

V. Die Postulationsfähigkeit

Postulationsfähig ist, wer wirksame Prozesshandlungen vornehmen kann. Dabei muss zwischen dem Parteienprozess nach § 79 und dem Anwaltsprozess nach § 78 unterschieden werden:

- Im **Parteienprozess** können die Parteien selbst auftreten und wirksame Prozesshandlungen vornehmen unbeschadet der Möglichkeit, sich anwaltlich vertreten zu lassen. Der Parteienprozess wird vor dem Amtsgericht geführt, wobei allerdings nach § 78 II vor dem Amtsgericht als Familiengericht in den in § 78 II aufgeführten Angelegenheiten wegen der Bedeutung der Entscheidung Anwaltszwang herrscht.
- Der **Anwaltsprozess** wird nach § 78 ZPO vor dem LG und den dem LG übergeordneten Gerichten geführt. Die dort streitenden Parteien erlangen die Postulationsfähigkeit nur durch einen nach Maßgabe des § 78 zugelassenen Anwalt. Sämtliche Prozesshandlungen müssen durch den Anwalt erfolgen. Die Klage einer nicht anwaltlich vertretenen Partei ist nicht zulässig. Der ohne Anwalt vor Gericht Erschienene ist säumig mit der möglichen Folge eines Versäumnisurteils i.S.d. §§ 330 ff.

Der Anwaltszwang soll eine fachkundige Beratung gewährleisten, da mit steigendem Streitwert auch das Kostenrisiko der Parteien steigt. Im Rechtsmittelverfahren soll im Interesse der Parteien und der Gerichte die Einlegung aussichtsloser Rechtsmittel vermieden werden. Im Übrigen alimentiert der Anwaltszwang die Anwälte.

§ 8 Die wichtigsten Verfahrensgrundsätze der ZPO

I. Das Recht auf Gehör

Das Recht auf Gehör ermöglicht einerseits den Parteien die Geltendmachung prozessualer Rechte, andererseits ist eine sachgerechte Entscheidung nur möglich, wenn auch die Behauptungen der Gegenseite gehört werden („audiatur et altera pars“). Das Recht auf Gehör ist sowohl in **Art. 6 I MRK** als auch in **Art. 103 I GG** statuiert und gilt in sämtlichen Verfahrensarten. **Danach muss grundsätzlich jede Partei vor Erlass einer Entscheidung angehört werden, wobei das Gericht nicht nur zur Ermöglichung einer Stellungnahme verpflichtet ist, sondern auch dazu, die tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen zur Kenntnis zu nehmen und zu reflektieren.** In der gerichtlichen Entscheidung muss nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG (z.B. NJW 1990, S. 3192) zum Ausdruck kommen, dass das Gericht wesentliche Behauptungen der Parteien verarbeitet hat.

Wie weit der Grundsatz auf rechtliches Gehör in der ZPO reicht, zeigt **§ 139**: Nach § 139 I hat das Gericht den Rechtsstreit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mit den Parteien zu erörtern und ggf. Fragen zu stellen. Es hat dafür zu sorgen, dass die Parteien alle erforderlichen Tatsachen vortragen und sachdienliche Anträge stellen. Ferner muss das Gericht die Parteien ggf. darauf hinweisen, dass es einen Gesichtspunkt anders beurteilt als beide Parteien. Die Parteien müssen Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten.

Die erforderlichen Hinweise muss das Gericht so früh wie möglich erteilen und aktenkundig machen. Die Erteilung von Hinweisen kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden.

Schließlich soll auf den Antrag einer Partei eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme gewährt werden, wenn der Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich ist (§ 139 V).

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gilt ausnahmsweise nicht, wenn eine vorherige Anhörung des Betroffenen den Erfolg der prozessualen Maßnahme gefährden könnte (vgl. z.B. § 834) bzw. wegen der besonderen Eilbedürftigkeit einer Maßnahme, die aber nur zu Sicherungszwecken erfolgt, nicht möglich war (so kann eine einstweilige Verfügung nach § 937 II auch ohne Anhörung des Betroffenen ergehen).

