

Prof. Dr. Christian Berger, LL.M.

Dr. Frank Skamel, LL.M. (Duke)

Zivilverfahrensrecht mit Fällen

Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung

Leipziger Examens-Offensive (LEO)

WS 2017/2018

Abschnitt 1. Erkenntnisverfahren

I. Grundsätze des Zivilprozesses

Fall 1: Schlüssigkeit und Erheblichkeit, Darlegungs- und Beweislast

1. Dispositionsmaxime
2. Verhandlungsgrundsatz
3. Rechtliches Gehör
4. Verfahrensbeschleunigung
5. Unmittelbarkeit
6. Mündlichkeit
7. Öffentlichkeit
8. Waffengleichheit

II. Sachentscheidungsvoraussetzungen

1. Begriff
2. Einzelne Sachentscheidungsvoraussetzungen
3. Sachentscheidungshindernisse
4. Prüfung und Entscheidung

III. Zuständigkeiten

1. Deutsche Gerichtsbarkeit
2. Internationale Zuständigkeit
3. Rechtsweg
4. Entscheidung über den Rechtsweg
Fall 2: Rechtswegzuständigkeit
5. Sachliche Zuständigkeit
6. Örtliche Zuständigkeit
7. Zuständigkeitsvereinbarungen
8. Rügeloses Einlassen
Fall 3: Sachliche und örtliche Zuständigkeit I
9. Prüfung und Entscheidung bei Zuständigkeitsfragen
Fall 4: Sachliche und örtliche Zuständigkeit II

IV. Parteilehre

1. Parteibegriff
2. Wer ist Partei?
3. Parteifähigkeit
4. Prozessfähigkeit
5. Postulationsfähigkeit
6. Stellvertretung im Prozess
7. Prozessführungsbefugnis
Fall 5: Parteifähigkeit, Prozessführungsbefugnis, Prozessstandschaft
8. Parteiwechsel
Fall 6: Partei kraft Amtes, Prozessführungsbefugnis, Parteiwechsel

V. Klage

1. Klageerhebung
2. Klagearten
3. Rechtshängigkeit
4. Klageänderung (§ 263 ZPO)
5. Veräußerung des streitbefangenen Gegenstands

VI. Prozessverlauf

1. Richterliche Prozessleitung
2. Prozesshandlungen der Parteien (allgemein)
3. Widerklage
Fall 7: Feststellungsklage, Widerklage
4. Tatsachenvortrag und Beweis
5. Beweisbedürftige Tatsachen
6. Beweislast
7. Beweisarten
8. Beweismittel
9. Beweisverfahren

VII. Beendigung des Verfahrens

1. Prozessvergleich
Fall 8: Prozessvergleich
2. Prozessaufrechnung
Fall 9: Prozessaufrechnung
3. Anerkenntnis
4. Beendigung durch gerichtliche Entscheidung
5. Urteilswirkungen
6. Formelle Rechtskraft
7. Materielle Rechtskraft
Fall 10: Rechtskraft
Fall 11: Rechtskrafteerstreckung, Titelschreibung

VIII. Besondere Verfahrensformen

1. Versäumnisverfahren
2. Erledigung des Rechtsstreits

IX. Beteiligung mehrerer Personen am Prozess

1. Streitgenossenschaft
2. Nebenintervention
3. Streitverkündung

Abschnitt 2. Zwangsvollstreckungsrecht

I. Grundprinzipien der Zwangsvollstreckung

1. Dispositionsgrundsatz
2. Trennungsprinzip
3. Formalisierungsgrundsatz
4. Öffentlich-rechtliche Deutung der Vollstreckungsakte
5. Prioritätsprinzip

II. Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung

1. Antrag
2. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen
3. Titel
4. Vollstreckbare Ausfertigung („Klausel“)
5. Zustellung
6. Besondere Voraussetzungen für den Beginn der Zwangsvollstreckung
7. Vollstreckungshindernisse

III. Arten der Zwangsvollstreckung

1. Systematischer Überblick
2. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen
3. Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in eine Geldforderung
Fall 12: Zwangsvollstreckung in eine unter Eigentumsvorbehalt erworbene Sache
4. Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in unbewegliches Vermögen
Fall 13: Zwangsversteigerung von Grundstück und Zubehör

IV. Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung

1. Vollstreckungsabwehrklage, § 767 ZPO
Fall 14: Vollstreckungsabwehrklage
2. Drittwiderspruchsklage, § 771 ZPO
Fall 15: Drittwiderspruchsklage
3. Klage auf vorzugsweise Befriedigung, § 805 ZPO

V. Rechtsschutz nach Beendigung der Zwangsvollstreckung

1. Interessenlage
2. „Verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“
Fall 16: „Verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“
3. „Verlängerte Drittwiderspruchsklage“
Fall 17: „Verlängerte Drittwiderspruchsklage“

VI. Einstweiliger Rechtsschutz

1. Gründe für den einstweiligen Rechtsschutz
2. Formen des einstweiligen Rechtsschutzes
3. Verfahren
4. Wirkungen
5. Rechtsbehelfe
6. Vollzug, §§ 928 ff. ZPO
7. Schadensersatzpflicht, § 945 ZPO
Fall 18: Arrest und einstweilige Verfügung

Anhang: Fälle

Abschnitt 1. Erkenntnisverfahren

Literatur (allgemein zur Falllösung im Zivilprozessrecht): *Spohnheimer*, Zivilprozessuale Standard-Probleme in den Pflichtfachklausuren – Erkenntnisverfahren, JA 2017, 658.

I. Prinzipien des zivilgerichtlichen Verfahrens

Literatur: *Möller*, Die Verfahrensgrundsätze des Zivilverfahrens, JA 2007, 47; *Schreiber*, Die Verfahrensgrundsätze im Zivilprozess, JURA 2007, 500.

- 1 Das ZPO-Verfahren ist nicht beliebig gestaltet, sondern folgt bestimmten Grundsätzen. Diese sind wichtig für Normverständnis, Auslegung und Rechtsanwendung. Im Vordergrund steht die **Parteiherrschaft**.

1. Dispositionsmaxime

a) „Ob des Prozesses“

- 2 Es stellt sich die Frage, wie ein Zivilprozess in Gang kommt. Der *Kläger* bestimmt über die Einleitung des Prozesses. Das ist Ausfluss seiner **Privatautonomie**, die prozessual in die **Dispositionsmaxime** mündet. Den Privatrechtssubjekten stehen Rechte zu. Sie können sie ausüben, darüber verfügen. Sie allein sollen auch über ihre Durchsetzung entscheiden.

