

Dipl.-Volkswirt Dr. Thomas Kaiser  
Rechtsanwalt/Wirtschaftsprüfer  
Fachanwalt für SteuerR und InsolvenzR  
Wilhelmstrasse 1 b, 79098 Freiburg  
[www.kaisersoziende.de](http://www.kaisersoziende.de)

**Anwaltliche Prozesstaktik**  
- SPB 2 -  
Sommersemester 2011, HS 1199

26. Mai 2011

**1. Die voraussichtlich unbegründete Klage**

Fälle:

- Von vorne herein keine Erfolgsaussichten
- Nachträgliche Erfüllung

Verhalten bei aussichtsloser Prozesslage:

- Klagerücknahme
- Klageverzicht
- Parteienänderung
- Erledigungserklärung
- Vergleich
- Versäumnisurteil

Verhalten bei nachträglicher Erfüllung

- Nach Rechtshängigkeit
  - Erledigungserklärung
  - Klageänderung auf Kostenersatz
  - Klageverzicht
  - Klagerücknahme

- Zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit
  - Klagerücknahme mit Kostenantrag
  - Klageänderung auf Zahlung der entstandenen Kosten
  - Klageänderung auf Feststellung der Kostentragungspflicht

## **2. Die Klageerwiderung**

### **2.1. Die “Grundsatzprüfung”**

Ist der Klageanspruch dem Grund und/oder der Höhe nach streitig

Ist die Klage (bei unstreitigem Klagevorbringen) unschlüssig

Kostenrisiko

### **2.2. Verteidigungsmöglichkeiten**

#### **2.2.1. Taktische Überlegungen**

- Aussichtslose Prozesslage
  - Vergleich (außergerichtlich/Prozessvergleich)
  - Klaglosstellung
  - Versäumnisurteil
  - Anerkenntnis iSd. § 307 ZPO
  - Erledigungserklärung
- Klage mit Erfolgsaussichten
  - “formelle Verteidigung” (Verfahrensrügen)
  - inhaltliche - materielle - Verteidigung
    - Bestreiten
      - Einfaches Bestreiten
      - Substantiiertes Bestreiten
      - Bestreiten mit Nichtwissen
      - Nichtbestreiten
    - Geltendmachung von Gegenrechten
      - Zurückbehaltungsrecht
      - Aufrechnung
      - Widerklage

### 2.2.2. Anerkenntnis

idR. günstiger als streitiges Urteil aber teurer als Versäumnisurteil

Kostentragung bei sofortigem Anerkenntnis (§ 93 ZPO)

- Regelmäßig spätestens in der ersten mündlichen Verhandlung
- Bei schriftlichem Verfahren im ersten Schriftsatz (§ 307 Abs. 2 Satz 1 ZPO)
- Bei schriftlichem Vorverfahren (§ 276 ZPO) innerhalb der Notfrist zur Verteidigungsanzeige (str.)
- Kein Bestreiten der Forderung (!)
- Keine Veranlassung zur Klageerhebung

**Achtung:** Anerkenntnisurteil ist wie Versäumnisurteil nach § 708 Nr. 1 + 2 ZPO ohne Sicherheitsleistung und sofort vollstreckbar!

### 2.3. Inhalt der Klageerwiderung

Bestandteile der Klageerwiderung (§§ 277 Abs. 1, 130 ZPO)

- Kurzrubrum,
- Anträge,
- Erklärung zur Entscheidung durch den Einzelrichter,
- Tatsachenvortrag,
- Rechtsausführungen,
- Unterschrift

Anträge:

- Sachanträge / Vollstreckungsschutzanträge
- Klageabweisung ist kein echter Sachantrag
- Vollstreckungsschutzanträge idR schlicht überflüssig

### 2.4. Verfahrensrügen

Verzichtbare und nicht-verzichtbare Verfahrensmängel

Verzichtbare Verfahrensmängel (Beispiele):

- Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung
- Örtliche und sachliche Zuständigkeit
- Nichteinhalten der Einlassungsfrist
- Fehlende Ausländersicherheit
- Einrede des Schiedsvertrages

