

NOMOSSTUDIUM

Schmitz-Herscheidt | Wagner

# Zivilprozess- und Verhandlungstaktik

2. Auflage



Nomos

NOMOSSTUDIUM

**Prof. Dr. Stephan Schmitz-Herscheidt**  
Honorarprofessor an der Universität Münster,  
Rechtsanwalt und Notar in Hamm

**Dr. Benjamin Wagner, LL.M.**  
Rechtsanwalt in Hamburg

# **Zivilprozess- und Verhandlungstaktik**

2. Auflage



**Nomos**

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

ISBN 978-3-8487-8621-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-3152-2 (ePDF)

2. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

## **Vorwort zur 2. Auflage**

Wir freuen uns, gut zweieinhalb Jahre nach Erscheinen unseres Werkes die zweite Auflage vorstellen zu können. Dessen Ziele und didaktisches Konzept sind unverändert. Jedoch haben wir jeden hierfür geeigneten Paragraphen um eine Zusammenfassung ergänzt, die nochmals die Strukturen der behandelten Materie herausstellen und dem Leser dadurch einfacher die Kontrolle ermöglichen soll, ob er diese zutreffend erfasst hat.

Die Neuauflage ist auch den aktuellen Entwicklungen der Gesetzgebung und Rechtsprechung geschuldet. So hat sich die Praxis des Zivilprozesses etwa dadurch nachhaltig verändert, dass seit dem 1.1.2022 anwaltliche Schriftsätze gem. § 130d ZPO nur noch als elektronisches Dokument beim Gericht eingereicht werden können, in der traditionellen „Papierform“ vorgenommene Prozesshandlungen also unwirksam sind. Auch die aktuelle Rechtsprechung bewirkt mitunter nachhaltige Veränderungen. So hat etwa das BVerfG die ständige bisherige gerichtliche Praxis, einstweilige Verfügung durch Beschluss zu erlassen, ohne dass der Antragsgegner zuvor die Möglichkeit zur Stellungnahme haben musste, im Regelfall als Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) beanstandet. Für Rechtsanwälte zieht dies zwangsläufig Änderungen im taktischen Vorgehen nach sich (dazu Rn. 664 f.).

Die Neuauflage berücksichtigt solche Rechtsentwicklungen sowie Rechtsprechung und Literatur bis Mitte Juni 2022. Allen Lesern sind wir weiterhin für jeden Hinweis zur Verbesserung unseres Buches dankbar und dafür gern unter

s.schmitz-herscheidt@heimann-partner.com bzw. benjamin.wagner@lebuhn.de

erreichbar. Besonderer Dank gebührt schließlich unverändert Herrn Dr. Peter Schmidt für die ausgezeichnete Unterstützung seitens des Lektorats des Nomos-Verlags.

Hamm und Hamburg im Juni 2022

Stephan Schmitz-Herscheidt

Benjamin Wagner



## Vorbemerkung zur 1. Auflage

Das rechtswissenschaftliche Studium vermittelt den Studenten die Zusammenhänge des materiellen Rechts. Im Referendariat machen sie sich dann mit den Details des Prozessrechts vertraut. Damit sind die Grundlagen für ein erfolgreiches Anwaltsleben unzweifelhaft gelegt. Hinzu kommt aber noch ein weiterer Faktor, der in der nach wie vor vorrangig auf den Richterberuf ausgerichteten juristischen Ausbildung meist nur eine untergeordnete Rolle spielt: Anders als aus der Ausbildung gewohnt, wird der Rechtsanwalt in der Praxis nicht allein mit abgeschlossenen Sachverhalten konfrontiert, die „nur“ noch auf eine rechtliche Subsumtion unter die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen warten, sondern von ihm wird häufig auch eine Rechtsgestaltung gefordert. Er muss beispielsweise Verträge aufsetzen. Deren Inhalt ist nicht selten erst das Ergebnis von Verhandlungen, in denen beide Vertragsparteien versuchen, das für sie bestmögliche Ergebnis zu erzielen. Wird der Rechtsanwalt dabei hinzugezogen, ist neben seinem ausgeprägten juristischen Sachverstand auch Verhandlungsgeschick gefragt. Dasselbe gilt, wenn ein Konflikt durch außergerichtliche Verhandlungen gelöst, d. h. eine gerichtliche Auseinandersetzung vermieden werden soll. In allen diesen Fällen wird dem Rechtsanwalt neben dem rechtlich richtigen auch ein taktisch geschicktes Vorgehen abverlangt. Dies gilt nicht zuletzt auch bei der anwaltlichen Führung von Zivilprozessen. Denn hier geht es darum, die von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten, materiellen-rechtlichen wie prozessualen Gestaltungsmöglichkeiten zu erkennen und geschickt einzusetzen, um die Interessen des Mandanten bestmöglich zu vertreten.

Diese taktischen Möglichkeiten im Zivilprozess und in außergerichtlichen Verhandlungen will das vorliegende Werk aufzeigen. Es ist hervorgegangen aus der Vorlesung des Autors Schmitz-Herscheidt an der Universität Münster zum Thema „Verhandlungsstrategien und forensische Praxis“ im Rahmen des Schwerpunktgebietes „Rechtsgestaltung und Streitbeilegung“. Gleichwohl richtet sich unser Buch nicht nur an Studenten und Referendare, sondern möchte auch Kollegen wertvolle Entscheidungshilfen bei taktischen Überlegungen und Entscheidungen bieten.

Rechtsprechung und Literatur sind bis Mitte Dezember 2019 berücksichtigt.

Für jeden Hinweis zur Verbesserung unseres Buches sind wir dankbar. Besonderer Dank gebührt schließlich Herrn Dr. Peter Schmidt für die ausgezeichnete Unterstützung seitens des Lektorats des Nomos-Verlags.

Hamm und Hamburg

Stephan Schmitz-Herscheidt

Benjamin Wagner



# Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis	23
----------------------	----

## A. Prozesstaktik

TEIL I EINLEITUNG	
§ 1	Was ist Prozesstaktik? 27
§ 2	Überblick über den Ablauf eines Zivilprozesses aus Anwaltssicht 30
§ 3	Die Verfahrensbeteiligten 33
TEIL II KLAGE	
§ 4	Vorbereitung der Klage 49
§ 5	Wer klagt? 56
§ 6	Wer wird verklagt? 60
§ 7	Wo wird geklagt? 64
§ 8	Sachvortrag und dessen prozessuale Beachtlichkeit 71
§ 9	Darlegungs- und Beweislast 78
§ 10	Beweisführung und Beweismittel 97
§ 11	Klageantrag und Streitgegenstand 117
TEIL III KLAGERWIDERUNG UND WIDERKLAGE	
§ 12	Klageerwiderung 139
§ 13	Widerklage 155
TEIL IV MÜNDLICHE VERHANDLUNG	
§ 14	Ablauf der mündlichen Verhandlung 161
§ 15	Präklusion wegen Verspätung und Gegenstrategien 175
§ 16	Anwaltliche Pflichten nach Urteilsverkündung 199
TEIL V SONSTIGE FORMEN DER BEENDIGUNG DES PROZESSES	
§ 17	Erledigung 203
§ 18	Klagerücknahme 205
§ 19	Prozessvergleich 206

## Inhaltsübersicht

---

### TEIL VI BERUFUNG

---

§ 20	Zulässigkeit der Berufung	210
§ 21	Begründetheit der Berufung, Umfang der Überprüfung durch das Berufungsgericht	216
§ 22	Besonderheiten des Berufungsverfahrens	230

### TEIL VII BESONDERE VERFAHRENSARTEN

---

§ 23	Selbständiges Beweisverfahren	235
§ 24	Urkundenprozess	240
§ 25	Mahnverfahren	249
§ 26	Einstweiliger Rechtsschutz	255

## B. Verhandlungstaktik

TEIL I	EINFÜHRUNG	273
--------	------------	-----

---

### TEIL II VERHANDLUNGSGRUNDLAGEN

---

§ 27	Verhandeln im anwaltlichen Bereich	275
§ 28	Grundformen des Verhandeln	276
§ 29	Grundbegriffe der Verhandlungsforschung	286
§ 30	Herausforderungen in (anwaltlichen) Verhandlungen	290

