

Drittes Kapitel: Überlegungen zum richtigen Vorgehen

§ 11 Wahl des Verfahrens

- 827 Guter Anfang ist die halbe Arbeit, heißt es im Sprichwort, und ebenso richtig: Wie der Anfang, so das Ende. Diese Spruchweisheiten gelten auch für den Anwalt. Er geht ein erhebliches Risiko ein, wenn er nach Erhalt der Informationen durch seinen Mandanten kurzerhand Klage einreicht. Für den Kläger kann das kostenmäßig den Verlust des Prozesses bedeuten, wenn der Beklagte sofort anerkennt (§ 93 ZPO). Wer ohne Vorwarnung klagt, dem wird entgegengehalten, zu diesem überfallartigen Vorgehen habe kein Anlass bestanden.
- 828 Im Wettbewerbsrecht zwingt das zur Abmahnung, ohne die dem Verletzten bei sofortiger Anerkennung des Verletzers der Anspruch auf Kostenersatz versagt wird.
- 829 Im gewöhnlichen Zivilprozess ist es nicht anders. Der sorgfältig arbeitende Anwalt wird also den Gegner zunächst einmal zur Leistung auffordern, falls angezeigt unter Beachtung der Vorsichtsmaßnahmen, die notwendig sind, um den Zugang der Aufforderung beweisbar zu machen (siehe dazu oben Rn. 126, 139 ff.). Allein damit ist es aber nicht getan. Der Anwalt hat weitere Vorüberlegungen anzustellen. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

I. Selbständiges Beweisverfahren

- 830 Geht es um **Schadensersatzansprüche** wegen **mangelhafter Leistung** des Schuldners – Bausachen, sonstige Werkleistungen –, dann ist zunächst zu überlegen, ob der Klage nicht ein selbständiges Beweisverfahren vorzuschalten ist. Dessen Vorteile liegen auf der Hand. Das selbständige Beweisverfahren hemmt die Verjährung (§ 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB). Wird darin das Gutachten eines Sachverständigen eingeholt, dann bringt das vielfach schon endgültige Klärung. Der Kläger wird vielleicht seine übersetzten Ansprüche zurückschrauben; der Beklagte wird sich den Feststellungen und der Schadensberechnung des Sachverständigen beugen. Es kommt gar nicht erst zu einem Hauptprozess.
- 831 Selbst bei möglicher Schadenshaftung mehrerer Personen kann das selbständige Beweisverfahren weiterhelfen, weil es sich gegen mehrere Antragsgegner richten kann und sogar noch nach Einleitung des Verfahrens auf weitere Antragsgegner ausgedehnt werden darf (OLG Frankfurt BauR 1995, 275; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1216 = BauR 1995, 878). Außerdem ist im selbständigen Beweisverfahren die **Streitverkündung** zulässig (BGH NJW 1997, 347), so dass der verjährungshemmende Rückgriff auf einen Dritthaftenden abgesichert werden kann. Zu der für Zuständigkeit und Kosten so wichtigen richtigen **Wertangabe** bei Beginn des Verfahrens siehe oben Rn. 541 f.; *Schneider* MDR 1998, 255.

II. Mahnverfahren

Kann davon ausgegangen werden, dass der Schuldner sich bei Inanspruchnahme des Gerichts „strecken“ werde, dann reicht es aus, statt der Erhebung einer Klage das kostengünstigere Mahnverfahren einzuleiten (§§ 688 ff. ZPO). Das Verfahren ist vereinfacht, da nur ein Formular auszufüllen ist (§ 692 ZPO). Der Lauf der Verjährungsfrist wird gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB). Schneller als im Erkenntnisverfahren ist ein Vollstreckungstitel in der Form des Vollstreckungsbescheides zu erlangen (§ 699 ZPO). 832

1. Hemmung der Verjährung

Jedoch dürfen auch die **Risiken des Mahnverfahrens** nicht außer Acht gelassen werden. Da ist einmal das Zustellungsproblem zu nennen. Mit dem Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides soll häufig der drohende Ablauf einer Verjährungsfrist gehemmt werden. Wird der Antrag vor Fristablauf eingereicht, dann wirkt die Zustellung nach Fristablauf noch hemmend, wenn die Zustellung „**demnächst**“ erfolgt (§ 167 ZPO). 833

Um das Tatbestandsmerkmal „demnächst“ rankt sich eine kontroverse und unübersichtliche Rechtsprechung. Auf eine Faustformel gebracht, lässt sich formulieren, dass **Zustellungsverzögerungen**, die der Gläubiger oder wegen § 85 Abs. 2 ZPO sein Anwalt zu verantworten hat, die „demnächst-Frist“ verkürzen, während Fehler des Gerichts dem Gläubiger nicht zuzurechnen sind. Im Einzelnen fehlt der Rechtsprechung jedoch eine klare, berechenbare Linie. Vor allem werden dem Antragsteller und damit auch seinem Verfahrensbevollmächtigten **Kontroll- und Rückfragepflichten** auferlegt, mit deren Konfrontierung er später rechnen muss (siehe dazu *Wieczorek/Schütze/Olzen*, ZPO, 3. Aufl., 1998, § 693 Rn. 18 ff.; *MünchKommZPO/Holch*, 2. Aufl., 2000, § 693 Rn. 19 ff.). In BGH MDR 2007, 45, findet sich dazu folgender Grundsatz: 834

„Ein Mahnbescheid wird nicht mehr ‚demnächst‘ zugestellt, wenn der Antragsteller es unterlassen hat, beim Mahngericht nach Ablauf einer je nach den Umständen des Einzelfalles zu bemessenden Frist nachzufragen, ob die Zustellung bereits veranlasst worden ist, und dieses Unterlassen nachweislich zu einer Verzögerung der Zustellung um mehr als einen Monat geführt hat.“

2. Bezeichnung des Anspruchs

a) Individualisierung und Substantiierung

Das derzeit größte Risiko für das Mahnverfahren ergibt sich aus dem **Individualisierungszwang** des § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO, der durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu einem abgeschwächten **Substantiierungszwang** geworden ist. Daraus ist mittlerweile eine **Haftungsfalle** geworden (*Schneider* ZAP F. 13, S. 391). Die Probleme sind dadurch entstanden, dass das frühere „Filterverfahren“ einer summarischen Schlüssigkeitsprüfung des Mahn- 835

antrages entfallen ist. Jetzt haben wir es mit einem Zwitter zu tun. Das Verfahren kann mit einem rechtskräftigen Titel enden, obwohl **zu keiner Zeit eine Schlüssigkeitsprüfung** stattgefunden hat. Und die Anspruchsbezeichnung im Mahnantrag (§ 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO) kann später im Erkenntnisverfahren als unzureichend angesehen werden, so dass die verjährungshemmende Wirkung des Mahnverfahrens entfällt (ausführlich und kritisch dazu *Kathrin Maniak*, Die Verjährungsunterbrechung durch Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren, 2000). Die Substantiierungsprobleme können sich bis in die Zwangsvollstreckung fortsetzen.

- 836 So hat das LG Traunstein (Rpfleger 2004, 366 mit Besprechung *Vollkommer*, S. 336) die Bezeichnung einer aus mehreren Einzelforderungen zusammengesetzten Teilforderung im Mahnbescheidsantrag mit „Forderung in Höhe von . . . gemäß Schreiben vom . . .“ als nicht hinreichend bestimmt angesehen, weil das Schreiben dem Antrag nicht als Anlage beigelegt war und der Antragsgegner den Zugang bestritten hatte. Die fehlende Bestimmtheit des Vollstreckungsbescheides kann nach LG Traunstein mit der Vollstreckungserinnerung (§ 766 ZPO) geltend gemacht und die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid für unzulässig erklärt werden (richtig: Titelklage analog § 767 Abs. 1 ZPO, *Vollkommer* a.a.O.).
- 837 Begnügt sich nämlich der Rechtspfleger mit den Angaben zur „Bezeichnung des Anspruchs“ (§ 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO), dann geht das Mahnverfahren nach Widerspruch des Schuldners (§ 696 ZPO) in das Streitverfahren über (§ 697 ZPO). Hält später das Erkenntnisgericht die Individualisierungsangaben im Mahnbescheid für ungenügend, dann verneint es damit die Zulässigkeit des Mahnbescheides. Denn bei § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO handelt es sich um eine unverzichtbare Zulässigkeitsvoraussetzung i.S. des § 295 Abs. 2 ZPO.
- 838 Dieser Mangel kann zwar noch durch weitergehende Substantiierung im nachfolgenden Streitverfahren behoben werden. Das wirkt sich aber **nur für die Zukunft** aus. Da der unzulässige Mahnantrag die Verjährung **nicht rückwirkend hemmt**, kann es dem Gläubiger jetzt passieren, dass seine Klage auf die Verjährungseinrede des Beklagten hin abgewiesen wird. Immer wieder kommt es dazu, dass eine vom Rechtspfleger akzeptierte Substantiierung des Mahnantrages später im Erkenntnisverfahren verworfen wird, weil die Bezeichnung des Anspruches ungenügend sei.
- 839 Hier einige **Beispiele**, in denen das geschehen ist, in denen also die Formulierungen im Mahnantrag nachträglich als **ungenügend** angesehen worden sind und dem Anwalt folglich der Regress ins Haus gestanden hat:
- Werkvertrag/Werklieferungsvertrag gemäß Rechnungen 85031-85466 vom 1. 2. 1985 bis 23. 1. 1986: 12 046,20 DM (BGH NJW 1993, 862).
 - Schadensersatz wegen falscher Beratung und Vertretung in Steuersachen der Firmen X, Y, Z lt. Aufstellung vom soundsovielten, wenn diese Aufstellung dem Antrag auf Erlass des Mahnbescheides nicht beigelegt war (BGH NJW 1995, 2230).

- 22 % Vertreterprovision aus 26 236 DM, 14 % Mehrwertsteuer auf die Vertreterprovision, 13 % Gewinnentgang aus 26 236 DM (OLG Frankfurt 1991, 2091).
- Anspruch auf Schadensersatz, Beschädigung einer Mietwohnung (AG Wuppertal MDR 1990, 437).
- Schadensersatz aus beendetem Pachtverhältnis über die Gaststätte A. in B. (LG Gießen WuM 1995, 588).
- Mietnebenkosten – auch Renovierungskosten (LG Bielefeld WuM 1997, 112).
- Schadensersatz wegen nicht vertragsgemäßer Rückgabe der Wohnung in der X-Straße in W. (LG Wuppertal WuM 1997, 110).
- Mietnebenkosten – auch Renovierungskosten – für die Wohnung in . . . gemäß Vertrag vom . . . (LG Köln WuM 1997, 632; siehe dazu OLG Rechtsprechung 3/98, S. 4).

Zahlreiche weitere Entscheidungen dazu und umfassende Nachweise aus dem Schrifttum finden sich bei *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 26. Aufl., 2007, § 690 Rn. 14-14b. 840

b) Anlagen zum Mahnbescheid

In der Regel lässt sich solchen Beanstandungen, die zur Abweisung der Klage als unzulässig führen können, dadurch vorbeugen, dass dem Mahnbescheid Verträge, Rechnungen, Forderungsaufstellungen und dergleichen als Anlage beigefügt werden. Aber auch das hat sich als nicht unbedingt zuverlässig erwiesen. In einem vom OLG Düsseldorf (VersR 1997, 721) entschiedenen Fall hatte der Gläubiger dem Mahnantrag die Anlagen beigefügt und darauf Bezug genommen. Später **bestritt** der Beklagte, dass ihm die Anlagen **zugestellt** worden seien. Da weder die Zustellungsurkunde noch der Akteninhalt gegenteilige Feststellungen ermöglichten, wurde die Klage auf die Verjährungseinrede des Beklagten hin abgewiesen. Die Beweislast für die Individualisierung durch Zustellung auch der Anlagen lag beim Kläger. 841

Wer als Anwalt jedes Risiko vermeiden will, muss sich deshalb nach Zustellung des Mahnbescheids **erkundigen**, ob sich aus der Zustellungsurkunde oder aus den Gerichtsakten auch die Zustellung der Anlagen nachweisen lässt. Anderenfalls ist für die erforderliche Bestimmtheit des Antrages nur die Angabe im Mahnbescheid maßgebend. 842

c) Mahnbescheid oder Klage?

Berücksichtigt werden muss leider auch, dass offenbar manche Gerichte die übersteigerten Substantiierungsanforderungen als willkommene Gelegenheit nehmen, kurzen Prozess zu machen. Zumindest einige der oben in Rn. 839 f. wiedergegebenen Formulierungen, die vom Rechtspfleger alle akzeptiert worden waren (!), zeigen, dass die Unterstellung kaum nachvollziehbar ist, der Schuldner könne nicht wissen, was gemeint sei. Der Anwalt sollte sich deshalb von 843

vorherein darauf einstellen und so **vollständig „individualisieren“** (tatsächlich: **substantiiieren**), dass spätere unangenehme Überraschungen im Erkenntnisverfahren ausgeschlossen werden.

