



Band 7

Schriftenreihe des
Centrum
für Deutsches & Europäisches
Insolvenzrecht

Herausgegeben von Stefan Smid, Silke Wehdeking
und Mark Zeuner

Stefan Smid

Zivilgerichtliche Verfahren

Grundlagen des Zivilprozesses
und der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

Inhalt

TEIL 1: EINLEITUNG	1
§ 1 RECHT UND VERFAHREN	1
I. Rechtsquellen	1
II. „Verfahren“ als juristische Grundfertigkeit.....	3
III. Prozess als Rechtserkenntnis.....	4
IV. Materielles Recht und formelles Verfahrensrecht	7
V. Zivilgerichtliche Verfahren im Verhältnis zu Strafprozess und Verwaltungsgerichtsprozess.....	9
VI. Privatrecht	13
VII. Verfahrensrecht als Teil des öffentlichen Rechts	15
1. Klagen, denen kein materieller Anspruch entspricht.....	15
2. Lehre vom Rechtsschutzanspruch.....	16
3. Prozessrechtsverhältnis	18
4. Anspruch und Prozess	19
VIII. Hoheitlicher Schutz privater Rechte.....	20
IX. Rechtsfortbildung durch zivilverfahrensrechtliche Entscheidungen	20
1. Problem des „neuen“ Rechts.....	20
2. Demokratietheoretische Kritik richterrechtlicher Modelle.....	22
3. Keine Deckungsgleichheit des Urteils mit den Vorstellungen der Parteien.....	24
4. Zur Stellung der arbeitsgerichtlichen Judikatur	24
5. Präjudizien.....	27
X. Zivilgerichtliche Verfahren als privatrechtliche Verkehrsform	27
1. Verfahrenselemente des rechtlichen Handelns der Beteiligten	27
2. Materielles Rechtshandeln in gerichtlichen Verfahrensformen	28
3. Abgrenzung zum naturwissenschaftlichen Begriff des Verfahrens... ..	29
XI. Gang der Darstellung	30
§ 2 RECHTSPRECHENDE STREITENTSCHEIDUNG UND VERWALTENDE RECHTSPFLEGE	33
I. Rechtsprechung als Streitentscheidung über abgeschlossene Sachverhalte	33
1. Urteilen in Streitsachen liegen keine (finalen) Zwecke zugrunde.....	33
2. Zwangsvollstreckungsverfahren	36
3. Ausschluss inadäquater und dysfunktionaler Entscheidungsfolgen ..	36
4. Rechtsprechung und sozial Steuerung	38
II. Die unterschiedliche Kostenorientierung von Verwaltung und Rechtsprechung als Kriterium ihrer Unterscheidung.....	40
1. Kosten/Nutzen-Relationen in der Verwaltungsentscheidung	40
2. Selbstkontrolle der Verwaltung durch Effizienzprüfung.....	43
3. Prozessökonomie und Privatautonomie	44

a) „Wirtschaftlichkeit“ des Verfahrens als Kriterium	44
b) Prozesskosten.....	46
c) Waffengleichheit und Kostentragung: Prozesskostenhilfe und Prozesskostensicherheit	47
aa) Prozesskostenhilfe und Prozessfinanzierung	47
bb) Prozesskostensicherheit	48
4. Rationalisierung des Verfahrens und Einsparung von Mitteln.....	48
III. Kriterien bei der Beurteilung der Richtigkeit von Entscheidungen der Rechtsprechung und der Verwaltung.....	51
IV. Ermessen und Rechtsschutz	52
1. Gesetzesbindung des Zivilgerichts	52
2. Zum „Beurteilungsspielraum“	53
3. Administrativer Gesetzesvollzug	55
V. Funktion von Richtervorbehalten in administrativen Gerichtsverfahren	56
1. Verlagerung der Aufgaben gem. Art. 104 Abs. 2 GG auf unparteiische Gerichte	56
2. Ablauf des Verfahrens der Freiheitsentziehung.....	57
a) Zuständigkeit.....	57
b) Antragerfordernis	58
c) Beteiligte	58
d) Amtsermittlung und Anhörung der Beteiligten.....	58
e) Entscheidung.....	60
3. Das Verfahren der Freiheitsentziehung als Verfahren der nichtstreitigen freiwilligen Gerichtsbarkeit	61
a) Streitentscheidung oder richterliche Rechtsfürsorge?	61
b) Stellung des Gerichts in den Freiheitsentziehungsverfahrennach den §§ 415 ff. FamFG.....	63
TEIL 2: ROLLEN IN ZIVILGERICHTLICHEN VERFAHREN - GERICHT , PARTEIEN UND BETEILIGTE.....	67
§ 3 RICHTER UND RECHTSPFLEGER	67
I. Gerichtliche Funktionsträger.....	67
II. Entscheidungskompetenzen: "Das Gericht"	67
1. Richter im verfassungs- und gerichtsverfassungsrechtlichem Sinne.	67
2. Verfahrensrechtliche Konsequenzen - rechtliches Gehör.....	69
III. Aufgabenverteilung	69
IV. Beispiel: Insolvenzverfahren.....	70
1. Wechsel der funktionellen Zuständigkeit mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens	70
2. Kompetenz-Kompetenz des Richters.....	72
3. Zuständigkeit des Rechtspflegers	73

4. Entscheidung bei Ungewißheit über die funktionelle Zuständigkeit	75
V. Vereinfachtes Verfahren wegen Kindesunterhalts, §§ 249 – 260 FamFG	75
VI. Folgen der Entscheidung eines funktionell unzuständigen Organs	76
VII. Festlegung des „gesetzlichen Richters“ durch den Geschäftsverteilungsplan des Gerichts	76
§ 4 DAS RICHTIGE GERICHT (I): ZUSTÄNDIGKEIT	79
I. Fragestellung	79
II. Rechtswegzuständigkeit	79
1. Ordentliche Gerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit	79
2. Zivilprozess und Vergütungsfestsetzung	79
3. „Zusammenhangsstreitigkeiten“	82
4. Anfechtung von Lohnzahlungen:	83
a) Judikatur des BAG	83
b) Judikatur des BAG	83
III. Regeln über die sachliche Zuständigkeit im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren	86
1. Wertgrenzen und Eingangserichte	86
2. Fragen der sachlichen Zuständigkeit	87
3. Regelungen der ZPO über die sachliche Zuständigkeit	89
4. „Übergesetzliche“ Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs?	90
5. Zuständigkeit als erste Sachurteilsvoraussetzung	90
IV. Die örtliche Zuständigkeit im Zivilprozess	91
1. Sitz des Beklagten	91
2. Parteien kraft Amtes	93
3. Sachnähe und Sachzusammenhang	94
V. Internationale Zuständigkeit	96
VI. Die Zuständigkeit des Gerichts in nichtstreitigen Verfahren nach dem FamFG	96
1. Regelungen des FamFG	96
2. Die sogenannte Ressortverwechslung	97
a) Entschärfung durch die Zuständigkeit des Familiengerichts in Vormundschaftssachen?	97
b) Ressortüberschreitung des Insolvenzgerichts	101
c) Ressortüberschreitung des Nachlassgerichts	103
3. Fehlerhafte Form der Entscheidung	105
4. Abgabe an ein anderes Gericht in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	106
§ 5 DAS RICHTIGE GERICHT (II): UNPARTEILICHKEIT DES GERICHTS	109
I. Iudex inhabilis	109
1. Persönliche Bedingungen der Unparteilichkeit des Richters	109