### TEIL III PLANUNG UND ABLAUF VON VERHANDLUNGEN

---

§ 31	Verhandlungsvorbereitung	294
§ 32	Verhandlungseinstieg („Warmlaufphase“)	306
§ 33	Kernphase der Verhandlung	307
§ 34	Der Abschluss der Verhandlung	320
§ 35	Die Umsetzung des Vereinbarten	323
§ 36	Interne Nachbereitung der Verhandlung	323

### TEIL IV PSYCHOLOGISCHE ASPEKTE DER VERHANDLUNG

---

§ 37	Die Verhandlung als Kommunikationsprozess	325
§ 38	Heuristiken und kognitive Verzerrungen	330
§ 39	Emotionen in Verhandlungen	337
	Stichwortverzeichnis	343

# Inhalt

<b>Vorbemerkung zur 1. Auflage</b>	7
<b>Literaturverzeichnis</b>	23

## A. Prozesstaktik

### TEIL I EINLEITUNG

---

<b>§ 1 Was ist Prozesstaktik?</b>	27
I. Dispositionsmaxime	27
II. Beibringungsgrundsatz	28
III. Konsequenzen	28
IV. Zusammenfassung	30
<b>§ 2 Überblick über den Ablauf eines Zivilprozesses aus Anwaltssicht</b>	30
I. Anhängigkeit und Rechtshängigkeit	30
II. Früher erster Termin oder schriftliches Vorverfahren	30
III. Mündliche Verhandlung	32
IV. Urteil und Rechtsmittel	32
V. Zusammenfassung	32
<b>§ 3 Die Verfahrensbeteiligten</b>	33
I. Die Parteien, insbesondere Streitgenossenschaft	33
1. Einfache Streitgenossenschaft	33
2. Notwendige Streitgenossenschaft	34
a) Voraussetzungen	34
b) Rechtsfolgen	35
II. Beteiligung Dritter am Rechtsstreit	36
1. Nebenintervention	36
a) Voraussetzungen	36
b) Verfahren	38
c) Recht zur Unterstützung der Partei, § 67 ZPO	38
aa) Grundsatz	38
bb) Schranken	39
d) Nebeninterventionswirkung, § 68 ZPO	40
e) Sonderfall: streitgenössische Nebenintervention	42
2. Streitverkündung	43
a) Taktische Ziele der Streitverkündung	43
b) Voraussetzungen und Verfahren der Streitverkündung	45
c) Mögliche Reaktionen des Streitverkündeten und taktische Erwägungen	46
III. Zusammenfassung	48

<b>§ 4</b>	<b>Vorbereitung der Klage</b>	49
I.	Vorbemerkung: Wichtige Pflichten des Rechtsanwalts gegenüber seinem Mandanten	49
1.	Umfassende Beratung und Interessenwahrnehmung bei optimaler rechtlicher Bearbeitung	49
2.	Wahl des sichersten Weges	51
3.	Weisungsgebundenheit	51
II.	Einzelheiten zur Vorbereitung der Klage	51
1.	Soll überhaupt geklagt werden?	51
2.	Aufklärung des Sachverhaltes	52
3.	Außergerichtliche Mahnung	53
4.	Außergerichtliches Güteverfahren	53
5.	Fristen	54
6.	Wahl der optimalen Verfahrensart	55
III.	Zusammenfassung	55
<b>§ 5</b>	<b>Wer klagt?</b>	56
I.	Aktivlegitimation	56
II.	Ermittlung des Anspruchsinhabers	56
III.	Abtretung	57
1.	Abtretung zur Begründung der Aktivlegitimation	57
2.	Abtretung zur Verbesserung der Beweissituation	58
IV.	Prozessstandschaft	59
V.	Zusammenfassung	59
<b>§ 6</b>	<b>Wer wird verklagt?</b>	60
I.	Mehrheit von Anspruchsgegnern, „Herausschießen“ von Zeugen	60
II.	GbR als Anspruchsgegnerin	61
III.	Sorgfältige Bezeichnung des Beklagten	62
IV.	Zusammenfassung	63
<b>§ 7</b>	<b>Wo wird geklagt?</b>	64
I.	Rechtsweg	64
II.	Sachliche Zuständigkeit	64
III.	Funktionelle Zuständigkeit	65
IV.	Örtliche Zuständigkeit	66
1.	Ausschließliche Gerichtsstände	66
2.	Nicht ausschließliche Gerichtsstände	66
a)	Allgemeiner Gerichtsstand	66
b)	Besondere Gerichtsstände	67
aa)	Gerichtsstand der Mitgliedschaft, § 22 ZPO	67
bb)	Gerichtsstand der Erbschaft, § 27 ZPO	67
cc)	Gerichtsstand des Erfüllungsortes, § 29 ZPO	67
dd)	Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, § 32 ZPO	67
ee)	Wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten, § 14 UWG	68
c)	Prozesstaktische Erwägungen	69
3.	Gerichtsstandsvereinbarungen	69

4. Gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit	70
V. Rügelese Verhandlung	70
VI. Verweisung	70
VII. Zusammenfassung	70
<b>§ 8 Sachvortrag und dessen prozessuale Beachtlichkeit</b>	<b>71</b>
I. Substantiierungslast	71
1. Bedeutung	71
2. Inhaltliche Anforderungen an die hinreichende Substantiierung	72
a) Grundsatz	72
b) Wechselwirkung mit gegnerischem Vortrag	74
c) Bezugnahme auf Anlagen zum Schriftsatz	75
3. Hinweispflicht des Gerichts bei unzureichender Substantiierung	75
II. Vortrag „ins Blaue hinein“ und wahrheitswidriger Vortrag	75
III. Haupt- und Hilfsvortrag	76
IV. Zusammenfassung	78
<b>§ 9 Darlegungs- und Beweislast</b>	<b>78</b>
I. Bedeutung und grundsätzliche Verteilung	78
II. Sekundäre Darlegungslast	80
1. Bereicherungsrecht	81
2. Verletzung von Aufklärungspflichten	82
III. Umkehr der Beweislast	84
1. Gesetzliche Beweislastregeln	84
2. Gesetzliche Vermutungen	85
a) Tatsachenvermutungen	85
b) Rechtsvermutungen	86
c) Exkurs: Unwiderlegliche Vermutungen	87
3. Tatsächliche Vermutungen	87
a) Wiederholungsgefahr	87
b) Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde	88
c) Wucherähnliches Rechtsgeschäft	88
d) Beratungsgerechtes Verhalten	89
4. Materiell-rechtliche Anerkenntnisse	89
IV. Beweiserleichterungen	91
1. Ausgangspunkt: Vollbeweis	91
2. Gesetzliche Beweiserleichterungen	91
a) § 287 ZPO	92
b) § 252 BGB	93
3. Anscheinsbeweis = prima-facie-Beweis	94
a) Pflichtverletzung	94
b) Kausalität	95
c) Beratungsgerechtes Verhalten	95
4. Beweisvereitelung	96
V. Zusammenfassung	97