- 844 *Vollkommer* ist dieser Entwertung des Mahnverfahrens durch die gesteigerten Substantiierungsanforderungen in der Rechtsprechung entgegengetreten (Festschrift für *Lüke*, 1997, S. 865, und in der Festschrift für *Egon Schneider*, 1997, S. 231). Nimmt man nun noch hinzu, dass das OLG Nürnberg (MDR 1997, 1068 = Rpfleger 1998, 9 = NJW 1998, 388) die anwaltliche Vertretung im Mahnverfahren generell von der Erstattungspflicht nach § 91 ZPO ausnehmen will (kritisch und ablehnend dazu *Schütt* MDR 1998, 127 und *Schneider* NJW 1998, 356), dann wird sich der Anwalt überlegen müssen, ob er seinem Mandanten nicht anrät, sogleich Klage zu erheben.
- 845 Es gibt aber auch einen weiteren Grund für die Einleitung eines Mahnverfahrens. Durch das Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung vom 15. 12. 1999 ist das **Schlichtungsverfahren des § 15a EGZPO** eingeführt worden. Danach können Landesgesetze bestimmen, dass die Erhebung einer Klage erst zulässig ist, nachdem vor einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle versucht worden ist, Streitigkeiten **bis zu 750 Euro** einvernehmlich beizulegen (§ 15a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EGZPO). Davon haben die Länder Gebrauch gemacht. Bewährt hat sich diese Praxis nicht. Deshalb wird sie weitgehend abgelehnt und möglichst umgangen.
- 846 Dem Schlichtungszwang kann durch Einleitung eines Mahnverfahrens ausgewichen werden (§ 15a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 EGZPO). Doch Vorsicht! Wird ein mangels vorangegangener Schlichtung unzulässiger Mahnbescheid antragsgemäß erlassen und die Rechtsverfolgung in das streitige Verfahren übergeleitet, dann ist auch die Klage wegen fehlender Schlichtung unzulässig. Nach Klageerhebung kann sie nicht nachgeholt werden, sondern die Klage ist als unzulässig abzuweisen (BGH NJW 2005, 437 = MDR 2005, 285; OLG Saarbrücken NJW 2007, 1292).
- 847 Möglich ist in dieser Verfahrenslage noch die Erhöhung des Streitwertes. Der § 15a Abs. 2 Nr. 5 EGZPO wird meist dahin ausgelegt, dass die Erweiterung der Klage auf mehr als 750 Euro ein Schlichtungsverfahren entbehrlich macht (siehe *Prechtel*, Erfolgreiche Taktik im Zivilprozess, 3. Aufl., 2006, S. 29 f.; *Friedrich* MDR 2003, 1313 beide mit Nachweisen). Das gilt jedenfalls dann, wenn Klage und Klageerweiterung zugleich zugestellt werden (LG Baden-Baden WuM 2001, 560; LG München MDR 2003, 1313).
- 848 Gegenteilige Entscheidungen der Amtsgerichte können jedoch nur dann mit der Berufung korrigiert werden, wenn die Beschwerde 600 Euro übersteigt (§ 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Fehlt es an dieser Erwachsenheitssumme, dann besteht noch die Möglichkeit, den Anspruch vorsorglich im **Urkundenprozess** geltend zu machen und auf diese Weise das Schlichtungsverfahren zu umgehen (§ 15a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 EGZPO).

§ 15 Rechtsschutzbedürfnis

I. Grundsatz

- 1145 Das Rechtsschutzbedürfnis ist ein **Wertungsbegriff** und deshalb nicht definierbar. Das hat zur Folge, dass es bei der rechtlichen Beurteilung weitgehend auf den Einzelfall ankommt. Bestimmte **Prozesslagen** treten dabei allerdings häufiger auf.

1. Feststellungsklage

- 1146 Besonders hervorgehoben ist das Rechtsschutzbedürfnis in der Form eines „rechtlichen Interesses“ bei der Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO, hat dort aber eine andere Bedeutung als das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis. Verhindert werden soll in erster Linie, dass ein Kläger eine hinsichtlich der Rechtskraft weniger weit wirkende Feststellungsklage erhebt, obwohl er ohne weiteres in der Lage wäre, sogleich die begehrte Leistung zu fordern und damit die Angelegenheit **in einem** einzigen **Rechtsstreit** abschließend zu **erledigen**. Erst recht geht es natürlich nicht an, eine Schadensposition beziffert einzuklagen und sie hilfsweise zum Gegenstand eines Feststellungsantrages zu machen (BGH NJW 1998, 1633).
- 1147 Eine Ausnahme vom prozessualen Vorrang der Leistungsklage gegenüber der Feststellungsklage macht die Rechtsprechung, wenn schon mit einer Feststellungsklage endgültige Klarheit zu erreichen ist. Das wird vor allem angenommen, wenn der Gegner ein großes Versicherungsunternehmen ist (BGH MDR 2005, 926 = VersR 2005, 629; BGHReport 2006, 895).
- 1148 In der Praxis sind Gerichte nicht selten bemüht, das Rechtsschutzbedürfnis einer Feststellungsklage und damit deren Zulässigkeit mit einer fehlerhaften Begründung zu verneinen, um nicht darüber entscheiden zu müssen. Meist geht es dabei um die Möglichkeit der Bezifferung und um die Leistungswiderklage des Beklagten. Hierzu sind **drei Grundregeln** zu beachten:
- 1149 **Erstens:** Sachverhaltsänderungen im Verlaufe des Verfahrens, die einen Übergang zur Leistungsklage ermöglichen, machen die Feststellungsklage nicht unzulässig. Der Kläger muss seine Klage nicht in eine bezifferte Leistungsklage ändern (BGHZ 28, 127; NJW 1999, 639, 640).
- 1150 **Zweitens:** Eine Leistungsklage des Beklagten macht eine negative Feststellungsklage des Klägers nur dann unzulässig, wenn die Leistungsklage nicht mehr zurückgenommen werden kann (BGHZ 99, 342). Das richtet sich nach § 269 Abs. 1 ZPO.
- 1151 **Drittens:** Eine Leistungswiderklage des Beklagten macht eine negative Feststellungsklage des Klägers auch dann nicht unzulässig, wenn über die Leistungsklage nicht sachlich entschieden werden kann, weil sie selbst unzulässig ist, oder weil darüber **noch nicht** sachlich entschieden werden kann, weil ihre

II. Beispiele für bestehendes Rechtsschutzbedürfnis

Zulässigkeit noch zweifelhaft ist. In derartigen Fällen ist bei Entscheidungsreife der Feststellungsklage über diese sachlich zu entscheiden (*N. Schneider* ZAP Fach 13, S. 839 mit Nachw.)

Das Feststellungsinteresse entfällt, wenn über die Leistungsklage durch Sachurteil entschieden worden ist (BGH NJW 2006, 515). Es fehlt von vornherein, wenn eine negative Feststellungsklage erhoben wird, obwohl bereits eine Leistungsklage über denselben Anspruch rechtshängig ist (BGH NJW 1989, 2064). Umgekehrt gilt das nicht. Die Erhebung einer negativen Feststellungsklage begründet keine Rechtshängigkeitssperre für eine später erhobene Leistungsklage (BGH a.a.O.). Auch verfahrensrechtlich nicht bindende Erklärungen des Gegners führen nicht zum Wegfall des Rechtsschutzinteresses (siehe unten Rn. 2077).

2. Leistungsklage

Einer Leistungsklage fehlt das Rechtsschutzbedürfnis als Zulässigkeitsvoraussetzung, wenn der erstrebte Erfolg auf andere Weise einfacher, schneller und billiger zu erreichen ist (BGH NJW 1998, 1636, 1637).

Das ist aber nicht der Fall, wenn am **Erfolg** des anderen Vorgehens erhebliche **Zweifel** bestehen (BGH NJW 1994, 1351 = MDR 1994, 1037). So hat das OLG Düsseldorf (OLGZ 1994, 439) beispielsweise für die Klage auf Austausch von Prozessbürgschaften das Rechtsschutzbedürfnis bejaht, obwohl dieses Ziel auch über das Verfahren nach § 108 ZPO zu erreichen ist, aber nicht einfacher und nicht schneller.

Verneint wird das Rechtsschutzbedürfnis, wenn die Rechtsverfolgung ins **Schikanöse** abgeleitet, beispielsweise bei einer Klage, mit der noch eine Restforderung von 41 Pfennigen geltend gemacht worden war (AG Stuttgart DWW 1990, 241).

II. Beispiele für bestehendes Rechtsschutzbedürfnis

Ein Vertragspartner, der aufgrund eines Vorvertrages den Abschluss eines nach § 311b BGB beurkundungsbedürftigen Hauptvertrages erreichen will, hat ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage auf Abgabe eines bestimmten Angebots. Zwar tritt durch Abgabe dieses Angebotes noch keine Bindung der Parteien ein. Das schutzwürdige Interesse des Klägers liegt jedoch darin, dass er nicht seinerseits gezwungen wird, vorsorglich mehrere Angebote unterschiedlichen Inhalts beurkunden zu lassen und jedes dieser Angebote zum Gegenstand eines Hilfsantrages zu machen (BGHZ 97, 150 = NJW 1986, 1983). Das Rechtsschutzbedürfnis wird in einem derartigen Fall daher letztlich mit der **Prozessökonomie** begründet.

Soweit das Gericht die Rechtslage lediglich nach **Besitzrecht** entschieden hat, ist das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage aus dem **Eigentum** zu bejahen (BGH

Warneyer 1978 Nr. 162 = MDR 1978, 1011 [Besitzschutzverfügung und Hauptsacheklage unter Einbeziehung petitorischer Ansprüche]; siehe auch oben Rn. 1157 ff.).

- 1158 Hat ein Kläger gegen den Beklagten ein **Urteil** auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme erstritten, dann kann der Beklagte im Berufungsverfahren das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers nicht dadurch ausräumen, dass er ein notarielles **Schuldanerkenntnis** abgibt (LG Lüneburg NJW-RR 1992, 1190). Für dieses Vorgehen fehlt dem Beklagten selbst das Rechtsschutzbedürfnis, denn ob aus der notariellen Urkunde oder aus dem Urteil vollstreckt wird, macht für den Verlauf des Vollstreckungsverfahrens keinen Unterschied. Darüber hinaus verschafft das Erkenntnisverfahren dem Kläger eine sicherere Stellung, weil er keinen Bereicherungsansprüchen nach § 812 Abs. 2 BGB ausgesetzt ist.
- 1159 Ähnlich schließt die Möglichkeit eines **Notars**, seinen **Kostenanspruch** selbst zu titulieren (§§ 154 ff. KostO), nicht eine **Scheckklage** wegen seines Honoraranspruchs aus, wenn der erfüllungshalber hingeebene Scheck zu Protest gegangen ist (LG Köln MDR 1978, 679 mit Anm. *Elzer*). Durch ein obsiegendes Urteil im Scheckprozess erlangt der Notar einen Vollstreckungstitel, der unabhängig ist von etwaigen Einwendungen des Beklagten gegen die notarielle Kostenberechnung.
- 1160 In einem vom OLG Köln entschiedenen Fall (NJW-RR 1995, 336) hatte ein Grundstücksnachbar ohne Baugenehmigung an seinem Haus einen Erker anbringen lassen, der den Grenzabstand zum Nachbarn nicht einhielt. Die zuständige Behörde hatte eine **Abrissverfügung** erlassen, die noch nicht vollzogen worden war. Daraufhin **klagte** der Kläger **auf Beseitigung** des Erkers. Das OLG Köln hat ein Rechtsschutzinteresse dafür bejaht, weil die Ordnungsverfügung allein dem öffentlich-rechtlichen Ziel der Gefahrenabwehr dient und der Kläger einen zivilrechtlichen Anspruch auf Beseitigung nur im Klageweg durchsetzen konnte.
- 1161 Genug der Beispiele. Sie sollten verdeutlichen, wie unerlässlich es bei der Bestimmung des Rechtsschutzbedürfnisses ist, den Sachverhalt oder die Sachverhalte genau darauf hin zu überprüfen, welche **Rechtsfolgen** sich bei ihrer rechtlichen Beurteilung ergeben. Nur so lässt sich zuverlässig klären, ob das Schutzbedürfnis einer Partei zu bejahen ist, weil der von ihr gewählte Weg auf das Erlangen einer günstigeren Rechtsstellung abzielt.

III. Beispiele für fehlendes Rechtsschutzbedürfnis

1. Äußerungsfreiheit

- 1162 Ein sehr wichtiger Anwendungsfall ist der Grundsatz, dass ehrenkränkende Äußerungen, die der Rechtsverfolgung oder der Rechtsverteidigung in einem **Gerichtsverfahren** dienen, nicht mit **Ehrenschutzklagen** abgewehrt werden können (BGH NJW 1988, 1016 = VersR 1988, 379; NJW 1987, 3138 = ZIP 1987, 1081; *Schneider* ProZR 2003, 338). Keine Partei soll in einem Rechtsstreit

III. Beispiele für fehlendes Rechtsschutzbedürfnis

in ihrer Äußerungsfreiheit beeinträchtigt werden. Jede Partei soll alles vortragen dürfen, was sie zur Wahrung ihrer Rechte für erforderlich hält, selbst wenn hierdurch die Ehre eines anderen berührt wird. Ob das Vorbringen wahr und erheblich ist, soll nur im Verfahren selbst geprüft werden. Deshalb fehlt in solchen Fällen für eine Ehrenschutzklage das Rechtsschutzbedürfnis. Das gilt jedenfalls, solange das Ausgangsverfahren noch nicht abgeschlossen ist (BGH NJW 1986, 2502; OLG Hamm NJW 1992, 1329).