2. Funktion des § 41 ZPO	109
3. Berücksichtigung auch ohne Parteiantrag.....	110
4. Geltung auch in Verfahren nach dem FamFG	111
II. Ausschließungsgründe im Einzelnen.....	111
1. Personen- und familienbezogene Ausschließungsgründe	111
2. Ausschließung aufgrund von Sachnähe oder Vorbefasstheit	112
III. § 41 Nr. 5 ZPO als "Sonderfall"	113
1. Verhältnis zu den Tatbeständen des § 41 Nrn.1-4, 6 ZPO	113
2. Funktionsweise des § 41 Nr.5. ZPO	114
IV. Der Ausschluss des befangenen Richters.....	115
1. Befangenheit	115
2. Verfahren.....	117
V. Iudex inhabilis in nichtstreitigen Verfahren.....	119
5. Verweisung auf die §§ 41 bis 49 ZPO	119
6. Problem	119
7. Unterscheidung nach Prognoseentscheidungen oder reiner Rechtsnormanwendung	120
8. Organisatorisch-gerichtsverfassungsrechtliche Bewältigung des Ausscheidens des Richters im konkreten Fall	121
9. Lage in Dauerverfahren	122
§ 6 DIE „RICHTIGE“ PARTEI IM PROZESSUALEN ERKENNTNISVERFAHREN (I): MATERIELLER UND FORMELLER PARTEIBEGRIFF.....	125
I. Zwecke der Beteiligten im Verfahren.....	125
II. Zivilprozessuale Erkenntnisverfahren	126
III. Konstitution des Prozesses durch das Auftreten zweier Parteien	127
1. Rollen im Zivilprozess: Kontradiktorische Rechtsbehauptungen ...	127
2. Waffengleichheit der Parteien als tragendes Prinzip eines jeden Prozesses	127
3. Trennung von Richter und Zeugen	128
4. Differenzierung von Partei auf der einen und Zeugen und Nebenintervenienten auf der anderen Seite	128
a) Partei und Zeuge	128
b) Partei und Nebenintervenient	129
5. Verwirklichung der objektiven Rechtsordnung.....	130
6. Zwei-Parteien-Grundsatz	131
7. Lagerbildung	132
IV. Nichtstreitige Verfahren.....	134
§ 7 DIE „RICHTIGE“ PARTEI IM PROZESSUALEN ERKENNTNISVERFAHREN (II): FORMEN DER BETEILIGUNG DRITTER AM ZIVILPROZESS	137
I. Hauptintervention.....	137

1. Einmischungsklage	137
2. Begründung eines neuen Prozesses	137
II. Nebenintervention.....	138
1. Aufgaben der Nebenintervention	138
2. Voraussetzungen der Nebenintervention	139
3. Rechtsstellung des Nebenintervenienten	139
4. Wirkung der Nebenintervention.....	140
III. Streitverkündung	141
1. Aufgabe der Streitverkündung	141
2. Wirkung der Streitverkündung.....	141
3. § 841 ZPO	142
IV. Alternative Rechtsverhältnisse.....	142
1. Beispielfall.....	142
2. Alternativität	144
3. Tatsächliche Alternativität	147
4. Verjährung.....	151
§ 8 DIE „RICHTIGE“ PARTEI IM PROZESSUALEN	
ERKENNTNISVERFAHREN (III): SAMMELKLAGEN UND MUSTERVERFAHREN ...	153
I. Sinn von Musterprozessen und Sammelverfahren.....	153
II. Das Verfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz	154
1. Gesetzgebungsgeschichte und Funktion des Verfahrens.....	154
a) Lex Telekom	154
b) § 93a VwGO	154
c) Voraussetzungen einer Prozessverbindung nach § 147.....	154
2. Struktur des Mustererfahrens	156
a) Zentralisierung bei einem OLG	156
b) Abgrenzung von class actions: Prozessführung durch Aktionäre im eigenen Namen	157
3. Voraussetzungen des Musterverfahrens	158
4. Registrierung des Musterfeststellungsantrags und Prozessunterbrechung	158
5. Beteiligung	159
6. Wirkungen des Musterentscheids	159
III. Vertreter des öffentlichen Interesses	160
§ 9 DER „RICHTIGE“ KLÄGER IM PROZESSUALEN	
ERKENNTNISVERFAHREN (IV) PROZESSSTANDSCHAFT UND DIE	
PARTEI KRAFT AMTES	163
I. Formeller und materieller Parteibegriff	163
1. Richtiges am formellen Parteibegriff.....	163
2. Zum Begriff der Aktivlegitimation	163
3. Entwicklung vom materiellen zum formellen Parteibegriff	165
4. Streitvermögen und Partei.....	167

a)	Funktionelle Streitgegenstandsbestimmung	167
b)	Vergütungsprozess des früheren vorläufigen Insolvenzverwalters gegen den Schuldner	168
c)	Feststellungsklagen über fremde Rechte	169
5.	Verfügungsbefugnis über das behauptete Recht als Grundlage der Prozessführungsbefugnis	170
6.	Übergang des streitigen Anspruchs oder Rechts auf einen anderen Rechtsträger nach Rechtshängigkeit - § 265 ZPO	172
a)	Abkehr vom materiellen Parteibegriff	172
b)	Regelungsgehalt des § 265 Abs. 1 ZPO	174
c)	Parteiwechsel durch Eintritt des Rechtsnachfolgers	175
aa)	Grenzen	176
bb)	Freigabe des streitbefangenen Gegenstandes durch den Insolvenzverwalter	176
cc)	Stellung des Erben nach Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens	179
dd)	Personenhandelsgesellschaften	179
7.	Herausgabebetitel des Sicherungseigentümers gegen den Sicherungsgeber in dem über dessen Vermögen eröffneten Insolvenzverfahren	180
8.	Kritik des § 325 ZPO: Gewährleistung rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 Abs. 1 GG	181
II.	Regelungen gesetzlicher Prozessstandschaft: Parteien kraft Amtes	182
1.	Verfolgung von Unterhaltsansprüchen Minderjähriger gegen einen Elternteil durch den anderen bei Anhängigkeit einer Ehesache	182
2.	Prozessstandschaft des Überweisungsgläubigers wegen der Geltendmachung der Forderung des Zwangsvollstreckungsschuldners	182
a)	Verbleib der gepfändeten Forderung im Haftungsverband des Zwangsvollstreckungsschuldners	182
b)	Begründung der Prozessstandschaft des Zwangsvollstreckungsgläubigers durch die Überweisung der Forderung zur Einziehung	184
c)	Rechtsstellung des Zwangsvollstreckungsgläubigers nach Überweisung zur Einziehung	186
d)	Streitverkündung gem. § 841 ZPO	187
aa)	Gesetzliche Regelung	187
bb)	Klage des Schuldners gegen den Drittschuldner	187
cc)	Rechtsfolgen unterlassener Streitverkündung	188
III.	Partei kraft Amtes: Unterbrechung und Aufnahme des Prozesses	188
1.	Amtstheorie	188