Beispiel: Der Gläubiger kann eine Forderung erlassen, aber auch auf die prozessuale Geltendmachung verzichten. In beiden Fällen bekommt er nichts.

- 3 Es gilt: „Wo kein Kläger, da kein Richter“: Dieser Grundsatz gilt auch im Rechtsmittelverfahren (kein Berufungs-/Revisionsverfahren ohne Berufung/Revision) und in der Zwangsvollstreckung (§ 753 ZPO für den Gerichtsvollzieher [„Auftrag“ meint „Antrag“]; arg. § 834 ZPO: „Pfändungsgesuch“; § 15 ZVG).

Den Gegensatz dazu bildet das **Amtsverfahren (Offizialmaxime)**. Die Parteien haben keinen Einfluss auf den Beginn des Verfahrens. Die Offizialmaxime gilt in Amtsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FG): z.B. § 1666 BGB (Sorgerechtsverfahren; s. §§ 151 ff. FamFG), § 1774 BGB (Vormundschaftsanordnung), § 1915 BGB (Pflegschaft). Das FG-Verfahren kennt aber auch Antragsverfahren: Erbscheinsverfahren § 2353 BGB; s. auch §§ 1382 I 1, 1383 I BGB.

b) „Streitgegenstand“

- 4 Der Kläger bestimmt in Ausübung seiner Dispositionsfreiheit ferner den Gegenstand des Prozesses. Der Kläger muss dazu einen **bestimmten Antrag** stellen, § 253 II Nr. 2 ZPO, und den „Grund des Anspruchs“ nennen (nicht die Anspruchsgrundlage, sondern den zugrundeliegenden Sachverhalt).

Das Gericht ist an den Antrag **gebunden**, § 308 ZPO. Was nicht beantragt wird, darf nicht zugesprochen werden. Das Gericht darf nicht mehr oder etwas anderes zusprechen, als beantragt wurde, sehr wohl aber weniger. Eine Ausnahme davon für Streitigkeiten in Mietsachen beinhaltet § 308a ZPO (ähnlich s. § 88 VwGO).

Beispiel: Der Kläger klagt (zur Kostenersparnis) nur einen Teil seines Anspruchs ein („Teilklage“).

Beispiel: Der Kläger vergisst, Zinsen (§§ 291, 288 BGB) geltend zu machen. Der Richter darf sie ihm im Urteil nicht zuzusprechen, § 308 I 2 ZPO. – Er darf auch keinen Hinweis geben nach § 139 I ZPO; zwar hat das Gericht auf sachdienliche Anträge hinzuwirken (§ 139 I 2 ZPO), aber das rechtfertigt keinen Hinweis auf Klageerweiterungen (arg. § 139 II ZPO „soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen“).

Beispiel: Der Kläger verlangt Schadensersatz in Form von Naturalrestitution. Das Gericht darf Schadensersatz in Geld *nicht* zusprechen. Das ist nicht ein „weniger“, sondern qualitativ etwas „anderes“. Hier wäre aber ein Hinweis nach § 139 I 2 ZPO geboten.

Beispiel: Zulässig ist – als ein „weniger“ – aber eine Verurteilung „Zug um Zug“ (vgl. § 322 BGB) statt der beantragten Vollverurteilung. Die Klage ist im Übrigen abzuweisen.

Freilich kann das Gericht der Klage mit anderer Anspruchsgrundlage stattgeben. So ist bei einer Klage gestützt auf § 280 BGB eine Verurteilung gemäß § 823 BGB möglich. Es liegt kein anderer prozessualer Streitgegenstand vor. Anspruchsgrundlagen bestimmen den Streitgegenstand nicht. 5

Im **Rechtsmittelverfahren** gilt: Das Gericht darf das Urteil nur insoweit ändern, als es beantragt ist, §§ 528 I 2, 557 ZPO. Daraus folgt grundsätzlich das Verschlechterungsverbot.

Beispiel Teilobsiegen: K klagt 10.000 Euro ein, B wird zu 6.000 Euro verurteilt. K legt Berufung ein. In der Berufungsinstanz darf die Klage nicht vollständig abgewiesen werden. Es sei denn, B legt Anschlussberufung ein (§ 524 ZPO).

Im Verfahren der **einstweiligen Verfügung**: § 938 ZPO geht vom Ermessen des Gerichts aus. Aber auch hier darf nicht ein anderer als der beantragte Anspruch gesichert werden. 6

c) Disposition über das Ende des Verfahrens

Der **Kläger** durch: 7

- Klagerücknahme, § 269 ZPO
- Verzicht, § 306 ZPO
- (einseitige) Erledigungserklärung
- Rechtsmittelrücknahme, § 516 ZPO
- Rechtsmittelverzicht, § 514 ZPO

Der **Beklagte** durch:

- Anerkenntnis, § 307 ZPO

Kläger und Beklagter zusammen durch:

- Prozessvergleich, § 779 BGB, § 794 I Nr. 1 ZPO
- (übereinstimmende) Erledigungserklärung, § 91a ZPO
- ggf. Versäumnisurteil, § 331 ZPO

Hinweis: Weshalb kann der Kläger nach § 269 I ZPO die Klage nicht mehr zurücknehmen, wenn der Beklagte zur Hauptsache mündlich verhandelt hat? Rechtsfolge der Klagerücknahme ist, dass kein Urteil ergeht. Der Kläger soll aber nicht mehr die Möglichkeit haben, die Klage zurückzunehmen mit dem Ziel, dem Beklagten günstige Prozesslagen zu nehmen, beispielsweise Präklusionen oder Ergebnisse einer Beweisaufnahme. Mit Beginn der mündlichen Verhandlung gewinnt der Beklagte aber ein „Anrecht“ auf ein *rechtskräftiges* Urteil.

- 8 Dispositionshandlungen binden das Gericht ohne Rücksicht auf die „wahre Rechtslage“. Aufgrund eines Anerkenntnisses nach § 307 ZPO ist ein Urteil zu erlassen, auch wenn die Klage unschlüssig ist.

Beispiel: K klagt den Kaufpreis aus einem Grundstücksverkauf ein, ohne die notarielle Beurkundung des Kaufvertrags vorzutragen. B erklärt ein Teilanerkentnis. Es muss ein entsprechendes Anerkenntnisurteil ergehen. Das Gericht prüft lediglich die Prozessvoraussetzungen, nicht die Schlüssigkeit oder Begründetheit der Klage.

d) Ausnahmen

- 9 Die Dispositionsmaxime gilt *nicht*, soweit die Parteien materiell-rechtlich nicht über das Streitverhältnis Verfügungsbefugt sind, so z.B. in Ehesachen (§ 113 FamFG).