<b>§ 10</b>	<b>Beweisführung und Beweismittel</b>	97
I.	Allgemeine Grundsätze	97
1.	Erschöpfung der Beweismittel und Verbot der antizipierten Beweiswürdigung	97
2.	Hauptbeweis und Gegenbeweis	98
3.	Unmittelbarer und mittelbarer Beweis	99
4.	Beweisverwertungsverbote	100
5.	Strengbeweis und Freibeweis	100
6.	Eignung der Beweismittel	101
II.	Zeugenbeweis, §§ 373 ff. ZPO	101
1.	Beweisthema und Zeugnisfähigkeit	101
2.	Beweisantritt	103
3.	Potenziell parteiischer Zeuge	105
III.	Beweis durch Sachverständige, §§ 402 ff. ZPO	106
1.	Beweisthema	106
2.	Beweisantritt	107
3.	Sonderproblem: Informationsbeschaffung bei einer Partei	107
4.	Prozessuale Rechte nach Erstellung des Sachverständigengutachtens	108
IV.	Urkunden, §§ 415 ff. ZPO	110
1.	Beweiskraft	110
a)	Öffentliche Urkunden	110
b)	Privaturkunden	111
2.	Beweisantritt	113
V.	Parteivernehmung, §§ 445 ff. ZPO	114
1.	Vernehmung der gegnerischen Partei	114
2.	Vernehmung oder Anhörung der eigenen Partei	114
VI.	Zusammenfassung	116
<b>§ 11</b>	<b>Klageantrag und Streitgegenstand</b>	117
I.	Grundlagen	117
1.	Streitgegenstand und Anspruch im prozessualen Sinne	117
2.	Bedeutung des Streitgegenstandes	118
a)	Ne ultra petita	118
b)	Einrede der anderweitigen Rechtshängigkeit	118
c)	Verjährungshemmung	119
d)	Rechtskraft	119
3.	Beispiele	120
II.	Klageantrag	120
1.	Grundsätzliches	120
2.	Leistungsklagen	121
a)	Zahlungsklagen	121
aa)	Bezifferte Zahlungsanträge	121
bb)	Unbezifferte Zahlungsanträge	121
b)	Herausgabeansprüche	122
c)	Freistellungsansprüche	122
d)	Unterlassungsansprüche	123
e)	Zug-um-Zug-Verurteilung	124
f)	Stufenklage	125

3. Feststellungsklagen	126
a) Statthaftigkeit der Feststellungsklage	126
b) Feststellungsinteresse	127
c) Klage auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht	127
d) Negative Feststellungsklage	128
e) Zwischenfeststellungsklage	129
4. Gestaltungsklagen	131
5. Haupt- und Hilfsanträge	131
a) Vorbemerkung: Zulässigkeit bedingter Prozesshandlungen	131
b) Konsequenzen für Klageanträge	132
III. Objektive Klagehäufung, insbes. Eventualklagehäufung	134
IV. Teilklage	135
1. Zulässigkeit	135
2. Taktische Überlegungen	136
a) Absenkung des Kostenrisikos und Eventualwiderklage	136
b) Bedingte Erweiterung der Teilklage	136
V. Zusammenfassung	138

---

TEIL III KLAGERWIDERUNG UND WIDERKLAGE

---

<b>§ 12 Klageerwiderung</b>	139
I. Fristen	139
II. Verteidigung gegen die Klage	140
1. Antragstellung	140
2. Aufbau möglichst vieler „Verteidigungslinien“	141
3. Prüfung der Schlüssigkeit der Klage	141
4. Bestreiten des klägerischen Vortrags zu anspruchsbegründenden Tatsachen	142
a) Prozessuale Anforderungen an das Bestreiten	143
aa) Nicht nur pauschales Bestreiten	143
bb) Einfaches und qualifiziertes Bestreiten	143
cc) Bestreiten mit Nichtwissen	145
b) Gegenbeweis	147
c) Richtiger Vortrag des Klägers; Vermeidung von Geständnissen	147
5. Einreden gegen die Klageforderung	148
a) Taktisches Vorgehen bzgl. Formalia der Einrede	148
b) Aufrechnung	149
aa) Rechtsnatur, Formen, Darlegungs- und Beweislast	149
bb) Rücknahme der Aufrechnung oder Änderung der Tilgungsreihenfolge	150
cc) Gerichtliche Entscheidung	151
III. Verhalten bei begründeter Klage	152
1. Urteil oder Erledigung?	152
2. Mögliche Vermeidung von Kostennachteilen	153
3. Sonderfall: nicht leistungsfähiger Beklagter	154
IV. Zusammenfassung	155

<b>§ 13</b>	<b>Widerklage</b>	155
I.	Bedeutung	155
II.	Zulässigkeit der Widerklage, insbesondere örtliche Zuständigkeit	155
III.	Eventualwiderklage	157
IV.	Drittwiderklage	159
V.	Zusammenfassung	160

---

**TEIL IV MÜNDLICHE VERHANDLUNG**

---

<b>§ 14</b>	<b>Ablauf der mündlichen Verhandlung</b>	161
I.	Terminierung, Aufhebung und Verlegung	161
II.	Gang der mündlichen Verhandlung	162
1.	Erörterung der Sach- und Rechtslage	163
2.	Vergleichsgespräche	164
3.	Persönliches Erscheinen und Anhörung der Parteien	164
4.	Beweisaufnahme	166
a)	Vernehmung von Zeugen	166
aa)	Frage nach eigener Wahrnehmung des Zeugen	169
bb)	Aufdeckung von Widersprüchen oder Unrichtigkeiten	169
cc)	Vereidigung des Zeugen?	170
b)	Vernehmung des Sachverständigen	170
c)	Verhandlung nach der Beweisaufnahme	170
III.	Schriftsatznachlass	171
1.	Schriftsatznachlass auf gerichtliche Hinweise, § 139 Abs. 5 ZPO	172
2.	Schriftsatznachlass auf gegnerischen Vortrag, § 283 ZPO	173
3.	Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, § 156 ZPO	174
IV.	Zusammenfassung	174
<b>§ 15</b>	<b>Präklusion wegen Verspätung und Gegenstrategien</b>	175
I.	Zurückweisung verspäteten Vorbringens gem. § 296 ZPO	175
1.	Zurückweisung nach § 296 Abs. 1 ZPO	176
a)	Fristversäumung	176
b)	Keine Entschuldigung	176
c)	Verzögerung des Verfahrens	177
aa)	Verzögerungsbegriff	177
bb)	Entscheidungsreife	179
cc)	Schlüssiger, entscheidungserheblicher und streitiger Vortrag	180
d)	Keine Verletzung der Prozessförderungspflicht des Gerichts	181
aa)	Ordnungsgemäße Terminvorbereitung nach § 273 ZPO	181
bb)	Richterliche Hinweispflicht gem. § 139 ZPO	182
e)	Rechtsfolgen	184
2.	Zurückweisung nach § 296 Abs. 2 ZPO	184
a)	Verletzung der allgemeinen Prozessförderungspflicht der Partei	184
b)	Grobe Nachlässigkeit	186
c)	Rechtsfolgen	186
3.	Notwendiger Inhalt des Vortrags	186
II.	Strategien zur Vermeidung der Präklusion wegen Verspätung	187
1.	Präsente Beweismittel	187

2.	Flucht in die Säumnis	188
a)	Die Säumnis und ihre Folgen	188
b)	Taktisches Vorgehen	190
c)	Ausschluss einer Flucht in die Säumnis	192
d)	Gegenstrategien	192
aa)	Gegenvorbringen und Gegenbeweis	192
bb)	Entscheidung nach Aktenlage	193
e)	Fazit	195
3.	Flucht in die Widerklage	195
4.	Flucht in die Klageerweiterung oder -änderung	196
5.	Flucht in die Klagerücknahme	198
III.	Zusammenfassung	198
<b>§ 16</b>	<b>Anwaltliche Pflichten nach Urteilsverkündung</b>	199
I.	Urteilsberichtigung wegen offenbarer Unrichtigkeit	199
II.	Tatbestandsberichtigung	200
III.	Urteilsergänzung	201
IV.	Beratung über Rechtsmittel	201

---

TEIL V SONSTIGE FORMEN DER BEENDIGUNG DES PROZESSES

---

<b>§ 17</b>	<b>Erledigung</b>	203
	Zusammenfassung	205
<b>§ 18</b>	<b>Klagerücknahme</b>	205
<b>§ 19</b>	<b>Prozessvergleich</b>	206
I.	Allgemeines	206
II.	Widerrufsvergleich	208
III.	Zwangsvollstreckung	208
IV.	Zusammenfassung	209

---

TEIL VI BERUFUNG

---

<b>§ 20</b>	<b>Zulässigkeit der Berufung</b>	210
I.	Statthaftigkeit und Beschwer	210
II.	Berufungseinlegung	211
III.	Berufungsbegründung	211
1.	Form und Frist	211
2.	Berufungsanträge	212
3.	Berufungsgründe	213
a)	Geltendmachung von Rechtsverletzungen	213
b)	Beanstandung der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen	214
c)	Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel	214
d)	Gegenstand der Berufungsrügen	215
e)	Bedeutung der Berufungsrügen	215
IV.	Zusammenfassung	216