2. Nutzloser prozessualer Aufwand

Verneint wird das Rechtsschutzbedürfnis, wenn der mit der Rechtsverfolgung verbundene zusätzliche Aufwand nicht zu einem zusätzlichen Erfolg führen kann. 1163

So fehlt **beispielsweise** der Leistungsklage des Gläubigers einer Forderungspfändung gegen den Drittschuldner das Rechtsschutzinteresse, wenn schon der Schuldner gegen den Drittschuldner Klage auf Leistung an den Gläubiger erhoben hat (OLG Hamburg MDR 1967, 849). 1164

Für die Geltendmachung eines **Auskunftsanspruchs** zur Berechnung des Rückkaufwerts einer Lebensversicherung fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, wenn alle daraus möglicherweise folgenden Leistungsansprüche verjährt sind (LG Köln VersR 1994, 296 [wobei davon auszugehen war, dass die Verjährungseinrede erhoben werde]). 1165

Einem Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids **zur Verhütung drohender Verjährung** einer rechtskräftig ausgeurteilten Zinsforderung fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, weil der Gläubiger die Verjährung durch eine beliebige Vollstreckungsmaßnahme hemmen kann (AG Hannover NJW-RR 1988, 1343). 1166

Unzulässig ist auch die Aufteilung eines Anspruchs auf Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung in zwei Prozesse (LG Hamburg BauR 1988, 249) oder eine Unterhaltsklage, wenn bereits im Verfahren der einstweiligen Anordnung ein Prozessvergleich darüber geschlossen worden ist (OLG Schleswig SchlHA 1981, 113). 1167

3. Wegfall des Interesses

Ein anfangs gegebenes Rechtsschutzbedürfnis kann auch entfallen. **Hauptanwendungsfall** ist die Leistungs-Widerklage des Beklagten, mit der er sich gegen einen vom Streitgegenstand her inhaltsgleichen Feststellungsantrag des Klägers verteidigt. Ebenso ist der Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses für eine Klage bejaht worden, mit der die Feststellung der Verpflichtung eines Haftpflichtversicherers zur Gewährung von Versicherungsschutz begehrt worden war, nachdem der Versicherer Widerklage erhoben und vom Versicherungsnehmer die Erstattung der aufgewendeten Beträge verlangt hatte (OLG Frankfurt NJW 1970, 2069 [das Interesse des Klägers ging nicht über den mit der Widerklage geltend gemachten Anspruch hinaus]). 1168

- 1169 In allen derartigen Fällen bleibt das Feststellungsinteresse des Klägers jedoch bestehen, so lange die Widerklage noch zurückgenommen werden kann (siehe oben Rn. 1150). Der Kläger muss sicher sein, dass es zu der von ihm erstrebten klärenden Sachentscheidung kommt.

4. Lehre

- 1170 Diese wenigen Beispiele sollen dazu anregen, immer sehr sorgfältig zu überlegen, ob der erstrebte Prozessserfolg nicht schon aus anderen Gründen erreichbar ist oder verneint werden muss. Denn dann besteht kein Rechtsschutzbedürfnis oder es entfällt, so dass die Verfolgung oder **Weiterverfolgung** der Ansprüche des Mandanten dem Anwalt als eine zum Schadensersatz verpflichtende **Mandatsverletzung** angelastet werden kann.

IV. Titelstreitigkeiten

- 1171 Ein Rechtsschutzinteresse für eine Klage ist trotz Vorliegens eines **vollstreckbaren Vergleichs** anzunehmen, wenn erhebliche Zweifel bestehen, ob der vergleichsweise geschaffene Titel so bestimmt formuliert ist, dass nicht mit Schwierigkeiten bei der Vollstreckung gerechnet werden muss (KG FamRZ 1969, 213; OLG Frankfurt FamRZ 1981, 70; OLG Karlsruhe WRP 1967, 100; 1977, 41; MDR 2005, 533). Das gilt erst recht, wenn bei der Vollstreckung unüberwindliche Schwierigkeiten drohen (OLG Hamburg DAVorm 1978, 632).
- 1172 Bejaht wird ein Rechtsschutzbedürfnis für eine bereits vergleichsweise titulierte Forderung ferner, wenn der Schuldner **Einwendungen** erhebt und mit einer **Vollstreckungsgegenklage** zu rechnen ist (BGH WPM 1963, 865; 1967, 938; OLG Hamm NJW 1976, 246). Das gilt auch dann, wenn es sich bei dem vollstreckbaren Titel um eine Urkunde handelt, in der sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat (OLG Hamm NJW-RR 1989, 442 = MDR 1989, 266).
- 1173 Auch ist der Gläubiger nicht wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses gehindert, einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu stellen, obwohl er die Möglichkeit hat, einen bereits vorhandenen **Titel** auf sich **umschreiben** zu lassen (LG Hamburg MDR 1967, 54).
- 1174 Für die Klage auf **Herausgabe** eines **Vollstreckungstitels** besteht ein Rechtsschutzbedürfnis, wenn zu befürchten ist, dass der Titelgläubiger aus dem nicht mehr wirksamen Titel Rechte herleitet (OLG Celle FamRZ 1993, 1332).

V. Mietrechtliche Räumungsklagen

- 1175 Zunächst ist darauf zu achten, dass bei einer **Mehrheit von Vermietern** oder **Mietern** immer von allen oder gegenüber allen Beteiligten gekündigt werden muss. Das folgt aus der Einheitlichkeit des Mietverhältnisses (ausführlich *Staudinger/Rolfs*, BGB, 2003, § 542 Rn. 8 ff.).

- Hat ein Vermieter einen Räumungstitel gegen seinen Einzelmietler erwirkt, dann ist noch lange nicht gesagt, dass er mit einer Räumungsvollstreckung die Wohnung frei bekommt. Möglicherweise weigert sich die mitbewohnende Ehefrau zu räumen oder die Lebensgefährtin des Mieters oder dessen Großmutter und so fort. Wie der Gerichtsvollzieher dann vorzugehen hat, ist heillos umstritten. 1176
- Die einen Gerichte lassen den Räumungstitel gegen den Mieter genügen, um auch die mitbewohnenden Personen zu entsetzen. Andere lehnen das grundsätzlich ab. Wieder andere differenzieren danach, in welchem Verhältnis eine mitbewohnende Person zum Titelschuldner steht. Im Ergebnis hängt es von der **Auffassung des einzelnen Gerichts** ab, ob und auf welchem Weg der Vermieter die Räumung der Wohnung durchsetzen kann. 1177
- Der Anwalt ist gegenüber dieser Vielfalt von Gerichtsentscheidungen hilflos. Weiß er nicht zufällig, welcher Richter oder welches Kollegium zuständig ist und welche Auffassung von ihm vertreten wird, dann ist es für ihn nicht berechenbar, gegen wen er auf Räumung klagen soll. Deshalb gibt es schon Veröffentlichungen, die nur die Mietrechtsjudikatur eines einzigen Landgerichtsbezirks nachweisen (z.B. *Lützenkirchen*, Kölner Mietrecht). Sicherlich muss der Vermieter immer gegen den oder die **vertraglichen** Mieter klagen. Beschränkt er sich darauf, scheidet die Zwangsvollstreckung später vielleicht daran, dass vom Gericht ein Titel für irgendeinen (nicht vertraglichen) Mitbewohner verlangt wird. Verklagt er vorsorglich alle Mitbewohner, dann kann ihm passieren, dass das Rechtsschutzbedürfnis dafür mit der Begründung verneint wird, zur Zwangsvollstreckung reiche ein Titel gegen den Mieter aus. 1178
- Um ihn aus dieser verfahrensrechtlichen Ausweglosigkeit zu befreien, wird ein Rechtsschutzbedürfnis für eine **Klage gegen Mitbesitzer** unabhängig davon bejaht, ob zur Räumungsvollstreckung ein Titel lediglich gegen den Mieter ausreicht (*Stein/Jonas/Brehm*, ZPO, 22. Aufl., 2004, § 885 Rn. 15; *Emmerich/Sonnenschein*, Miete, 8. Aufl., 2003, Rn. 40 vor § 535). 1179
- Allerdings wird das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage gegen die **minderjährigen Kinder** verklagter Eltern verneint. Begründet wird das damit, dass die Vollstreckbarkeit eines nur gegen die Eltern gerichteten Räumungstitels gegen minderjährige Kinder einhelliger Auffassung entspreche (LG Lüneburg NJW-RR 1998, 662). Wohnen jedoch auch erwachsene Kinder bei den Eltern, dann ist es der sicherste Weg, diese mitzuverklagen. 1180

VI. Dingliche Rechte

- Das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage auf Erteilung einer Berichtigungsbe- willigung wird **verneint**, wenn der Berechtigte die **Unrichtigkeit des Grundbuchs** durch eine in seinem Besitz befindliche öffentliche Urkunde nachweisen kann (OLG Zweibrücken NJW 1967, 1809 = MDR 1967, 840 [Ausfertigung eines 1181

Urteils]; OLG Frankfurt NJW 1969, 1906 [Unrichtigkeit des Grundbuchs schon nachgewiesen]).

- 1182 **Bejaht** wird ein Rechtsschutzbedürfnis, wenn der Erfolg eines Grundbuchberichtigungsverfahrens nach § 22 GBO zweifelhaft ist (OLG Schleswig MDR 1982, 143).
- 1183 Für die Klage auf Bewilligung der **Eintragung** des Eigentümers in das **Wohnungsgrundbuch** ist das Rechtsschutzinteresse schon vor Anlegung des Grundbuchs bejaht worden, weil dem Grundbuchamt bereits die Teilungserklärung mit Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung vorlag (BGH MDR 1993, 866 = NJW-RR 1993, 840).

VII. Unterhalt

- 1184 In Unterhaltssachen liegt es häufig so, dass der Unterhaltspflichtige **freiwillig zahlt** und auch nicht damit zu rechnen ist, er werde die Zahlungen einstellen. Gleichwohl wird in derartigen Fällen das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage auf Schaffung eines Titels bejaht (z.B. OLG Hamm FamRZ 1992, 831; OLG Koblenz FamRZ 1993, 1098). Die freiwillige Zahlung ändert nichts am Rechtsschutzbedürfnis auf Titulierung; denn wenn der Schuldner seine Zahlung einstellt, hat der Gläubiger nichts in der Hand, um sie zu erzwingen.
- 1185 Verneint wird jedoch ein Anspruch auf Titulierung eines unstreitig regelmäßig gezahlten **Kindesunterhalts** durch Erlass einer **einstweiligen Verfügung** (KG FamRZ 1998, 688). Dabei würde es sich um eine Leistungsverfügung handeln, die nur zur Abwendung wesentlicher Nachteile zugelassen wird, also dann, wenn auf Seiten des Unterhaltsberechtigten eine Notlage entstanden ist (*Stein/Jonas/Grunsky*, ZPO, 22. Aufl., 2002, Rn. 39 vor § 935). Solange regelmäßig freiwillig gezahlt wird, fehlt es an dieser Voraussetzung.
- 1186 In **Familiensachen** steht auch die Möglichkeit, eine einstweilige Anordnung zu beantragen, dem Erlass einer einstweiligen Verfügung entgegen (*Schneider*, MDR 1999, 196; *Thomas/Putzo/Hüßtege*, ZPO, 27. Aufl., 2005, § 620 Rn. 6).

VIII. Kostenerstattungsansprüche

1. Begriffe

- 1187 Der **prozessuale** Kostenerstattungsanspruch entsteht im Rechtsstreit auf Grund der Kostenveranlassung des Gegners und nach Maßgabe der Kostenbelastung durch eine gerichtliche Entscheidung. Fällig wird er ab vorläufiger Vollstreckbarkeit.
- 1188 Der **materielle** Kostenerstattungsanspruch hingegen entsteht kraft Verwirklichung eines vertraglichen oder deliktischen Anspruchsgrundes, setzt also die Tatbestandserfüllung einer Anspruchsnorm materiellen Rechts voraus und wird fällig mit der Verwirklichung des Haftungstatbestandes und seiner Bezifferung.