2. § 239 ZPO	189
3. § 240 ZPO	190
a) Differenzierung zwischen der Person des Verwalters und dem Verwalter als Inhaber des privaten Amtes	190
b) Stellung des Insolvenzschuldners	190
c) Aufnahme des Teilungsmassestreits	191
d) Fallgruppen des § 240 ZPO	193
4. Beispielsfälle	195
a) Wandelungsfall I	195
b) Wandelungsfall II	198
c) Klage nach § 717 Abs. 2 ZPO	200
IV. Gewillkürter Parteiwechsel	201
V. Verbandsklagen	202
1. Abgrenzung zu Prozessstandschaftsfällen	202
2. Funktionsweisen	203
VI. Dispositionen des nichtberechtigten Klägers im Vermögensprozess ..	204
1. Erbschaftsfälle	204
2. Vormundschaftsgerichtliche Fälle	204
§ 10 DER RICHTIGE BEKLAGTE IM PROZESSUALEN ERKENNTNISVERFAHREN ..	207
I. Bestimmung des Beklagten durch den Klageantrag?	207
II. Fallgruppen	209
1. Haftung des in Anspruch genommenen Vermögens	209
2. Testamentsvollstreckung	209
3. Nießbrauch	209
4. Der auf Unterlassung in Anspruch genommene Beklagte	209
5. Obligatorischen Herausgabeansprüche	210
6. Klage zur Abgabe von Willenserklärungen	210
III. Auseinandertreten von haftendem Vermögen und Beklagten in der Leistungsklage: Insolvenzverwalter als Partei Kraft Amtes	210
1. Haftung für Masseverbindlichkeiten	210
2. Der wegen Masseverbindlichkeiten in Anspruch genommene Schuldner	211
3. Klage des Absonderungsberechtigten gegen den Insolvenzverwalter aus § 168 InsO	212
4. Keine Massezugehörigkeit des im Eröffnungsverfahren auf Anderkonten des vorläufigen Verwalters eingegangenen Geldern	213
5. Planüberwachender Sonderverwalter als Beklagter	214
§ 11 DIE BETEILIGUNG IN NICHTSTREITIGEN VERFAHREN	217
I. Beteiligung im technischen und untechnischen Sinn	217
1. Beteiligte im technischen Sinn: Äquivalent zum prozessualen Parteienbegriff	217

2. Beteiligte im untechnischen Sinn: Herstellung der Voraussetzungen sachgerechter Aufgabenerfüllung	217
3. Gesetzliche Anordnung formeller Beteiligungsrechte.....	218
II. Gedoppelte Beteiligung	219
1. Der Minderjährige.....	219
2. Die Inhaber der elterlichen Sorge	221
III. Behördenbeteiligung am Beispiel des Jugendamtes	222
1. Jugendamt im kindschaftsrechtlichen Verfahren.....	222
2. Bestimmung der vom Jugendamt im Verfahren wahrgenommenen Rechte.....	222
IV. Formelle Beteiligung des materiell Berechtigten im Grundbuchverfahren.....	223
1. Antragsprinzip.....	223
2. Verfahren rechtbegründender Eintragungen.....	225
3. Antragsbefugnis des formell Eingetragenen.....	227
4. Antragsbefugnis des Notars	228
V. Nachlassverfahren	228
VI. Insolvenzverwalter im Insolvenzplanverfahren.....	229
VII. Anhörung	231
§ 12 FÄHIGKEIT, SICH AN EINEM ZIVILGERICHTLICHEN VERFAHREN ZU BETEILIGEN	235
I. Zivilprozess.....	235
1. Bezug der Parteifähigkeit zur Personenqualität.....	235
2. Bezug der Prozessfähigkeit zur Geschäftsfähigkeit.....	236
II. Nichtstreitige Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.....	237
1. Bestimmung der Reichweite der Fähigkeit zur Beteiligung am Verfahren nach dessen Aufgaben	237
2. Geschäftsfähigkeit.....	237
3. Zusammenhang mit der Doppelvertretung im vormundschaftsrechtlichen familiengerichtlichen Verfahren.....	238
a) Zur Regelung des § 9 Abs. 2 FamFG	238
b) Analoge Anwendung der §§ 51, 52 ZPO?.....	238
c) Verfahrensrechtliche Stellung des Vormundes	239
III. Die Postulationsfähigkeit und der Anwaltszwang	240
1. Die Vertretung der Partei im Prozess.....	240
a) Im Zivilprozess	240
b) §§ 114, 10 FamFG	241
c) Verstoß gegen den Anwaltszwang.....	241
2. Prozessvollmacht.....	242
TEIL 3: RECHTSWIRKUNGEN VON ENTSCHEIDUNGEN ALS „ZIEL“ ZIVILGERICHTLICHER VERFAHREN.....	243

§ 13 RECHTSKRAFT	243
I. Formelle Rechtskraft	243
II. Materielle oder prozessuale Wirkung der Rechtskraft	243
1. Inter partes-Wirkung	243
2. Prozesshindernis oder Präjudizialität	244
III. Reichweite der Rechtskraft	248
1. Streitgegenstand	248
2. Klage gem. § 179 InsO gegen mehrere Widersprechende	251
III. Bindung des Zivilgerichts an seine Entscheidung und Urteilsabänderung	252
1. Keine nachträgliche Fehlerkorrektur	252
2. Korrektur von Urteilen mit Prognoseelementen – Klagen auf künftige Leistung	253
3. Abänderungsklagen, § 323 ZPO	256
4. Vollstreckungsabwehrklagen, § 767 ZPO	259
§ 14 WIRKUNGEN VON ENTSCHEIDUNGEN IN VERFAHREN DER FREIWILLIGEN GERICHTSBARKEIT	261
I. Rechtskraft als Verfahrens“zweck“	261
1. Wirkungen von Entscheidungen im Zivilprozess	261
2. Besondere Fragestellungen in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	262
a) Weite der Verfügungen von Gerichten in nichtstreitigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	262
b) Echte Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	263
c) Folgenorientierung von Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, besonders in nichtstreitigen Verfahren	264
3. Gang der Darstellung	264
II. Gestaltungswirkungen, Tatbestandswirkungen	265
1. Fragestellung	265
a) Weites Verständnis von „Vollstreckung“	265
b) Grundbucheintragung als Entscheidung und als Vollzugsakt	265
2. Gestaltungswirkung	266
a) Wirkung von Entscheidungen gegenüber jedermann	266
b) Gestaltung und Vollstreckung	267
aa) Grundbuchverfahren	267
bb) Andere registerrechtliche Verfahren	267
cc) Bestellung eines Vormundes	267
3. Tatbestandswirkung	268
III. Abänderbarkeit von Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit	269
1. Gesetzliche Regelung	269

a) § 318 ZPO als Vergleichsfolie der Regelungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit	269
b) § 48 Abs. 1 FamFG.....	269
b) Ausschluss einer Abänderung aufgrund der Sachstruktur der Entscheidung.....	271
aa) Erbschein.....	271
bb) Genehmigung von Rechtsgeschäften, § 48 Abs. 3 FamFG.....	271
cc) Ausschluss der Abänderungsbefugnis als Folge der Devolution	272
2. Abgrenzung.....	273
a) Problem.....	273
b) §§ 319 bis 321 ZPO	273
3. Berücksichtigung verdeckter Tatsachen?	274
4. Notwendigkeit zur Abänderung der Entscheidung in besonderen Fällen nichtstreitiger Verfahren	274
a) Problem.....	274
b) Regelung des früheren § 18 FGG.....	274
c) § 1696 BGB	275
5. Echte Streitverfahren.....	276
a) Parallele zu § 323 ZPO	276
b) Abänderung von Unterhaltstiteln	277
IV. Formelle Rechtskraft von Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit	278
1. Abänderbarkeit formell rechtskräftiger Entscheidungen.....	279
a) Voraussetzungen.....	279
b) Schreib- und Rechenfehler	279
2. Befriedungsfunktion formeller Rechtskraft in nichtstreitigen Angelegenheiten.....	280
3. Grenzen der Abänderbarkeit	281
a) Abänderbarkeit von Genehmigungen:Verkehrsschutz und Minderjährigenschutz	281
b) Tatbestände des Ausschlusses der Abänderbarkeit.....	282
4. Abänderung aufgrund facta supervenientia	284
V. Materielle Rechtskraft	285
1. Echte Streitverfahren.....	285
2. Nichtstreitige Verfahren.....	285
3. Verfahrensentscheidungen und Sachentscheidungen	286
4. Präjudizialität	286
5. Keine Präklusion in Amtsverfahren.....	286
TEIL 4: EINLEITUNG DES VERFAHRENS.....	289
§ 15 DIE EINLEITUNG NICHTSTREITIGER VERFAHREN DER FREIWILLIGEN GERICHTSBARKEIT	289