<b>§ 21</b>	<b>Begründetheit der Berufung, Umfang der Überprüfung durch das Berufungsgericht</b>	216
I.	Beschränkung durch die Berufungsanträge	216
II.	Rechtsverletzungen	216
III.	Tatsächliche Grundlagen	217
1.	Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen	217
a)	Verfahrensfehler	217
b)	Zweifel trotz verfahrensfehlerfreier Feststellungen	218
c)	Beweisaufnahme durch das Berufungsgericht	219
aa)	Erneute Vernehmung von Zeugen durch das Berufungsgericht	219
bb)	Erneute Begutachtung durch den Sachverständigen	220
2.	Novenverbot und Ausnahmen	220
a)	Neuheit des Angriffs- und Verteidigungsmittels und Beweiskraft des erstinstanzlichen Tatbestandes	220
aa)	Keine Beweiskraft bei widersprüchlichem oder unklarem Tatbestand	221
bb)	Keine Bindungswirkung nach Tatbestandsberichtigungsantrag	222
b)	Zulässigkeit neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel	223
aa)	§ 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO	223
bb)	§ 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO	225
cc)	§ 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO	226
dd)	Teleologische Reduktion: Berücksichtigung unstreitigen Vorbringens	228
3.	Verspätetes Vorbringen in der Berufungsinstanz	228
IV.	Zusammenfassung	229
<b>§ 22</b>	<b>Besonderheiten des Berufungsverfahrens</b>	230
I.	Berufungserwiderung	230
II.	Anschlussberufung	230
III.	Klageänderung, Aufrechnung und Widerklage in der Berufungsinstanz	232
IV.	Entscheidung über die Berufung	232
V.	Zusammenfassung	233

---

TEIL VII BESONDERE VERFAHRENSARTEN

---

<b>§ 23</b>	<b>Selbständiges Beweisverfahren</b>	235
I.	Voraussetzungen	235
1.	Antrag	235
2.	§ 485 Abs. 1 ZPO	235
3.	§ 485 Abs. 2 ZPO	236
4.	Nicht erforderlich: Schlüssigkeit und Beweiserheblichkeit	237
II.	Taktische Ziele und Vorgehen	237
1.	Verjährungshemmung	237
2.	Beweissicherung	237
3.	Informationsbeschaffung	238
4.	Vergleichsbemühungen	239
III.	Zusammenfassung	239

<b>§ 24</b>	<b>Urkundenprozess</b>	240
I.	Statthaftigkeit des Urkundenprozesses	240
II.	Verfahren und taktisches Vorgehen	243
1.	Sonderregeln des Urkundenprozesses	243
2.	Mögliche Verläufe des Urkundenprozesses	244
a)	Unbegründete Klage	244
b)	Im Urkundenprozess unstatthafte Klage	244
aa)	Taktische Möglichkeiten des Beklagten zur Herbeiführung der Unstatthaftigkeit des Urkundenprozesses	244
bb)	Gegenstrategie des Klägers: Abstandnahme vom Urkundenprozess	245
c)	Vorbehaltsurteil und Nachverfahren	246
III.	Zusammenfassung	249
<b>§ 25</b>	<b>Mahnverfahren</b>	249
I.	Verfahren	249
II.	Taktische Ziele und Vorgehen	251
1.	Schnelle und kostengünstige Titulierung	251
2.	Verjährungshemmung	252
a)	Vorteile und Risiken des Mahnverfahrens	252
b)	Dauer der Verjährungshemmung und Gegenstrategien	253
III.	Zusammenfassung	255
<b>§ 26</b>	<b>Einstweiliger Rechtsschutz</b>	255
I.	Arrest und einstweilige Verfügung	255
II.	Arten einstweiliger Verfügungen	256
III.	Voraussetzungen und Inhalt der einstweiligen Verfügung	257
1.	Verfügungsanspruch	257
2.	Verfügungsgrund	257
a)	Allgemeines	257
b)	Verfügungsgrund bei Unterlassungsverfügungen	258
c)	Wettbewerbsrechtliche Dringlichkeitsvermutung	259
3.	Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache	260
4.	Interessenabwägung	262
IV.	Verfahren	262
1.	Zuständigkeit	262
2.	Urteilsverfügung und Beschlussverfügung	263
a)	Urteilsverfügung	263
b)	Beschlussverfügung, Schutzschrift und Widerspruch	263
c)	Zurückweisung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung	265
3.	Prozessuale Besonderheiten des einstweiligen Verfügungsverfahrens	266
a)	Glaubhaftmachung und Beschränkung auf präsenste Beweismittel	266
b)	Verfahrensbeschleunigung	268
c)	Berufung und Instanzenzug	269
4.	Vollziehung und Zustellung der einstweiligen Verfügung	269
V.	Zusammenfassung	272

## B. Verhandlungstaktik

TEIL I	EINFÜHRUNG	273
--------	------------	-----

---

### TEIL II VERHANDLUNGSGRUNDLAGEN

---

<b>§ 27</b>	<b>Verhandeln im anwaltlichen Bereich</b>	275
I.	Grundsatz; Definition	275
II.	Vertrags- und Konfliktverhandlungen	275
III.	Zusammenfassung	276
<b>§ 28</b>	<b>Grundformen des Verhandeln</b>	276
I.	Distributives Verhandeln	276
1.	Grundprinzip	276
2.	Hartes und weiches Verhandeln	277
II.	Integratives Verhandeln	279
1.	Grundprinzip	279
2.	Exkurs: Sachbezogenes Verhandeln nach dem Harvard-Konzept	281
a)	Trennung von Verhandlungsgegenstand und Beziehungsebene	282
b)	Konzentration auf Interessen statt auf Positionen	282
c)	Erarbeitung möglichst vieler Lösungsoptionen	283
d)	Bestehen auf objektive Beurteilungskriterien	284
e)	Heranziehen der BATNA	284
III.	Zusammenfassung	285
<b>§ 29</b>	<b>Grundbegriffe der Verhandlungsforschung</b>	286
I.	Positionen und Interessen	286
II.	Maximalziel	287
III.	Minimalziel („deal-breaker“)	287
IV.	Der Einigungsbereich (ZOPA)	289
<b>§ 30</b>	<b>Herausforderungen in (anwaltlichen) Verhandlungen</b>	290
I.	Das Verhandlungsdilemma – Das Spannungsverhältnis zwischen Wertschöpfung und Wertbeanspruchung	290
II.	Das Verhandlungsdilemma als Grundproblem von Verhandlungen	291
III.	Management des Verhandlungsdilemmas	292
IV.	Zusammenfassung	293

### TEIL III PLANUNG UND ABLAUF VON VERHANDLUNGEN

---

<b>§ 31</b>	<b>Verhandlungsvorbereitung</b>	294
I.	Analyse der Parteien und Beteiligten der Verhandlung	295
II.	Verhandlungsthemen, Positionen und Interessen	296
III.	Maximalziele, Minimalziele und Nichteinigungsalternativen der Parteien	298
1.	Maximal- und Minimalziele	298
2.	Nichteinigungsalternativen	298
a)	Bedeutung	298