Die Rechtsprechung hat zwischen dem prozessualen und dem materiellen Kostenerstattungsanspruch eine Brücke geschlagen, indem sie **Vorbereitungskosten** in den Anwendungsbereich des § 91 ZPO einbezogen hat, um auch für die Geltendmachung des materiellen Kostenerstattungsanspruchs den schnelleren und einfacheren Weg des Kostenfestsetzungsverfahrens der §§ 103 ff. ZPO zu eröffnen. Diese „begriffliche Aufweichung“ hat zu Problemen geführt. 1189

2. Geltendmachung

Die **Befugnis** des Gläubigers, seinen materiellen Kostenerstattungsanspruch, etwa die Kosten eines vorprozessual eingeholten Sachverständigengutachtens, in das **Kostenfestsetzungsverfahren** einzubringen, hat manche Gerichte zu dem Schluss verleitet, er sei dazu auch verpflichtet, weil das Kostenfestsetzungsverfahren der billigere und einfachere Weg sei (vgl. z.B. LG Bielefeld VersR 1967, 1008; LG München JurBüro 1988, 623; LG Berlin ZMR 1988, 306). Richtig ist diese Auffassung nicht. 1190

In das Kostenfestsetzungsverfahren müssen nur solche Positionen eingebracht werden, die zu den **reinen Prozesskosten** gehören, etwa vorprozessual entstandene Anwaltsgebühren, die im nachfolgenden Rechtsstreit anzurechnen sind (LG Karlsruhe AnwBl. 1994, 95). Für die Geltendmachung eines (nur) materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruches durch selbständige Klage muss daher das Rechtsschutzbedürfnis bejaht werden (OLG Koblenz JurBüro 1990, 1012; LG Hechingen VersR 1986, 350; *Zimmermann*, ZPO, 7. Aufl., 2006, § 91 Rn. 9). 1191

Erst recht ist der Kläger befugt, den materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch als selbständige Schadensposition **in den Hauptprozess** einzubringen. Hat er etwa vorprozessual 1000 Euro Gutachterkosten aufgewandt, dann darf er diese Position in der Klagebegründung in die Berechnung seines Gesamtschadens einsetzen und ist nicht genötigt, die Gutachterkosten erst im Kostenfestsetzungsverfahren geltend zu machen. Sein Rechtsschutzbedürfnis an der Einbringung des Anspruchs in das Erkenntnisverfahren ergibt sich schon daraus, dass im Hauptprozess nach Strengbeweis entschieden wird, im Kostenfestsetzungsverfahren jedoch nur auf Grund einer Glaubhaftmachung. Schon diese Möglichkeit unterschiedlicher rechtlicher Beurteilungen begründet das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers (BayObLGZ 1979, 16). 1192

Einzelheiten zum Rechtsschutzbedürfnis für die selbständige Durchsetzung eines materiellen Kostenerstattungsanspruches sind auch heute noch streitig. Siehe näher dazu *Schneider* MDR 1981, 353 ff., und *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung bei der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche, 1985, insbesondere S. 400 ff. 1193

IX. Verfahrensfragen

1. Zuständigkeitsprüfung

- 1194 Ist das Rechtsschutzinteresse für eine Klage zweifelhaft, aber auch die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, dann hat die Zuständigkeitsprüfung **Vorrang** vor der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses. Nur das sachlich und örtlich zuständige Gericht ist befugt, über das Vorliegen des Rechtsschutzbedürfnisses zu entscheiden. Nur dieses ist der gesetzliche Richter, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (OLG Koblenz MDR 1982, 504).

2. Unbegründetheit vor Zulässigkeit

- 1195 Ist die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gegeben, das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses für die Klage zweifelhaft, deren Unbegründetheit aber eindeutig, dann lässt die Rechtsprechung es zu, dass ein Sachurteil auf Klageabweisung ergeht, ohne dass zuvor das Vorliegen des Rechtsschutzbedürfnisses geprüft wird (MünchKommZPO/Lüke, 2. Aufl., 2000, Rn. 18 vor § 253 u. MünchKommZPO/Musielak, § 300 Rn. 6 – beide mit Nachweisen). Dadurch entlasten sich die Gerichte.
- 1196 Das hat jedoch zur Folge, dass die **Rechtskraftwirkung** des Urteils **offen** bleibt. Wie auch immer die Formulierung der Urteilsgründe lauten mag, gedanklich hat sie stets die Struktur: „Ob die Klage als unzulässig hätte abgewiesen werden müssen, sei dahingestellt, sie wird einfach als unbegründet abgewiesen.“ Deshalb bleibt zwangsläufig unklar, welche Rechtskraftwirkung das Urteil hat (zur Problematik siehe MünchKommZPO/Gottwald, § 322 Rn. 161; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl., 1998, § 322 Rn. 148).

3. Nachträgliche Veränderung der Rechtslage

- 1197 Für die Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses kommt es auf den Zeitpunkt des **Eingangs** der **Klage** an. Das anfangs bejahte Rechtsschutzbedürfnis entfällt daher nicht wegen einer Änderung der Rechtslage. Praktische – leider von den Gerichten immer wieder versehentlich oder bewusst ignorierte – Bedeutung hat das vor allem, wenn ein wegen Unbezifferbarkeit zulässiger **Feststellungsantrag** im Verlaufe des Rechtsstreits **bezifferbar wird**. Dann darf der Feststellungskläger zwar zum bezifferten Leistungsantrag übergehen. Er ist aber nicht dazu gezwungen und **darf weiterhin am Feststellungsantrag festhalten** (BGH NJW 1978, 210; siehe oben Rn. 1149).
- 1198 Entsprechend kommt es im Berufungsverfahren für die Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses als Zulässigkeitsvoraussetzung auf den Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels an, so dass eine später eingetretene Änderung der Rechtslage insoweit nicht zu berücksichtigen ist (BAG AP § 91a ZPO Nr. 9).
- 1199 Eine Veränderung der Sach- oder Rechtslage in der **Zwischeninstanz** zwischen Verkündung eines Endurteils und Einlegung eines Rechtsmittels ist jedoch zu

berücksichtigen. So ist zum Beispiel das Rechtsschutzbedürfnis für eine Berufung gegen ein Auskunftsurteil verneint worden, weil die Auskunft zwischen den Instanzen erteilt worden war (OLG Schleswig SchlA 1984, 174).

In den in § 15a Abs. 1 S. 1 EGZPO aufgeführten Fällen ist vor Erhebung der Klage ein **Einigungsversuch vor einer Gütestelle** vorgeschrieben. Wird das vergessen und nach Klageerhebung ein Güteverfahren nachgeholt, dann hilft das nicht mehr. Eine ohne vorherigen Einigungsversuch erhobene Klage muss als unzulässig abgewiesen werden (BGH VersR 2005, 708). 1200

X. Vorgehen im Rechtsstreit

In der forensischen Praxis hat das Rechtsschutzbedürfnis aus anwaltlicher Sicht geringere Bedeutung, als es oft scheint. Die vorstehend erörterten Einzelfälle sind, aufs Ganze gesehen, statistische Ausnahmen. Gleichwohl lehrt die Alltagserfahrung, dass das Leugnen des Rechtsschutzbedürfnisses durch den Prozessgegner fast schon **routinemäßig** als **Verteidigungsmittel** missbraucht wird. Immer wieder wird in Schriftsätzen fehlendes Rechtsschutzinteresse auf das Geratewohl gerügt. Besonders beliebt ist diese Art der „Rechtsverteidigung“, wenn es um positive oder negative Feststellungsklagen, um Feststellungswiderklagen oder um Zwischenfeststellungs(wider)klagen geht (§ 256 Abs. 1 und 2 ZPO). Solche Rügen beruhen meist auf mangelnder Kenntnis des Verfahrensrechts. Der rügende Anwalt macht sich unter Umständen mit seiner Rechtsverteidigung viel Arbeit, die nur dazu führt, dass seine Rechtsunkenntnis offenbar wird. Ich schildere dazu einen – beliebigen – **Fall aus der Praxis**: 1201

Die Eheleute Klug hatten von Frau Weise ein bebautes Grundstück gekauft. Ausweislich des notariellen Vertrages war der Kaufpreis von 300 000 Euro mit 100 000 Euro sofort zu begleichen, der Rest in 10 Raten von halbjährlich 20 000 Euro. In den Vertrag war eine Klausel für den Fall des Verzugs mit diesen Leistungen aufgenommen worden. Der dann fällige gesamte Rest war mit 15 % zu verzinsen. Die Käufer hielten die Zahlungsfristen nicht ein. Daraufhin beauftragte Frau Weise einen Anwalt mit der Geltendmachung ihrer Rechte. Da sich die Käufer in der notariellen Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hatten, holte der Anwalt sich vom Notar eine vollstreckbare Ausfertigung und ließ sie dem zahlungskräftigeren Ehemann Klug zustellen. Dieser erhob Zwangsvollstreckungsgegenklage mit der Begründung, nach Abschluss des notariellen Vertrages hätten die Parteien die Kaufpreiszahlungen mündlich reduziert, so dass die von den Käufern erbrachten Zahlungen vertragsgerecht seien. Frau Weise beantragte Klageabweisung und erhob Zwischenfeststellungswiderklage gegen Herrn Klug und nunmehr auch Drittwiderklage gegen Frau Klug mit dem Antrag festzustellen, dass sich die Rechtsbeziehungen der Parteien ausschließlich nach dem beurkundeten Text des notariellen Vertrages bestimmen würden und nicht nach davon abweichenden, bestrittenen mündlichen Vereinbarungen. 1202

- 1203 Das animierte den Anwalt der Kläger zu vielseitigen schriftsätzlichen Ausführungen zum fehlenden **Rechtsschutzbedürfnis** für die **Zwischenfeststellungswiderklage** und die **Drittweiterklage**. Dazu führte er auch noch Belege an, die nicht passten, weil er die Rechtslage nicht begriffen hatte. Er berief sich auf Entscheidungen, wonach Feststellungswiderklagen unzulässig sind, wenn deswegen bereits eine streitgegenständlich identische Leistungsklage erhoben worden ist.
- 1204 Mit dem Ausgangsfall hatte das überhaupt nichts zu tun. Der Anwalt der Kläger hatte die Rechtskraftwirkungen eines Urteils verkannt, das eine Vollstreckungsabwehrklage bescheidet. Weder das stattgebende noch das abweisende Urteil hat Auswirkungen auf den titulierten Anspruch. Es befindet lediglich über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung. Deshalb ist eine Feststellungsklage sowohl nach § 256 Abs. 1 ZPO als auch nach § 256 Abs. 2 ZPO zulässig (*Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., 2002, § 767 Rn. 5, und *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 21. Aufl., 1998, § 322 Rn. 93).
- 1205 Hinsichtlich der Zwischenfeststellungswiderklage hatte der Anwalt der Kläger zusätzlich übersehen, dass dafür überhaupt kein Feststellungsinteresse erforderlich ist und dieses deshalb auch in § 256 Abs. 2 ZPO nicht erwähnt wird (BGHZ 69, 41 = NJW 1977, 1637; *Stein/Jonas/Schumann*, ZPO, 21. Aufl., 1997, § 256 Rn. 140). Das ist absolut einhellige Auffassung. So heißt es in BGH MDR 1985, 138:
„Nur durch Erhebung einer Feststellungsklage kann die Rechtskraft der Entscheidung über eine Vollstreckungsgegenklage auf den materiell-rechtlichen Anspruch erstreckt werden.“
- 1206 Die seitenlangen Ausführungen zum vermeintlich fehlenden Rechtsschutzbedürfnis waren daher überflüssig. Wie leider immer noch weitgehend üblich, wies das Gericht nicht alsbald darauf hin, dass es sich um rechtsirrigem Sachvortrag handele. Der Anwalt der Klägerin wusste daher nicht, ob das Gericht die Rechtslage durchschaute. Deshalb musste er vorsorglich an sich überflüssige schriftsätzliche Ausführungen dazu zu bringen und damit auch zwangsläufig die Rechtsunkenntnis des Gegenanwalts an den Pranger zu stellen.
- 1207 Jeder **Anwalt** ist daher gut beraten, sich im Rechtsstreit nicht ins Blaue hinein auf fehlendes Rechtsschutzbedürfnis zu berufen. Er fördert damit nicht die Sache, sondern füllt nur die Gerichtsakten und „outet“ sich vielleicht noch als verfahrensrechtlicher Stümper.
- 1208 Vorausschauende Überlegungen sind auch geboten, wenn es um die **Erhebung einer Teilklage** geht. Gegenüber einer Teilklage kann eine Zwischenfeststellungswiderklage nach § 256 Abs. 2 ZPO erhoben werden. Damit wird das Nichtbestehen der gesamten Forderung geltend gemacht. Wird die Teilklage abgewiesen, dann erwirkt der Beklagte mit seiner **Zwischenfeststellungswiderklage** eine Entscheidung darüber, dass dem Kläger überhaupt nichts zusteht. Der Streitwert ist dann gleich der Gesamtforderung.

- Eine solche Feststellungswiderklage stört das Konzept des Klägers und erhöht bei Unterliegen seine Kostenbelastung, der er entgehen wollte. Das muss der Anwalt vor Klageerhebung berücksichtigen. 1209
- Entschließt er sich nur zu einer **verdeckten Teilklage** (Rn. 890 ff.), dann sollte er im vorangehenden Schriftwechsel keine Ausführungen bringen, die eine Berühmung enthalten oder als solche verstanden werden könnten. Er kann sich mit der Ankündigung begnügen, noch prüfen zu wollen, ob ihm eventuell höhere Ansprüche zustünden (BGH NJW 1992, 436 = MDR 1992, 297). 1210
- Ein hartnäckiger Gegner wird den Kläger allerdings auffordern, zu erklären, dass er keine weiteren Ansprüche geltend mache. Verweigert der Kläger diese Erklärung, dann läuft das auf eine Berühmung hinaus, der mit einer Feststellungswiderklage begegnet werden kann (*Schneider* MDR 1998, 253, 254). Dem kann der Kläger nur entgehen, indem er selbst aktiv wird und die Gesamtforderung einklagt. 1211

eingerräumt oder die mündliche Verhandlung wieder eröffnet werden (*Zöller/Greger*, ZPO, 26. Aufl., 2007, § 128 Rn. 14).