Hintergrund: Die Ehegatten können über das Rechtsverhältnis Ehe grundsätzlich nicht privatautonom disponieren, insbesondere können sie die Ehe nicht vertraglich aufheben. Nach § 1565 BGB ist das „Scheitern der Ehe“ Voraussetzung der Ehescheidung. Folglich soll nach § 113 FamFG auch keine (mittelbare) Disposition durch Prozessverhalten wie Anerkenntnis oder Nichterscheinen möglich sein, § 130 IV FamFG.

Die Dispositionsmaxime wird ferner bei Nebenentscheidungen durchbrochen. So entscheidet das Gericht etwa über Tragung der Prozesskosten (§ 308 II ZPO; vgl. §§ 91 ff. ZPO) oder die vorläufige Vollstreckbarkeit (§ 708 ZPO: „sind“) von Amts wegen.

Zu unterscheiden sind die Dispositionsmaxime und die Officialmaxime von den Begriffen Partei- oder Amtsbetrieb. Bei letzteren geht es darum, wer den Prozess *äußerlich* fortreibt, beispielsweise Zustellungen veranlasst, Termine anberaumt, Ladungen vornimmt. Das ist in der Regel das Gericht.

2. Verhandlungsgrundsatz

- 10 Rechtsprechung ist Rechtsanwendung. Rechtsfolgen setzen einen Tatbestand voraus, der an Tatsachen anknüpft. Der Verhandlungsgrundsatz (auch Beibringungsgrundsatz) betrifft die Frage, wie der tatsächliche Streitstoff und der Beweisstoff des Verfahrens gebildet werden. Wer bestimmt darüber, welche Tatsachen der Entscheidung zugrunde gelegt werden? Wer bestimmt über die Beweisbedürftigkeit. Wer benennt die Beweismittel? Im streitigen Verfahren der ZPO sind das grundsätzlich die Parteien.
- 11 **Wie wird der Streitstoff gebildet?** Die Parteien haben dazu (tatsächliche) Behauptungen aufzustellen und sich zu den Behauptungen des Gegners zu erklären, § 138 II ZPO. Was nicht behauptet wurde, darf das Gericht seinem Urteil nicht zugrunde legen, es darf auch kein Beweisbeschluss ergehen.
Wer welche Behauptung aufzustellen hat, bestimmt die **Darlegungslast**.

Beispiel: Der Kläger klagt den Kaufpreis ein. Er muss nur den Vertragsschluss vortragen. Der Beklagte muss die Einwendungstatsachen vortragen, etwa Erfüllung oder Aufrechnung. Gegenüber der Gegenforderung, mit der aufgerechnet wurde, muss dann wieder der Kläger Einwendungen vortragen.

- 12 Die Behauptung muss **substantiiert** erfolgen.

Beispiel: Der Kläger klagt auf Schadensersatz wegen Körperverletzung. Der Beklagte beruft sich nur allgemein auf „Notwehr“, ohne konkrete Angaben zu machen. Im Termin zur mündlichen Verhandlung bietet er Zeugen an. Der Richter wird die Zeugen nicht vernehmen. (Zu welchen Tatsachen auch?)

Beweisbedürftigkeit: Nicht jede (substantiiert behauptete) Tatsache ist „beweisbedürftig“. Die Parteien disponieren über die Beweisbedürftigkeit durch „Nichtbestreiten“ und „Geständnis“, §§ 138 III, 288 ZPO. Das Nichtbestreiten entfaltet im Gegensatz zum Geständnis nach § 290 ZPO keine Bindung; es kann auch später noch bestritten werden (falls keine Präklusion). Auf die Überzeugung des Richters kommt es bei Nichtbestreiten und im Fall des Geständnisses nicht an. Er muss die Tatsache dem Urteil zugrunde legen. – Anders im vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Strafprozess (zur Beweisaufnahme über ein Geständnis im Strafverfahren s. § 254 StPO). 13

Beweismittel: Die Parteien benennen die Beweismittel. Das Gericht hat nicht von sich aus Beweismittel heranzuziehen. Das gilt uneingeschränkt aber nur beim Zeugenbeweis, vgl. § 273 II Nr. 4 ZPO („Zeugen, auf die sich eine Partei bezogen hat“). Andere Beweismittel *können* zur Terminvorbereitung unter bestimmten Voraussetzungen von Amts wegen berücksichtigt werden. Es besteht aber *keine Pflicht des Gerichts*. Daher liegt § 273 II Nrn. 4, 5 ZPO nicht die Dispositionsmaxime zugrunde. 14

Wenn das Beweismittel nicht benannt wird, bleibt die Partei „beweisfällig“. Sie unterliegt im Prozess bei Beweisbedürftigkeit aufgrund einer Beweislastentscheidung.

Den Gegensatz zum Verhandlungsgrundsatz dazu bildet der **Untersuchungsgrundsatz** („Inquisitionsmaxime“). Hier ist das Gericht für die Sachverhaltsaufklärung verantwortlich. Er gilt in familiengerichtlichen Verfahren (Ehesachen, § 127 I FamFG; Abstammungsverfahren, § 177 FamFG), im Strafverfahren und im Verwaltungsprozess, § 86 I VwGO. 15

Der Untersuchungsgrundsatz darf *nicht* mit der **Prüfung von Amts wegen** verwechselt werden. Sie gilt bei Prozessvoraussetzungen (s. etwa § 56 ZPO) oder grundsätzlich bei Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (s. etwa § 26 FamFG): „Prüfung von Amts wegen“ bedeutet, dass das Gericht nicht an das Parteiverhalten (Nichtbestreiten, Geständnis) gebunden ist. 16

Beispiel: Der Geisteszustand einer Partei erscheint angeschlagen. § 139 III ZPO: Gericht macht auf Bedenken aufmerksam. Die Tatsachen selbst aber haben die Parteien beizubringen. Es bleibt beim Beibringungsgrundsatz.

Weshalb Verhandlungsgrundsatz? Es besteht kein öffentliches Interesse, Tatsachen in den Prozess einzuführen, wenn die Parteien dies nicht wollen. Das gilt auch für die Beweisaufnahme und die Beweismittel (Partei nicht den „guten Freund“ als Zeugen in den Prozess heranziehen, Kostenargument [Sachverständige können sehr teuer werden]). Man verweist ferner darauf, Parteien könnten besser die „Wahrheit“ zutage fördern als das Gericht, weil sie gegensätzliche Interessen verfolgen. 17

Der Verhandlungsgrundsatz **gilt nur für Tatsachen**. Die Rechtsfindung ist dem Gericht überlassen („*iura novit curia*“). Die Parteien können aber ihre Rechtsauffassung vortragen. Eine Bindung an Rechtsnormen besteht nicht. Bei ausländischem Recht ist eine Beweisaufnahme möglich, § 293 ZPO, hingegen nicht hinsichtlich des anwendbaren Kollisionsrechts (IPR).