II. Die Dispositionsmaxime

Sie ist die zivilprozessuale Kehrseite der Privatautonomie: Die Privatautonomie räumt dem einzelnen das Recht ein, durch den Abschluss von Rechtsgeschäften Rechte und Pflichten zu begründen; die Dispositionsmaxime legt es in die Hände der Parteien, ob und wann, worüber und wie lange prozessiert wird. **Der Streitgegenstand steht somit zur Disposition der Partei.**

1) Die Einleitung des Zivilprozesses

Allein der Kläger entscheidet darüber, ob (und ggf. wo, § 35 ZPO, s.o.) ein Verfahren in Gang kommt: **Wo kein Kläger, da kein Richter.** Die Einleitung des Verfahrens geschieht:

- a) durch Klageerhebung gemäß § 253;
- b) durch Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids: §§ 688 ff;
- c) durch Antrag auf Erlass eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung: §§ 920, 936.
- d) In Ausnahmefällen kann der Rechtsinhaber auch durch den Staat selbst gegen seinen Willen in ein Verfahren hineingezogen werden, wenn ein öffentliches Interesse an richterlicher Entscheidung besteht. In weiten Teilen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt die **Offizialmaxime: Einleitung des Verfahrens und Bestimmung des Verfahrensinhalts erfolgen von Amts wegen.**
Beispiel: Eine ältere Dame soll unter Betreuung gestellt werden.

Die Dispositionsmaxime gilt auch bei der Einlegung von Rechtsmitteln: Die unterlegene Partei kann (wenn ein Rechtsmittel zulässig ist und sie ausreichend beschwert ist) Berufung, Revision oder Beschwerde einlegen. Andererseits findet ohne Einlegung eines Rechtsmittels keine Überprüfung des Urteils von Amts wegen statt.

2) Der Gegenstand des Zivilprozesses

Er wird durch den in der Klageschrift des Klägers grundsätzlich genau bezifferten Antrag bestimmt. Dabei bestimmt der Kläger durch seinen Antrag den Umfang der richterlichen Entscheidungsbefugnis: **Gemäß § 308 I darf das Gericht einer Partei nichts zusprechen, was diese gar nicht verlangt hat** (ne eat iudex ultra petita partium). Daraus folgt:

- a) Verlangt der Kläger, den Beklagten zur Kaufpreiszahlung zu verurteilen, so darf das Gericht von sich aus ihn nicht bezüglich der Verzugszinsen verurteilen.
- b) Verlangt der Unfallgeschädigte nur Ersatz seines Sachschadens, so darf das Gericht ihm kein Schmerzensgeld zubilligen, das er gar nicht beantragt hat. Auf der anderen Seite darf das Gericht dem Kläger aber mehr Schmerzensgeld zusprechen, als er verlangt, ohne gegen § 308 I ZPO zu verstoßen (BGH NJW 1996, 2425)!

- c) Klagt der Kläger aus Gründen der Kostenersparnis nur einen Teil seiner Forderung ein, so kann das Gericht ihm auch dann nicht die volle Summe gewähren, wenn es von der Berechtigung des Gesamtanspruchs überzeugt ist.

3) Der Grundsatz der Bestimmtheit

Die Dispositionsmaxime bindet somit die Entscheidungsbefugnis an den Klageantrag. Andererseits muss der Kläger in der Klageschrift bereits seinen Klageantrag konkret beziffern, damit Beklagter und Gericht erkennen können, was der Kläger verlangt. Dies ist solange unproblematisch, wie der Kläger aus eigener Kraft den Anspruch beziffern kann (z.B. Kaufpreiszahlung, Schadensersatz statt der Leistung). Vom Bestimmtheitserfordernis des Klageantrags muss aber in bestimmten Fällen abgesehen werden, wenn dem Kläger dies ausnahmsweise nicht möglich ist (z.B.: Klage des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer, wobei der Erbe nicht weiß, was zum Nachlass zählt). Hier hilft die ZPO über die Stufenklage des § 254 ZPO (vgl. unten: die Klage).