§ 30 Sprache

I. Gutes Deutsch

Der Anwalt sollte sich bewusst machen, dass sein Prozessserfolg auch davon abhängen kann, **wie** er schreibt. 1414

„Das klägerische Vorbringen wird diesseits vollinhaltlich und nachdrücklich bestritten, soweit es nicht ausnahmsweise ausdrücklich zugestanden ist.“

Beginnt ein Schriftsatz mit solchem juristischen Unfug (§ 138 Abs. 3 ZPO) und einer solchen stilistischen Barbarei, dann geht der Richter womöglich und wohl nicht ohne Grund davon aus, dass auch danach nichts Vernünftiges mehr kommen wird. Er ist folglich **nicht motiviert**, genau und aufmerksam zu lesen, sondern überfliegt die folgenden Seiten vielleicht nur. Und Hinweise zu geben, wird er auch nicht sonderlich geneigt sein, weil er damit rechnen muss, dass darauf ebenfalls nur mit solchem Stuss reagiert wird. Gewiss, ein solches Verhalten des Richters ist nicht richtig, aber es ist nun einmal so, dass nur derjenige Schreiber nachhaltige Aufmerksamkeit des Lesers gewinnt, der auch dessen Interesse beim Lesen erweckt. Daher besteht für jeden Anwalt hinreichender Anlass, seine eigene Sprachprosa zu überprüfen. Ich weiß, manche lernen es nie. Doch ändert das nichts daran, dass guter Stil weitgehend lernbar ist – sofern man nur dazu bereit ist. Für diejenigen, die es sind, mögen die nachstehenden einfachen Grundregeln nützlich sein. Es sind die denkbar einfachsten Wegweiser zum guten Stil. 1415

1. Erste Regel: Konkrete Wortwahl

Allgemeine Ausdrücke mit weitem Umfang sind zu vermeiden und in konkrete Aussagen umzusetzen. Die „zwischen den Parteien getroffene **Vereinbarung**“ kann alles Mögliche bedeuten. Das ist aber dann nicht mehr der Fall, wenn sie konkretisiert wird: als Kaufvertrag oder Leihe oder Leasingvertrag. Wer eine **Anfechtung** erklärt, sollte nicht lediglich „anfechten“, auch nicht „wegen Irrtums“, sondern ganz gezielt formulieren: Anfechtung wegen Erklärungsirrtums oder wegen Eigenschaftsirrtums. 1416

Juristen neigen leider dazu, sich in möglichst farblosen und damit vieldeutigen Begriffen auszudrücken. Sie scheuen es oft, sich festzulegen, selbst wenn dabei am Ende Albernheiten herauskommen. Das Reichsgericht (JW 1910, 654) hatte sich einmal mit dem Quaken von Fröschen zu befassen und bezeichnete es als den „von den Fröschen ausgehenden Gesang“. Der Bundesgerichtshof, um ein weiteres Beispiel zu bringen, begründete den Verzicht auf erfolgsbezogene Schuld bei den erfolgsqualifizierten Delikten (heute § 18 StGB) damit, „wer 1417

schuldhaft gewissermaßen das Tor geöffnet hat, durch das mannigfaches unbestimmtes Unheil eindringen konnte, den darf man, wenn das Unheil eingedrungen ist“ usw. (BGHSt 11, 264). Mit dergleichen Auslassungen in Anwaltschriftsätzen schadet sich der Verfasser nur selbst. Er riskiert, von vornherein nicht für voll genommen zu werden.

2. Zweite Regel: Sinngebende Wörter hervorheben

- 1418 Das sinngebende Wort gehört an die Stelle, die den Redeton hat.
- 1419 Es ist ermüdend und **beeinträchtigt** die **Aufmerksamkeit**, wenn der Sinn längerer Sätze erst am Schluss erkennbar wird.
- „Das Verhalten des Beklagten, der erst kürzlich den Führerschein gemacht hat und die Hauptstraße mit vollem Karacho befuhr, ohne darauf zu achten, dass das klägerische Fahrzeug von rechts herannahte und ohne seine Geschwindigkeit zu vermindern, sich nur nach links orientierte, offenbar weil er dort jemanden zu treffen erwartete, war grob fahrlässig.“
- 1420 Zwischen „Verhalten“ und „grob fahrlässig“ wird so viel an tatsächlichen Informationen und Wertungen hineingestopft, dass der Leser verwirrt werden muss. Solche Sätze sind nach dem Schema gebaut: „Die beklagte Ehefrau brannte, als ihr Mann von ihrer Untreue erfuhr, mit ihrem Liebhaber durch.“
- 1421 Bandwurmsätze lassen sich leicht in **mehrere Aussagesätze** zerlegen, die der Leser dann auch versteht. „Das Verkehrsverhalten des Beklagten war grobfahrlässig. Er ist wesentlich zu schnell gefahren. Auch hat er nicht auf den von rechts kommenden Verkehr geachtet . . . usw.“
- 1422 Zu achten ist auch darauf, dass die Wortfolge nicht in die Irre führt: „Die Treuwidrigkeit, die im Beschluss des Gerichts zum Ausdruck kommt, vermag der Beschwerdegegner nicht zu teilen.“ Gemeint ist: „Das Gericht hält ausweislich seiner Beschlussgründe das Verhalten des Beschwerdegegners für treuwidrig. Dieser Bewertung ist nicht zu folgen.“
- 1423 **Lesehilfen:** Auch die optische Gestaltung eines Schriftsatzes kann dem Leser das Verständnis des Inhalts erleichtern. Wichtige Begriffe, etwa Tatbestandsmerkmale wie Eigentum oder Fahrlässigkeit u. dgl., können durch **Fettdruck** hervorgehoben werden. Bei wörtlichen Wiedergaben (Zitaten) empfiehlt es sich, den fremden Text **kursiv** zu schreiben. Bei neuen Gedanken oder Schlussfolgerungen sind **neue Absätze** angebracht. Stets erleichtert es das Verständnis, wenn wichtige Abschnitte eines Schriftsatzes durch **bezifferte Überschriften** hervorgehoben werden, beispielsweise
1. Zulässigkeit
 2. Begründetheit
 - a) Hauptantrag
 - b) Hilfsantrag
 3. Aufrechnung des Beklagten
 4. Streitwert

3. Dritte Regel: Kurze Hauptsätze, wenig Nebensätze

Jede einzelne Behauptung und jedes selbständige juristische Argument sollte in einem eigenen Satz gebracht werden. „Der Beklagte hat den Unfall fahrlässig verursacht, denn er hat . . .“ (und nun folgt die gesamte Schilderung des Hergangs). Die Haupttatsachen für Verursachung und Verschulden werden dann in Nebensätze verfrachtet. Das kann leicht zu einem gedanklichen Durcheinander führen. Viel einfacher und klarer ist es, die Argumentationsreihen zu verselbständigen:

„Der Beklagte hat den Unfall verursacht. Er hat nämlich . . .“. „Dem Beklagten ist auch ein Schuldvorwurf zu machen. Er hat . . .“.

Jetzt ist für den Leser klar, wie Kausalität und Verschulden begründet werden. Und er muss sich auch keine Gedanken darüber machen, wie etwaige Beweisangebote zuzuordnen sind. Bei diesem gedanklichen Aufbau kann es nicht zu dem Antrag kommen: „Beweis für alles Vorstehende Zeugnis . . .“.

4. Vierte Regel: Papierdeutsch durch Verben ersetzen

Das ist wohl die wichtigste Stilregel. Gegen sie wird unentwegt verstoßen. Ein 1427
Anwalt rügt einen Verfahrensmangel und folgert, „das Urteil muss der Aufhebung unterliegen“ – „ist aufzuheben“ hätte vollauf genügt. – Um darzulegen, dass er die Beschwerdefrist gewahrt hat, schreibt er, dass „die Zustellung am soundsovielten erfolgt ist“. Ausgereicht hätte „zugestellt am soundsovielten“, und auch das ist noch überflüssig, weil der ab Zustellung laufende Beginn der Rechtsmittelfrist ohnehin von Amts wegen zu prüfen ist. – „Der Klausel ist die Wirksamkeit nicht zu versagen“ (BGH NJW 1999, 2283). Genügt hätte: „Die Klausel ist wirksam.“ – „Bereits die Einreichung eines Antrages auf Beweissicherung entfaltet verjährungsunterbrechende Wirksamkeit“ (OLG Karlsruhe BauR 1999, 1054). Was ist schon so zerknittert, dass ein Antrag es „entfalten“ könnte? Damit ist nicht mehr gesagt als: „Schon der Antrag unterbricht die Verjährung.“

So könnte man endlos fortfahren. Ebenso, wie es kaum eine veröffentlichte 1428
Gerichtsentscheidung gibt, die stilistisch völlig einwandfrei ist, gibt es nur wenige Anwaltsschriftsätze, an denen stilistisch nichts auszusetzen oder zu verbessern wäre. Das müsste nicht so sein.

Dieses elende Papierdeutsch ist gänzlich lebensfremd. **Im Leben geschieht 1429
etwas**, da denkt und handelt jemand, **er wird tätig** – und der sprachgerechte Ausdruck dafür ist das Tätigkeitswort, das Verb. Der Arzt hat den Verletzten nicht einer Untersuchung unterzogen, sondern er hat ihn untersucht; eine Partei ist nicht einem Irrtum unterlegen, sondern sie hat sich geirrt, und der Gegner hat keine Täuschung begangen, sondern getäuscht.

So ließen sich aus beliebigen Schriftsätzen und Gerichtsentscheidungen schier 1430
unbegrenzt viele Beispiele nachweisen. Wer sich verbal ausdrückt, denkt gerade und umweglos auf sein Ziel hin und bombadiert den Leser nicht mit

Hauptwörtern, verbunden mit Hilfsverben. Er wirft seinem Gegner nicht vor, dieser habe sich einer Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt schuldig gemacht, sondern er wirft ihm vor, er habe fahrlässig gehandelt. Genug damit! Die vorstehenden Hinweise haben ihren Zweck erfüllt, wenn sie den Zusammenhang zwischen klarem, **folgerichtigem Denken** und der **schriftlichen Wiedergabe** des Gedachten deutlich gemacht haben.

II. Angemessene Ausdrucksweise

- 1431 Ich behaupte die Existenz folgenden Erfahrungssatzes: „Je unfähiger ein Anwalt ist, umso mehr neigt er dazu, herumzupoltern und *ad hominem* zu argumentieren.“ Er greift nicht die Argumente des Gegners an, sondern dessen Mandanten persönlich, manchmal sogar den Kollegen (siehe dazu beispielsweise ZAP-Report: Justizspiegel, 2. Aufl., 1999, S. 299 ff.).
- 1432 Das kann ihn in Konflikt mit dem **Sachlichkeitsgebot** führen, das zu den anwaltlichen Berufspflichten zählt (§ 43a Abs. 3 BRAO). Jedoch muss da schon viel zusammenkommen, bevor ein Standesverstoß bejaht wird (siehe dazu *Schneider*, Schimpf im Schriftsatz, ProZRB 2003, 338). Stilistisch überzogene Texte in anwaltlichen Schriftsätzen werden nämlich in der Regel durch die Wahrnehmung **berechtigter Interessen** des Mandanten gedeckt (§ 193 StGB).
- 1433 Davon kann allerdings nicht mehr bei herabsetzenden persönlichen Angriffen gesprochen werden, die mit dem Gegenstand des Verfahrens nichts zu tun haben. Beleidigungen, bewusste Unwahrheiten oder durch nichts veranlasste Herabsetzungen sind stets unsachlich (§ 43a Abs. 3 S. 2 BRAO).
- 1434 In einem vom LG Bochum entschiedenen Fall (NJW-RR 1992, 1305) hatte der Anwalt des Beklagten in einem Schriftsatz ausgeführt:
„Der Beklagte ist offensichtlich zwei ganz ausgekochten Betrügern aufgesessen, die sich für besonders schlau halten und die mit Hilfe des Gerichts in beispielloser Weise eine schnelle Mark verdienen wollen.“
- 1435 Das Landgericht hat diese übersteigerten Wertungen noch als durch das Grundrecht der freien Meinungsäußerung (**Art. 5 GG**) gerechtfertigt angesehen. Das entspricht der allgemeinen Auffassung, wonach es grundsätzlich keinen Widerruf von Ausführungen in einem Schriftsatz gibt (BGH LM § 1004 BGB Nr. 58; NJW 1986, 2502, MDR 1973, 304; OLG Hamm NJW-RR 1990, 1405 u. MDR 1972, 1033; LG Frankfurt NJW-RR 1990, 1403 sowie BVerfG NJW 1991, 29). Den derzeitigen Stand der Rechtsprechung hat der **Bundesgerichtshof** (in ZIP 1994, 1963 unter Berufung auf BGH VersR 1992, 443, 444 u. 1988, 379, 380 f.) folgendermaßen umschrieben.
- 1436 „Gerichtliche Verfahren sollen nicht durch eine Beschneidung der Äußerungsfreiheit der daran Beteiligten beeinträchtigt werden. Vielmehr sollen die Parteien in einem Gerichtsverfahren alles vortragen dürfen, was sie zur Wahrung ihrer Rechte für erforderlich halten, **auch wenn hierdurch die Ehre eines anderen berührt wird. Ob das Vorbringen wahr und erheblich ist, soll allein in diesem seiner eigenen Ordnung**

unterliegenden Verfahren geprüft werden, das dem Betroffenen insoweit hinreichende Rechtsschutzgarantien für den Schutz seiner Ehre bietet. Es wäre mit den schutzwürdigen Belangen der Beteiligten und den Erfordernissen eines sachgerechten Funktionierens der Rechtspflege unvereinbar, wenn die Kompetenzen des Gerichts durch die Möglichkeit der Geltendmachung von Abwehrensprüchen unterlaufen werden könnten.“