3. Rechtliches Gehör

- 18 Art. 103 I GG gewährt das Grundrecht auf rechtliches Gehör.

Dazu BVerfG NJW 2003, 1924, 1926: „Das Grundgesetz sichert rechtliches Gehör im gerichtlichen Verfahren durch das Verfahrensgrundrecht des Art. 103 I GG. Rechtliches Gehör ist nicht nur ein ‚prozessuales Urrecht‘ des Menschen, sondern auch ein objektiv-rechtliches Verfahrensprinzip, das für ein rechtsstaatliches Verfahren im Sinne des Grundgesetzes schlechthin konstitutiv ist. Seine rechtsstaatliche Bedeutung ist auch in dem Anspruch auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 I der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sowie in Art. 47 II der Charta der Grundrechte der EU (ABl. EU 2012 Nr. C 326, S. 391–407) anerkannt. Der Einzelne soll nicht nur Objekt der richterlichen Entscheidung sein, sondern vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um als Subjekt Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis zu nehmen. Rechtliches Gehör sichert den Parteien ein Recht auf Information, Äußerung und Berücksichtigung mit der Folge, dass sie ihr Verhalten im Prozess eigenbestimmt und situationsspezifisch gestalten können. Insbesondere sichert es, dass sie mit Ausführungen und Anträgen gehört werden.“

- 19 Art. 103 I GG steht in einem funktionalen Zusammenhang mit der Rechtsschutzgarantie. Diese sichert den *Zugang zum Verfahren*, während Art. 103 I GG auf einen angemessenen *Ablauf des Verfahrens* zielt: Wer bei Gericht formell ankommt, soll auch substanziell ankommen, also *wirklich gehört* werden. Wenn ein Gericht im Verfahren einen Gehörsverstoß begeht, vereitelt es die Möglichkeit, eine Rechtsverletzung vor Gericht effektiv geltend zu machen.

a) Inhalt

- 20 Die Parteien müssen Gelegenheit haben, zu allen rechtlichen und tatsächlichen Fragen Stellung zu beziehen. Tatsachenvortrag und Beweisantrag dürfen vom Gericht nicht übergangen werden.

BGH NJW 2014, 1970, Rn. 7: „Das Gebot rechtlichen Gehörs verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Geht das Gericht in seinen Entscheidungsgründen auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags einer Partei zu einer Frage nicht ein, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, lässt dies auf die Nichtberücksichtigung des Vortrags schließen, sofern er nicht nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich oder aber offensichtlich unsubstanziert war.“

Insbesondere Überraschungsentscheidungen sind verboten; das Gericht muss vor einer solchen Entscheidung auf seine (rechtliche) Auffassung hinweisen, § 139 II ZPO.

Es genügt, wenn die Partei die *Möglichkeit* zur Stellungnahme hat. Eine *mündliche* Anhörung ist nicht erforderlich. § 357 ZPO dient der Stärkung des Grundrechts aus Art. 103 I 1 GG bezüglich der Beweisaufnahme.

Aus diesem Gewährleistungsgehalt folgt, dass etwa Präklusionsregelungen rechtfertigungsbedürftig sind. Das BVerfG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Art. 103 I GG den Gesetzgeber nicht hindert, durch Präklusionsvorschriften auf eine Prozessbeschleunigung hinzuwirken. Nach BVerfGE 75, 302 kann die fehlerhafte Anwendung solcher Präklusionsvorschriften aber verfassungswidrig sein, wenn das Zivilgericht die Bedeutung oder Tragweite des Anspruchs auf rechtliches Gehör verkannt hat.

Typische Verletzungen des Rechts auf rechtliches Gehör sind: 21

- Anträge werden übersehen, auch Beweisanträge
- Parteivortrag wird übersehen, insbesondere Behauptungen
- Gegner wird nicht angehört
- Beweismittel werden nach § 356 ZPO ausgeschlossen ohne Fristsetzung
- Präklusion ist ungerechtfertigt, §§ 296, 530 ZPO (Richter setzt die Frist zu kurz)
- Überraschungsentscheidungen (BVerfG NJW 1991, 2823); Hinweis auf Anforderungen an Sachvortrag erforderlich
- Verwertung von Beiakten, ohne Kenntnis der nachteilig betroffenen Partei

b) Träger

Rechtliches Gehör steht den Parteien und Nebenintervenienten (§§ 66–71 ZPO) zu, aber u. U. auch anderen Dritten, die von der Entscheidung betroffen sind. 22

Beispiel (BVerfG NJW 1982, 1635): Gesellschafter G erhebt eine Auflösungsklage, die nach § 61 II 1 GmbHG gegen die Gesellschaft gerichtet werden muss. Auch nicht klagende Gesellschafter sind vom Prozess zu unterrichten, damit sie als Nebenintervenienten auftreten können („materielle Parteien“).

c) Rechtsfolgen der Verletzung

Die Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör stellt einen Verfahrensmangel dar, der mit Rechtsmitteln zu rügen ist. Daneben tritt die Verfassungsbeschwerde, wenn kein Rechtsmittel mehr zulässig ist. 23

Zudem ist die „**Anhörungsrüge**“ nach § 321a ZPO gegeben (dazu *Huber*, Grundwissen Zivilprozessrecht: Anhörungsrüge (§ 321a ZPO), JuS 2014, 402). 24

Nach § 321a ZPO ist die Anhörungsrüge bei Urteilen und Beschlüssen in **jeder Instanz** statthaft. Sie ist bei dem Gericht einzulegen, das die gehörsverletzende Entscheidung erlassen hat („*iudex a quo*“ – was ihre Erfolgsaussichten nicht stärkt). Gemäß § 321a I Nr. 1 ZPO ist die Anhörungsrüge **subsidiär**. Sie ist nicht zulässig, wenn das Urteil noch anfechtbar ist, also ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung möglich ist. Die Gehörsverletzung ist in diesen Fällen im Rechtsmittelverfahren zu korrigieren („Vorrang des Rechtsmittelverfahrens“).

Ist die Anhörungsrüge erfolgreich, wird das Verfahren unter Wahrung rechtlichen Gehörs fortgesetzt (§ 321a V ZPO). Der Streitgegenstand ändert sich nicht. Ist sie nicht erfolgreich, kann Verfassungsbeschwerde eingelegt werden, weil der Rechtsweg „erschöpft“ ist (vgl. § 90 II BVerfGG).

