

Kapitel 2

Der Anwalt im Zivilprozess

Marius Breucker
Roland Kahabka

A. Grundlagen	1*
B. Der Anwalt des Klägers	2
I. Ermittlung von Sachverhalt und Mandantenziel	2
II. Prüfung der materiellen Rechtslage	3
1. Schlüssigkeitsprüfung	3
2. Prüfung naheliegender Verteidigungsmöglichkeiten	4
III. Prüfung der Beweissituation	5
1. Beweislastverteilung	6
a. Grundsätze	7
b. Beweislastumkehr	9
2. Beweismittel	10
3. Selbstständiges Beweisverfahren	11
IV. Prüfung besonderer Verfahrensarten	12
1. Mahnverfahren	13
2. Urkundenprozess	14
3. Einstweiliger Rechtsschutz	15
4. Schlichtungsverfahren	16
5. Prozesskostenhilfe	17
V. Wahl der Klageart	18
1. Gestaltungsklage	19
2. Leistungsklage	20
a. Teilklage	21
b. Haupt- und Hilfsantrag	23
c. Stufenklage	24
d. Klage auf wiederkehrende/künftige Leistung	25
e. Unbezifferter Klageantrag	26
3. Feststellungsklage	27
a. Allgemeine Feststellungsklage	27
b. Zwischenfeststellungsklage	28
VI. Prozessvollmacht	29
1. Erteilung der Vollmacht	28
2. Vollmachtloser Vertreter	30
3. Umfang der Vollmacht	31
4. Erlöschen der Vollmacht	33
VII. Auswahl der Parteien	34
1. Parteibezogene Prozessvoraussetzungen	34
a. Partei- und Prozessfähigkeit	35
b. Postulationsfähigkeit	36
c. Prozessführungsbefugnis und Prozessstand- schaft	37
2. Streitgenossenschaft	39
3. Auswahl des richtigen Beklagten	40
VIII. Beteiligung Dritter	41
IX. Bestimmung des Streitgegenstands	42
1. Streitgegenstandsbegriff	42
2. Fehlen entgegenstehender Rechtskraft	43
X. Auswahl des zuständigen Gerichts	44
1. Internationale, sachliche und örtliche Gerichts- zuständigkeit	45
2. Wahl des Gerichtsstands	46
XI. Klageschrift	47
1. Rubrum	48
a. Bezeichnung der Parteien und des Gerichts	48
b. Prozessgegenstand und Streitwert	49
2. Anträge	50
a. Hauptantrag	50
b. Nebenanträge und Erklärungen	51
3. Begründung	52
a. Einleitungssatz	52
b. Tatsachenvortrag und Beweismittel	53
c. Rechtliche Würdigung	54
4. Formelle Anforderungen	55
a. Unterschrift	55
b. Einreichung der Klageschrift	56
C. Der Anwalt des Beklagten	57
I. Vorbereitung der Verteidigung	57
1. Sachverhalt und Mandantenziel	57
2. Zulässigkeitsprüfung	58
3. Schlüssigkeitsprüfung	59
4. Erheblichkeits- und Beweislastprüfung	60
5. Vermeidung der Präklusion	61
II. Klageerwiderung	62
1. Anträge	63
2. Begründung	64
a. Vortrag zur Unzulässigkeit	65
b. Sachvortrag und Rechtsausführungen	66
III. Aufrechnung	68
IV. Widerklage	69
1. Voraussetzungen	69
2. Typische Konstellationen der Widerklage	70
3. Widerklage und Aufrechnung	73
4. Streitverkündung und Drittwiderklage	74
D. Der Anwalt im weiteren Verfahren	75
I. Mündliche Verhandlung	75
1. Grundsätze	76
2. Protokoll	77
3. Richterliche Hinweispflicht	78
II. Möglichkeiten des Klägers bei mangelnder Erfolgsaussicht	79
1. Klageänderung	80
a. Änderung des Streitgegenstands	80
b. Parteiänderung	81
2. Erledigungserklärung	82

* Die Ziffern verweisen auf die Randnummern.