4) Prozessbeendigung durch Parteihandlungen

Auch während des Verfahrens können die Parteien mit für das Gericht bindender Wirkung über den Streitgegenstand verfügen:

- a) Der Kläger kann durch **Klagerücknahme nach § 269** bzw. **Verzicht gemäß § 306** das Verfahren beenden. Dies gilt auch in der Rechtsmittelinstanz für die §§ 516, 565.
- b) Der Beklagte kann gemäß § 307 anerkennen.
- c) Die Parteien können einvernehmlich durch **Erledigungserklärung in der Hauptsache nach § 91 a** oder durch Abschluss eines **Prozessvergleichs** den Rechtsstreit beenden.
- d) Durch Säumnis können die Parteien ein **Versäumnisurteil** ermöglichen.

III. Die Verhandlungsmaxime

- 1) Bei der Frage, wie die streitentscheidenden Tatsachen in den Prozess eingeführt werden, existieren zwei gesetzliche Modelle: Nach dem **Untersuchungsgrundsatz** wird der Tatsachenstoff von Amts wegen ermittelt, nicht durch die Parteien; diese können bezüglich der vorgetragenen Tatsachen das Gericht weder durch Nichtbestreiten noch durch ausdrückliches Zugestehen binden: So führt im Strafprozess das Geständnis des Angeklagten nicht notwendigerweise zu seiner Verurteilung. In Verfahren, in denen der Tatsachenstoff von Amts wegen ermittelt wird, besteht jedoch ein öffentliches Interesse an Inhalt und Ausgang des Verfahrens; daher geht dem Prozess ein amtliches Ermittlungsverfahren voraus.
- 2) Im Zivilprozess ist jedoch die Öffentlichkeit am Ausgang eines zivilrechtlichen Konflikts nicht interessiert. Es gilt daher der Satz: „iura novit curia; da mihi facta, dabo tibi ius“. Die Parteien sind nicht verpflichtet, dem Gericht ihre Rechtsansichten zu unterbreiten oder ihre Ansprüche mit rechtlichen Anspruchsgrundlagen zu untermauern, da die Rechtsfindung allein dem Gericht obliegt. Andererseits findet im Zivilprozess keine Tatsachenaufklärung von Amts wegen statt (anders im Verwaltungs- und Strafprozess: §§ 86 VwGO; 244 II StPO) im Gegenteil: **Das Gericht darf nur diejenigen Tatsachen seiner Entscheidung zugrunde legen, die von den Parteien in der mündlichen Verhandlung zur Sprache gebracht wurden.** Die ZPO geht davon aus, dass die Parteien bereits aus egoistischen Motiven sämtliche streitentscheidenden Tatsachen dem Gericht unterbreiten werden.

Verbleibende Zweifel können durch richterlichen Hinweis nach § 139 ZPO geklärt werden.

Die Konsequenzen der Verhandlungsmaxime:

- a) **Die Parteien können ihren Tatsachenvortrag bis zur letzten mündlichen Verhandlung erweitern, korrigieren oder ergänzen.** Verletzen sie jedoch durch ihr zögerliches Vorbringen ihre Prozessförderungspflicht, werden sie mit ihrem verspäteten Vorbringen nach § 296 präkludiert.
- b) **Nur die von den Parteien vorgetragene(n) Tatsachen dürfen die Entscheidungsgrundlage bilden:** Privates Wissen darf der Richter nicht verwerten.
- c) **Da nur über entscheidungserhebliche und zwischen den Parteien streitige Tatsachen Beweis erhoben wird, beeinflusst die Verhandlungsmaxime auch die Beweisaufnahme.** Gemäß § 138 II hat jede Partei zu den Tatsachenbehauptungen der Gegenseite Stellung zu nehmen; nicht bestrittene Tatsachen gelten gemäß § 138 III als zugestanden. Im Gegensatz zur StPO ist der Zivilrichter an ein Geständnis der Partei nach § 288 gebunden. Beweis wird in beiden Fällen nicht mehr erhoben.
- d) **Auf der Basis des klägerischen Tatsachenvortrags muss der Richter die Schlüssigkeit der Klage prüfen, ob also danach der geltend gemachte Anspruch besteht.** Verneint der Richter die Schlüssigkeit, so muss er nach § 139 ZPO den Kläger darauf hinweisen, damit dieser seinen Tatsachenvortrag notfalls ergänzen kann. Ob das auch dann gilt, wenn der Kläger anwaltlich vertreten ist, ist streitig; nach der Rechtsprechung kann zumindest bei evidenter Unschlüssigkeit oder Rüge des beklagten Anwalts auf den richterlichen Hinweis verzichtet werden (BGH NJW 1989, 171).
- e) **Die Verhandlungsmaxime wird beeinflusst durch die Wahrheitspflicht der Parteien.** § 138 I verpflichtet sie zu einem wahren und vollständigen Tatsachenvortrag. Die Wahrheitspflicht beinhaltet allerdings nur eine Verpflichtung zur **subjektiven Wahrhaftigkeit**, also Behauptungen nicht wider besseres Wissen aufzustellen. Die Wahrheitspflicht hindert nicht an der Aufstellung von Behauptungen, über deren Wahrheitsgehalt die Partei sich nicht sicher ist, da oftmals die Partei die Wahrheit nicht kennt, sondern auf Angaben Dritter, vielleicht sogar der Gegenseite, angewiesen ist. Die Verletzung der Wahrheitspflicht kann zu einer Strafbarkeit wegen Prozessbetrugs gemäß § 263 StGB führen und zu einer daraus resultierenden Schadensersatzpflicht gemäß den §§ 823 II i.V.m. § 263 StGB. Das Zivilurteil kann nach einer strafrechtlichen Verurteilung mit der **Wiederaufnahmeklage gemäß § 580 Nr. 4 ZPO** angefochten werden.

3) Der Verhandlungsgrundsatz wird in zwei Fällen durchbrochen:

- a) **In Ehe- und Kindschaftssachen sowie in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt der Untersuchungsgrundsatz.** So erhält der vermeintliche Erbe nicht bereits dann einen Erbschein, wenn er ihn beantragt und niemand widerspricht, sondern erst, wenn das Nachlassgericht von Amts wegen seine Erbenstellung überprüft hat.
- b) **Bestimmte Umstände berücksichtigt das Gericht von Amts wegen,** z.B. die Prozessvoraussetzungen und die Zulässigkeit eines Einspruchs nach § 341 ZPO.

4) Exkurs: Die richterliche Aufklärungspflicht

Der Richter hat nach § 139 ZPO dahin zu wirken, dass sich die Parteien über alle entscheidungserheblichen Tatsachen vollständig erklären, sachdienliche Anträge stellen und die erforderlichen Beweismittel benannt werden. Durch diese Hinweispflicht gewinnt zwar der Richter erheblichen Einfluss auf das Verfahren, doch verbleibt es bei der Dispositionsmaxime: Kommen die Parteien der Anregung des Richters nicht nach, so darf er nicht von sich aus die Tatsachen einführen, die er für entscheidungserheblich hält.

Die richterliche Hinweispflicht wird ergänzt durch § 139 II: Der Richter hat auf einen rechtlichen Gesichtspunkt hinzuweisen, wenn er diesen seiner Entscheidung zugrunde legen will und eine Partei ihn ersichtlich übersehen hat. Überraschungsentscheidungen sollen dadurch vermieden werden.