I. Abhängigkeit der Form der Verfahrenseinleitung von der Verfahrensfunktion	289
II. Herstellung des Verfahrensgegenstandes	290
1. Antragsrechte und amtswegigen Verfahrenseinleitung	290
a) Materielle Antragsrechte.....	290
b) Materielles Antragsrechte und amtswegiges Aufgreifen des Verfahrens	290
c) Beispiel: Familiengerichtliche Genehmigungen in Kindschaftssachen	290
2. Amtswegige Überprüfung der Vermögenssorge durch das Familiengericht als Vormundschaftsgericht	293
III. Verfahrensrechtlicher Anspruch auf Herbeiführung einer Entscheidung	294
1. Antragsrechte in Amtsverfahren	294
2. Keine „reinen“ obrigkeitlichen Amtsverfahren	295
3. Antragsbefugnis bei Beteiligung an der durch das Verfahren wahrzunehmenden Aufgabe: Materielle Beteiligung	297
4. Keine Verwandlung eines Amts- in ein Antragsverfahren	298
IV. Anzeigepflicht von Behörden	298
V. Die Anregung	299
1. „Anstoß“, ein Verfahren durchzuführen	299
2. Anregungsrechte	299
a) Anregung und fehlende Antragsbefugnis	299
b) Pflicht des Richters zur Entscheidung aufgrund einer Anregung	300
c) Verbescheidung des nicht antragsbefugten Antragsstellers	300
d) Untätigkeitsbeschwerde.....	300
VI. Nichtstreitige Antragsverfahren am Beispiel des Erbscheinsverfahrens	301
1. Nebeneinander von Amts- und Antragsverfahren	301
2. Bestimmtheitsanforderungen an den Antrag	302
3. Bindung des Nachlassgerichts an den gestellten Antrag	303
4. Darlegungslast des Antragstellers und Ermittlungshilfenaufgabe des Nachlassgerichts	303
§ 16 KLAGE UND ANTRAG.....	305
I. Die Klage und die Begründung des Prozessrechtsverhältnisses.....	305
1. Bindung des Gerichts an den (Klage-)Antrag im Zivilprozess	305
2. Der „unbezifferte“ Klagantrag	306
a) Gesetzeswortlaut bürgerlich rechtlicher Vorschriften als Ansatzpunkt für „unbezifferte“ Klageanträge	306
b) Die Aufnahme der Herausgabeklage des Sicherungseigentümers in dem über das Vermögen des Sicherungsgebers eröffneten Insolvenzverfahren	306

3. Klage als ultima ratio	309
II. Die Klageschrift	310
1. Funktion der Regelungen über die Anforderungen an die Klageschrift	310
2. Bestimmtheit des Gegners:Keine Klage gegen den, den es angeht.	311
III. Bestimmtheit des Klageantrags	311
1. Bestimmte Angabe des Gegenstandes des Rechtsstreits in der Klageschrift	311
2. Unselbständige Rechnungsposten eines einheitlichen Streitgegenstandes.....	312
3. Problem der Teilklagen	312
a) Judikatur des BGH.....	312
b) Pawlowskis Kritik an der Judikatur des BGH.....	316
4. Sonderfall Teilaufnahme von gem. § 240 ZPO unterbrochenen Streitigkeiten durch Erhebung einer Insolvenzfeststellungsklage gem. § 179 InsO.....	317
IV. Antragschrift nach dem FamFG	319
1. Einleitung eines Verfahrens	319
2. Echte Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit	320
V. Widerklage.....	320
1. Funktion und Voraussetzungen.....	320
2. Parteistellungen und Widerklagen Dritter sowie Widerklagen gegen Dritte.....	321
VI. Rechtshängigkeit	322
1. Gesetzliche Voraussetzungen und verfahrensrechtliche Wirkungen der Rechtshängigkeit.....	322
2. Wirkungen der Rechtshängigkeit auf den Anspruch	323
a) Judikatur des BGH.....	323
b) Zur Zustellung	326
VII. Aufrechnung im Prozess.....	327
1. Die Aufrechnung des Beklagten im Prozess.....	327
2. Die Aufrechnung des Klägers im Prozess	329
§ 17 DER RICHTIGE ANTRAG UND DAS „RECHTSSCHUTZZIEL“ DES KLÄGERS	331
I. Konstitution des Verfahrensgegenstandes	331
1. Der Antrag lässt das Interesse des Klägers an der Rechtsfeststellung erkennen.....	331
2. Antrag und actio.....	331
a) Leitbild der Leistungsklage	331
b) Problem der Unterlassungsklage	332
3. Bestimmtheit des Klageantrages und Stufenklage.....	333
4. Verbot von Alternativklagen.....	333
II. Entscheidungsreife und Festlegung des Entscheidungsprogramms	

durch den Kläger	335
1. Da mihi facta, dabo tibi ius	335
2. Grundrechtlicher Anspruch der Parteien auf ein Rechtsgespräch ...	336
3. Verurteilung (auch) wegen vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung.....	336
a) Vollstreckungsprivileg des § 850 f Abs. 2 ZPO	336
b) Ausschließliche Zuständigkeit des Prozessgerichts zur streitigen Rechtsfeststellung	337
c) Judikatur des BGH.....	338
d) Zur Aufgabe des Klauselerteilungsverfahrens	339
e) Titelergänzende Feststellungsklagen	341
4. Sonderfall der Tabellenfeststellungsklage gem. §§ 179, 181, 183 InsO	341
a) Problem der Bestimmtheit des Antrages	341
III. Feststellungsklage	344
1. Subsidiarität der Feststellungs- gegenüber der Leistungsklage.....	344
2. Anspruch auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses? Zum Problem der sog. Anerkennungsklagen.....	345
3. Unverjährbar-prozessualer Anspruch auf Rechtsfeststellung? BGH, Urteil vom 2.12.2010, Az.: IX ZR 41/10 = ZIP 2011, 39	347
4. Feststellungsinteresse.....	350
a) Beispiel: Leugnende Feststellungsklagen zur Hemmung der Verjährung	350
b) Klage auf Verzicht der streitbefangenen Forderung als Alternative zur leugnenden Feststellungsklage?	353
c) Judikatur von RG und BGH	355
d) Ansicht Häsemeyers	357
5. Zwischenfeststellungsklage	357
IV. Duldungsklage.....	358
1. Übersicht	358
2. Insbesondere: Die Duldungsklage des Grundpfandgläubigers	358
V. Gestaltungsklage.....	359
1. Publizistischer Gestaltungsanspruch.....	359
2. Fragen des Parteiwechsels im Übergang von der Anfechtungsklage nach dem AnfG zur Insolvenzanfechtung des Insolvenzverwalters.....	360
VI. Selbständiges Beweisverfahren.....	361
1. Funktionales Äquivalent zum „vollständigen“ Prozess.....	361
2. Vergleichsweise Einigung der Parteien als Ziel des selbständigen Beweisverfahrens	361
3. Keine Verweisung des FamFG auf die §§ 485 ff. ZPO.....	362