3. Klagerücknahme	83	2. Begründetheit der Berufung	102
III. Vergleich	84	a. Berufungsantrag	102
IV. Reaktion auf gerichtliche Entscheidungen	85	b. Berufungsbegründung	104
1. Berichtigungs- und Ergänzungsanträge	85	aa. Grundsatz	104
2. Gehörsrüge	86	bb. Berufungsgründe	106
3. Hinweis auf Rechtsbehelfsfristen	87	cc. Neue Tatsachen und Beweise	107
E. Rechtsmittel	88	c. Anschlussberufung	108
I. Berufung	88	d. Entscheidungen über die Berufung	109
1. Zulässigkeit der Berufung	88	II. Revision	110
a. Statthaftigkeit	88	1. Zulässigkeit der Revision	110
aa. Endurteile	89	a. Statthaftigkeit	110
bb. Beschwer	90	b. Form- und fristgerechte Revisionseinlegung	112
cc. Beschwerdewert	91	c. Form- und fristgerechte Revisionsbegründung	113
dd. Zulassungsberufung	92	d. Nichtzulassungsbeschwerde	114
b. Zuständigkeit	93	2. Begründetheit der Revision	115
c. Form- und fristgerechte Berufungserhebung	94	III. Beschwerde	116
aa. Schriftform	94	1. Sofortige Beschwerde	116
bb. Mindestinhalt	95	a. Statthaftigkeit	116
cc. Berufungsfrist	96	b. Form und Frist der Einlegung	117
dd. Wiederholte Berufung	97	c. Form und Frist der Begründung	118
d. Form- und fristgerechte Berufungsbegründung	98	2. Rechtsbeschwerde	119
aa. Formgerechte Berufungsbegründung	98	a. Statthaftigkeit	119
bb. Begründungsfrist	99	b. Form und Frist der Einlegung	120
e. Kein Berufungsverzicht	100	c. Form und Frist der Begründung	121
f. Allgemeine Verfahrensvoraussetzungen	101	F. Literaturverzeichnis Zivilprozessrecht	122

A. Grundlagen

- 1 Eine gelungene Anwaltsklausur erfordert neben soliden Rechtskenntnissen das Verständnis für Funktion und Ziel des gerichtlichen Zivilverfahrens: Der Zivilprozess dient der Durchsetzung und Sicherung bürgerlich-rechtlicher Ansprüche. Das grundsätzliche Verbot der Selbsthilfe¹ ist nur gerechtfertigt, wenn jeder Bürger seine Rechte im prozessualen Verfahren effektiv verwirklichen kann; in der individuellen Konfliktlösung kann und muss sich die staatliche Rechtsordnung bewähren. Das Zivilprozessrecht erfüllt zugleich den Justizgewährungsanspruch des Einzelnen aus den Grundrechten, insbesondere aus den „Prozessgrundrechten“ der Art. 19 Abs. 4, 101 Abs. 1 S. 2, 103 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG.²



Charakteristisch für die Anwaltsklausur ist das Denken in Alternativen: Während in der „Richterklausur“ über Zulässigkeit und Begründetheit eines konkreten Antrages zu entscheiden ist, müssen Sie in der Anwaltsklausur im Vorfeld verschiedene Optionen in Betracht ziehen und dem Mandanten mit den jeweiligen Vor- und Nachteilen erläutern. So kann ein Zahlungsanspruch etwa mit Mahnverfahren, Urkundenprozess oder „normaler“ Klage geltend gemacht werden, wobei die geeignete Verfahrensart vom individuellen Ziel des Mandanten abhängt. Vor diesem Hintergrund ist ein praxistaugliches Verständnis der ZPO für die gute Anwaltsklausur unabdingbar.

¹ Vgl. zu den Ausnahmen §§ 229, 562b, 859, 904, 962 BGB.

² BVerfG NJW 2002, 2227; BVerfG NJW 2003, 1924 (1926); BGHZ 67, 187; vgl. auch Art. 6 EMRK.

Aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten folgt neben dem Verbot überlanger Prozessdauer³, dem Öffentlichkeitsprinzip⁴, dem Willkürverbot⁵ und dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)⁶ auch das Prinzip der Waffengleichheit⁷ als Ausprägung des Gleichheitssatzes.⁸ Demnach hat jeder das Recht, im Interesse einer funktionierenden Rechtspflege in bestimmten Fällen aber auch die Pflicht, sich vor Gericht von einem Anwalt vertreten zu lassen.⁹

Das Zivilverfahrensrecht spiegelt die ambivalente Stellung des Anwalts als **Interessenvertreter** und **Organ der Rechtspflege** wider.¹⁰ Der Anwalt ist im Verfahren zur Wahrheit verpflichtet (§ 138 Abs. 1 ZPO), darf aber den Mandantenvortrag auch bei Zweifeln ohne eigene Ermittlungen übernehmen, solange er nicht dessen Unrichtigkeit kennt oder kennen muss.¹¹ Er darf Vermutungen äußern, aber nicht Tatsachenbehauptungen „ins Blaue hinein“ aufstellen.¹² Das Gebot von Treu und Glauben gilt auch im Prozessrecht.¹³ Der Anwalt darf die von der Zivilprozessordnung zur Verfügung gestellten Mittel zwar auch zu taktischen Zwecken nutzen, allerdings nur bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs.