Der Aufklärungspflicht sind allerdings Grenzen gezogen durch das Gebot der richterlichen Neutralität. Der Richter darf sich durch seine Hinweise nicht einseitig auf die Seite einer Partei schlagen. Erweckt der Richter den Anschein der Parteilichkeit, so kann er, wie oben gesehen, nach § 42 wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.

a) Dabei sind vom Gebot richterlicher Aufklärung folgende Maßnahmen gedeckt:

- aa) Der Richter weist den Kläger auf die Unschlüssigkeit der Klage oder den Beklagten auf die Unerheblichkeit seines Vorbringens hin, um den Parteien die Ergänzung des Sachenvortrags zu ermöglichen.
- bb) Der Richter weist den Kläger darauf hin, dass dieser sein Klageziel nur durch einen anders gearteten Klageantrag erreichen könne.
- cc) Das Gericht weist auf eine mögliche Erledigungserklärung der Hauptsache hin.
- dd) Das Gericht weist auf fehlende, aber nachholbare Sachurteilsvoraussetzungen hin.
- ee) Bei Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts darf der Richter auf einen möglichen Verweisungsantrag nach § 281 hinweisen.

b) Der Richter überschreitet die Grenzen der Hinweispflicht, wenn er

- aa) einer Partei eine ihr günstige tatsächliche oder rechtliche Behauptung überhaupt erst in die Hand gegeben hat oder auf die Erhebung eines völlig neuen Anspruchs gedrungen hat (BGHZ 24, 278);
- bb) die Partei auf Gestaltungsrechte hinweist, die bei ihrer Ausübung das zwischen Kläger und Beklagten bestehende Rechtsverhältnis umgestalten und eine bis dato zulässige und begründete Klage nun unbegründet werden lassen (z.B. durch Anfechtung, Kündigung, Rücktritt, Aufrechnung).
- cc) Sehr Streitig ist, ob der Richter auf den **Einwand der Verjährung** hinweisen darf. Nach einer Ansicht darf er bei einer nicht anwaltlich vertretenen Partei die Frage der Verjährung „als Hinweis anschneiden“ (?), wenn die Partei erkennbar auch wegen des Zeitablaufs Bedenken gegen die Klage erhebt (Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 139 Rz. 89 m.w.N.); doch darf dieser Hinweis nicht in einen Rat ausarten oder der Partei die Entscheidung über den Verjährungseinwand abnehmen. Nach a.A. (lesenswert: Schneider NJW 1986, 1316) mag es im Zuge der sich stetig verschlechternden Juristenausbildung (das war also schon 1986 der Fall!) Fälle geben, in denen der Richter die Partei vor ihrem eigenen Anwalt in Schutz nehmen müsse.

- dd) Hat der Richter nach der letzten mündlichen Verhandlung, aber vor dem Urteil, die Verletzung seiner Hinweispflicht erkannt, so muss er nach § 156 die Wiedereröffnung der Verhandlung anordnen und den Hinweis nachholen. Ist das Urteil bereits ergangen, so kann es mit Rechtsmitteln angegriffen werden, wobei im Zuge der Berufung das Berufungsgericht den Rechtsstreit bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 538 II Nr. 1 unter Aufhebung des Urteils wegen eines Verfahrensmangels an das Eingangsgericht zurückverweisen kann. Ist eine Berufung nicht zulässig, so kommt auf eine Rüge der beschwerten Partei hin eine Fortführung des Rechtsstreits gemäß § 321 a ZPO in Betracht.

IV. Der Grundsatz der Öffentlichkeit

- 1) Um in Abkehr von der geheimen Kabinettsjustiz früherer Tage eine Kontrolle der Justiz durch die Öffentlichkeit zu erreichen und dadurch das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Justiz zu stärken, sieht § 169 GVG vor, dass Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht (mündliche Verhandlung, Beweisaufnahme) einschließlich der Verkündung der Entscheidungen (Urteile, Beschlüsse) für eine beliebige Anzahl von Zuhörern öffentlich zu erfolgen hat.
- 2) Eine Ausnahme wird in Fällen gemacht, in denen die Belange der Verfahrensbeteiligten das öffentliche Interesse an der Kontrolle der Justiz überwiegen:
 - a) § 170 GVG: Ausschluss der Öffentlichkeit in Familiensachen;
 - b) § 171 b GVG: zum Schutz der Privatsphäre, wenn Umstände aus der Intimsphäre veröffentlicht werden müssen;
 - c) § 172 GVG: z. B. bei Offenbarung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen; Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit von Zeugen sowie in weiteren Fällen.