§ 18 DIE DISPOSITION ÜBER DEN VERFAHRENSGEGENSTAND DURCH	
ANTRAGSÄNDERUNG	363
I. Herstellung entscheidbarer Anträge: Materielle Prozessleitung des	
Gerichts.....	363
1. Vollstreckbarkeit des Antrags.....	363
2. Parteiprozess und Anwaltszwang	364
a) Antrag und streitige Parteimeinung.....	364
b) Materielle Prozessleitung des Gerichts: Hinweis zur Stellung	
sachdienlicher Anträge.....	364
3. Richterliche Neutralität und Einflussnahme auf Stellung	
sachdienlicher Anträge.....	366
a) Richterliche Hinweispflicht und Unparteilichkeit des Gerichts.....	366
b) Keine Verlagerung der Verantwortung für die Prozessführung	
von den Parteien auf das Gericht	369
4. Sachdienlichkeit eines Antrags	369
a) Kein abstrakt-prozessualer Begriff der Sachdienlichkeit	369
b) Prozessziel der Parteien als Maßstab.....	370
c) Streitiges Interesse der Parteien als Grenze.....	372
d) Fallgruppen	372
II. Anpassung des Klageantrages	373
1. Grenze in der Gewährleistung der Waffengleichheit der Parteien ..	373
a) Beschränkung der Abänderung des Klageantrages	373
b) Klageänderung bei Änderung des Streitgegenstandes	374
2. Sachdienlichkeit als Zulässigkeitsvoraussetzung	
der Klageänderung	375
3. „Prozesswirtschaftlichkeit“ als Maßstab der	
Sachdienlichkeit der Klageänderung	377
4. Zulässigkeit der Klageänderung durch Einwilligung oder	
rügefreie Einlassung des Beklagten	377
5. Zulässigkeit der Klageänderung durch gerichtliche	
Befassung (§ 268 ZPO).....	378
III. Anpassung des Klageantrages gem. § 264 ZPO	378
1. Übersicht über die Tatbestände des § 264 ZPO.....	378
a) Ergänzung oder Berichtigung der tatsächlichen oder rechtlichen	
Ausführungen gem. § 264 Nr. 1 ZPO	378
b) Reaktion auf nachträgliche Veränderungen des	
Streitgegenstandes § 264 ZPO	378
2. Besonders: Streitgegenstand bei Schadensersatzansprüchen	379
IV. Sonderfall: Erweiterungen oder Beschränkungen des Klageantrages	
gem. § 264 Nr. 2 ZPO im Verhältnis zur Klagerücknahme.....	380
1. Regelung des § 264 Nr. 2 ZPO	380
2. Klagerücknahme	380

a) Klagerücknahme als radikale Form der Klageänderung	380
b) Voraussetzungen der Klagerücknahme	381
c) Wirkungen der Klagerücknahme	381
d) Kostenerstattungsanspruch des Beklagten	382
e) Gerichtlicher Ausspruch der Unwirksamkeit der Klagerücknahme	383
f) Besonderheiten für den scheidungsrechtlichen Verbund	384
3. Abgrenzung von Klagermäßigung und Klagerücknahme	384
V. Streit über die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache	386
VI. Wirkung auf die Zuständigkeit	387
VII. Nichtstreitige Verfahren und Streitverfahren der Freiwilligen	
Gerichtsbarkeit	389
1. Nichtstreitige Amtsverfahren	389
2. Nichtstreitige Antragsverfahren	389

TEIL 5: RECHTLICHE STRUKTUR DES GANGS DES VERFAHRENS 391

§ 19 UNTERSCHIEDLICHE REGELUNGEN DER AUFGABEN VON GERICHTSVERFAHREN – DIE PROZESSMAXIMEN	391
I. Von vernunftrechtlichen Handlungsanweisungen zu Beschreibungsmitteln der gesetzlichen Struktur unterschiedlicher Verfahren	392
1. Vernunftrechtliche Handlungsanweisungen an einen unabhängigen Richter	392
2. Richter als Gestalter des Rechts	392
3. Prozessmaximen als Vermittlung von Prozessrecht und Rechtspolitik	394
II. „Maximen“ des zivilprozessualen Streitverfahrens	395
III. Verbandsklagen und Musterprozesse	396
IV. Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	397
1. Aufgabe der echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	397
2. Einzelne Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	397
V. „Maximen“ anderer Formen des Streitverfahrens: Ein vergleichender Blick auf Straf- und Verwaltungsgerichtsprozess	399
1. Fragestellung	399
2. Gemeinsamkeit: Nemo iudex sine actore	400
3. Untersuchungsmaxime	400
VI. Waffengleichheit und Unparteilichkeit des Gerichts als Fragestellungen von Prozessmaximen	401
1. Reaktion des Prozessrechts auf Unterschiede der Rechtsmacht von Parteien	401
2. Bedeutung richterliche Untersuchungstätigkeit	402

3. Verhandlungsmaxime	403
VII. Offizialprinzip	404
1. Amtswegige Einleitung des Verfahrens.....	404
2. Amtsbetrieb: Amtswegige Vornahme von Verfahrensleitungsmaßnahmen.....	405
a) Zivilprozess.....	405
b) Amtsbetrieb in nichtstreitigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	405
(1) Instruktionsprinzip“.....	405
(2) Beispiel: Vormundschaftssachen (Kindschaftsverfahren).....	407
aa) Ausschluss von Dispositionsakten.....	407
bb) Vergleichsschlüsse nach § 156 FamFG.....	407
cc) Besondere Aufgaben des Familienrichters in vormundschaftsgerichtlichen Verfahren (Kindschaftssachen).....	407
c) Abstufung der Verfahrensmaximen am Beispiel des Grundbuchverfahrens zur Klarstellung von der Rangverhältnisse (§§ 90 - 115 GBO)	408
VIII. Verbundverfahren in Ehescheidungssachen.....	408
1. Scheidung und Folgesachen.....	408
2. Funktion des Verfahrensverbundes.....	411
a) Problem der Amtsermittlung im Verbundverfahren.....	411
b) Verbund von streitigen und nichtstreitigen Verfahren.....	411
c) Schutz des Schwächeren.....	412
3. Harmonisierung von Güterrechts- und Hausratsentscheidung	413
§ 20 RECHTSFOLGEN DER SÄUMNIS – DER EINLASSUNGSZWANG.....	415
I. Warum muss sich der Beklagte gegen die Klage verteidigen?.....	415
II. „Verhandeln“ als Form der Einwirkung auf den Prozessverlauf durch die Parteien	416
III. Der Grund von Säumnisregelungen	416
1. Si in ius vocat itur	416
2. Geständnisfiktion	417
IV. Die gesetzliche Regelung des Säumnisverfahrens.....	419
1. Säumnis des Beklagten	419
a) Gesetzliche Regelung	419
b) Säumnis nur bei Zulässigkeit der Klage.....	420
c) Kein Strafcharakter des Versäumnisurteils	420
2. Die Säumnis des Klägers	421
a) Das Versäumnisurteil.....	421
b) Streitverfahren nach dem FamFG	421
3. Rechtsbehelfe	422
V. Besonderheiten des Versäumnisverfahrens im Scheidungsverfahren ..	423