Treu und Glauben im Zivilprozess

Zulässig ist das Einklagen von kleinen Zinsforderungen.¹⁴ Rechtsmissbräuchlich ist hingegen die Klageerhebung, wenn zuvor mit dem Gegner aus Kostengründen vereinbart wurde, die Entscheidung in einem laufenden „Musterprozess“ abzuwarten und der Gegner deshalb auf die Einrede der Verjährung verzichtet hat.¹⁵

Der Anwalt darf einerseits von einer ordnungsgemäßen gerichtlichen Prozessführung ausgehen, sodass ein Fehlverhalten des Gerichts – etwa das Unterlassen eines gebotenen Hinweises – sein eigenes Verschulden entfallen lassen kann;¹⁶ andererseits muss er darauf hinwirken, Fehler des Gerichts zu verhindern und darf sie schon wegen des Prinzips des „sichersten Weges“ nicht im Vertrauen auf die zweite Instanz widerspruchlos hinnehmen.¹⁷ Aufgrund der das Zivilprozessrecht prägenden Dispositionsmaxime und des Beibringungsgrundsatzes trägt der Anwalt die Verantwortung, ob und wie lange ein Verfahren geführt und welcher Tatsachenstoff dabei zugrunde gelegt wird.¹⁸

B. Der Anwalt des Klägers

I. Ermittlung von Sachverhalt und Mandantenziel

Die Anwaltsklausur beginnt mit der Erarbeitung des Sachverhaltes und des konkreten Zieles des Mandanten. 2

3 BVerfG NJW 2001, 215 (216); BVerfG NJW 2001, 2161.

4 §§ 169ff. GVG; § 2 EGGVG; *Hartmann*, in: B/L/A/H, ZPO, Einl III Rn. 16; *Zöller/Gummer*, ZPO, § 169 GVG Rn. 1 ff.

5 BVerfG NJW 2001, 1200.

6 BVerfG NJW 2002, 1334; BGHZ 144, 392.

7 EGMR NJW 2000, 2097; BGH NJW 2000, 590; *St/J/Brehm*, ZPO vor § 1 Rn. 105 und 293.

8 Instruktiv zu diesen und weiteren Prinzipien des Zivilprozesses *Hartmann*, in: B/L/A/H, ZPO, Einl III Rn. 14 ff.; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, Einleitung Rn. 39 und 48 ff.

9 BGH FamRZ 1987, 58; BVerwG NJW 1984, 625; BGH NJW 2001, 1581.

10 §§ 1, 3 BRAO; vgl. *Hauße*, Anwaltsrecht I, Kapitel 1 Rn. 8.

11 BGH NJW 1998, 2048.

12 BGH NJW 1996, 3147 (2150); *Becht*, Rn. 662 ff., insbesondere 664.

13 BVerfG NJW 2002, 2456; *St/J/Brehm*, ZPO vor § 1 Rn. 221 ff.

14 *Hartmann*, in: B/L/A/H, ZPO, Einl III, Rn. 53 ff. (64) mit weiteren Beispielen.

15 BGH NJW 1988, 1215.

16 BVerfG BRAK-Mitt.2002, 224; vgl. auch BGH NJW 2002, 1048; *Zugehör*, NJW 2003, 3225 ff.

17 BGH NJW-RR 1990, 1241; BGH NJW 1998, 2048 (2050); vgl. *Jaeger*, NJW 2004, 1 ff.

18 Vgl. *Zöller/Greger*, ZPO, vor § 128 Rn. 3 ff.; *Hartmann*, in: B/L/A/H, ZPO, Grdz § 128 Rn. 18 ff.



Anders als in der Praxis lässt sich der Sachverhalt in der Klausur nicht mehr weiter aufklären. Sie sollten aber, wenn ein Mandantenschreiben verlangt wird, dokumentieren, welche Informationen und Unterlagen Ihrer rechtlichen Beurteilung zugrunde liegen.



Vgl. zu den Möglichkeiten der Informationsbeschaffung in der Praxis: *Breucker*, *Anwaltsstrategien im Zivilprozess*, Rn. 10ff.

In der Anwaltsklausur gilt es, aus dem oft unübersichtlichen und emotionalen Vortrag des Mandanten das eigentliche rechtliche Ziel herauszufiltern. Dann ist über den geeigneten Weg zu entscheiden. Für die anzustellenden Erwägungen spielen nicht nur das Unterliegens- und Kostenrisiko, sondern auch andere Faktoren – etwa Zeitaufwand, Bindung von Arbeitskräften, Nervenbelastung, künftige (Geschäfts-)Beziehung des Mandanten mit der gegnerischen Partei etc. – eine Rolle.¹⁹ Zu bedenken ist auch, dass ein Erfolg im Verfahren wegen drohender Insolvenz des Gegners oder sonstiger Vollstreckungshindernisse letztlich wertlos sein kann.