Aber: Nach § 173 GVG ist die Urteilsverkündung auf jeden Fall öffentlich.

Davon zu unterscheiden ist der Grundsatz der **Parteiöffentlichkeit**, nach der die Parteien von allen Prozesshandlungen Kenntnis erlangen müssen und auch ein Anwesenheitsrecht bei nicht öffentlicher Verhandlung haben.

V. Der Grundsatz der Mündlichkeit

- 1) Er ist unmittelbare Folge des Öffentlichkeitsgrundsatzes, da ein öffentlicher Prozess nach Aktenlage, die der Öffentlichkeit nicht bekannt ist, den Grundsatz der Öffentlichkeit zu einer Farce verkommen lassen würde.
Verhandlung, Beweisaufnahme und Urteilsverkündung sind daher mündlich. In Anwaltsprozessen wird zwar die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorbereitet, doch kann nach § 128 I Grundlage der Entscheidung nur sein, was in der Verhandlung mündlich vorgetragen wurde. Dem wird dadurch Genüge getan, dass Anwälte in der mündlichen Verhandlung gemäß § 137 III auf ihre vorbereitenden Schriftsätze Bezug nehmen.
- 2) Der Grundsatz der Mündlichkeit gilt sowohl in der Güteverhandlung (§ 278) als auch im frühen ersten Termin und im Haupttermin. Unerheblich ist, ob vor Gericht streitig verhandelt wurde. Auch bei Anerkenntnis, Verzicht oder Säumnis einer Partei ist der Grundsatz der Mündlichkeit gewahrt.

3) **Der Grundsatz der Mündlichkeit wird durchbrochen bei Prozesshandlungen, deren Vor- nahme samt Zeitpunkt und Inhalt noch nach geraumer Zeit festliegen müssen.** Dies gilt für alle gestaltenden Prozesshandlungen, die schriftlich erfolgen müssen (man spricht hier im Gegensatz zu den vorbereitenden Schriftsätzen von *bestimmenden* Schriftsätzen):

- a) § 253: Klageerhebung
- b) § 340: Einspruch gegen ein Versäumnisurteil
- c) §§ 519, 520, 549, 551, 554: Einlegung von Rechtsmitteln samt Begründung
- d) §§ 924, 936: Widerspruch gegen Arrestbefehl und einstweilige Verfügung

4) **Ferner wird auf Mündlichkeit in folgenden Fällen verzichtet:**

- a) § 128 II: Die Parteien haben auf Mündlichkeit verzichtet.
- b) § 128 III: Ist nur noch über die Kosten zu entscheiden, kann die Entscheidung ohne mündlichen Verhandlung ergehen.
- c) § 128 IV: Entscheidungen des Gerichts, die nicht Urteile sind, können ohne mündliche Verhandlung ergehen, soweit nichts anderes bestimmt ist.
- d) § 251 a: Entscheidung nach Aktenlage bei beiderseitiger Säumnis
- e) § 331 III: Versäumnisurteil bei nicht rechtzeitiger Anzeige der Verteidigungsbereitschaft
- f) § 341: Verwerfung des Einspruchs durch Urteil ohne mündliche Verhandlung
- g) § 307, 2: Anerkenntnis des Beklagten im schriftlichen Vorverfahren

☞ **Beachte** die Möglichkeit der **Schriftsatzfrist nach §§ 139 V, 283**: Kann sich eine Partei in der mündlichen Verhandlung auf ein Vorbringen des Gegners (z.B. weil sie dessen vorbereitenden Schriftsatz entgegen der Verpflichtung nach § 282 II nicht rechtzeitig vor dem Termin erhalten hat) oder einen richterlichen Hinweis nicht erklären, so kann sie um eine Schriftsatzfrist bitten. Die Verhandlung wird geschlossen und der Verkündungstermin einer Entscheidung anberaumt (Im Falle eine Güteverhandlung wird jedoch kein Verkündungstermin anberaumt). Ein fristgerecht nachgereichter Schriftsatz, der zu dem Vortrag der Gegenseite bzw. zu dem Hinweis Stellung nimmt, wird dann noch bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt.

