1211), die überzahlten Gebühren werden erstattet.

2. Rechtsanwaltsgebühren

a) Entgeltliche Geschäftsbesorgung

- 36 aa) Gesetzliche Vergütung.** Wer einen Rechtsanwalt beauftragt, schuldet diesem auf Grundlage eines entgeltlichen **Geschäftsbesorgungsvertrages** nach § 675 BGB sowohl für dessen außergerichtliche Bemühungen wie auch für dessen Tätigkeit im Rahmen eines Prozesses eine Vergütung. Dabei ist der Rechtsanwalt in der Festsetzung seiner **Gebühren** nicht frei, sondern an die Vorschriften des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes (RVG) gebunden.

- 37 bb) Honorarvereinbarung.** Jedoch sind auch individuelle Honorarvereinbarungen zulässig: Nach § 3a Abs. 1 RVG kann der Rechtsanwalt mit dem Ratsuchenden auch eine **über** den Gebührensätzen des RVG liegende Vereinbarung treffen. In außergerichtlichen Angelegenheiten darf der Rechtsanwalt die Gebührensätze des RVG durch Honorarvereinbarung ausnahmsweise **unterschreiten**, solange das Honorar in einem angemessenen Verhältnis zu Leistung, Verantwortung und Haftungsrisiko steht, § 4 RVG. Und schließlich ist im Einzelfall auch ein **Erfolgshonorar** möglich, wenn der Mandant sonst aufgrund seiner schlechten wirtschaftlichen Verhältnisse von einer Rechtsverfolgung abgehalten würde, § 4a RVG.

Für einen „isolierten“ mündlichen oder schriftlichen Rat (**Beratung**), ein Gutachten oder die Tätigkeit als Mediator ist der Rechtsanwalt sogar gehalten, eine Gebührenvereinbarung mit dem Mandanten zu treffen, will er nicht nur auf die übliche Vergütung nach § 612 Abs. 2 BGB angewiesen sein, § 34 RVG.

Bei der Prozessvorbereitung ist im Rahmen der Rechtsanwaltskosten jedoch auch zu bedenken, dass im Falle des ganzen oder anteiligen Prozessverlusts auch die Kosten des gegnerischen Rechtsanwalts zu tragen sind.