Das Verfahren nach § 321a ZPO hat also **drei Stufen**: 25

1. Prüfung der Zulässigkeit der Rüge
2. Prüfung der Begründetheit der Rüge
3. Ggf. Verfahrensfortsetzung

- 26 Bei Verletzung des rechtlichen Gehörs im Ausgangsverfahren darf ein ausländisches Urteil nicht anerkannt werden, § 328 I Nr. 4 ZPO und Art. 45 I lit. b EuGVVO idF. vom 10.1.2015 (Art. 34 Nr. 2 EuGVVO aF).

4. Verfahrensbeschleunigung

- 27 Durchaus im Spannungsverhältnis zum rechtlichen Gehör steht die Verfahrensbeschleunigung. Das wurde bereits bei den Präklusionsvorschriften deutlich.

§ 198 GVG sieht einen Entschädigungsanspruch bei Nachteilen infolge überlanger Gerichtsverfahren vor. Zum Hintergrund: Art. 6 I 1 EMRK verlangt ein faires Verfahren „innerhalb angemessener Frist“. Art. 13 EMRK garantiert einen innerstaatlichen Rechtsbehelf bei Verletzung von Rechten aus der EMRK. Nach EGMR NJW 2001, 2694 widersprach das Fehlen einer Sanktionsregelung bei überlangen Gerichtsverfahren beiden Garantien. Mit **§ 198 GVG** hat der Gesetzgeber zum 3.12.2011 (BGBl. 2011 I 2302) einen solchen Rechtsbehelf geschaffen, der die Grundlage eines Entschädigungsanspruchs wegen Verfahrensverzögerungen bildet. Voraussetzung ist eine **Verzögerungsrüge** (§ 198 III 1 GVG). Ob eine „unangemessene Dauer“ vorliegt, ist im Rahmen einer „Gesamtabwägung“ unter Einfluss der Komplexität des Falls, des Parteiverhaltens und der gerichtlichen Prozessleitung zu bewerten. Zu berücksichtigen ist die richterliche Unabhängigkeit. Überlastung oder Unterbesetzung sind keine Entschuldigungsgründe.

5. Unmittelbarkeit

- 28 **§ 128 I ZPO:** Die mündliche Verhandlung findet vor dem *erkennenden* Gericht statt. Der Richter darf nicht den Referendar mit der Durchführung der mündlichen Verhandlung beauftragen. Die Parteien sollen sich an den „Entscheider“ wenden können, um ihre Mitwirkungsrechte auszuüben.

- 29 **Unmittelbarkeit zwischen Verhandlung und Entscheidung, § 309 ZPO:** Wem gegenüber verhandelt wurde, der soll auch entscheiden. Die mündliche Verhandlung ist zu wiederholen, wenn zwischen Termin und Beschlussfassung über das Urteil ein Richter wechselt. Ein Richterwechsel zwischen Beschlussfassung und Verkündung schadet nicht.

- 30 **Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, § 355 ZPO:** Der Richter soll seinen Eindruck vom Zeugen nicht aus dem Protokoll oder vom Hörensagen gewinnen. Ausnahme hiervon bildet § 355 I 2 ZPO iVm. § 375 ZPO bei Beweisaufnahme durch beauftragten oder ersuchten Richter.

6. Mündlichkeit

- 31 Die Parteien verhandeln vor dem erkennenden Gericht mündlich, § 128 I ZPO. Ohne mündliche Verhandlung darf nicht entschieden werden. Ausnahmen hiervon regeln § 128 II, III ZPO. Der Grundsatz der Mündlichkeit wird in der Praxis durch § 137 III ZPO ausgehöhlt. Danach ist die Bezugnahme auf die Schriftsätze zulässig. Ferner ist die Bezugnahme nach § 297 II ZPO bei Anträgen gestattet. Eine weitere Ausnahme findet sich in § 283 ZPO. Danach wird der Inhalt des fristgerecht nachgereichten Schriftsatzes berücksichtigt, obgleich er nicht Gegenstand einer mündlichen Verhandlung war.

7. Öffentlichkeit

Verhandlung und Urteilsverkündung sind öffentlich, § 169 S. 1 GVG; Ausnahmen nach §§ 170 ff. GVG. Ein Ausschluss der Öffentlichkeit ist kraft Gesetzes oder durch Gerichtsbeschluss möglich (zu den Voraussetzungen vgl. §§ 170-175 GVG). Davon zu unterscheiden ist die *Parteioffentlichkeit*: §§ 357, 397, 402 ZPO (Beweisaufnahme); §§ 299, 760 ZPO (Einsichtsrecht in Akten).

32

8. Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht

Nach § 138 I ZPO haben die Parteien ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben. Die Partei darf nicht lügen. Die Wahrheitspflicht bedeutet nicht, dass nur solche Tatsachen vorgetragen werden dürfen, die die Partei mit Sicherheit als wahr erachtet. Auch wenn die Partei zweifelt, darf sie vortragen, um eine Beweisaufnahme zu erzwingen.

33

9. Waffengleichheit

Die Parteien sind vom Richter gleich zu behandeln. Der Richter darf daher beispielsweise nicht den Vortrag einer Partei als verspätet zurückweisen, den der Gegenpartei in der gleichen Situation aber zulassen.

34

II. Sachentscheidungs Voraussetzungen

Literatur: Philipp/Rothermel, Die Prüfung der Sachurteils Voraussetzungen im Zivilprozess, JURA 2016, 232.

1. Begriff

35 Die Sachentscheidungs Voraussetzungen („Sachurteils Voraussetzungen“) müssen vorliegen, damit sich das Gericht mit der Sache befasst, also den Streit entscheidet. Der Begriff *Prozess* Voraussetzungen ist missverständlich. Es kommt auch dann zum Prozess, wenn eine Partei zum Beispiel nicht prozessführungsbefugt ist oder das Gericht örtlich unzuständig ist; freilich ergeht hier keine Entscheidung *in der Sache*, sondern die Klage wird lediglich durch *Prozess* urteil als unzulässig abgewiesen (oder durch Beschluss verwiesen).

Nach hM wird die Klage ausnahmsweise nur dann nicht zugestellt (und es kommt gar nicht erst zum Prozess), wenn

- die deutsche Gerichtsbarkeit *offenkundig* fehlt
- die Klageschrift nicht unterzeichnet ist; im Anwaltsprozess muss dies durch einen postulationsfähigen Anwalt erfolgen (vgl. §§ 130a, 130c ZPO idF. vom 21.10.2005 zur Einreichung als elektronisches Dokument, die ab 1.1.2022 für Rechtsanwälte und Behörden verpflichtend werden soll; vgl. § 130d ZPO idF. des Gesetzes vom 10.10.2013, BGBl. I 3786)
- die Klage beim OLG oder BGH erhoben wurde (sachliche Zuständigkeit fehlt)
- der Prozesskostenvorschuss nicht bezahlt wurde, § 12 I GKG.