VI. Zwang zur Verfahrensteilnahme in nichtstreitigen Verfahren	
der freiwilligen Gerichtsbarkeit	423
1. Grenzen der „Freiwilligkeit“	423
2. Wirkungen des Fernbleibens von Beteiligten in nichtstreitigen	
Verfahren.....	424
a) Familiengerichtliche Verfahren in Kindschaftssachen.....	424
b) Insolvenzverfahren	424
c) Nachlassverfahren.....	425
§ 21 PROZESSHANDLUNGEN	427
I. Prozesshandlungen als Verhaltensweisen, die auf das Verfahren von	
und vor Rechtspflegeorganen bezogen sind.....	427
1. Prozessuales Handeln und materielle Rechtswirkungen	427
2. Beispiele	428
3. Abgrenzung.....	428
4. Bewirkungs- und Erwirkungshandlungen.....	429
II. Materiell-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen von	
Prozesshandlungen	429
1. §§ 116 ff. BGB.....	429
a) Prozesshandlungen als Willenserklärungen	429
b) Keine Irrtumsanfechtung	430
2. Anfechtung des Prozessvergleichs.....	431
III. Aufhebung des rechtskräftig für vollstreckbar erklärten	
Schiedsspruchs	431
1. Treu und Glauben.....	431
2. Die Rechtzeitigkeit des Vorbringens	433
IV. Bedingungsfeindlichkeit von Prozesshandlungen	435
1. Inner- und außerprozessuale Bedingungen.....	435
2. Beispielsfall.....	436
V. Auslegung von Prozesshandlungen.....	439
1. Nachfragen und prozessuale Lage	439
2. Umdeutungen. Heilung	440
VI. Die beiderseitige Erledigungserklärung vor einer Beweisaufnahme... 440	
1. Spannungsverhältnis von Billigkeit der Kostenentscheidung	
und der Gewährung rechtlichen Gehörs	440
a) Beweisaufnahme in Verfahren nach § 91a ZPO	440
b) Funktion des § 91a ZPO	441
c) Kein Überwiegen „prozessökonomischer“ Argumente über	
den Anspruch auf rechtliches Gehör.....	443
2. Erklärungsgehalt der beiderseitigen Erledigungserklärungen.....	443
a) Alternativlosigkeit der Erledigungserklärung des Klägers.....	443
b) Asymmetrie der Stellung der Parteien im Erledigungsfall.....	444
3. Anerkenntnis des Beklagten.....	445

4. Erledigungsstreit	445
a) Rechtsschutzmöglichkeiten des Beklagten.....	445
b) Klageänderungstheorie	446
c) Göppinger und Schwab: Ausschluss des § 91a ZPO im Erledigungsstreit	446
5. Auslegung der Erledigungserklärung	446
a) Berücksichtigung der prozessualen Interessenlage des Beklagten.....	446
b) Überwiegende Gegenmeinung im Schrifttum	448
6. Möglichkeit der Korrektur der grundsätzlich gegen den Beklagten zu fällenden Kostenentscheidung	448
§ 22 VERHANDLUNG UND VERHANDLUNGSLEITUNG DURCH RICHTERLICHE HINWEISE	451
I. Verhandlung der Sache und richterliche materielle Prozessleitung	451
1. Erteilung „des Wortes“ an die Parteien	451
2. „Erschöpfende Erörterung der Sache“	451
a) Aufgabe des Gerichts.....	451
b) Unanschaulichkeit des deutschen Zivilprozesses.....	451
II. Hinwirken auf tatsächlichen Vortrag der Parteien durch das Gericht...	452
1. Unklarer Vortrag der Parteien.....	452
2. Gegenstand der Erklärung.....	454
§ 23 AUFGABEN DES GERICHTS BEI DER ORGANISATION DES PROZESSES	457
I. Prüfung der Prozessvoraussetzungen.....	457
1. Prüfung der Prozessvoraussetzungen vor der Prüfung des Rechtsstreits in der Sache	457
2. Kritik Rimmelpachers	457
II. Prozessvorbereitung.....	459
1. Mündlichkeit, früher erster Termin und schriftliches Vorverfahren.....	459
2. Terminsbestimmung.....	460
3. Weitere vorbereitende Maßnahmen	460
III. Anordnung des persönlichen Erscheinens der Partei	461
1. Öffentlichrechtliche Pflicht der Parteien, an der mündlichen Verhandlung teilzunehmen	461
a) Übersicht	461
b) Nicht verteidigungsbereiter Beklagter.....	463
2. Anordnung nach § 141 ZPO und Verfahrensbeschleunigung	463
a) Sammlung des Streitstoffes	463
b) Rechtliches Gehör.....	464
c) Anwaltsprozess	465
3. § 141 ZPO und Beweis	465
a) Strengbeweis und Freibeweis	465
b) Keine richterliche Amtsermittlung aufgrund § 141 ZPO	466

c) Keine Gleichwertigkeit von Parteianhörung und Beweisaufnahme? Zur Judikatur des EGMR	467
4. Waffengleichheit und beweiswürdigungsrechtliche Berücksichtigung der Anhörung der Partei nach § 141 ZPO	469
a) Versicherungsrechtliche Kfz-Diebstahlsfälle	469
b) Beweisnotstand	471
IV. Besonderheiten im Scheidungsverfahren	472
V. Anordnung der Vorlage von Urkunden und Akten	472
1. Funktion des § 142 ZPO, § 142 ZPO	472
2. Berücksichtigung der Beweislast	475
a) Funktion des § 420 ZPO	475
b) Vorlagepflichten aus Treu und Glauben?	475
c) Spezifizierung durch § 422 ZPO	476
3. Lage in nichtstreitigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	477
VI. Ladung von Zeugen und Sachverständigen	477
1. Vorbereitende Ladung von durch die Parteien schriftsätzlich benannten Zeugen	477
2. Vorbereitende Ladung von Sachverständige	478
§ 24 PFLICHTEN DER PARTEIEN	479
I. Prozessförderungspflichten	479
II. Die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien vor Gericht	480
III. Wahrheit der Tatsachenfeststellungen des Gerichts	481
1. Übersicht	481
a) Gesetzliche Regelung	481
b) Persönliche Reichweite	481
2. Entwicklung des Rechtsinstituts der Wahrheitspflicht der Parteien	482
a) Liberalistisches Modell der CPO	482
b) Entwicklung seit 1933	482
c) Wahrheit von Tatsachen, nicht von Rechtsbehauptungen	483
3. „Wahrheit“ und Tatsachengrundlage des Urteils	483
a) Keine Wahrheitsermittlung als abstrakte Aufgabe des Prozesses	483
b) Vortrag der Parteien und empirische Wahrnehmung	484
c) Vortrag von Eventualverhältnissen	485
4. Geständniswirkungen Bestreiten mit Nichtwissen	485
a) Bestreiten mit Nichtwissen	485
b) Geständniswirken des Nichtbestreitens	486
c) Materielle Wahrheitspflichten, aus § 242 BGB?	487
d) Schutz der Sphäre der Partei	488
aa) Keine Pflicht zur Selbstbezeichnung	488
bb) Betriebsgeheimnisse, Know-how usw.	489

e) Bewusst unwahre Geständnisse und der Schutz Dritter	489
f) Gerichtsnotorische Tatsachen	491
IV. Materiellrechtliche Schadenersatzpflichten des „Prozesslügners“?	491
1. § 138 Abs. 1 ZPO als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB?	491
2. Wahrheit prozessualer Tatsachenfeststellungen	492
3. § 580 Nr. 4 ZPO: Wiederaufnahme wegen Prozessbetruges	493