Nicht-verzichtbare Verfahrensrügen, § 295 Abs. 2 ZPO:

- Prozessvoraussetzungen
- Funktionale Zuständigkeit des Rechtsmittelgerichts
- Einhaltung von Notfristen
- Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand
- Vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts

Rüge nach § 282 Abs. 3 ZPO innerhalb der Klageerwiderungsfrist

Damit fehlerhafte Prozesshandlungen gem. § 295 ZPO zT heilbar

Prozesshandlungen: sämtliche prozessgestaltende Betätigungen, die auf den Prozess einwirken

## 2.5. Das Bestreiten, § 138 ZPO

Bestreiten ist die Erklärung, eine Behauptung der Gegenseite sei unrichtig, falsch, nicht zutreffend oder dergleichen

Formen

- Ausdrückliches und konkludentes Bestreiten (Abs. 3)
- Einfaches und substantiiertes Bestreiten (Abs. 2)
- Bestreiten mit Nichtwissen (Abs. 4)

## 2.6. Nichtbestreiten und Geständnis, § 288 ZPO

Bleiben Behauptungen des Gegners unbestritten, sind diese als zugestanden anzusehen (§ 138 Abs. 3 ZPO). Insoweit wird ein Geständnis fingiert (§ 288 ZPO).

Schweigen ist grds. kein Geständnis, aber Risiko der Fehlinterpretation durch das Gericht

Keine Bindungswirkung, § 290 ZPO, so dass es im Prinzip wieder beseitigt werden kann.

## 2.7. Bestreiten und substantiiertes Bestreiten

Ausdrückliches vs. konkludentes Bestreiten.

UU. eine zum Vortrag des Gegners abweichende Gegendarstellung erforderlich. Richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles

Substantiiertes Bestreiten, wenn verschiedene Handlungen oder Erklärungen in Betracht kommen oder wenn im Einzelfall zumutbar idF. der sog. sekundären Beweislast

Sekundäre Beweislast vor allem bei negativen Tatsachen, d.h., das Gesetz macht ihr Nichtvorliegen zur Anspruchsvoraussetzung

## **2.8. Bestreiten mit Nichtwissen**

Substantiiertes Bestreiten nicht erforderlich in den Fällen, wenn es sich um Tatsachen handelt, die weder eigene Handlung der Partei, noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind.

In diesen Fällen steht die Erklärung des Nichtwissens dem Bestreiten gleich.

Folge: Kläger muss Tatsachen beweisen

Vor Erklärung des Nichtwissens hohe Informationspflicht

Informationspflicht insbesondere

- bei Vorhandensein von Unterlagen
- bei unter Aufsicht und Verantwortung oder Anleitung der Partei tätig gewesener Person
- bei Vorgängen im eigenen Geschäftsbereich
- bei Forderungsabtretung und Prozesstandschaft des ursprünglichen Rechtsinhabers
- bei Kreditkartengeschäften

Nichtwissen ist glaubhaft insbesondere bei

- zeitlich lange zurückliegenden Vorgängen ohne vorhandene Unterlagen
- bei alters- oder krankheitsbedingten Erinnerungslücken
- bei täglicher Beschäftigung mit einer Vielzahl von ähnlichen Fällen
- bei für die Partei unbedeutenden Tatsachen

09. Juni 2011

## **2.9. Das Geltendmachen von Gegenrechten**

### **2.9.1. Vorbemerkung**

Einreden stellen den Anspruch als solchen nicht in Frage sondern verweigern die Leistung zeitlich begrenzt oder unbegrenzt.

Gegenrechte müssen konkret benannt werden, Beispiel Werkvertrag: Wandlung, Minderung, Schadensersatz, Nachbesserung, Einwand der fehlenden Fälligkeit

Geltendmachung von Gegenrechten grundsätzlich in der 1. Instanz, § 531 Nr. 2 ZPO

### **2.9.2. Rücktritt vom Vertrag**

Vorüberlegung: Vertrag ganz, teilweise oder nicht erfüllt?

Folgen des Rücktritts beachten!