In der Sache gleichlautend heißt es in **BVerfGE 85, 15, 16:** 1437

„Auch scharfe und übersteigerte Äußerungen fallen grundsätzlich in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG . . . Sofern eine Äußerung, in der Tatsachen und Meinungen sich vermengen, durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt sind, wird sie als Meinung von dem Grundrecht geschützt. . . Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass scharfe und überspitzte Formulierungen für sich genommen eine schädigende Äußerung noch nicht unzulässig machen.“

Leider hält das Bundesverfassungsgericht sich nicht daran. In einem Beschluss vom 23. 6. 1998 – 2 BvR 1916/97 – hat es einen Anwalt, der in eigener Sache Verfassungsbeschwerde eingelegt hatte, wegen der Diktion seines Schriftsatzes gemäßregelt. Der Grund: Er hatte die Ausführungen des Gerichts in dem mit der Verfassungsbeschwerde angefochtenen Beschluss als „überspannte Anforderungen“ an die Wiedereinsetzung, als „arrogant“, „fast ein Fall des § 336 StGB“ kritisiert. In einem Ablehnungsantrag wegen Besorgnis der Befangenheit hatte er die Weigerung der Terminsverlegung als ein „unverschämtes Verhalten“ bezeichnet, das von „grober Unkenntnis“ getragen sei. 1438

Gewiss, das war „starker Tobak“; aber sachlich war der Anwalt im Recht (siehe die ZAP-Kolumne Heft 15/1998, S. 745)! So hat denn auch der Anwaltsgerichtshof Saarland (OLGR 2002, 137) in der Wendung: 1439

Ein Urteil sei „so falsch, dass man sich wundert, dass ausgebildete Juristen an der Rechtsfindung beteiligt waren“,

keine mit dem Sachlichkeitsgebot unvereinbare Beleidigung gesehen. Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht dem Anwalt eine **Missbrauchsgebühr** von 1 200 DM auferlegt. Das entspricht sicherlich nicht der ratio des § 34 BVerfGG, da diese Vorschrift lediglich der Einlegung offensichtlich unbegründeter, missbräuchlicher Verfassungsbeschwerden entgegenwirken soll.

In Zweifelsfällen kann vielleicht ein **Auslegungsgrundsatz** helfen, der in BGHZ 1440 139, 104 und BGH MDR 2004, 293/394 festgeschrieben worden ist:

Sind mehrere Deutungen des Inhalts einer Äußerung möglich, so ist der rechtlichen Beurteilung diejenige zu Grunde zu legen, die dem in Anspruch Genommenen günstiger ist und den Betroffenen weniger beeinträchtigt.

Parteien und Anwälte müssen im Zivilprozess ihre **Gelassenheit** bewahren, auch wenn sie schriftlichsätzlich oder verbal im Übermaß attackiert werden. Doch sollte sich kein Anwalt dazu herablassen, unsachliche und für die Subsumtion unerhebliche Bemerkungen in seine Schriftsätze einfließen zu lassen, auch wenn sein Mandant dies gerne sähe. Kommt es gleichwohl dazu, dann sollten sich die Betroffenen mit der Einsicht trösten, dass es sich bei dem Schriftsatzverfasser vermutlich nur um ein juristisches Schlusslicht handelt, das seine fachlichen Schwächen durch derartige Ausfälle und Exzesse zu überspielen 1441

trachtet. Ein Anwalt oder eine Anwältin, von denen sich sagen lässt, sie seien gute Juristen und obendrein ein „Herr“ oder eine „Dame“, verhalten sich nicht so.

- 1442 Wie ist das übrigens, wenn jemandem durch einstweilige Verfügung oder durch Urteil verboten worden ist, bestimmte Behauptungen über einen anderen zu äußern, und er sich später in einem ganz **anderen Verfahren** mit diesen **Behauptungen verteidigen** will? Einen solchen Fall hat das LG Hannover entschieden (MDR 1998, 987). Ein Arbeitnehmer hatte behauptet, sein Arbeitgeber habe von ihm verlangt, sachbeschädigende Handlungen an einer Heizungsanlage vorzunehmen. Durch ein zweitinstanzlich bestätigtes Urteil wurde ihm diese Äußerung verboten. Der Beklagte wiederholte die Behauptung gleichwohl in einem sich anschließenden Kündigungsschutzprozess vor dem Arbeitsgericht. Nach Abschluss dieses Verfahrens verhängte das Amtsgericht deshalb antragsgemäß ein Ordnungsgeld wegen Zuwiderhandelns gegen das gerichtliche Verbot (§ 890 ZPO). Sein Beschluss wurde von dem früheren Berufungsgericht, das nunmehr als Beschwerdegericht tätig wurde, aufgehoben:

„Das rechtskräftige amtsgerichtliche Urteil hindert den Schuldner nicht, die **untersagte Behauptung zur Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung** in einem **anderen** Gerichtsverfahren aufzustellen. Ehrenkränkende Äußerungen, die der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung in einem Gerichtsverfahren dienen, können in aller Regel nicht mit Ehrenschutzklagen abgewehrt werden (BGH MDR 1992, 942 = NJW 1992, 1314). Das Gerichtsverfahren soll nicht durch eine Beschneidung der Äußerungsfreiheit der Beteiligten beeinträchtigt werden. Die Parteien sollen alles vortragen dürfen, was sie zur Wahrung ihrer Rechte für erforderlich halten, auch wenn hierdurch die Ehre eines anderen berührt wird. Die Wahrheit des Vorbringens soll allein in diesem Gerichtsverfahren geprüft werden. Das gilt auch, wenn ein rechtskräftiges Urteil auf Unterlassung einer bestimmten Behauptung ergangen ist und obwohl die Kammer davon ausgegangen ist, dass die Behauptung des Schuldners unwahr ist. **Es würde einen Übergriff in die Kompetenzen anderer Gerichte, hier der Arbeitsgerichte, darstellen, wenn in den Verfahren dieser Gerichte die Parteien durch ein vorausgegangenes Unterlassungsurteil daran gehindert wären, ihrer Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung dienende Tatsachen vorzutragen.** Denn dann könnte das betroffene Gericht nicht nach eigener freier Überzeugung über die Wahrheit einer Tatsachenbehauptung befinden, sondern wäre an die Bewertung desjenigen Gerichts gebunden, das das Unterlassungsurteil erlassen hat. Der **Ehrenschutz** der Gläubigerin muss in diesen Fällen im Interesse des sachgerechten Ablaufs der Rechtspflege **zurücktreten.**“

- 1443 Ein seriöser Anwalt versagt sich auch **geistlose Scherzchen** auf Kosten seines Kollegen. In einem Fall, der mir für den „Justizspiegel“ geschildert worden ist, ging es um die Bevollmächtigung eines Dritten. Der Anwalt des Klägers hatte geschrieben, die Vollmacht sei mündlich erteilt worden, so dass er sie (nämlich die vom Gegner verlangte schriftliche Vollmacht) nicht vorlegen könne. Das animierte den Gegenanwalt zu folgender Stellungnahme:

„Einzig der Erkenntnis des Klägers, man könne eine mündliche Vollmacht nicht vorlegen, kann man ohne jegliche Einschränkung – nicht ohne Bewunderung für diese scharfsinnige Gedankenführung – folgen.“

- 1444 Solche kindische Wortklauberei ist unangemessen, besonders dann, wenn sie auch noch an der Formulierungskunst des Kritikers zweifeln lässt. Es gibt keine

„mündliche Vollmacht“, sondern allenfalls eine mündlich *erteilte* Vollmacht. **Man sollte sich als Anwalt stets dessen bewusst sein, dass der Spott über den Gegner die eigenen Fähigkeiten nicht steigert.**

Soweit ein Anwalt dem Gericht **Informationen** seines **Mandanten vorträgt**, 1445 handelt es sich immer um Äußerungen des Mandanten, nie um solche des Anwalts persönlich. Ehrenrührige oder wahrheitswidrige Behauptungen einer Partei, die der Anwalt schriftsätzlich verarbeitet, bleiben Behauptungen der Partei. Das OLG Hamm hat sie einmal einer Anwältin selbst zugerechnet und ist deshalb vom Bundesverfassungsgericht wegen Verstoßes gegen die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG aufgehoben worden (NJW 1996, 3267).

III. Schlechtes Deutsch als Gerichtssprache?

Die Sprache ist das **Arbeitsgerät der Juristen**, wie es *Rüthers* ausgedrückt hat 1446 (Rechtstheorie, 1999, S. 88). Leider ist der Umgang mancher Gerichte mit der deutschen Sprache beklagenswert. Das wiederum führt dazu, dass manche Anwälte schludrige Ausdrucksweisen und Formulierungen aus Urteilen und Beschlüssen übernehmen. Die folgenden, willkürlich ausgewählten Beispiele schlechten Stils aus veröffentlichten Entscheidungen sollen warnen und abschrecken: **Nachahmung strengstens verboten!**

BGH NJW 1999, 2283: „Der Klausel ist die Wirksamkeit nicht zu versagen.“ Zu Deutsch: Die Klausel ist wirksam.

BayObLG ZMR 1999, 725: Die Frage „hat eine unübersichtliche Regelung gefunden.“ – Zu Deutsch: ist unübersichtlich geregelt.

OLG Schleswig NJW 1999, 2602, 2603: „Eine ausschließlich am Wortlaut haftende Auslegung ist nicht in der Lage, den gewandelten gesellschaftlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen.“ – Zu Deutsch: wird den gewandelten gesellschaftlichen Verhältnissen nicht gerecht.

OLG Saarbrücken NJW-RR 1999, 1290: „Dem Verfahren ist bislang der gebotene Fortgang nicht gegeben worden.“ – Zu Deutsch: Das Verfahren ist nicht betrieben worden oder – besser – Der Richter hat das Verfahren nicht gefördert.

OLG Karlsruhe BauR 1999, 1054: „Zwar ist zutreffend, dass bereits die Einreichung eines Antrages auf Beweissicherung . . . verjährungsunterbrechende Wirksamkeit entfaltet.“ – Zu Deutsch: Schon der Antrag unterbricht die Verjährung.

OLG Dresden BauR 1999, 1207: „Diese Mitteilung des LG beinhaltet die Ablehnung der Anträge.“ – Zu Deutsch: Das LG hat . . . abgelehnt.

OLG Köln WuM 1999, 521: „Eine schriftlich verkörperte Willensübereinstimmung, wie sie für eine der Form gehorchende Vereinbarung erforderlich wäre.“ – Zu Deutsch: Es fehlt an einer formgerechten Vereinbarung oder – besser – Die Vereinbarung ist nicht formgerecht. (Außerdem ist der Konjunktiv unrichtig: „wäre“ statt „ist“ – falscher Irrealis.)

LG Hamm NZV 1999, 383: „zum Ausdruck gebracht“. – Zu Deutsch: erklärt.

OLG Nürnberg MDR 1999, 1151: „Nach § 697 Abs. 3 n.F. ZPO ist diese Verpflichtung . . . in Wegfall geraten.“ – Zu Deutsch: Sie ist entfallen (oder aufgehoben worden).

OLG Celle ZMR 1999, 698: „bei der die zweckwidrige Verwendung eine Veränderung des Leistungsinhaltes darstellen würde.“ – Zu Deutsch: Verwendung, die den Leistungsinhalt verändern würde.

§ 31 Belege und Zitate in Schriftsätzen

OLG Celle a.a.O., S. 699: Eine Forderung „ist der Pfändung unterworfen“. – Zu Deutsch: ist pfändbar.

OLG Celle a.a.O.: Unerheblich ist, ob die Kosten „im Wege der Vorauszahlung entrichtet werden“. – Zu Deutsch: vorausgezahlt werden.

OLG Frankfurt ZMR 1999, 702: kann „keine Anwendung finden“. – Zu Deutsch: ist unanwendbar.

- 1447 Für einen klaren Kopf ist diese Hauptwörterei gar nicht so einfach. Versuchen Sie es einmal! Setzen Sie etwa die Feststellung „Die Klage ist schlüssig“ in einen Wortschwall um: „Im Hinblick auf das Vorbringen des Klägers kann zu Gunsten desselben eine Bejahung der Schlüssigkeit nicht in Abrede gestellt werden.“ Diese Übersetzung in miserables Deutsch war eine ganz schöne verbale Fummelei. Der Test beweist, dass ein klarer Kopf sich nicht unklar ausdrücken kann – und er macht umgekehrt deutlich, dass jemand, der sich unklar ausdrückt, nur seine unklaren Gedanken in dazu passende Worte und Sätze fasst.