VI. Die Konzentrationsmaxime

1) Nach § 272 soll der Rechtsstreit in einem umfassend vorbereiteten Termin, der mündlichen Hauptverhandlung, erledigt werden. Um dies zu gewährleisten, ist der Richter verpflichtet, in jedem Stadium des Verfahrens zu prüfen, durch welche prozessualen Maßnahmen die Entscheidungsreife in dieser Hauptverhandlung im Vorfeld herbeigeführt werden kann. Die Frage nach geeigneten vorbereitenden Maßnahmen hängt daher vom Sach- und Streitstand des Verfahrens ab, wie es sich aus den nach § 129 vorbereitenden Schriftsätzen der Beteiligten ergibt. Der Richter prüft also, ob die Klage zulässig und das Klagebegehren schlüssig vorgetragen ist, ob die Einwände des Beklagten erheblich sind und über welche Umstände daher Beweis erhoben werden muss.

2) Zur Vorbereitung des Haupttermins kann der Richter u.a. folgende Maßnahmen treffen:

- a) § 272 II: Er kann in Form einer nicht überprüfaren Ermessensentscheidung entweder das persönliche Erscheinen der Parteien in einem **frühen ersten Termin gemäß § 275** oder ein **schriftliches Vorverfahren nach § 276** anordnen. Einen frühen ersten Termin wird er anberaumen, wenn keine weitere Tatsachenaufklärung nötig erscheint und eine Vorbereitung der Hauptverhandlung oder sogar eine Erledigung des Streits in diesem frühen ersten Termin erwartet werden kann; bei umfangreichem Sachverhalt und komplexer rechtlicher Materie wird er ein schriftliches Vorverfahren wählen.
- b) § 273 II: Der Richter kann den Parteien Ergänzungen ihres Vortrags sowie die Vorlage von Urkunden auferlegen.
- c) § 358 a: Ein Beweisbeschluss ist bereits vor mündlicher Verhandlung möglich. Im Hinblick auf die in der Regel durchzuführende Güteverhandlung (§ 278 II) dürften die Voraussetzungen für einen solchen – frühzeitigen – Beweisbeschluss jedoch eher selten gegeben sein.
- d) Der Richter kann den Parteien Fristen setzen zur Erwidern bzw. Ergänzung ihres Vortrags, nach deren Ablauf sie mit ihrem Vorbringen gemäß § 296 I präkludiert sind (z.B. §§ 275, 276: Frist zur schriftlichen Klageerwidern).

3)Exkurs: Die Präklusion verspäteten Vorbringens

Da die Parteien aufgrund der **Verhandlungsmaxime** auch für die Beibringung der streitentscheidenden Tatsachen verantwortlich sind, bestimmen sie auch das Tempo, in dem der Rechtsstreit erledigt werden kann. Sie sind jedoch durch § 282 gehalten, den Fortgang des Prozesses nicht zu verschleppen, sondern durch rechtzeitiges Vorbringen der Angriffs- und Verteidigungsmittel zu fördern.

- a) Dabei ist dem Taktieren der Prozessparteien durch § 296 a eine absolute Grenze gezogen: Nach Schluss der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Angriffs- und Verteidigungsmittel werden mit Ausnahme der gemäß §§ 283, 139 V zulässigerweise nachgereichten Schriftsätze bei der Urteilsfindung nicht mehr berücksichtigt.
- b) Aber auch was vor Abschluss der letzten mündlichen Verhandlung von den Parteien vorgebracht wird, kann so verspätet sein, dass es den Rechtsstreit verzögern würde und daher vom Gericht nicht mehr berücksichtigt würde.