Beispiel: sog. Schrottimmobilien: Rücktritt vom Darlehensvertrag führt zur sofortigen Rückzahlung des Kaufpreisdarlehens bei gleichzeitiger Unveräußerbarkeit der Immobilie

### **2.9.3. Erfüllung**

Ist vom Beklagten darzulegen und zu beweisen

Problem des § 366 BGB, Leistungsbestimmungsrecht und Anrechnungsregelung

### **2.9.4. Aufrechnung**

Aufrechnung ist Verteidigungs- und kein Angriffsmittel iSd. §§ 296, 282 ZPO

Wegen § 322 ZPO (Rechtskraftwirkung) ist genaue Angabe der Forderung erforderlich

Zur Aufrechnung gestellte Forderungen werden nicht rechtshängig

Formen der Aufrechnung:

- Haupt- oder Primäraufrechnung: nur bei unstreitigem Klageanspruch
- Hilfsaufrechnung: Bedingte Rechtshandlung

Kosten

### **2.9.5. Gewährleistung**

Vorab gewünschte Rechtsfolgen klären

Beweisfragen hängen von Rechtsfolgen ab

### **2.10. Die Widerklage**

Angriffs- und kein Verteidigungsmittel (Gegenangriff) iSd. §§ 282, 296 ZPO;  
damit bis zur letzten mündlichen Verhandlung zulässig

Prozessvoraussetzungen:

- Hauptklage rechtshängig
- allg. Prozessvoraussetzungen gegeben
- Widerklage id anhängigen Prozessart zulässig
- Zusammenhang mit dem klageweise geltend gemachten Anspruch
- kein anderer ausschließlicher Gerichtsstand
- Widerklage geht über Klage hinaus

Erwägungen im Zusammenhang mit der Widerklage (bspw):

- Ausschalten von Zeugen
- Rückgewähr von etwas bereits Geleistetem
- Verhinderung eines Verfahrens nach § 495 a ZPO
- Vermeidung einer Präklusion (Flucht in die Widerklage)

Widerklage ist idR oportun bei

- Aufrechnungsverbot
- Zug-um-Zug-Leistungen

### **2.11. Präklusion**

Rechtsgrundlagen: §§ 296, 296a ZPO

Fälle der Zurückweisung

- “Muss”-Zurückweisung
  - Nach Fristsetzung
  - Ohne Fristsetzung
- “Kann”-Zurückweisung

Voraussetzungen:

- Bei notwendiger Fristsetzung Formalien beachten
- Verzögerung des Rechtsstreits, und zwar nicht unerheblich (!)
  - Hypothetischer Verzögerungsbegriff (Instanzgerichte und BVerfG)
  - Realer Verzögerungsbegriff (BGH)

Präventive Maßnahmen:

- Antrag auf Fristverlängerung
- Antrag auf Terminsverlegung
- Sonstige Möglichkeiten

“Fluchtmöglichkeiten”:

- Flucht in die Säumnis
- Flucht in die Berufung
- Flucht in Widerklage

### **3. Die Beweisaufnahme**

#### **3.1. Vorbemerkung**

Beweisrecht ist die Schnittstelle zwischen Prozessrecht und materiellem Recht

Prozessrecht = Frage der Beweisbedürftigkeit, m.a.W. die Frage, ob etwas zu beweisen ist und der Beweisführungslast (subj. Beweislast), also die Frage wer etwas zu beweisen hat

Materielles Recht = Frage der Feststellungslast, also was zu beweisen ist und die objektive Beweislast, m.a.W., wem etwas zum Nachteil gereicht, wenn ein Beweis nicht erbracht wird

Ändert sich im Prozessverlauf ständig

Antritt des Beweises im mündlichen Verhandlungstermin, schriftliche Ankündigungen werden gem. § 137 Abs. 3 ZPO zum vollgültigen Beweisantritt, wenn mündlich verhandelt wird

#### **3.2. Die Beweislast**

Grundregel: Wer ein Recht geltend macht, hat die tatsächlichen Voraussetzungen der rechtsbegründenden und rechtserhaltenden Tatbestandsmerkmale zu beweisen