Hinzuweisen ist auf eine kurze, aber sehr hilfreiche Anleitung zum besseren Stil: *Schmuck*, Deutsch für Juristen. Vom Schwulst zur klaren Formulierung, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2. Aufl., 2006. Sehr lesenswert *Schnapp*, Von der (Un-) Verständlichkeit der Juristensprache, JZ 2004, 473 ff.

§ 31 Belege und Zitate in Schriftsätzen

I. Beleg und Zitat

- 1448 Das Wort „belegen“ hat verschiedene Bedeutungen. Gemeinsam ist ihnen, dass etwas mit einem Belag versehen wird, der Betonestrich mit Parkett, ein Butterbrot mit Wurst, ein Hotel mit Gästen usw. In diesem Sinne werden tatsächliche Ausführungen in Schriftsätzen mit beigefügten Urkunden belegt und Rechtsausführungen mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Schrifttum. In der urheberrechtlichen Terminologie handelt es sich dabei um die **Quellenangabe** (§ 63 UrhG).

- 1449 Demgegenüber ist ein **Zitat** die **wörtliche Wiedergabe** einer Textstelle. Ein solches Zitat dient dann als Beleg für Ausführungen in Schriftsätzen.

Die Juristen bringen beides unentwegt durcheinander. Wer sich etwa für seine Rechtsausführungen auf BGHZ 112, 253 beruft, nennt das mit Sicherheit ein Zitat, obwohl er keine Textstelle wiedergibt, sondern mit diesem **Beleg** den Leser nur auffordert, sich an der angegebenen Stelle selbst zu informieren. Gibt er sie wörtlich unter Angabe der Quelle wieder, dann handelt es sich um ein „**belegtes Zitat**“. Den Juristen sind diese Unterscheidungen fremd. Sie verwenden die Begriffe „Beleg“ und „Zitat“ synonym. Diese Begriffsverwirrung ist so gang und gäbe, dass es leider völlig aussichtslos erscheint, daran etwas zu ändern. Belassen wir es also dabei.

Zehntes Kapitel: Die Beweisführung

§ 62 Beweisen

I. Grundlagen

Das materielle Recht regelt die rechtlichen Beziehungen zwischen Personen (Schuldrecht, Familienrecht) und Gegenständen (Sachenrecht, Nachlässe) unabhängig davon, wer für eine Rechtsposition die Beweislast trägt. *Blomeyer* (Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren, 2. Aufl., 1985, S. 364) hat das einmal treffend so ausgedrückt:

Die Parteien „haben tatsächlich die Rechte, die sie nicht beweisen können, und die Pflichten, deren Bestehen ihnen nicht nachzuweisen ist.“

Wie sich das auswirkt, zeigt sich erst im Prozess. Daher ist es nicht so recht einleuchtend, dass die Beweislast dem **materiellen Recht** zugeordnet wird. 2269

Dieser theoretische Streit (siehe dazu *Baumgütel*, Beweislastpraxis im Privatrecht, 1996, Rn. 143 ff.) ist indessen für den Anwalt nicht wichtig. Für ihn kommt es darauf an, sich Gedanken über die **Beweisbarkeit** der materiellen Rechtsstellung seines Mandanten zu machen. Da dieser nicht weiß, was alles beweistauglich ist, muss ihn der Anwalt oft geradezu „ausquetschen“: Wer ist dabei gewesen? Wer sonst noch? Wer könnte sonst etwas darüber wissen? Gibt es etwas Schriftliches dazu? 2270

Um solche Fragen ist meist nicht herumzukommen, weil die Mandanten dazu neigen, nichts zu erwähnen, was ihnen aus ihrer laienhaften Sicht unwichtig erscheint. 2271

Weder unzulässig noch standeswidrig ist es übrigens, dass ein Anwalt **Kontakt** zu einer Person aufnimmt, die als Zeuge in Betracht kommt. Er kann sich dann besser ein Bild davon machen, was der Zeuge weiß und voraussichtlich aussagen wird. Möglicherweise wird er ihn dann gar nicht erst benennen. 2272

Jedoch ist das ein „ganz heißes Eisen“. Eine solche vorprozessuale Kontaktaufnahme wird der Gegner mit Sicherheit als Zeugenbeeinflussung rügen. Und die Gerichte werden ebenfalls misstrauisch, wenn sie davon erfahren. Der Anwalt riskiert daher grundsätzlich einen Abstrich von der Glaubwürdigkeit solcher Zeugen. Wenn er meint, ohne ein derartiges Vorfühlen nicht auskommen zu können, sollte er jedenfalls nicht selbst tätig werden, sondern das dem Mandanten überlassen. 2273

Welche Partei **Beweisanträge** zu stellen hat, hängt von der Beweislast ab. Man hat sie als das Rückgrat des Zivilprozesses bezeichnet. In der Regel deckt sie sich mit der **Behauptungslast** (siehe oben Rn. 1918 ff.). 2274

Der Begriff der Beweislast lässt sich aus unterschiedlicher Sicht erklären. Stellt man sich (**subjektiv**) auf den Standpunkt einer Prozesspartei, dann ist Beweislast 2275

der prozessuale Druck, entscheidungserhebliche streitige Tatsachen zu beweisen, anderenfalls eine ungünstige Entscheidung erlassen wird. Stellt man sich hingegen (**objektiv**) über die Prozessbeteiligten, so ist Beweislast die rechtliche Regelung der Frage, wie zu entscheiden ist, wenn beim Richter Zweifel an der Wahrheit einer erheblichen Tatsachenbehauptung bestehen.

- 2276 Mit diesen möglichen beiden Standorten hängt es zusammen, dass man im Schrifttum eine subjektive Beweislast (**formelle** Beweislast oder **Beweisführungs**last) und eine objektive Beweislast (**materielle** Beweislast oder **Feststellungs**last) unterscheidet (*Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., 1965, S. 11 ff.*). Prozessrechtlich bedeutsam ist dabei nur der Befehl an den Richter, bei einem **non liquet** der Tatfrage in einem bestimmten Sinne zu entscheiden. Ob die beweisbelastete Partei sich subjektiv bemüht hat, die Beweislücke zu schließen, ist belanglos.

II. Die Bedeutung der Beweislast

1. Wegweiser-Funktion

- 2277 Da die Lehre von der Beweislast die Prozessführung in jeder Lage des Verfahrens steuert, muss der Anwalt sich darüber ständig Gedanken machen. Nur dann kann es gelingen, jeden Rechtsstreit im Rahmen des Möglichen schnell, billig und zutreffend zu entscheiden.
- 2278 Dieser **ständigen Berücksichtigung** der Beweislast steht nicht selten die unkontrollierte Prämisse entgegen, bei den gängigen Anspruchsnormen sei einem die Beweislastverteilung so geläufig, dass darauf kein Gedanke mehr verschwendet werden müsse. Diese Einstellung ist gefährlich! Denn in jeder Phase des Prozesses können sich **tatsächliche Änderungen** auf die Beweislast auswirken.
- 2279 Von dem Einreichen der Klageschrift an durch die Instanzen hindurch wird immer nur auf das Ziel hingearbeitet, eine für den Mandanten günstige Entscheidung über ein Streitiges Lebensverhältnis zu erwirken. **Die Beweislastlehre ist dabei der Wegweiser, nach dem sich die Prozessführung ausrichten muss.** Bevor ein Anwalt eine Klage einreicht, muss er gut überlegen, was er vorbringen muss, um den prozessualen Anspruch seines Mandanten schlüssig zu begründen. Wer zu viel behauptet, kann sich leicht selbst schaden, indem er Tatsachen vorträgt, die nicht ihm, sondern dem Gegner günstig sind (oben Rn. 2041 ff.).
- 2280 **Um aber zu wissen, was man behaupten muss, muss man wissen, was man zu beweisen hat.** Das Kriterium dafür, ob schriftsätzliche Ausführungen der Behauptungslast genügen, ist die **Schlüssigkeit**. Die **Wahrheit** wiederum ist das Kriterium dafür, ob der Beweislast genügt ist. Dafür, ob ein Anspruch **begründet** ist, sind folglich Schlüssigkeit und Wahrheit die Prüfsteine.

2. Behaupten und Beweisen

Behauptungen bedürfen stets des **Wahrheitserweises** in Form des Beweises, des Geständnisses oder der Offenkundigkeit. Beweise sind nicht denkbar ohne zugrunde liegende Behauptungen. Behaupten und Beweisen sind **eng verzahnte prozessuale Tätigkeiten**, die nicht isoliert betrachtet und beurteilt werden dürfen. Zwei **Beispiele** aus der Rechtsprechung mögen das deutlicher machen. 2281

a) Zuwenig-Behauptung

In einem Unfallprozess nimmt der Beklagte zur Frage des Verschuldens nicht Stellung, weil er von dem Grundsatz ausgeht, der verletzte Kläger habe ihm das Verschulden nachzuweisen. Bei einem non liquet in der **Verschuldensfrage** ist regelmäßig derjenige mit der Klage abzuweisen, der aus der schuldhaften Verletzung Ansprüche herleitet. Anders liegt es jedoch bei der Haftung nach **§ 831 BGB**. Hier muss sich der Beklagte entlasten. In dem Beispielsfall (vgl. BGH LM § 13 StVO Nr. 6) hatte sein Anwalt sich die Beweislastfrage nicht gründlich überlegt und deshalb Behauptungen unterlassen, die er ohne weiteres hätte vortragen und auch beweisen können. Die Folge war ein verlorener Prozess. Die Unkenntnis der Beweislast kann also dazu führen, dass man zu wenig behauptet. 2282

b) Zuviel-Behauptung

In einschlägigen Fällen ist es jedoch meist so, dass zu viel behauptet wird. In RGZ 94, 438 hatte der Kläger Bezahlung eines Kaufpreisrestes von 10 000 RM verlangt. Die Beklagte wandte ein, ihre Kaufpreisschuld sei im Wege der Verrechnung bereits völlig abgedeckt. Hierauf erwiderte der Kläger, die Grundstücke, um die es ging, seien der Beklagten in Wirklichkeit nur zur Verwaltung und Bewirtschaftung übergeben und nur zum Schein aufgelassen worden. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Der Kläger hatte seinen Anspruch auf **Kaufvertrag** gestützt, diesem Klagegrund aber dadurch die Grundlage entzogen, dass er den **Vertrag als** bloßes **Scheingeschäft** hinstellte. Es kam daher nicht mehr darauf an, ob die Beklagte dieses Vorbringen bestritten hatte und ob der Kläger dafür Beweis erbringen konnte. Hätte er erkannt, dass ein non liquet über „Scheingeschäft“ und „Erfüllung“ zu Lasten der Beklagten gegangen wäre, so hätte er sicherlich weniger behauptet, dieses Weniger bewiesen und den Prozess gewonnen. 2283

c) Ungenauigkeiten

Nur auf einer Unterschätzung der Bedeutung der Beweislastlehre beruht es auch, wenn vom Kläger mehr an Behauptungen und Beweis **verlangt** wird, als das Gesetz vorsieht. 2284

Beispiel:

Bei *Wolff/Raiser* (Sachenrecht, 10. Bearbeitung, 1957, § 69 II, S. 253) heißt es: „Voraussetzung für einen **Erwerb vom Nichtberechtigten** ist zweierlei: Guter Glaube des Erwerbers

§ 63 Beweisarten

und ein je nach der Übereignungsart verschiedener Besitzerwerb.“ Das stimmt keineswegs. Nach § 932 BGB wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn er die Sache gemäß § 929 BGB vom Nichtberechtigten erwirbt. Nicht mehr und nicht weniger hat derjenige zu behaupten und zu beweisen, der sich auf den Erwerb des Eigentums an einer Sache beruft. Dem **Gegner** steht es dann frei, zu behaupten und zu beweisen, dass der Kläger bösgläubig gewesen sei. Nur dann ist der Kläger nicht Eigentümer geworden. Aber mit der Klagebegründung hat das schon nichts mehr zu tun. So kommt es, dass man vielfach **vom neuen Eigentümer gedankenlos Ausführungen zum guten Glauben erwartet**. Der böse Glaube wird nicht vermutet, sondern er macht einen Hinderungstatbestand des Erwerbers aus, weil der gute Glaube im Entstehungstatbestand des Eigentumserwerbs kein Tatbestandsmerkmal ist.

- 2285 Solche Ungenauigkeiten könnte man an vielen anderen Beispielen nachweisen. Hingewiesen sei beispielsweise auf die teilweise recht kniffligen Differenzierungen, wenn es um das **gesetzliche Erbrecht als Verwandter** des Erblassers geht (siehe dazu *Baumgärtel/Laumen/Schmitz*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. Aufl., 1999, Rn. 1 ff. vor §§ 1924 ff.). Der Anwalt sollte sich deshalb durch belehrende Hinweise des Gerichts nicht ins Bockshorn jagen lassen, sondern die Rechtslage selbst überprüfen.

d) Beweislast und Hinweispflicht

- 2286 Auch die richterliche Aufklärungs- und Hinweispflicht nach § 139 ZPO muss sich an der Beweislast orientieren. Es wäre verwirrend und rechtlich völlig verfehlt, wenn der Richter die falsche Partei auffordern würde, sie möge die „geltend gemachten Tatsachen ergänzen und die Beweismittel bezeichnen“.