b) Arten von Nichteinigungsalternativen	299
c) Bewertung von Nichteinigungsalternativen	300
aa) Grundsätzliches	300
bb) Exkurs: Prozessrisikoanalyse als Instrument zur Bewertung von Nichteinigungsalternativen in Konfliktverhandlungen	301
IV. Identifizierung von Wertschöpfungsquellen und Entwicklung von Handlungsoptionen und Alternativlösungen	302
V. Festlegen der Prioritäten, Bewertungskriterien und der Eröffnungsposition; Ableitung einer Konzessionsstrategie	303
VI. Verhandlungslogistik	303
VII. Zusammenstellen des Verhandlungsteams; Rollenverteilung	304
VIII. Gesamtstrategie	305
IX. Zusammenfassung	305
<b>§ 32 Verhandlungseinstieg („Warmlaufphase“)</b>	<b>306</b>
I. Kennenlernphase; Beziehungsaufbau	306
II. Der äußere Rahmen und die Verhandlungsagenda	306
III. Zusammenfassung	307
<b>§ 33 Kernphase der Verhandlung</b>	<b>307</b>
I. Informationsphase	307
II. Wertschöpfungsphase („value creation“)	308
1. Wertschöpfungsquellen	309
a) Unterschiede zwischen den Parteien	309
aa) Unterschiedliche Interessen und Präferenzen	310
bb) Unterschiedliche Ressourcen, Fähigkeiten und Kosten	310
cc) Unterschiedliche Prognosen	310
dd) Individuelle Zeit- und Risikopräferenzen	311
b) Gemeinsamkeiten zwischen den Verhandlungsparteien	312
c) Größenvorteile und Verbundeffekte	313
d) Reduzierung der Transaktionskosten	313
2. Wertschöpfungstaktiken	313
III. Wertbeanspruchungsphase („value claiming“)	316
1. Grundlagen der Wertbeanspruchung	317
2. Techniken der Wertbeanspruchung	317
a) Einigungsbereich abschätzen	317
b) Die gegenseitigen Ausgangsforderungen	318
c) Die Annäherung durch wechselseitige Konzessionen	318
3. Typische Wertbeanspruchungstaktiken	319
IV. Zusammenfassung	320
<b>§ 34 Der Abschluss der Verhandlung</b>	<b>320</b>
I. Abbruch der Verhandlung	321
II. Einigung	321
III. Weiterverhandeln	322
IV. Vorläufige Übereinkunft samt Nachverhandlungs-Vereinbarung	322
V. Zusammenfassung	323

<b>§ 35</b>	<b>Die Umsetzung des Vereinbarten</b>	323
<b>§ 36</b>	<b>Interne Nachbereitung der Verhandlung</b>	323

### TEIL IV PSYCHOLOGISCHE ASPEKTE DER VERHANDLUNG

---

<b>§ 37</b>	<b>Die Verhandlung als Kommunikationsprozess</b>	325
I.	Grundprinzipien menschlicher Kommunikation	325
1.	Verbale und nonverbale Kommunikation	325
2.	Die vier Seiten einer Nachricht	326
II.	Kommunikationstechniken	327
1.	(Aktives) Zuhören	327
2.	Paraphrasieren und Verbalisieren	328
3.	Fragetechniken	329
III.	Zusammenfassung	330
<b>§ 38</b>	<b>Heuristiken und kognitive Verzerrungen</b>	330
I.	Fixed-pie assumption – Nullsummenannahme	331
II.	Escalation of Commitment, Sunk Costs Bias	331
III.	Anchoring and adjustment – Der Ankereffekt	332
IV.	Overconfidence-Bias – Selbstüberschätzungseffekt	333
V.	Reactive Devaluation – Reaktive Abwertung	334
VI.	Endowment-Effect – Der Besitzumseffekt	335
VII.	The winner's curse	335
VIII.	Framing	336
IX.	Zusammenfassung	337
<b>§ 39</b>	<b>Emotionen in Verhandlungen</b>	337
I.	Negative Emotionen und ihre Auswirkungen	338
II.	Umgang mit eigenen negativen Emotionen	339
III.	Umgang mit fremden negativen Emotionen	339
IV.	Taktischer Einsatz von negativen Emotionen	340
V.	Zusammenfassung	341
	<b>Stichwortverzeichnis</b>	343

## Literaturverzeichnis

- Aderhold/Koch/Lenkaitis, Vertragsgestaltung, 4. Aufl., 2021
- Allert, Erfolgreich verhandeln bei M&A-Transaktionen im Mittelstand, 2014
- Anders/Gehle, ZPO, 80. Aufl., 2022 (zitiert: Anders/Gehle/Bearb.)
- Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl., 2019
- Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 4. Aufl., 2018
- Bazerman/Samuelson, I won the auction but I don't want the prize, in: Journal of Conflict Resolution, Vol. 27, No. 4, 1983, S. 618–634
- Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB (zitiert: BeckOGK-BGB/Bearbeiter)
- Beck'scher Online-Kommentar zum BGB (zitiert: BeckOK-BGB/Bearbeiter)
- Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO (zitiert: BeckOK-ZPO/Bearbeiter)
- Berneke/Schüttpelz, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, 4. Aufl., 2018
- Born/Ghassemi-Tabar/Gehle (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 7, Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten (Corporate Litigation), 6. Aufl., 2020 (zitiert: MünchHdbGesR/Bearbeiter)
- Brockner/Rubin, Entrapment in Escalating Conflicts: A Social Psychological Analysis, 1985
- Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., 2021
- Bühring-Uhle/Eidenmüller/Nelle, Verhandlungsmanagement, 2. Aufl., 2017
- Campagna/Mislin/Kong/Bottom, Strategic consequences of emotional misrepresentation in negotiation: The blowback effect, in: Journal of Applied Psychology, Vol 101(5), May 2016, S. 605–624
- Craver, Effective Legal Negotiation and Settlement, 9. Edition, 2020
- Duve/Eidenmüller/Hacke/Fries, Mediation in der Wirtschaft: Wege zum professionellen Konfliktmanagement, 3. Aufl., 2019
- Egli, Anwaltliche Verhandlungsführung, in: Jusletter 27.9.2021
- Epley/Gilovich, The Anchoring-and-Adjustment Heuristic: Why the Adjustments are Insufficient., in Psychological Science, Vol. 17, No. 4, S. 311–318.
- Erman, BGB, 16. Aufl., 2020
- Fahrendorf/Mennemeyer, Die Haftung des Rechtsanwalts, 10. Aufl., 2021
- G. Fischer/Vill/D. Fischer/Pape/Chab, Handbuch der Anwaltshaftung unter Einbeziehung von Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern, 5. Aufl., 2020
- Fisher/Ury/Patton, Das Harvard Konzept: Die unschlagbare Methode für beste Verhandlungsergebnisse, 25. Aufl., 2015
- Fisher/Shapiro, Building Agreement: using emotions as you negotiate, 2007
- Galinsky/Mussweiler, First Offers as Anchors. The Role of Perspective-Taking and Negotiator Focus, in Journal of Personality and Social Psychology, 2001, Vol. 81, No. 4, S. 657–669

- Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., 2010
- Geigel, Der Haftpflichtprozess, 28. Aufl., 2020
- Gray, Negotiating With Your Nemesis, in: Negotiation Journal 2003, 19, 4, S. 299–310
- Greger/von Münchhausen, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte, 2010
- Grüneberg, BGB, 81. Aufl., 2022
- Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl., 2019 ff.
- Haft, Verhandlung und Mediation: Die Alternative zum Rechtsstreit, 2. Aufl., 2000
- Heussen/Pischel (Hrsg.), Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement: Planung, Verhandlung, Design und Durchführung von Verträgen, 4. Aufl., 2014
- Holthausen, Entlastung und Generalbereinigung – unverzichtbare Instrumente zur Erlangung von Rechtssicherheit und persönlicher Haftungsbeschränkung, in: GmbHR 2019, S. 634–640
- Hopt, HGB, 41. Aufl., 2022
- Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung: Taktische, strategische und rechtliche Elemente, 2016
- Kahneman/Knetsch/Thaler, Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias, in: The Journal of Economic Perspective, Vol. 5, No. 1, 1991, S. 193–206
- Kapfer, Kooperationsgewinne und ihre Quellen, in: MittBayNot 2001, S. 558–561
- Köhler/Bornkamm/Feddersen, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 40. Aufl., 2022
- Lewicki/Barry/Saunders, Essentials of Negotiation, 7. Aufl., 2020
- Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl., 2020
- Mnookin/Peppet/Tulumello, Beyond Winning; Negotiating to Create Value in Deals and Disputes, 2000
- Münchener Kommentar zum BGB, Bände 1 bis 3 (§§ 1 bis 432), 9. Aufl., 2021 f., im übrigen: 8. Aufl., 2018 ff. (zitiert: MünchKommBGB/Bearb.)
- Münchener Kommentar zum GmbHG, 4. Aufl., 2022 (zitiert: MünchKommGmbHG/Bearb.)
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Aufl., 2020 (zitiert: MünchKommZPO/Bearb.)
- Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl., 2022
- Musielak/Voit, Grundkurs ZPO, 15. Aufl., 2020
- Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl., 2022
- Oberheim, Erfolgreiche Taktik im Zivilprozess, 8. Aufl., 2020
- Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl., 2016