36 Von den Sachentscheidungs Voraussetzungen sind die die Voraussetzungen für bestimmte Prozessarten und Prozessstadien zu unterscheiden: Voraussetzungen für Rechtsmittel, das Versäumnisverfahren (§§ 330 ff. ZPO), den Urkundenprozess (§ 592 ZPO), die Nebenintervention, das Wiederaufnahmeverfahren (§§ 578 ff.) treten *neben* die (allgemeinen) Sachentscheidungs Voraussetzungen.

2. Einzelne Sachentscheidungs Voraussetzungen

37 Solche, die das **Gericht** betreffen:

- deutsche Gerichtsbarkeit
- beschrittener Rechtsweg zulässig
- internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte
- sachliche, örtliche und funktionelle Zuständigkeit

38 Solche, die die **Parteien** betreffen:

- Existenz der Parteien
- Parteifähigkeit
- Prozessfähigkeit; ggf. gesetzliche Vertretung Prozessunfähiger
- Vollmacht des Vertreters
- Prozessführungsbefugnis

39 Solche, die den **Streitgegenstand** betreffen:

- bestimmter Klageantrag, § 253 ZPO
- keine entgegenstehende Rechtskraft
- keine anderweitige Rechtshängigkeit
- Rechtsschutzbedürfnis

3. Sachentscheidungs Hindernisse

Sachentscheidungs *hindernisse* werden nicht von Amts wegen berücksichtigt, sondern nur **auf Einrede** des Beklagten. 40

- Schiedsgerichtsabrede, § 1032 ZPO
- Einrede mangelnder Prozesskostensicherheit, § 110 ZPO; Rechtsfolge: § 113 ZPO
- mangelnde Kostenerstattung im vorherigen Verfahren, § 269 VI ZPO

Rechtsgeschäftlich begründete Hindernisse sind grundsätzlich als **Prozessverträge** zulässig. 41
Es gilt die Privatautonomie.

Beispiel: Die Parteien vereinbaren, nicht im Urkundenprozess zu klagen, die Klage zurückzunehmen, Rechtsmittel nicht einzulegen, die Klagbarkeit vertraglich auszuschließen. In diesen Fällen sind Klage bzw. Rechtsmittel unzulässig.

4. Prüfung und Entscheidung

Sachentscheidungs *voraussetzungen* werden grundsätzlich **von Amts wegen** geprüft. Dies wird hinsichtlich der Partei- und Prozessfähigkeit sowie der ordnungsgemäßen gesetzlichen Vertretung von § 56 I ZPO ausdrücklich angeordnet. Eine Amtsermittlung findet aber nicht statt. Die Partei muss nicht gerügt haben. Das Gericht teilt dem Kläger die Bedenken gegen das Vorliegen der Sachentscheidungs voraussetzung mit. Der *Kläger* muss es vom Vorliegen der Sachentscheidungs voraussetzungen überzeugen. Ein Geständnis des Beklagten ist nicht wirksam. Eine Ausnahme besteht in § 88 II ZPO: Ist der Parteivertreter Rechtsanwalt, wird dessen Vollmacht nicht amtswegig geprüft. Wird eine Sachentscheidungs voraussetzung bejaht, obgleich sie nicht vorliegt, so kann darauf ein Rechtsmittel gestützt werden; Ausnahmen bestehen etwa bei Zuständigkeitsfragen, s. § 17a V GVG (Rechtswegzuständigkeit). 42

Klausur: Ein häufiger Fehler liegt darin, beim Fehlen einer Sachentscheidungs voraussetzung sogleich von der Unzulässigkeit der Klage auszugehen. Vielmehr ist folgendes zu beachten:

- Fallen die Zuständigkeitsvoraussetzungen während des Prozesses weg, so gilt der Grundsatz der **Fortdauer der einmal begründeten Zuständigkeit** (*perpetuatio fori*) nach § 17 I 1 GVG und § 261 III Nr. 2 ZPO.
- Ein an sich nicht zuständiges Gericht kann durch **rügelose Einlassung** zuständig werden, § 39 ZPO.
- Fehlt die Zuständigkeit, ist die Klage u. U. nicht als unzulässig *abzuweisen*, sondern der Rechtsstreit an das zuständige Gericht zu **verweisen**, § 281 ZPO oder § 17a II 1 GVG. Im amtsgerichtlichen Verfahren gilt zudem die besondere Hinweispflicht nach § 504 ZPO.
- Fehlen parteibezogene Sachentscheidungs voraussetzungen, so sollte die Möglichkeit der **Genehmigung** in Betracht gezogen werden. Diese kommt in Frage bei fehlender Postulationsfähigkeit (der hinzugezogene Anwalt genehmigt) oder Prozessführungs befugnis (der materiell Berechtigte genehmigt die Prozessführung); s. § 89 II ZPO bei der Vollmacht. Bei fehlender Prozessfähigkeit ist die Genehmigung auch analog § 108 III BGB möglich.
- Fallen Partei- oder Prozessfähigkeit im Lauf des Verfahrens weg, kann die Partei vertreten werden; die Klage wird nicht abgewiesen, vielmehr wird das Verfahren unterbrochen, §§ 239 ff. ZPO.
- Bei Verlust der Sachlegitimation gilt § 265 ZPO.

- 43 Prüfungsreihenfolge:** Es ist erst die Zulässigkeit, dann die Begründetheit einer Klage zu prüfen. Es darf nicht dahingestellt bleiben, ob eine Klage zulässig ist, weil sie jedenfalls unbegründet ist.
- Dies folgt schon aus der unterschiedlichen Rechtskraftwirkung von Prozess- und Sachurteilen. Wurde die Klage wegen fehlender Zuständigkeit abgewiesen, kann am richtigen Gericht nochmals geklagt werden. Anders, wenn die Klage unbegründet war. Dann kann nicht noch einmal aus einem anderen Gesichtspunkt die Klage erhoben werden.
 - Es wäre ferner mit der Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 I 2 GG) unvereinbar, wenn ein unzuständiger Richter die Klage sachlich abweisen könnte. Daher ist zunächst dessen Zuständigkeit zu prüfen.
 - Das rechtliche Gehör (Art. 103 I GG) wird verletzt, wenn etwa die Prozessfähigkeit oder die Vertretung dahingestellt bleiben könnte, denn dann fehlte der Partei eine legitime Handlungsmöglichkeit.
- 44** Von vorstehendem Grundsatz macht die Rechtsprechung Ausnahmen beim Feststellungsinteresse nach § 256 I ZPO. Eine Klageabweisung als unbegründet sei möglich, selbst wenn das Feststellungsinteresse noch zweifelhaft ist. Dies wird damit begründet, dass im Hinblick auf das Feststellungsinteresse unnötige Arbeit verhindert werden soll (BGH NJW 1996, 193, 195; BAG NJW 2007, 1755).