TEIL 6: FESTSTELLUNG DER ENTSCHEIDUNGSERHEBLICHEN TATSACHEN 495

§ 25 FESTSTELLUNG DER TATSACHENGRUNDLAGE DER ENTSCHEIDUNG IM STREITIGEN PROZESS..... 495

I. Notwendigkeit des Beweises und die Beweislast	495
1. Beweisbedürftigkeit bestrittener Tatsachen	495
2. Beweislast und Beweislastumkehr	495
a) Abhängigkeit vom materiellen Recht	495
b) Beispiel: Beweislast im Streit zwischen Insolvenzverwalter und Globalsicherungszeessionar um das Bestehen und die Anfechtbarkeit von dinglichen Sicherheiten	495
aa) Darlegung und Beweis des wirksamen Erwerbs eines Sicherungsrechts	497
bb) Darlegungs- und Beweislast bei der Insolvenzanfechtung wirksam erworbener Sicherungsrechte	503
c) Die sog. Sekundäre Beweislast	504
II. Beweisverfahren als Erkenntnisteknik	505
1. Verhandlungsmaxime	505
a) In der Berufungsinstanz zugrunde zulegende Tatsachen	505
b) Fremdes Recht	506
c) Notorietät	506
d) Nochmals: Geständnis	506
III. Der Freibeweis im Prozess	507
IV. Verfahren und Formen des Strengbeweises	508
1. Beweisbeschluss	508
2. Formen des Beweises	508
a) Augenschein	508
b) Zeugen	508
c) Sachverständigenbeweis	509
d) Urkundsbeweis	510
e) Parteivernehmung	510
V. Beweis und Waffengleichheit - die Parteivernehmung	512
VI. Glaubhaftmachung	513
§ 26 BEWEISWÜRDIGUNG	517
I. Abkehr des Zivilprozessrechts von Beweisregeln	517

II. Freie richterliche Beweiswürdigung.....	518
III. Die Widerlegung des Beweises: Gegenbeweis und Beweis des Gegenteils.....	520
1. Gesetzliche Vermutungen und der Beweis des Gegenteils	520
2. Entkräftung des Hauptbeweises durch Führung des Gegenbeweises.....	520
3. Gegenbeweis und prima facie Beweis	521
IV. Richterliche Schadensschätzung.....	521
Reichweite richterlicher Schätzungen	521
a) Schadensschätzung	521
b) Weitere Fälle.....	523
c) Beweislast	524
Fallbeispiel.....	524
V. RECHTSFRAGE UND TATFRAGE	530
§ 27 SACHVERHALTSERMITTLUNG IN VERFAHREN DER FREIWILLIGEN GERICHTSBARKEIT	533
I. Amtsermittlung, § 26 FamFG	533
Voraussetzungen	533
a) Zweck-Mittel-Relation bei der Bestimmung des Umfangs amtswegiger Ermittlungen	533
b) Besondere Probleme beim Kindeswohlbezug amtswegiger Ermittlungen.....	533
II. Freibeweis.....	537
1. Was versteht man unter dem Freibeweis?	537
2. Amtsermittlung und Freibeweis?	538
3. Prognoseentscheidungen und Freibeweis?	540
III. Strengbeweis.....	542
IV. „Weitere Ermittlungen“, Ermittlungsorgane und Beteiligte.....	543
V. Antragsverfahren am Beispiel von Insolvenzverfahren	545
1. Amtsermittlung des Insolvenzgerichts.....	545
a) Insolvenzverfahren als nichtstreitiges Verfahren	545
b) Gegenstand der Amtsermittlung des Insolvenzgerichts	548
c) Zulässiger Antrag als Voraussetzung der Amtsermittlungspflicht des § 5 Abs 1 InsO	549
d) Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen über die Art der Sachverhaltsermittlung	549
2. Reichweite der Amtsermittlung	550
a) Amtsermittlung im Eröffnungsverfahren	550
b) Amtsermittlung im eröffneten Verfahren	551
VI. Die Instrumente der Amtsermittlung	551
1. Ausdrücklich gesetzlich genannte Beweismittel	551
a) Der Sachverständige	551

b) Grundrechtliche Schranken	552
c) Zeugenvernehmungen.....	552
2. Mögliche Beweismittel	554
a) Vernehmung des Schuldners	554
b) Vernehmung von Insolvenzgläubigern.....	554
c) Einholung von Auskünften	554
VII. Ermessen des Insolvenzgerichts bei der Wahl seiner Mittel	555
1. Darstellung im Schrifttum.....	555
2. Fälle gesetzlicher Bindung des Insolvenzgerichts an zivilprozessuale Beweisformen?.....	556
a) Glaubhaftmachung	556
b) Beweis.....	557
c) Folgerungen	559
VIII. Beispiel: Ausschluss von Amtsermittlung im Falle unwiderleglicher gesetzlicher Vermutungen:	
§ 270 Abs. 3 S. 2 InsO.....	559
1. Beweisrechtlicher Regelungsgehalt des § 270 Abs. 3 S. 2 InsO	559
2. Unklarheiten in der Literatur.....	559
3. § 292 S. 1 ZPO	559
4. § 291 ZPO	560
5. § 21 Abs. 1 GKG.....	561
TEIL 7: ABSCHLUSS DES VERFAHRENS.....	563
§ 28 PROZESSBEENDIGUNG OHNE URTEIL	563
I. Zur Gewährung rechtlichen Gehörs zur Vorbereitung der Kostenentscheidung bei Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache.....	563
II. Prozessbeendigung durch Vergleich	563
III. Nichtstreitige Verfahren und Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit	564
IV. Antragsrücknahme in nichtstreitige Verfahren und Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit.....	564
§ 29 ENTSCHEIDUNGEN IM PROZESS UND STREITVERFAHREN DER FREIWILLIGEN GERICHTSBARKEIT	567
I. Urteil und Beschluss	567
II. Die gerichtliche Entscheidung als verfahrensrechtlicher Akt	567
III. Prozessurteil und Sachurteil	569
IV. Arten der Urteile.....	569
1. Verzichtsurteil	569
2. Anerkenntnisurteil.....	570
3. Endurteile	570
4. Teilurteil	571

a) Zivilprozess.....	571
b) Scheidungsrechtliches Verbundverfahren.....	572
c) Anspruchshäufung und Teilurteil im Prozess.....	572
d) Aufrechnung.....	573
5. Zwischenurteil.....	573
6. Grundurteil.....	574
§ 30 ENTSCHEIDUNGEN IN VERFAHREN NACH DEM FAMFG.....	575
I. Echte Streitverfahren.....	575
II. Nichtstreitige Verfahren.....	576
1. Verrichtungen des Gerichts.....	576
2. Abgrenzung von Tathandlungen und Entscheidungen.....	577
3. Sonderprobleme von Entscheidungen in Dauerverfahren.....	577
4. Verfügung und Beschluss.....	577
a) Regelung des FamFG.....	577
b) Verfügung und Eintragung im Grundbuchverfahren.....	579
5. Willensäußerungen des Gerichts.....	580
a) Form.....	580
b) Sonderprobleme von familiengerichtlichen Genehmigungen.....	580
6. Gestaltung der Rechtslage.....	580
a) Wirksamwerden.....	580
b) Bekanntgabe.....	581
aa) § 40 Abs. 1 FamFG.....	581
bb) Sonderfall des § 1829 Abs. 1 BGB.....	582
7. Verfahrenlenkende Entscheidung zur Wahrung materiellen Rechts – Die Zwischenverfügung im Grundbuchverfahren.....	582
a) Wahrung des Rangs eines Antrags.....	582
b) Kein pflichtgemäßes Ermessen zur Entscheidung durch Zwischenverfügung.....	584
TEIL 8: KORREKTUR FEHLERHAFTER RICHTERLICHER ENTSCHEIDUNGEN.....	587
§ 31 SCHADENERSATZ STATT FEHLERKORREKTUR?.....	587
I. Zum prozessrechtlichen Grund des Haftungsausschlusses nach § 839 Abs. 2 S. 1 BGB.....	587
1. Funktion der Haftungsbefreiung für richterliche Amtspflichtverletzungen.....	587
2. Unterscheidung von materieller Rechtsprechung und administrativem richterlichem Handeln.....	589
II. Schutz der Rechtskraft und der richterlichen Unabhängigkeit durch § 839 Abs. 2 S. 1 BGB?.....	591
1. Anlass der Fragestellung.....	591