Ist in der Klausur ein Mandantenschreiben verlangt, so müssen Sie unter Darstellung der möglichen Alternativen stets verdeutlichen, welches der **sicherste Weg** wäre; vorbehaltlich ausdrücklicher anderer Weisungen des Mandanten ist dieser Weg zu beschreiten.²⁰

II. Prüfung der materiellen Rechtslage

Ob Sie ein Gutachten, ein Mandantenschreiben oder eine Klage verfassen müssen – oft sind Sie zumindest teilweise allein auf den vom Mandanten vorgetragenen Sachverhalt angewiesen. Sie prüfen dann auf dieser Grundlage die materielle Rechtslage auf Schlüssigkeit (1) und naheliegenden Verteidigungsmöglichkeiten (2):

1. Schlüssigkeitsprüfung

- Die Schlüssigkeitsprüfung ist der „erste Filter“, den der vom Mandanten gelieferte Tatsachenstoff durchlaufen muss. Hier prüfen Sie, ob sich bei Zugrundelegung nur des Sachvortrags des Mandanten die gewünschte Rechtsfolge ergibt. So müssen sich für einen Werklohnanspruch aus dem Vortrag des Mandanten nach §§ 631 Abs. 1, 641 BGB neben dem Vertragsschluss die Herbeiführung des Erfolges und die Abnahme ergeben.

Verjährung in der Schlüssigkeitsprüfung

Trägt der Mandant selbst vor, dass der Gegner die Einrede der Verjährung erhoben hat, und bestätigt Ihre materiell-rechtliche Prüfung, dass ein möglicher Anspruch verjährt ist, so können Sie keinen schlüssigen Klagevortrag mehr führen.

2. Prüfung naheliegender Verteidigungsmöglichkeiten

- Im nächsten Schritt prüfen Sie, welche Einwendungen oder Einreden der Gegner voraussichtlich erheben wird. Hat Ihr Mandant etwa die Voraussetzungen eines Werklohnanspruchs schlüssig vorgetragen, müssen Sie an etwaige Mängelgewährleistungsansprüche des Gegners und eine darauf gegründete Aufrechnung oder ein Zurückbehaltungsrecht zu denken.

¹⁹ Vgl. zu den Anforderungen an Inhalt und Umfang der Beratung des Mandanten: BGH NJW 1993, 3259; NJW 2007, 2485.

²⁰ BGH NJW 1995, 522; vgl. auch *Hagendorn/Bansemmer/Sander*, Rn. 13f.



„Naheliegend“ sind nur solche Verteidigungsmöglichkeiten, deren tatsächliche Voraussetzungen sich in der Klausur aus dem Vortrag des Mandanten oder den Unterlagen ergeben. Demgegenüber sollten Sie den Klausursachverhalt nicht durch Spekulationen erweitern.

In der Klausur sollten Sie an dieser Stelle stets an die mögliche Einrede der Verjährung denken. Oftmals ist einer von mehreren Ansprüchen verjährt.

Verjährung als naheliegende Einrede

Trägt der Mandant eine bestimmte Chronologie der Ereignisse vor und ergibt sich daraus die naheliegende Möglichkeit, dass der Gegner in einer künftigen Auseinandersetzung die Einrede der Verjährung erheben wird, ist diese Frage hier zu prüfen. Die „gute“ Anwaltsklausur wird so gestellt sein, dass die auf den ersten Blick verjährte Forderung auf den zweiten Blick – etwa wegen einer zwischenzeitlichen Abschlagszahlung (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB) – doch nicht verjährt ist.

III. Prüfung der Beweissituation

Zentrale Bedeutung in der Anwaltsklausur hat die Frage der Beweislast. Der Anwalt muss auch bei vorgerichtlich unstrittigen Tatsachen stets mit einem Bestreiten der Gegenseite rechnen. Sie müssen daher immer prüfen, für welche Tatsachen der Mandant die Beweislast trägt und welche Beweismittel zur Verfügung stehen. **5**

1. Beweislastverteilung



Stellen Sie sich zunächst die Kontrollfrage: **Was** muss ich beweisen? **6**

a. Grundsätze

Von allgemein- und gerichtskundigen Tatsachen abgesehen, muss grundsätzlich der Anspruchsteller die (ihm günstigen) anspruchsbegründenden und -erhaltenden Tatsachen, der Anspruchsgegner die Tatsachen für rechtshindernde und -vernichtende Einwendungen sowie für rechtshemmende Einreden darlegen und beweisen.²¹ **7**



Die Beweislast folgt dem materiellen Recht. Der Anspruchsteller trägt also auch dann die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen, wenn er Beklagter einer negativen Feststellungsklage ist. **8**

Erleichterungen für negative anspruchsbegründende Tatsachen:

Für einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB muss der Gläubiger das Tatbestandsmerkmal „ohne rechtlichen Grund“ vortragen. Da er nicht alle denkbaren Schuldverhältnisse ausschließen kann, obliegt es dem Anspruchsgegner, substantiiert Tatsachen für einen rechtlichen Grund vorzubringen. Der Anspruchsteller muss dann diese Tatsachen unter Beweisantritt widerlegen.