§ 63 Beweisarten

- 2287 Die Unterscheidung von **Hauptbeweis**, **Gegenbeweis** und **Beweis des Gegenteils** ist nur demjenigen verständlich, der mit den Fragen der Beweislast einigermaßen vertraut ist. Und ebenso gehen die oft unrichtigen Vorstellungen vom Beweis des ersten Anscheins nicht selten auf lückenhafte Kenntnis der Beweislastlehre zurück.

I. Hauptbeweis

- 2288 Das ist der Beweis, der dem Richter die **volle Überzeugung** eines bestimmten Geschehensablaufs verschaffen soll. Einen Hauptbeweis muss der **Kläger** für die **klagebegründenden Tatsachen**, der Beklagte für die von ihm **behaupteten Einredetatsachen** erbringen. Die Beweisführung wird dabei unter Umständen erleichtert, dann nämlich, wenn für die Darstellung der beweisbelasteten Partei ein sehr starker Erfahrungssatz spricht (tatsächliche Vermutung) oder wenn ihr das Gesetz selbst zur Seite steht (gesetzliche Vermutung). Ich wiederhole kurz (näher oben Rn. 2095 ff.):

Von einer **tatsächlichen Vermutung** spricht man, wenn ein Sachverhalt feststeht, der nach der Lebenserfahrung auf eine bestimmte Schlussfolgerung hinweist. „Bei Nachnahmesendungen spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass der Empfänger den Nachnahmebetrag bezahlt hat“ (LG Aurich u. LG Hannover, beide NJW-RR 1999, 1225). 2289

Unter **gesetzlichen Vermutungen** versteht man zweierlei: Gesetzliche **Tatsachenvermutungen** (z.B. § 1253 Abs. 2 BGB) bewirken eine Veränderung der Behauptungs- und Beweislast, weil das Beweisthema verändert wird. **Rechtsvermutungen** (z.B. §§ 891, 1006, 2365 BGB) sind auf das gegenwärtige Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts oder Rechtsverhältnisses gerichtet. Sie haben also einen Rechtszustand zum Gegenstand. 2290

II. Gegenbeweis

Gegen **tatsächliche Vermutungen**, insbesondere gegen den die Ursächlichkeit betreffenden Anscheinsbeweis braucht der Gegner nur den Gegenbeweis zu führen. **Dieser ist kein Hauptbeweis**. Er ist nicht erst geführt, wenn die ursprüngliche Überzeugung des Richters von einem bestimmten Tathergang durch eine andere Überzeugung, die für den Beklagten günstig ist, ersetzt worden ist, sondern schon dann, wenn die Überzeugung des Richters **erschüttert** ist, wenn er unsicher geworden ist. Dann ist es Sache der mit dem Hauptbeweis belasteten Partei, die Überzeugung des Richters von der Wahrheit einer Behauptung wieder herzustellen. 2291

Beispiel:

A klagt 10 000 Euro aus Kaufvertrag gegen B ein. Er muss, um zu obsiegen, diejenigen Tatsachen behaupten und beweisen, aus denen der **Abschluss** des **Kaufvertrages** folgt. B kann dann den **Gegenbeweis** erbringen, indem er bei dem Richter durch Zeugenbeweis Zweifel an der Wahrheit der Behauptung des A erzeugt.

Misslingt ihm das, dann kann er selbst **noch** den **Hauptbeweis** für eine **Gegennorm** führen, deren Tatbestandsvoraussetzungen er dann auch beweisen muss, etwa indem er die rechtsvernichtende Einrede der Irrtumsanfechtung beweist. Insoweit ist er aber schon beim Gegenangriff. Der Gegenbeweis wendet sich also nur gegen die in der Schlüssigkeitsprüfung beim Kläger gewürdigten Tatsachen. Der Hauptbeweis der Einredetatsachen betrifft nur die bei der Schlüssigkeit **der Verteidigung** gewürdigten Tatsachen.

A kann nun seinerseits wiederum einen Gegenbeweis (Erschütterung der Anfechtungstat-sachen, des Irrtums) oder einen Hauptbeweis (die Bestätigung des anfechtbaren Rechts-geschäfts nach § 144 BGB) führen.

III. Beweis des Gegenteils

Anders ist es bei den **gesetzlichen Vermutungen**. Ihnen gegenüber verspricht **nur** ein **Hauptbeweis** Erfolg, nämlich der Beweis des Gegenteils. Wer sich etwa auf das Eigentum an einer Sache beruft, die er im Besitz hat, gilt nach § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB so lange als Eigentümer, bis sein Gegner dem Gericht die Überzeugung 2292

verschafft, dass er es nicht ist. Solange das Gericht daran zweifelt, ist der Beweis des Gegenteils nicht geführt.

- 2293 Den Hauptbeweis hat immer nur derjenige zu führen, dem das non liquet zum Nachteil gereicht, der also die Beweislast hat. Der Gegenbeweis hat nur den Zweck, den Gegner **an seiner Beweislast scheitern zu lassen**. Er kann nicht durch Parteivernehmung geführt werden, solange das Gericht noch vom Gegenteil **überzeugt** ist (§ 445 Abs. 2 ZPO). Für den Hauptbeweis des Gegenteils ist das möglich (§ 292 S. 2 ZPO).

IV. Beweislastumkehr

- 2294 In zahlreichen gerichtlichen Entscheidungen ist die Rede davon, unter bestimmten Voraussetzungen **kehre sich die Beweislast um**. An dieser Auffassung ist wohl nichts mehr zu ändern. Richtig ist sie nicht. Deshalb soll hier wenigstens aufgezeigt werden, wie zweifelhaft die Annahme einer Beweislastumkehr ist.

- 2295 Das zivilprozessuale Beweisrecht ruht auf zwei Säulen: der richterlichen Überzeugung und der Beweislast.

- 2296 **Überzeugung** = eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit (§ 286 Abs. 1 ZPO) wird durch freie Beweiswürdigung gewonnen. Es gibt dabei Hilfen:

Gesetzliche Beweisregeln (§ 286 Abs. 2 ZPO), wie etwa beim Urkundenbeweis.

Richterrechtliche Beweisregel wie die Beweisvereitelung und der Anscheinsbeweis.

Alle Wege müssen aber zur Überzeugung des Richters führen.

- 2297 Kann sich der Richter nicht von der Wahrheit einer entscheidungserheblichen Behauptung überzeugen, dann erst stellt sich das Problem der Beweislast. Sie sagt ihm, wie er **ohne Überzeugung** zu entscheiden hat.

- 2298 Auch da gibt es Hilfen: die gesetzlichen Vermutungen (z.B. § 1006 BGB) und die tatsächlichen Vermutungen (z.B. § 1253 BGB).

- 2299 Eine dritte Säule der „Beweislastumkehr“ gibt es bei korrekter Argumentation nicht. Bezeichnend dafür ist, dass dieser Begriff nicht definiert wird. Er kann wohl auch nicht definiert werden, weil es sich in praxi immer nur um Einzelfallbewertungen handelt, die nicht offengelegt, sondern mit dem Begriff „Beweislastumkehr“ verkleistert werden.

- 2300 Die gesetzlich geregelte Beweislast einfach „umzukehren“, wäre ein Verstoß gegen die Gesetzesbindung des Art. 20 Abs. 3 GG. Das, was in der Rechtsprechung unter Beweislastumkehr läuft, kann ohne weiteres bei den richterrechtlich geschaffenen Beweisregeln untergebracht werden: bei der Beweisver-

eitelung oder beim Anscheinsbeweis. Das ist weitgehend eine Formulierungsfrage. Es läuft auf dasselbe hinaus, ob ich sage:

Ein Arzt, der die Behandlungsunterlagen fälscht, vereitelt den Beweis, der deshalb als geführt gilt,

oder

Ein Arzt, der die Behandlungsunterlagen fälscht, hat nach ganz starken Erfahrungssätzen seinen Fehler vertuscht, so dass der Beweis als geführt gilt.

Es geht doch nur darum, die **freie richterliche Beweiswürdigung** zu verwirklichen. Dazu bedarf es nicht der „Beweislastumkehr“, ebenso wenig wie der Floskeln von nicht beweisbedürftigen Behauptungen „ins Blaue hinein“ oder „substanzlosem Vorbringen“ und dergleichen (BGH NJW-RR 2003, 491). Das alles geht nur deshalb durcheinander, weil die benutzten Begriffe nicht definiert werden. Auch juristisches Denken muss auf definierten Begriffen aufbauen. Nur dann ist es **wissenschaftliches** Arbeiten und überzeugend. 2301

V. Gesetzesänderung

Nach § 284 ZPO muss die Beweisaufnahme nach den in §§ 355–484 ZPO vorgeschriebenen Regeln und Anweisungen an den Richter ablaufen. Das hat sich geändert. Durch das Erste Gesetz zur Modernisierung der Justiz (1. Justizmodernisierungsgesetz – JuMoG) ist § 284 ZPO um folgende Sätze erweitert worden: 2302

Mit Einverständnis der Parteien kann das Gericht die Beweise in der ihm geeigneten Art aufnehmen. Das Einverständnis kann auf einzelne Beweiserhebungen beschränkt werden. Es kann nur bei einer wesentlichen Änderung der Prozesslage vor Beginn der Beweiserhebung, auf die es sich bezieht, widerrufen werden.

Damit soll wohl der Anwendungsbereich des zweifelhaften § 459a ZPO (oben Rn. 876 ff.) auf alle Zivilprozesse ausgedehnt werden. Ausweislich der Entwurfsbegründung (Drucks. 378/03 vom 30. 5. 2003, S. 39) sollen die gesetzlichen Regeln für den Strengbeweis nicht mehr zwingend sein: 2303

„Wenn beispielsweise in der Erörterung über das Ergebnis der Beweisaufnahme weiterer Beweiserhebungsbedarf entsteht, kann die sofortige telefonische Befragung eines Zeugen oder Sachverständigen möglicherweise einen erneuten Verhandlungstermin entbehrlich machen. Auch die e-mail-Befragung eines Zeugen oder Sachverständigen kann sehr schnell und effizient sein.“

Alles nur Ausflüchte, um Gerichtsverfahren auf Kosten der Wahrheitsfindung zu entlasten! Das lässt sich allerdings verhindern, weil das **Einverständnis** der Parteien (beider!) Voraussetzung für diese Art „Freibeweis“ ist. **Kein Anwalt sollte sich damit einverstanden erklären.** Zeugenaussagen oder Erläuterungen

eines Sachverständigen über Telefon oder e-mail sind eine Perversion des Beweisrechts. Sie dienen mitnichten der Wahrheitsfindung, sondern nur der Entlastung der Gerichte auf Kosten zuverlässiger tatsächlicher Feststellungen.

§ 64 Beweislast und Beweisbeschluss

I. Klageleugnen

- 2304 Besonders wichtig ist die **Prüfung der Beweislast**, bevor ein Beweisbeschluss ergeht. Gesetzt den Fall, der Kläger begehrt vom Beklagten Rückzahlung eines Darlehens. Beweis bietet er keinen an. Der Beklagte räumt ein, er habe zwar vom Kläger Geld bekommen, jedoch habe dieser damit eine Schuld getilgt. Daher komme eine Rückzahlung nicht in Betracht. Dafür benennt er den A und den B als Zeugen. Es wäre ungesetzlich, diese zu vernehmen. Der Beklagte hat den **Klagegrund geleugnet**. Es ist deshalb Sache des Klägers, Beweis für seine Behauptungen anzutreten. Unterlässt er das trotz eines richterlichen Hinweises nach § 139 ZPO, dann muss er mit der Klage ohne Beweisaufnahme abgewiesen werden. Anderenfalls würde über Tatsachen Beweis erhoben, die keines Beweises bedürfen. Das erhellt sich sogleich, wenn man die einzelnen in Betracht kommenden Verfahrenslagen untersucht.

II. Unterschiedliche Verfahrenslagen

1. Fehlende Schlüssigkeit

- 2305 Der Kläger behauptet **nicht** alle klagebegründenden Tatsachen. Der Beklagte trägt die zur Schlüssigkeit der Klage fehlenden Angaben mit Beweisantritten vor.
- 2306 **Übernimmt** der Kläger diese Tatsachen als eigene Behauptung, so sind sie unstreitig oder zugestanden. In der Regel wird man davon ausgehen müssen, dass der Kläger die ihm günstigen Tatsachen übernimmt. Eine Beweisaufnahme ist jedenfalls unnötig. Der Klage ist stattzugeben.
- 2307 Übernimmt der Kläger den Vortrag des Beklagten **nicht**, dann spricht man von einem **unerwiderten Geständnis** (*Rosenberg*, Die Beweislast, 5. Aufl., 1965, S. 76). Dann ist ebenfalls keine Beweisaufnahme nötig, weil die Klage mangels Schlüssigkeit abzuweisen ist.

2. Fehlender Beweisantrag

- 2308 Der Kläger behauptet alle zum Klagegrund gehörenden Tatsachen, tritt aber **keinen Beweis** an. Der **Beklagte** bietet **Gegenbeweis** an. Dieser Beweisantritt ist unbeachtlich. Das zeigt sich sogleich, wenn man einmal unterstellt, der Gegenbeweis würde erhoben.