Nach § 296 muss man dabei zwei Situationen unterscheiden:

- aa) § 296 I: **Behauptungen, Bestreiten oder Beweise, die nach Ablauf der jeweiligen in § 296 I genannten Frist vorgetragen werden, sind unzulässig, wenn sie den Rechtsstreit verzögern.** Bei der Frage, ob die Zulassung des Vorbringens den Rechtsstreit verzögert, legt der BGH einen strengen Maßstab an: Das Vorbringen verzögert den Rechtsstreit bereits dann, wenn dieser bei Zulässigkeit des Vorbringens länger dauern würde als bei dessen Zurückweisung (z.B. weil nunmehr erneut Beweis erhoben werden müsste). Dabei kann aber das verspätete Vorbringen den Prozess nur verzögern, wenn dieser bis dato entscheidungsreif war, nicht jedoch, wenn das Gericht ohnehin weiter aufklären bzw. Beweis erheben musste.

Die Präklusion tritt nicht ein, wenn die Partei die Verspätung entschuldigen kann und den Entschuldigungsgrund auf Verlangen des Gerichts glaubhaft machen kann; dabei muss sie sich allerdings über § 85 II das Verschulden ihres Anwalts zurechnen lassen.

bb) **§ 296 II: Nach dieser Vorschrift kann das Gericht Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die entgegen der o.g. Prozessförderungspflicht nach § 282 nicht rechtzeitig vorgebracht werden, als verspätet zurückweisen, wenn dies auf grober Fahrlässigkeit der Partei beruht.** Es handelt sich hier im Gegensatz zu § 296 I um eine Ermessensvorschrift, wobei das Gericht die Prüfung der Verspätung wie folgt vornehmen wird:

- Handelt es sich beim Vorbringen um einen Verstoß gegen § 282?
- Ist dieser Vortrag verspätet, d.h. wird die Berücksichtigung zu einer Verzögerung des Prozesses führen?
- Liegt grobe Fahrlässigkeit, d.h. eine ungewöhnlich grobe Verletzung der Sorgfaltspflicht zu ordentlichem Prozessieren vor?

c) Weist das Gericht ein Vorbringen zurück, so kann die Richtigkeit der Entscheidung im Rechtsmittelverfahren überprüft werden. Dagegen kann ein Rechtsmittel nicht darauf gestützt werden, das Gericht hätte einen verspäteten, aber zugelassenen Vortrag präkludieren müssen (Thomas/Putzo § 296 Rz. 6c).

VII. Die Einheit der mündlichen Verhandlung

Unabhängig von der Anzahl der Verhandlungstage handelt es sich bei dem Verfahren prozessual um eine mündliche Verhandlung, bei der sich ein Verhandlungstermin im Weiteren fortsetzt. Die Parteien brauchen daher ihre Anträge nicht ständig wiederholen. Andererseits können sie ihr Vorbringen ergänzen und Anträge ändern, wenn sie nicht wegen Verstoßes gegen die Prozessförderungspflicht damit präkludiert sind. Das Urteil erfolgt auf der Basis des Tatsachenvortrags der letzten mündlichen Verhandlung.

VIII. Die Unmittelbarkeit

Die mündliche Verhandlung muss vor dem Gericht erfolgen, das den Rechtsstreit entscheidet. Somit dürfen nach § 309 nur Richter an der Urteilsfindung teilnehmen, die an der mündlichen Verhandlung mitgewirkt haben. Wird während der Verhandlung ein Richter ausgetauscht, so müssen Anträge und Tatsachenvortrag in der nächsten mündlichen Verhandlung vor dem neuen Richter wiederholt werden, nicht jedoch die Beweisaufnahme, über deren Ergebnis sich der neue Richter aus den Akten informiert. Scheidet zwischen dem Schluss der mündlichen Verhandlung und dem Schluss der Beratung und Abstimmung (bei einer Entscheidung durch das Kollegium) ein Richter aus, so ist die Verhandlung gemäß § 156 II Nr. 3 wiederzueröffnen.