Das materielle Recht regelt teilweise ausdrücklich die **Beweislast** – etwa in §§ 363, 2336 Abs. 3 BGB – oder stellt Tatsachenvermutungen – etwa §§ 938, 1117 Abs. 3, ... BGB – und Rechtsvermutungen – etwa §§ 891, 1006, 1138, 1155, 2365 BGB – auf. Gesetzliche Vermutungen sind nach § 292 ZPO grundsätzlich widerlegbar, sofern nichts anderes geregelt ist (vgl. etwa § 1566 BGB und **8**

²¹ BGH NJW 1986, 2426 (2427); vgl. *Becht/Lennartz*, Rn 626 ff.; *Hagendorn/Bansemmer/Sander*, Rn. 37 ff.

§ 739 ZPO). Knüpft eine gesetzliche Vermutung allerdings an vorgelagerte Tatsachen an, müssen diese vom Anspruchsteller dargelegt und bewiesen werden.

Eigentumsvermutung

Im Fall der gesetzlichen Vermutung des § 1006 Abs. 1 BGB müssen die den Eigenbesitz begründenden Tatsachen im Bestreitensfalle bewiesen werden.

Zudem muss der Anwalt in wichtigen Fallgruppen die gesetzliche Beweislastverteilung nach dem Regel-Ausnahme-Verhältnis beachten:

- §§ 280 Abs. 1 S. 2, 286 Abs. 4, 311 a Abs. 2 S. 2 BGB vermuten das Vertretenmüssen;
- §§ 892, 932, 2366 BGB vermuten die Gutgläubigkeit des Erwerbers;
- § 476 BGB vermutet die Mangelhaftigkeit der Kaufsache im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs.

b. Beweislastumkehr

- 9 In den Fällen der **Produkthaftung** hat der BGH die Beweislastumkehr über das Vertretenmüssen hinaus auf die Pflichtverletzung und teilweise sogar auf die Kausalität erweitert. Der Anspruchsteller muss in diesen Fällen lediglich noch das Schuldverhältnis und den Schaden beweisen. Im Fall der **Arzthaftung** wird bei Nachweis eines groben Behandlungsfehlers vermutet, dass dieser kausal für einen nachgewiesenen Gesundheitsschaden war. Vereitelt eine Partei eine mögliche Beweisaufnahme, bewirkt dies grundsätzlich eine Beweislastumkehr.

Angstneurose und Beweislast

Ihre Mandantin bestreitet, dass die vom Kläger in einer Schadensersatzklage geltend gemachte Durchfeuchtung der gemeinsamen Doppelhauswand von ihrer Seite ausgehe, will aber Kläger und Gericht wegen einer Angstneurose nicht zum anberaumten Ortstermin in ihr Haus lassen.²²

Falllösung:

Sie werden Ihre Mandantin – mit der offenbar gebotenen Vorsicht, aber dennoch deutlich – darauf hinweisen, dass sich bei Verweigerung des Augenscheins die Beweislast zu ihren Lasten kehrt.

2. Beweismittel

- 10  Stellen Sie sich die Kontrollfrage: **Wie** kann ich es beweisen?

Während Augenschein (§§ 371 ff. ZPO) und Urkunden (§§ 415 ff. ZPO) die behaupteten Tatsachen unmittelbar belegen, berichtet der Zeuge (§§ 373 ff. ZPO) über selbst wahrgenommene Vorgänge. Zeuge kann nur sein, wer nicht Partei des Rechtsstreits ist. Sachverständige (§§ 402 ff. ZPO) wiederum vermitteln dem Gericht lediglich Fachkunde zur Beurteilung von Tatsachen, sind also – anders als Zeugen – austauschbar.



In der Klausur sollten Sie an die Möglichkeit denken, durch Forderungsabtretung oder subjektive Klagenhäufung Zeugen „zu schaffen“ oder „auszuschalten“. Sie sollten aber zugleich zu erkennen geben, dass man diese Instrumente nicht überschätzen darf: Der Zeuge, der zugleich als Partei in Betracht kommt, ist regelmäßig einer Seite zuzurechnen und daher kein „starker“ (neutraler) Zeuge. Zudem bleibt Parteivernehmung möglich. Eine Klage gegen einen potenziellen Zeugen sollten Sie nur in Betracht ziehen, wenn gegen ihn ein erfolversprechender Anspruch besteht; andernfalls kann das (verärgerte) Gericht den

²² BGH NJW 1990, 1734 ff.

Anspruch gegen ihn rasch durch Teilurteil nach § 301 ZPO abweisen und auf diese Weise – mit Rechtskraft des Teilurteils – die Zeugenstellung wieder aufleben lassen.