Hinsichtlich der Prüfungsreihenfolge der einzelnen Sachentscheidungsvoraussetzungen im Rahmen der Zulässigkeit bestehen keine rechtlich bindenden Vorgaben. Es werden daher in der Literatur verschiedene Prüfungsreihenfolgen mit unterschiedlichen Begründungen vorgeschlagen (vgl. etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht 17. Auflage 2010, § 93 Rn. 42f.). Die Reihenfolge hat jedoch für die Klausurlösung eine untergeordnete Bedeutung. Wichtig ist darauf zu achten, nicht alle erlernten Sachentscheidungsvoraussetzungen sklavisch „abzuspulen“. Vielmehr müssen die diskussionswürdigen Prüfungspunkte in einer logischen Reihenfolge bearbeitet werden.

Beispiel: Ein Klausurbearbeiter sollte nicht ausführlich prüfen, ob der Kläger, eine natürliche Person, parteifähig (§ 50 ZPO) ist. Da Sklaverei abgeschafft ist, ist jeder Mensch rechtsfähig. – Bei juristischen Personen kann auf die jeweilige die Rechtsfähigkeit begründende Norm verwiesen werden (Beispiel § 21 BGB).

III. Zuständigkeiten

1. Deutsche Gerichtsbarkeit

Die Gerichtsbarkeit ist Ausdruck autonomer **staatlicher Souveränität**. Grundsätzlich unterfallen alle Personen, die sich im Staatsgebiet Deutschlands aufhalten, deutscher Gerichtsbarkeit (Territorialitätsprinzip). Das gilt auch für Ausländer. 45

Die deutsche Gerichtsbarkeit wird durch Regeln des Völkerrechts eingeschränkt. Zwei *Verträge* spielen hier eine wichtige Rolle: Das WÜD von 1961 (Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen) und das WÜK 1963 (Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen). Diese werden in §§ 18 ff. GVG umgesetzt. Man spricht von **Immunität** und unterscheidet dabei zwischen sachlicher und persönlicher Immunität. Sachliche Immunität genießen etwa Botschaftsgebäude.

Wirkungen der Immunität:

- Die **Klage ist unzulässig**. Steht die Immunität fest, darf die Klageschrift nicht einmal zugestellt werden. Sonst muss darüber verhandelt werden. 46
- Immune können **klagen**. Dann sind Widerklagen mit sachlichem Zusammenhang statthaft, auch eine Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO (ferner Art. 32 III WÜD).
- Immune dürfen nicht als Zeugen oder Sachverständige geladen werden.
- Vollstreckungshandlungen sind unzulässig und unwirksam. Die Pfändung ist *nichtig*.
- Der entsendende Staat kann für seine Diplomaten auf die Immunität verzichten.

Ausländische Staaten unterfallen nicht der deutschen Gerichtsbarkeit, soweit sie hoheitlich handeln. Das gilt auch für ihre Organe. Grundlage dafür ist das Völkergewohnheitsrecht iVm. Art. 25 GG und § 20 II GVG (BGH NJW-RR 2003, 1218: Anordnung der Zwangsversteigerung in Botschaftsgrundstück ist unzulässig; BGH NJW 1979, 1101: Klage gegen den Leiter von *Scotland Yard* ist unzulässig). 47

2. Internationale Zuständigkeit

Literatur: *Klöpper*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen über das Internet: Internationale Zuständigkeit nach EuGVVO und anwendbares Recht, JA 2013, 165; *Sachsen-Gesaphe*, Grenzüberschreitende Internetwerbung und Verbraucherschutzstand, Jura 2012, 811 (Fallbearbeitung).

Die internationale Zuständigkeit behandelt die Frage, ob deutsche Gerichte einen Rechtsstreit mit Auslandsbezug entscheiden können. Es geht *nicht* um die Frage nach der Zuständigkeit eines *konkreten* Gerichts. Die internationale Zuständigkeit ist von der deutschen Gerichtsbarkeit (völkerrechtliche Grenzen) zu unterscheiden. 48

Bedeutung der internationalen Zuständigkeit:

- Die internationale Zuständigkeit ist eine **Sachentscheidungsvoraussetzung**. Wenn sie fehlt, ist die Klage unzulässig. Wird gleichwohl entschieden, ist das Urteil mit Rechtskraft unanfechtbar. 49
- Die fehlende internationale Zuständigkeit ist Ausschlussgrund für die **Urteilsanerkennung** (§ 328 I Nr. 1 ZPO).

Bestimmung der internationalen Zuständigkeit: Es gibt keine (vollständige) Regelung der internationalen Zuständigkeit. Diese richtet sich grundsätzlich nach der **örtlichen Zuständigkeit**. Wenn ein deutsches Gericht nach §§ 12 ff. ZPO örtlich zuständig ist, dann ist auch die 50

internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte gegeben. BGHZ 115, 90, 92: Die örtliche Zuständigkeit indiziert die internationale Zuständigkeit.

- 51 Es bestehen zahlreiche **Sondervorschriften**, die Sonderregelungen enthalten etwa §§ 98, 122 FamFG; die Regelung der internationalen Zuständigkeit ist hier unabhängig von der örtlichen Zuständigkeit. Weitere Sonderregelungen enthalten (im Anwendungsbereich der VO) **Art. 4 ff. EuGVVO** (Verordnung (EU) 1215/2012 vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, in Kraft seit 10.01.2015). Die Zuständigkeit richtet sich grundsätzlich nach dem Wohnsitz (§§ 7 ff BGB; anwendbar wegen Art. 62 I EuGVVO). Art. 7 ff. EuGVVO regeln weitere besondere Zuständigkeiten.

Auch die internationale Zuständigkeit kann durch eine Zuständigkeitsvereinbarung nach § 38 I, II ZPO und Art. 25 EuGVVO begründet werden. Das gleiche gilt grundsätzlich für eine rügelose Einlassung (BGH NJW 1993, 1270; vgl. Art. 26 I EuGVVO), wobei sich die Voraussetzungen deutlich unterscheiden.