- Pfromm, Effektiver Verhandeln: Strategien und Taktiken für Anwälte, 2016
- Pohlmann, Zivilprozessrecht, 5. Aufl., 2022
- Ponschab/Schweizer, Kooperation statt Konfrontation, 2. Aufl., 2010
- Raiffa, The Art and Science of Negotiation, 2003
- Rinsche, Prozesstaktik, 4. Aufl., 1999
- Risse/Morawietz, Prozessrisikoanalyse: Erfolgsaussichten vor Gericht bestimmen, 2017
- Risse, Wirtschaftsmediation, 2. Aufl., 2022
- Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018
- Rosette/Kopelman/Abbott, Good Grief! Anxiety Sours the Economic Benefits of First Offers, *Group Decision and Negotiation* 23, 2014, S. 629–647
- Rosner/Winheller, Gelingende Kommunikation, 5. Aufl., 2019
- Rosner/Winheller, Mediation und Verhandlungsführung: Theorie und Praxis des wertschöpfenden Verhandeln – nicht nur in Konflikten, 2012
- Saenger, ZPO-Handkommentar, 9. Aufl., 2021 (zitiert: Hk-ZPO/Bearb.)
- Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann, Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 2011
- Saner, Verhandlungstechnik, 2. Aufl., 2008
- Schneider, Egon, Die Klage im Zivilprozess, 3. Aufl., 2007
- Scholz, GmbHG, 12. Aufl., 2021
- Schuschke/Walker/Kessen/Thole, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Aufl., 2020
- Siedel, George, Negotiation for Success: Essential Strategies and Skills, 2014
- Staub, HGB, Band 3 (§§ 105 – 160), 5. Aufl., 2009
- Staudinger, BGB, Bearbeitung bis 6/2022
- Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., , 2014 ff.
- Thaler, Anomalies: The Winner's Curse, in: *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 2, No. 1, 1988, S. 191–202
- Thomas/Putzo, ZPO, 43. Aufl., 2022
- Thompson, The Mind and Heart of the Negotiator, 6th edition, 2015
- Tversky/Kahneman, Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases, in: *Science*, Vol. 185, No. 4157 (27 September 1974), S. 1124–1131
- Tversky/Kahneman, The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, in: *Science*, Vol. 211 (30 January 1981), S. 453–458
- Wagner; Prozessrisikoanalyse: Ein Mittel zur Gewinnung rationalerer Entscheidungen in Unternehmen?, in: *GmbHR* 2018, R52-R54

Walz (Hrsg.), Verhandlungstechnik für Notare, 2003

Wasilewski, Streitverhütung durch Rechtsanwälte: empirische Untersuchung von Umfang, Struktur und Bedingungen außergerichtlicher Beilegung zivilrechtlicher Streitigkeiten durch Rechtsanwälte, 1990

Wassermann, Kommentar zur Zivilprozessordnung (Reihe Alternativkommendare), 1987 (zitiert: AK-ZPO/Bearbeiter)

Weiss, The book of real-World negotiations: successful strategies from business, government, and daily life, 2020

Wieczorek/Schütze, ZPO, Bände 7 (§§ 511 – 591) und 11 (§§ 916 – 1066), 5. Aufl., 2019 ff., ansonsten: 4. Aufl., 2013 ff.

Zöller, ZPO, 34. Aufl., 2022

# A. Prozesstaktik

## TEIL I

### EINLEITUNG

#### § 1 Was ist Prozesstaktik?

Zivilprozesse sind erforderlich, weil die Parteien ihre privatrechtlichen Ansprüche – von engen Ausnahmen abgesehen, vgl. etwa § 229 BGB – nicht im Wege der Selbsthilfe durchsetzen dürfen, sondern vor den Gerichten geltend machen und diese hierüber entscheiden lassen müssen. Warum aber soll dafür eine (Prozess-)Taktik erforderlich sein? Darf denn über den Prozesserfolg entscheiden, welche Partei taktisch klüger agiert bzw. den cleversten Rechtsanwalt hat oder sich leisten kann? Muss der Ausgang eines Zivilprozesses nicht allein von zwei Faktoren abhängen, nämlich dem objektiven Sachverhalt und der gleichfalls objektiven Rechtslage? Dann müsste das Gericht „nur“ diesen Sachverhalt ermitteln und darauf das materielle Recht fehlerfrei anwenden. Da es dafür ausgebildet ist (*iura novit curia*), wäre der Rechtsanwalt eigentlich überflüssig, ihm könnte allenfalls noch die Aufgabe zukommen, das Gericht objektiv richtig zu beraten. 1

Dass diese idealistische (oder auch naive) Betrachtung zu kurz greift und das Gesetz den Parteien taktische Entscheidungen nicht nur gestattet, sondern sogar von ihnen verlangt, zeigt bereits das materielle Recht. So bedürfen beispielsweise Gestaltungsrechte wie Anfechtungs-, Rücktritts- oder Kündigungsrechte der (rechtzeitigen) Ausübung, so dass der Berechtigte sein Recht zunächst erkennen und sich sodann entscheiden muss, ob er hiervon Gebrauch machen möchte oder der status quo für ihn vorteilhafter ist. Mitunter lässt ihm das Gesetz auch die Wahl zwischen verschiedenen Rechten, so etwa bei den kauf-, werk- oder mietvertraglichen Gewährleistungsrechten, so dass er – ggf mit anwaltlicher Beratung – entscheiden muss, welches Ziel er verfolgen will und wie dies zu erreichen ist. Auch das Zivilprozessrecht verlangt von den Parteien bzw. deren Prozessbevollmächtigten regelmäßig eine Entscheidung zwischen mehreren möglichen Vorgehensweisen. Denn der Zivilprozess wird durch zwei wesentliche Verfahrensgrundsätze geprägt, nämlich die Dispositionsmaxime und den Beibringungsgrundsatz.<sup>1</sup> 2

#### I. Dispositionsmaxime

Die Dispositionsmaxime bedeutet – im Gegensatz zur Offizialmaxime, die etwa für den Strafprozess gilt –, dass nicht das Gericht, sondern die Parteien die Freiheit und das Recht zur Verfügung über den Prozess im Ganzen, dh über den Streitgegenstand haben.<sup>2</sup> Das bedeutet insbesondere: 3

<sup>1</sup> Zu weiteren Verfahrensgrundsätzen, die an dieser Stelle keiner Erörterung bedürfen, vgl. etwa Rosenberg/Schwab/Gottwald, §§ 78 ff.

<sup>2</sup> Musielak/Voit, Rn. 205; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 76 Rn. 1.

- Der Prozess beginnt nur auf Initiative des Klägers, dh durch Klageerhebung.
- Der Kläger bestimmt den Streitgegenstand der Klage, d. h. nur er entscheidet, welcher Anspruch oder welche Ansprüche im prozessualen Sinne (zum Begriff Rn. 260) mit der Klage geltend gemacht werden. Für den Beklagten gilt entsprechendes in Bezug auf eine etwaige Widerklage.
- Das Gericht entscheidet nur über Anträge und darf nichts Anderes und nicht mehr zusprechen, als beantragt wurde (§ 308 Abs. 1 ZPO: *ne ultra petita*). Eine Ausnahme bildet etwa die Kostenentscheidung, die gem. § 308 Abs. 2 ZPO von Amts wegen ergeht.
- Die Parteien können durch Verzicht (§ 306 ZPO) oder Anerkenntnis (§ 307 ZPO) eine Sachentscheidung ohne sachliche Prüfung durch das Gericht herbeiführen.
- Die Parteien können den Rechtsstreit durch Klagerücknahme (§ 269 ZPO), Vergleichsabschluss oder übereinstimmende Erledigungserklärung (§ 91a ZPO) beenden.