Zum Teil ist die Beweislast im Gesetz geregelt: §§ 179 Abs. 1, 2336 Abs. 3 BGB, §§ 130 Abs. 3, 11 Abs. 3 InsO

Vermutungen haben die selbe Wirkung, vgl. § 192 ZPO

- Sog. Rechtsvermutung, zB. §§ 891, 921, 1006, 1362, 2365 BGB
- Sog. Tatsachenvermutung, z.B. §§ 938, 1117 Abs. 2, 1253 Abs. 2 oder 1377 Abs. 1 u. 2 BGB

Beweislastverträge und Beweiswürdigungsverträge sind grundsätzlich zulässig, auch in AGBs, aber: uU unzumutbar

#### Umkehr der Beweislast

Insbesondere id. Fällen, in denen die maßgebenden Tatsachen ausschließlich in der Einflussosphäre einer Partei liegen

Beispiele:

- Gesetzlich geregelte Fälle: §§ 280 Abs. 1 Satz 2, 476 BGB,
- Rechtsprechungsfälle: pVV, Arzthaftungsfälle, Produzentenhaftung, Beratungsfehler, sog. sekundäre Beweislast

#### Beweisantrag:

- Behauptung bestimmter Tatsachen
- Beweisthema = Tatsache, über die Beweis erhoben werden soll
- Angabe eines Beweismittels

#### Formen des Beweises:

- Unmittelbarer Beweis
- Mittelbarer bzw. indirekter Beweis

Unmittelbarer Beweis bezieht sich auf eine tatsächliche Behauptung, die unmittelbar und direkt ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal als vorhanden ergeben soll

Der indirekte oder sog. Indizienbeweis bezieht sich auf tatbestandsfremde Tatsachen, die erst im Zusammenwirken mit anderen Tatsachen den Schluss rechtfertigen, dass eine bestimmte Tatsache vorliegt

Verfahrensfehler sowohl bei Feststellung des SV als auch bei Würdigung des Beweismittels

Müssen unverzüglich und vollständig (§ 529 Abs. 2 ZPO) gerügt werden, anderenfalls Heilung, §§ 295, 534 ZPO

Nachschieben von Verfahrensfehlern in der Berufung wohl zulässig

### 3.3. Beweismittel

Strengbeweis vs. Freibeweis

Die sechs Beweismittel der ZPO

1. Zeuge, §§ 373 - 401
2. Sachverständigengutachten, §§ 144, 402 - 414
3. Urkunde, §§ 415 – 445 ZPO
4. Parteienvernehmung, §§ 445 – 454 ZPO
5. Augenschein § 144, 371 – 372 a ZPO
6. Freibeweis, § 284 Satz 2 ZPO

Tatnächstes Beweismittel hat Vorrang

#### Zeuge:

Jede natürliche Person, die älter ist als ca. 4 Jahre  
Möglichkeit der schriftlichen Befragung, § 377 Abs. 3 ZPO

#### Urkundsbeweis:

- Im Besitz des Beweispflichtigen durch Vorlage
- Im Besitz des Gegners
  - von Herausgabeanspruch besteht
  - wenn sich dieser im Prozess selbst auf die Urkunde bezogen hat
  - id. Fällen des § 441 Abs. 3 ZPO (Schriftvergleichung)

Urkunde beweist, dass die darin enthaltene Erklärung vom Aussteller so abgegeben wurde

Öffentliche Urkunden haben die Vermutung der Echtheit für sich, § 437 Abs. 1 ZPO, Privaturkunden nicht

Eine Urkunde ist echt, wenn die Unterschrift einem Namensträger zugeordnet werden und die darüberstehende Schrift vom Aussteller selbst stammt oder mit dessen Willen dort steht (also keine Blankettausfüllung, BGH NJW 1988, 2741)

Privaturkunden sind alle nichtöffentlichen Urkunden wie Rechnungen, Testamente, Frachtbrief etc., die **unter** dem Text unterschrieben sind (BGH, NJW 1991, 487; NJW 1992, 829)

Beglaubigung macht Urkunde nicht zur öffentlichen!

Jeder Mangel genügt, die Beweiskraft zu beeinträchtigen, § 419 ZPO