Die nur zur Führung des Hauptbeweises zulässige und gegenüber anderen Beweismitteln subsidiäre Parteivernehmung (§§ 445 ZPO) können Sie als Beweisführer nicht erzwingen, da der Gegner einem entsprechenden Antrag zustimmen muss, § 447 ZPO. Stimmt der Gegner nicht zu, können Sie eine Parteivernehmung von Amts wegen anregen, § 448 ZPO.

3. Selbstständiges Beweisverfahren

Drohen Beweise verloren zu gehen, müssen Sie als Anwalt zunächst an faktische Sicherungsmaßnahmen denken, etwa Verwahrung von Urkunden, Anfertigung von Lichtbildern, Vermerke des Mandanten, schriftliche Fixierung von Zeugenaussagen oder Einholung eines Privatgutachtens. Daneben können Sie beim Hauptsachegericht – in Eilfällen auch beim Amtsgericht der belegenen Sache – Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens stellen, §§ 485 ff. ZPO.²³

11



Antrag im selbstständigen Beweisverfahren:

„Namens und in Vollmacht des Antragstellers beantragen wir, ein selbstständiges Beweisverfahren durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens des Sachverständigen Octavius Objectivus über folgende Tatsachen anzuordnen: ...“

Die Zustellung eines zulässigen²⁴ Antrags auf selbstständiges Beweisverfahren hemmt die Verjährung, § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB. Die Hemmung endet sechs Monate nach Zustellung des Gutachtens bzw. dessen ergänzender Erläuterung, § 204 Abs. 2 BGB.

IV. Prüfung besonderer Verfahrensarten

Nach Klärung der materiellen Rechtslage und der Beweissituation müssen Sie als Anwalt sämtliche Verfahren und Klagearten der ZPO in Betracht ziehen, mit denen das individuelle Ziel des Mandanten sicher, zügig und kostengünstig zu erreichen ist. Die „normale“ Klage nach (§ 495 i.V.m.) §§ 253 ff. ZPO ist dabei nur eine von mannigfaltigen prozessualen Möglichkeiten.

12



Charakteristisch für die Anwaltsklausur ist die Aufgabenstellung, in einem Gutachten oder Mandantenschreiben die möglichen Alternativen des Vorgehens unter Abwägung der Vor- und Nachteile darzustellen und einen begründeten Vorschlag zu unterbreiten.

1. Mahnverfahren

Will der Mandant rasch und ohne hohen Kostenvorschuss einen Vollstreckungstitel für einen Zahlungsanspruch in bestimmter Höhe, empfiehlt sich das Mahnverfahren nach §§ 688 ff. ZPO. Ist indes mit einem Widerspruch oder Einspruch des Gegners und anschließendem Übergang ins streitige Verfahren (§§ 696 Abs. 1, 700 Abs. 3 ZPO) zu rechnen, spart man weder Zeit noch Kosten. Das Mahnverfahren kommt dann allenfalls in Betracht, wenn – etwa am Jahresende – ohne längere Vorbereitung die Verjährung gehemmt werden soll. Die Hemmung tritt ein mit Zustellung des Mahnbescheids (§ 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB) oder bereits mit Einreichung, sofern die Zustellung „demnächst“ erfolgt (§ 167 ZPO). Die Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Einreichung erfolgt unabhängig davon, ob die anschließende Zustellung an den Gegner in verjährter oder unverjährter Zeit erfolgt.²⁵ Entscheidend ist allein, dass „demnächst“ zugestellt wird.

13

²³ Eingehend: Ulrich, BauR 2007, 1634.

²⁴ BGH NJW 2008, 519.

²⁵ BGH NJW 2008, 1674; BGH NJW 2010, 856 [zur Streitverkündung].



Die Zustellung ist nur dann **nicht** „demnächst“, wenn sie erheblich (i.d.R. mehr als einen Monat²⁶) verzögert wird **und** diese Verzögerung vom Antragsteller (mit-)verschuldet ist, z. B. durch fehlerhafte oder missverständliche Angaben des Namens, der Rechtsform, der Anschrift oder der (Zins-)Forderung.

Die Verjährungshemmung tritt nur ein, wenn der Anspruch hinreichend individualisiert ist. Die Anforderungen hieran differieren je nachdem, ob zwischen den Parteien nur eines oder mehrere Rechtsverhältnisse bestehen. Der Schuldner muss Inhalt und Umfang des Anspruchs so weit feststellen können, dass er beurteilen kann, ob und inwieweit er sich zur Wehr setzen will.²⁷



Ausführlich zum Mahnverfahren: *Breucker*, in: *Degen/Breucker, Anwaltsstrategien im elektronischen Rechtsverkehr*, Rn. 88 ff.