## **II. Beibringungsgrundsatz**

- 4 Der Beibringungsgrundsatz besagt, dass das Gericht den maßgeblichen Sachverhalt nicht von Amts wegen ermittelt (so beim Amtsermittlungsprinzip, das etwa in der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit gilt), sondern die Parteien die Tatsachen, über die das Gericht entscheiden soll, vortragen und ggf. beweisen müssen.<sup>3</sup> Dies hat zwei Konsequenzen:
  - Das Gericht berücksichtigt nur Tatsachen, die von den Parteien vorgetragen wurden. Bei deren rechtlicher Würdigung ist das Gericht demgegenüber frei und selbst an eine übereinstimmende Beurteilung der Parteien bzw. ihrer Anwälte nicht gebunden, sondern im Gegenteil verpflichtet, diese zu überprüfen.<sup>4</sup> Wie schon im römischen Recht gilt der Satz: „Da mihi facta, dabo tibi ius“ (frei übersetzt: „Nenne mir die Fakten, ich werde die Rechtslage beurteilen.“). Daraus folgt, dass zivilprozessual die Parteien nur den Sachverhalt vortragen müssen und die rechtliche Würdigung dem Gericht überlassen können („*iura novit curia*“ = „Das Gericht kennt die Rechtslage“). Aus anwaltshaftungsrechtlichen Gründen darf sich der Rechtsanwalt allerdings nicht darauf verlassen, dass das Gericht die Rechtslage zutreffend beurteilt (Rn. 67 f.).
  - Eine Beweiserhebung erfolgt grds. (Ausnahmen ergeben sich aus §§ 142, 144 ZPO, Rn. 234, 249) nur auf Antrag, dh sowohl die Tatsache, über die Beweis erhoben werden soll, als auch das Beweismittel müssen genau bezeichnet werden.

## **III. Konsequenzen**

- 5 Dispositionsmaxime und Beibringungsgrundsatz führen dazu, dass der Ausgang des Prozesses nicht nur von der „objektiven“ Sach- und Rechtslage und deren Beweisbarkeit abhängt, sondern auch von der sachgerechten Verfahrensführung durch die Parteien bzw. deren anwaltliche Vertreter. Nur wenn diese die notwendigen prozessualen

---

<sup>3</sup> Musielak/Voit, Rn. 208; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 77 Rn. 13.

<sup>4</sup> Vgl. BGHZ 212, 104, Tz. 10: „Wenn die Parteien übereinstimmend einen Rechtsbegriff gebrauchen, aber zusätzlich Umstände vortragen, nach denen die rechtliche Würdigung unzutreffend ist, sind nur Letztere für das Gericht beachtlich.“

Maßnahmen ergreifen, dh rechtzeitig die richtigen Anträge stellen und die notwendigen Tatsachen – ggf. unter Beweisantritt – vortragen, kann der Prozessserfolg erreicht werden. Der Rechtsanwalt muss daher entscheiden, welche prozessualen Mittel er zur sachgerechten Verfolgung der Interessen seines Mandanten sinnvollerweise einsetzen kann und muss. Dies erfordert nicht selten eine taktische Entscheidung zwischen mehreren denkbaren Alternativen, also eine Prozesstaktik. Mit diesem Begriff kann damit die sachgerechte Entscheidung zwischen verschiedenen materiellen und prozessualen Handlungsalternativen mit dem Ziel der bestmöglichen Erreichung eines konkreten, rechtmäßigen Prozessergebnisses bezeichnet werden.<sup>5</sup>

Grenze jeder Prozesstaktik ist selbstverständlich die **prozessuale Wahrheitspflicht**: Gem. § 138 Abs. 1 ZPO haben beide Parteien ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben. Dies begründet allerdings lediglich eine Pflicht zur subjektiven Wahrhaftigkeit, dh untersagt ist nur, wider besseres Wissen vorzutragen oder zu bestreiten. Erlaubt bleibt den Parteien dagegen etwa, Tatsachen vorzutragen, über die sie kein zuverlässiges Wissen besitzen und auch nicht erlangen können, die sie aber – etwa aufgrund von Schlussfolgerungen – für möglich oder wahrscheinlich halten. Auf eine solche Prozessführung sind die Parteien häufig sogar angewiesen, wenn sie nicht über eigene Kenntnisse verfügen.<sup>6</sup>

Die Wahrheitspflicht besteht nur in Bezug auf Tatsachen unter Einschluss von Rechts-tatsachen (zum Begriff Rn. 76). Dagegen fallen reine Rechtsansichten oder Wertungen nicht unter § 138 Abs. 1 ZPO,<sup>7</sup> so dass der Rechtsanwalt auch eine für seinen Mandanten günstige Rechtsauffassung vertreten darf, die er persönlich für juristisch verfehlt hält.<sup>8</sup>

Teilweise wird vertreten, dass den Rechtsanwalt dieselben Pflichten aus § 138 Abs. 1 ZPO träfen wie die Partei.<sup>9</sup> Dies ist jedenfalls im Ergebnis zutreffend. Denn die Verletzung der Wahrheitspflicht ist als Prozessbetrug strafbar (§ 263 StGB).<sup>10</sup> Wer als Rechtsanwalt hieran wesentlich mitwirkt, macht sich folglich zumindest der Beihilfe, ggf. sogar der Mittäterschaft schuldig.<sup>11</sup> Außerdem ist das bewusste Verbreiten von Unwahrheiten dem Rechtsanwalt auch berufsrechtlich untersagt (§ 43a Abs. 3 S. 2 BRAO). Zu beachten ist aber, dass der Rechtsanwalt seinem Mandanten nicht nur glauben darf, sondern auch glauben muss, selbst wenn er gewisse Zweifel hat; erst wenn er den sicheren Eindruck gewinnt, dass sein Mandant ihn nicht wahrheitsgemäß

6

7

8

5 Vgl. Oberheim, Rn. 39; ähnlich auch Schöler MDR 2011, 522, wonach Prozesstaktik die sachgerechte Verfahrensführung unter Berücksichtigung der jeweiligen Prozesssituation bedeutet.

6 Vgl. zum Ganzen: BGH NJW 1986, 246, juris-Tz. 27; BGH NJW 1995, 2111, juris-Tz. 13; BGH NJW-RR 2003, 69, juris-Tz. 9 ff.; BGH ZIP 2018, 1173, Tz. 7; BGH NJW-RR 2019, 380, Tz. 11; BGH NJW 2020, 393, Tz. 9; BGH NJW 2020, 1740, Tz. 8; BGH wistra 2020, 379, Tz. 60; BGH NJW 2022, 935, Tz. 18; OLG Hamm GmbHR 2016, 1154, 1156 f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 65 Rn. 66; Musielak/Voit, Rn. 210; Zöller/Greger, § 138 Rn. 2 f.; MünchKommZPO/Fritsche, § 138 Rn. 2 f.

7 BGH JR 1958, 106 mAnm Schröder.

8 Vgl. MünchKommZPO/Fritsche, § 138 Rn. 2; Wieczorek/Schütze/Gerken, § 138 Rn. 9; Anders/Gehle/Anders, § 138 Rn. 11 f.

9 Anders/Gehle/Anders, § 138 Rn. 14; MünchKommZPO/Fritsche, § 138 Rn. 4.

10 Zur Vermeidung eines Widerspruchs zu § 138 Abs. 1 ZPO erfordert der subjektive Tatbestand dieses Deliktes grds. wissentlichen Falschvortrag (Prozessrechtsakzessorietät des Betrugstatbestands); auch bedingter Vorsatz kann nur bei Vortrag „ins Blaue hinein“ (dazu Rn. 152) angenommen werden, vgl. BGH wistra 2020, 379, Tz. 58 ff.