2. Schutz der Rechtskraft als Zweck des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB?.....	593
3. „Spruchrichterprivileg“ und richterliche Unabhängigkeit.....	595
III. Richterspruchprivileg zur Gewährleistung richterlicher	
Rechtsfortbildung	597
1. Haftungsprivileg und Prozess	597
2. Folgerungen.....	599
IV. Bestimmung der konkreten Reichweite der Haftungsfreistellung	
nach § 839 Abs. 2 S. 1 BGB	600
1. Zum Beispiel: Zum sachlichen Unterschied zwischen dem B	
eschluss nach § 91 a ZPO und einem Arrestbeschluss	
gem. § 922 I 2. Hs. ZPO	600
2. Bedeutung des Verfahrens bei der Herstellung der	
Entscheidungsgrundlage	601
V. Rechtfertigung der Haftung für Unrecht bei richterlichen	
Verwaltungshandlungen.....	603
1. Administratives Handeln des Richters.....	603
2. § 839 Abs. 2 S. 1 BGB und Art. 19 Abs. 4 GG	604
3. „Teleologische Reduktion“ des Art. 19 Abs. 4 GG als	
Exemption richterlichen Handelns?	605
4. Eröffnung des Rechtswegs gegen administrative Maßnahmen des	
Richters	606
VI. Ergebnisfehlerklage nach § 826 BGB und die Nichtigkeits- und	
Restitutionsklagen der §§ 579, 580 ZPO	606
§ 32 REVISION, BERUFUNG, SOFORTIGE BESCHWERDE UND	
ANÖRUNGRÜGE IM GELTENDEN ZIVILPROZESSRECHT.....	611
I. Nichtzulassungsbeschwerde.....	611
II. Revision	612
III. Revisionsähnliche Ausgestaltung der Berufung als eingeschränkter	
zweiter Tatsacheninstanz.....	617
IV. Sofortige Beschwerde und Rechtsbeschwerde	625
V. Die Anhörungsrüge gem. § 321a ZPO	629
TEIL 9: RECHTSMITTEL IN DER FREIWILLIGEN	
GERICHTSBARKEIT – VON DER VERWALTUNG ZUR	
RECHTSPRECHUNG.....	631
§ 33 ARTEN UND AUFGABEN DER RECHTSMITTEL NACH DEM FAMFG.....	631
I. Die Fragestellung: Prozess- oder Richtervorbehalt	631
1. Zur Funktion der verfassungsrechtlichen Rechtsweggewähr	631
2. Rechtsweg gegen Richter nach § 40 VwGO?.....	632
3. Zur Lage in den administrativen Verfahren der freiwilligen	
Gerichtsbarkeit	633

4.	Differenzierte Funktion der Beschwerde gem. §§ 58 ff. FamFG in den verschiedenen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit...	635
a)	Ursprung der Beschwerde in der historischen Urteilsschelte.....	635
b)	„Aufsichtsbeschwerden“	637
II.	Die verschiedenen Rechtsmittel in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.....	638
1.	Die Beschwerde	638
2.	Die Rechtspflegereinerinnerung*	640
III.	Die Untätigkeitsbeschwerde.....	642
IV.	Rechtsmittelzug als Rechtsweg gegen materielle Verwaltungsentscheidungen in Verfahren der nichtstreitigen freiwilligen Gerichtsbarkeit.....	648
1.	Fragestellung.....	648
2.	Zur Beschwerdeberechtigung in nichtstreitigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	650
3.	Rechtsmittel und Verfahrensgegenstand.....	651
4.	Kompetenz des Beschwerdegerichts in nichtstreitigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	653
V.	Verfassungsrechtliche Wirkungen auf Statthaftigkeit und Zulässigkeit von Rechtsmitteln	658
1.	Grenzen des Rechtsmittelzuges	658
2.	Rechtsmittel als Rechtsweg iSv Art. 19 Abs. 4 GG	659
a)	Regelung der Beschwerde im FamFG	659
b)	Die Rechtsbeschwerde.....	661
c)	Judikatur des BVerfG zur Auswahl des Insolvenzverwalters	662
d)	Judikatur des BGH: Der „Sachverständigenbeschluss“	663
e)	Beschwer und Rechtsweggarantie	666
VI.	Keine Deduktion zivilverfahrensrechtlicher Strukturen aus verfassungsrechtlichen Wertungen	668
	Gefahr einer Verdoppelung der Rechtsordnung	668
§ 34	FUNKTION VON RECHTSMITTELN	671
I.	Korrekturfunktion und Rechtsvereinheitlichungs-funktion.....	671
1.	Fragestellung.....	671
2.	Probleme einer Wiederholung der Tatsacheninstanz.....	671
II.	Rechtsmittel als „fleet in being“.....	672
III.	Beschwer als Voraussetzung der Rechtsmittelbefugnis.....	674
1.	Formelle Beschwer.....	674
2.	Beschwer in Amtsverfahren.....	675
IV.	Das Verbot der reformatio in peius.....	675
1.	Dispositionsbefugnis der Parteien im Rechtsmittelverfahren.....	675
2.	Allgemeine Geltung des Verschlechterungsverbot aus „rechtsstaatlichen Gründen“?.....	679
a)	Zur Problemstellung	679

b) Stellungnahmen der Literatur	680
3. Zum Verhältnis der Rechtsprechungsqualität von Rechtsmittelverfahren und des Verbots der reformatio in peius	684
a) Einheit des Prozesses und Ausschluss der reformatio in peius	684
b) Verschlechterungsverbot und richterliche Prozessleitung	687
c) Ausschluss der reformatio in peius zur Konstitution unparteilicher Rechtsprechung.....	688
4. Die reformatio in peius im Verwaltungsverfahren als Instrument der Zweckmäßigkeitkontrolle.....	690
5. Zulässigkeit der reformatio in peius in der Beschwerdeentscheidung nichtsstreitiger Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	693
TEIL 10: ERLASS VON VOLLSTRECKUNGSTITELN DURCH RECHTSPFLER AUßERHALB DES STREITIGEN VERFAHRENS MATERIELLER RECHTSPRECHUNG.....	699
§ 35 DAS VEREINFACHTE VERFAHREN ÜBER DEN KINDESUNTERHALT	699
§ 36 MAHNVERFAHREN ALS STREITENTSCHEIDUNG OHNE PROZESS – GRENZEN DER WIRKUNGEN DES VOLLSTRECKUNGSBESCHIDES.....	701
I. Aufgabe und Gang des Mahnverfahrens.....	701
1. Mahnverfahren als summarisches Verfahren.....	701
2. Verfahren nach Antragstellung	701
3. Verfahren bei Widerspruch des Antragsgegners	702
4. Antragsrücknahme bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung	702
5. Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheides: Der Titel	702
II. Beschränkte Rechtskraftwirkung des Vollstreckungsbescheids	703
1. Feststellung der Voraussetzungen einer vollstreckungs- rechtlichen Privilegierung gem. § 850f Abs. 2 ZPO.....	703
2. Beschränkte Feststellungswirkungen des summarischen Verfahrens	704
Stichwortverzeichnis	712