2. Urkundenprozess

- 14 Im Wege des Urkundenprozesses können Sie einen raschen Titel für einen Zahlungs- oder Grundpfandrechtsanspruch erstreiten, wenn alle Tatsachen durch Urkunden oder Parteivernehmung bewiesen werden können und mindestens eine Urkunde i.S.d. §§ 415 ff. ZPO in Urschrift oder Abschrift vorgelegt wird, §§ 592 ff. ZPO. Das jeweilige Recht muss sich nicht unmittelbar aus der Urkunde selbst (z. B. Schuldanerkenntnis) ergeben, sondern kann sich auch mittelbar durch sie belegen lassen (z. B. Werkvertrag und Abnahmeprotokoll für Werklohnanspruch; Mietvertrag für Mietzinsanspruch²⁸). Eine schriftliche Zeugenbekundung ist unstatthaft, da damit der unmittelbare Zeugenbeweis umgangen wird; umstritten ist daher auch, ob Vernehmungsprotokolle und Sachverständigengutachten als Urkunden vorgelegt werden können.²⁹



Antrag im Urkundenprozess:

„Namens und in Vollmacht des Klägers erheben wir Klage im Urkundenprozess und werden beantragen, ...“

Vorteil des Urkundenprozesses ist der Ausschluss von Widerklagen (§ 595 Abs. 1 ZPO) und die sofortige Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung (§ 708 Nr. 4 ZPO, vgl. aber § 711 Satz 1 ZPO). Sie sollten den Mandanten aber auch auf die Gefahr hinweisen, dass er bei Aufhebung des Titels im Nachverfahren für die Vollstreckung Schadensersatz zu leisten hat, §§ 600 Abs. 2, 302 Abs. 4 Satz 3 ZPO. Kann der Kläger den Anspruch (bzw. die bestrittene Echtheit der Urkunde) nicht mit Urkunden oder Parteivernehmung beweisen, muss er vom Urkundenprozess Abstand nehmen und in das ordentliche Verfahren übergehen.



Antrag bei Abstandnahme vom Urkundenprozess:

„In Sachen Kargus/Burdenski geht der Kläger in das ordentliche Verfahren über.“

3. Einstweiliger Rechtsschutz

- 15 Die rasche Sicherung (nicht: Durchführung) der Zwangsvollstreckung – etwa bei bevorstehender Abreise des Schuldners – können Sie über einen Arrestantrag nach §§ 916 ff. ZPO erwirken; zur

26 BGH NJW 2002, 2794 f. [zu § 693 Abs. 2 ZPO a. F.] unter Aufgabe der noch in BGH NJW 1999, 3125 präferierten Zweiwochenfrist; BGH NJW 2003, 2830.

27 BGH NJW 2001, 305 (306).

28 BGH NJW 1999, 1408.

29 Restriktiv *Reichold*, in: T/P, ZPO § 592 Rn. 6 f.; großzügiger *Hartmann*, in: B/L/A/H, ZPO § 592 Rn. 11 f.

Sicherung eines Rechtes sowie zur vorläufigen Regelung eines streitigen Rechtsverhältnisses kommt der Antrag auf einstweilige Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO in Betracht.³⁰



In der Praxis schlägt der Mandant häufig vor, man möge eine einstweilige Verfügung erwirken, da die Sache dringend sei. Verkannt wird dabei, dass die einstweilige Verfügung – von echten Notfällen abgesehen – nicht der (vorläufigen) Verwirklichung des Anspruchs, sondern nur der Sicherung dient. Eine Vorwegnahme der Hauptsache ist grundsätzlich unzulässig. Zudem erfordert eine einstweilige Verfügung erheblichen Aufwand auch des Mandanten, da sämtliche Angaben glaubhaft gemacht und der Vortrag mit einer eidesstattlichen Versicherung unterlegt werden muss.



Ausführlich zum einstweiligen Rechtsschutz: *Breucker*, *Anwaltsstrategien im Zivilprozess*, Rn. 40 ff.

4. Schlichtungsverfahren

Bei einem geringen Streitwert (i.d.R. unter 750 €), bestimmten Nachbarrechtsstreitigkeiten oder einer Ehrverletzung kann nach § 15a EGZPO i.V.m. Landesgesetz³¹ ein Schlichtungsverfahren durchzuführen sein. Die Einreichung einer entsprechenden Bescheinigung mit der Klage ist dann von Amts wegen zu berücksichtigende Prozessvoraussetzung. Der Gütezwang entfällt in den in § 15a Abs. 2 EGZPO genannten Fällen, etwa bei Durchführung des Mahnverfahrens.

16



Die Verjährung wird nach § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB gehemmt, wenn die Bekanntgabe des Güteantrags an den Schuldner veranlasst wird. Hierfür ist keine Zustellung erforderlich, vielmehr genügt ein einfacher Brief.³²

5. Prozesskostenhilfe

Ein mittelloser Mandant wird die Rechtsverfolgung oftmals davon abhängig machen, dass ihm Prozesskostenhilfe gewährt wird. Bevor Sie Klage erheben, prüfen Sie in diesem Fall, ob die Klage zulässig, schlüssig und – soweit (potenziell) streitig – mit Beweisangeboten versehen ist (**hinreichende Erfolgsaussicht**), § 114 Abs. 1 ZPO. Weiter muss Ihr Mandant **bedürftig** (Tabelle nach § 115 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 ZPO) und die Klage darf **nicht mutwillig** sein.