11 Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 65 Rn. 75.

informiert, wird er gehalten sein, zur Vermeidung einer Mitwirkung am Prozessbetrug das Mandat niederzulegen.<sup>12</sup>

#### IV. Zusammenfassung

- 9 1. Da der Zivilprozess von der Dispositionsmaxime und dem Beibringungsgrundsatz beherrscht und geprägt wird, hängt sein Ausgang auch davon ab, dass die Parteien bzw. deren Prozessbevollmächtigte die ihnen zur Verfügung stehenden materiell- und prozessrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten sachgerecht ausüben. Dies erfordert eine Prozesstaktik.
2. Grenze jeder Prozesstaktik ist die prozessuale Wahrheitspflicht (§ 138 Abs. 1 ZPO). Diese ist allerdings erst verletzt, wenn eine Partei wider besseres Wissen vorträgt oder bestreitet.

## § 2 Überblick über den Ablauf eines Zivilprozesses aus Anwaltssicht

### I. Anhängigkeit und Rechtshängigkeit

- 10 Der Zivilprozess wird eingeleitet durch Einreichung der Klageschrift beim Gericht. Hierdurch wird die **Anhängigkeit** des Rechtsstreites begründet. Rechtsanwälte können Klageschriften wie auch alle sonstigen Schriftsätze seit dem 1.1.2022 gem. §§ 130a, 130d ZPO nur noch als elektronisches Dokument mit qualifizierter elektronischer Signatur oder einfacher Signatur und auf einem sicheren Übermittlungsweg einreichen. In der Praxis geschieht dies über das besondere elektronische Anwaltspostfach (**beA**). Die von einem Rechtsanwalt in Papierform eingereichte Klage wäre unzulässig. Entsprechendes gilt auch für alle anderen Prozesshandlungen.<sup>1</sup> Eine Ausnahme gilt nur bei technischen Störungen (Einzelheiten: § 130d S. 2, 3 ZPO).
- 11 Einige Zeit später fordert die Gerichtskasse den **Gerichtskostenvorschuss** an. Gem. § 12 Abs. 1 S. 1 GKG erfolgt die Zustellung der Klageschrift in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten erst nach Zahlung dieses Vorschusses. Mit Zustellung der Klage ist diese erhoben (§ 253 Abs. 1 ZPO) und es tritt **Rechtshängigkeit** ein (§ 261 Abs. 1 ZPO). Erst hierdurch wird ein Prozessrechtsverhältnis begründet. Ein trotz fehlender Rechtshängigkeit – etwa mangels wirksamer Zustellung der Klage – erlassenes Urteil ist wirkungslos und entfaltet keine materielle Rechtskraft.<sup>2</sup>

### II. Früher erster Termin oder schriftliches Vorverfahren

- 12 Für den weiteren Verlauf des Rechtsstreits stellt das Gesetz dem Gericht zwei Verfahrensarten zur Verfügung: Es kann gem. § 275 ZPO mit der Zustellung der Klage zugleich einen möglichst baldigen Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumen, den sog **frühen ersten Termin**. Alternativ kann gem. § 276 ZPO das **schriftliche Vorverfahren** angeordnet werden, bei dem zunächst Schriftsätze beider Parteien ausgetauscht

---

12 Fahrendorf/Mennemeyer/Fahrendorf, Kap. 2, Rn. 89; G. Fischer/Vill/D. Fischer/Pape/Chab/Vill, § 2 Rn. 42, beide mwN.

1 LG Frankfurt a. M. MDR 2022, 393, juris-Tz. 7 ff. (betr. Verteidigungsanzeige); OLG Hamm, Beschluss vom 4.4.2022, 8 U 23/22, juris-Tz. 4, 6 (betr. Berufungseinlegung).

2 BGHZ 199, 31, Tz. 22; BGH NJW-RR 2006, 565, 566, Tz. 11 f.; BGH NJW-RR 2014, 903, 904, Tz. 7; Zöller/Feskorn, vor § 300 Rn. 18; MünchKommZPO/Musielak, Vor § 300 Rn. 4.

werden und das Gericht die mündliche Verhandlung erst zu einem späteren Zeitpunkt anberaumt. Tendenziell bietet sich ein früher erster Termin für eher einfache Verfahren an, die auf diese Weise einem möglichst schnellen Abschluss zugeführt werden können, während das schriftliche Vorverfahren bei komplexeren und umfangreichen Prozessen sachdienlich ist.<sup>3</sup> Die Entscheidung zwischen beiden Verfahrensarten trifft das Gericht nach pflichtgemäßem, aber nicht nachprüfbarem Ermessen, sie ist für die Parteien und deren Anwälte nicht anfechtbar.<sup>4</sup>

Beim schriftlichen Vorverfahren setzt das Gericht gem. § 276 Abs. 1 ZPO mit der Zustellung der Klageschrift zwei Fristen: 13

- Innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen ab Klagezustellung muss der Beklagte – im Anwaltsprozess durch einen Rechtsanwalt, vgl. § 78 ZPO – dem Gericht anzeigen, ob er sich gegen die Klage verteidigen will; unterbleibt diese **Verteidigungsanzeige**, kann gem. § 331 Abs. 3 ZPO auf entsprechenden Antrag des Klägers ohne mündliche Verhandlung ein Versäumnisurteil ergehen. Zur Erläuterung: „Notfristen“ sind gem. § 224 Abs. 1 S. 2 ZPO nur diejenigen Fristen, die vom Gesetz als solche bezeichnet werden. Sie sind weder durch Parteivereinbarung noch durch das Gericht verlängerbar.<sup>5</sup> Bei unverschuldeter Versäumung einer Notfrist kommt grds. aber eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. §§ 233 ff. ZPO in Betracht, was im hier interessierenden Fall nach Erlass eines Versäumnisurteils allerdings nicht angezeigt ist, da auch nach verspäteter Verteidigungsanzeige kein Versäumnisurteil mehr ergehen darf (§ 331 Abs. 3 S. 1, 2. HS ZPO) und, wenn ein solches ergangen ist, dieses nur durch Einspruch (§§ 338 ff. ZPO) beseitigt werden kann.
- Darüber hinaus setzt das Gericht dem Beklagten gem. § 276 Abs. 1 S. 2 ZPO eine Frist zur Klageerwiderung im Umfang von mindestens zwei weiteren Wochen nach Ablauf der Frist zur Verteidigungsanzeige. Diese Klageerwiderungsfrist ist keine Notfrist, kann also bei Bedarf auf Antrag des Beklagten (vertreters) gem. § 224 Abs. 2 ZPO vom Gericht auch verlängert werden. Außerdem droht bei Versäumung der Klageerwiderungsfrist kein Versäumnisurteil, denkbar ist aber eine Zurückweisung wegen Verspätung nach § 296 Abs. 1 ZPO.

Nicht nur im schriftlichen Vorverfahren, sondern auch bei Anberaumung eines frühen ersten Termins (vgl. § 275 Abs. 1 S. 1 ZPO) wird dem Beklagten vom Gericht üblicherweise eine **Klageerwiderungsfrist** gesetzt, und es werden mehrere Schriftsätze gewechselt. Entgegen der laienhaften Vorstellung mancher Mandanten wird der Zivilprozess in den Schriftsätzen und nicht erst in der mündlichen Verhandlung entschieden. Etwas anderes gilt natürlich, wenn eine Beweisaufnahme erforderlich wird. 14

Beide Parteien bzw. deren Rechtsanwälte müssen in diesem Verfahrensstadium – ebenso wie auch im weiteren Prozessverlauf – die vom Gericht gesetzten **Schriftsatzfristen beachten**, dh ihre Schriftsätze fristgerecht einreichen, da anderenfalls die Zurückweisung nach § 296 Abs. 1 ZPO droht. Auch wenn das Gericht keine Frist setzt, gilt die **allgemeine Prozessförderungspflicht** gem. § 282 ZPO, bei deren Verletzung der Vortrag nach Maßgabe von § 296 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückgewiesen werden kann (zu § 296 Abs. 1 und 2 ZPO Rn. 410 ff.). 15

<sup>3</sup> Zöller/Greger, § 272 Rn. 2.

<sup>4</sup> Zöller/Greger, aaO; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 105 Rn. 3.

<sup>5</sup> Vgl. nur Zöller/Feskorn, § 224 Rn. 5.