17



Mutwilligkeit i.S.d. § 114 ZPO ist regelmäßig etwa in folgenden Fällen zu bejahen:

- Die Klageforderung wurde an einen bedürftigen Zessionar allein in der Absicht abgetreten, Prozesskostenhilfe zu erhalten.
- Eine bislang unstrittige Geldforderung soll vor dem Landgericht eingeklagt werden, anstatt zunächst das Mahnverfahren zu betreiben.

Der mittellose Mandant

Es droht Verjährung. Der mittellose Mandant möchte eine Klage nur für den Fall erheben, dass ihm Prozesskostenhilfe gewährt wird. Welche Möglichkeiten bestehen?

Falllösung:

Bei einer – zulässigen – Klageerhebung gemeinsam mit dem Prozesskostenhilfeantrag wird die Klage mit Zustellung rechtshängig und hemmt nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB die Verjährung. Bei Ablehnung des PKH-Gesuchs können Sie die Klage aber nur noch kostenpflichtig zurücknehmen, § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO. Gegen eine bedingte Klageerhebung spricht, dass die PKH-Gewährung

³⁰ Eingehend *Becht/Lennartz*, Rn. 1115 ff.; *Zöller/Vollkommer*, ZPO Vor § 916 Rn. 1 ff.

³¹ Vgl. die in Schönfelder, Ergänzungsband Nr. 104 ff. abgedruckten Schlichtungsgesetze der Länder.

³² Palandt/*Heinrichs*, BGB, § 204 Rn. 19; zu beachten ist eine mögliche vorherige Hemmung nach § 203 BGB.

aus Sicht des Klageverfahrens eine außerprozessuale Bedingung und damit grundsätzlich unzulässig ist. § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB regelt ausdrücklich, dass die Verjährung auch durch die Veranlassung der Bekanntgabe des erstmaligen Antrags auf Gewährung von PKH gehemmt wird. Vorzugswürdig ist daher, zunächst nur den Prozesskostenhilfeantrag zu stellen und die für die Prüfung der Erfolgsaussichten erforderliche Klageschrift als nicht unterzeichneten Entwurf beizulegen.³³



Antrag auf Prozesskostenhilfe:

„In Sachen . . . überreiche ich

1. Erklärung des Antragstellers über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse
2. Klageentwurf (zweifach)

und beantrage, dem Kläger für die aus dem Entwurf ersichtliche beabsichtigte Klage Prozesskostenhilfe unter meiner Beiordnung als Prozessbevollmächtigter zu bewilligen.“

Nach Gewährung der Prozesskostenhilfe darf der Anwalt nicht vergessen, die im Entwurf bereits eingereichte Klage noch „offiziell“ zu erheben.



Nach § 204 Abs. 1 Nr. 14, 2. Halbs. BGB tritt die Verjährungshemmung bereits mit Einreichung des PKH-Antrags ein, wenn die vom Gericht veranlasste Bekanntgabe (nicht Zustellung) „demnächst“ im Sinne des § 167 ZPO analog erfolgt.

V. Wahl der Klageart

- 18** Aus dem Ziel des Mandanten ergibt sich zunächst die grundlegende Weichenstellung, ob Leistungs-, Feststellungs- und/oder Gestaltungsklage zu erheben ist. Der Anwalt muss auch an eine Klagenhäufung (§ 260 ZPO) und besondere Klageformen denken.

1. Gestaltungsklage

- 19** Soll durch das (rechtskräftige) Urteil die Rechtslage unmittelbar verändert werden, ist eine der in der ZPO abschließend aufgeführten Gestaltungsklagen zu erheben. Wichtige Beispiele sind der Scheidungsantrag, die Erbnunwürdigkeitsklage und die Gesellschaftsauflosungsklage nach § 133 HGB.



Antrag einer Gesellschaftsauflosungsklage:
„Die Y-KG Heilbronn wird aufgelöst.“

2. Leistungsklage

- 20** Im „Normalfall“ eines konkreten Leistungsbegehrens ist Leistungsklage (§§ 253 bis 255, 257 bis 259 ZPO) zu erheben.



Antrag einer Zahlungsklage:
„Namens und in Vollmacht des Klägers erheben wir Klage und werden beantragen, den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 16.000 € nebst Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 12. 5. . . . zu bezahlen.“

³³ Vgl. OLG Köln NJW 1994, 3360; Zöller/Philippi, ZPO § 117 Rn. 7.