- 52 Die internationale Zuständigkeit entscheidet **nicht über das anwendbare Recht** (wird häufig falsch gesehen): Wenn die internationale Zuständigkeit gegeben ist, richtet sich zunächst das anwendbare *Prozessrecht* nach dem *lex fori*-Prinzip; dh das deutsche Gericht wendet immer deutsches Verfahrensrecht an. Welches *materielle* (Sach-)Recht anzuwenden ist, bestimmen das deutsche und europäische IPR (insbesondere die Rom-VO I - III).

3. Rechtsweg

- 53 **Art. 95 I GG** lassen sich fünf Gerichtsbarkeiten (mit jeweils einem obersten Bundesgericht) entnehmen. Für die ordentliche Gerichtsbarkeit bildet **§ 13 GVG** die Grundnorm. Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle Zivilsachen (bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, Familiensachen, FG-Verfahren) und Strafsachen (vgl. die entsprechenden Normen bei anderen Gerichtszweigen: § 40 VwGO, § 2 ArbGG etc.).

Hintergrund: Früher hatte § 13 GVG überragende Bedeutung. Die Bestimmung entschied, ob man überhaupt zu unabhängigen Gerichten kam. Es gab noch keine verwaltungsgerichtliche Generalklausel (§ 40 VwGO). Verwaltungsgerichte konnten nur in gesetzlich besonders geregelten Fällen angerufen werden (Enumerationsprinzip). Im Übrigen entschieden keine Gerichte, sondern übergeordnete Verwaltungsbehörden. Es war daher wichtig, ob eine bürgerliche Streitigkeit vorlag, die den Weg zu den ordentlichen Gerichten eröffnete. Nach Einführung des § 40 VwGO geht es nicht mehr um die Frage, ob der Rechtsweg zu Gerichten eröffnet ist, sondern welcher Rechtsweg zulässig ist.

Eine Rechtsstreitigkeit gehört dann vor die ordentliche Gerichtsbarkeit, wenn ein bürgerlich-rechtlicher Streitgegenstand zu entscheiden ist. Maßgeblich ist die Rechtsnatur des Anspruchs.

- 54 **Prüfungsreihenfolge:**
1. Bestimmung des Streitgegenstandes. Vorfragen sind irrelevant.
 2. Ausdrückliche Zuweisung hierfür?
 3. Wenn nein: Ist das Rechtsverhältnis, aus dem der Anspruch folgt, dem öffentlichen oder dem bürgerlichen Recht zuzuordnen?

Abgrenzung der bürgerlichen von den öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten:

55

Ausdrückliche Zuweisungen:

- Art. 34 S. 3 GG: Schadensersatz aus Amtspflichtverletzung
- Streit um Enteignungsentschädigung, Art. 14 III 3 GG
- vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung, öffentlich-rechtliche Verwahrung usw., § 40 II 1 VwGO
- arbeitsrechtliche Streitigkeiten, § 2 ArbGG

Abgrenzungstheorien:

56

a) Subjektions- oder Subordinationstheorie:

Privatrecht, wenn sich Parteien gleichgeordnet gegenüber stehen (nicht, wenn es sich um ein Über- und Unterordnungsverhältnis handelt und eine Seite kraft Hoheitsrechts Regelungen treffen kann.).

Diese Theorie ist zweifelhaft: Im Rechtsstaat braucht auch der Staat eine Eingriffsermächtigung. Auch im Privatrecht kann einseitig gehandelt werden, etwa bei der Kündigung oder im Eltern-Kind-Verhältnis, ferner beim öffentlich-rechtlichen Vertrag.

b) Sonderrechtstheorie:

Öffentlich-rechtlich sind solche Rechtsverhältnisse, die sich nach Normen richten, die ausschließlich an Träger hoheitlicher Gewalt gerichtet sind.

Ebenfalls zweifelhaft, denn die Frage, ob jemand Träger hoheitlicher Gewalt ist, richtet sich wieder nach Rechtsnormen, die ihrerseits zu qualifizieren sind.

Einzelfälle:

- Behörde kann privatrechtlich handeln. So kann etwa eine Gemeinde ein Grundstück veräußern oder einen PKW kaufen.
- Zweistufentheorie bei Subventionen: Bewilligung ist Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlich. Bei der Abwicklung kann privatrechtlich gehandelt werden.
- Bei schlicht-hoheitlichem Handeln einer Behörde geht die Rechtsprechung von einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit aus. *Beispiel:* BGH NJW 1976, 570: Lärmbelästigung von Spielplatz. Geltend gemacht wurde § 1004 BGB; gleichwohl soll der Verwaltungsweg einschlägig, weil die störende Einrichtung in einem öffentlich-rechtlichen Planungs- und Funktionszusammenhang steht.

Der Rechtsweg zu den Zivilgerichten ist **Sachentscheidungsvoraussetzung**. Entscheidungsgrundlage ist nach hM allein der Klägervortrag. Auf dieser Grundlage hat das Gericht die Rechtsnatur des streitigen Rechtsverhältnisses zu qualifizieren. Auf die Qualifikation durch den Kläger kommt es nicht an.

57

Wichtig: Einwendungen des Beklagten und Vorfragen sind für die Bestimmung des Rechtswegs *irrelevant*.

Beispiel: Ein Arbeitnehmer klagt vor dem Arbeitsgericht Restlohn ein. Der Arbeitgeber wendet ein, er habe den Nettolohn bezahlt, und die Differenz zum Bruttolohn an das Finanzamt und die gesetzliche Krankenkasse überwiesen. Der Kläger bestreitet die Zahlungen nicht, ist aber der Ansicht, der Arbeitgeber habe Steuer und Sozialabgaben falsch berechnet.

Der Ausgang des Prozesses hängt allein von steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Fragen ab. Gleichwohl ist das Arbeitsgericht zuständig, denn Streitgegenstand ist der Anspruch nach § 611 I Fall 2 BGB, und nach § 2 I Nr. 3a ArbGG sind die Arbeitsgerichte zuständig, wenn Kläger und Beklagter Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber ist. Der Einwand des Beklagten bestimmt nicht den Streitgegenstand, denn dieser muss vorprozessual feststehen. Der Kläger kann nicht immer wissen, wie sich der Beklagte verteidigen wird.

Nach § 17 II GVG entscheidet das Gericht den Rechtsstreit unter allen Gesichtspunkten; man spricht von „**Vorfragenkompetenz**“.

- 58 Bei einem **Wechsel des Berechtigten** verliert der Anspruch nicht seine Qualifikation. Abtretung, Pfändung, *cessio legis* ändern die Rechtswegszuständigkeit nicht. Das wird in § 3 ArbGG ausdrücklich klargestellt, gilt aber für alle Ansprüche.

Beispiel: Ein Arbeitnehmer tritt den Anspruch auf Arbeitslohn an eine Bank zur Sicherheit ab. Die Klage der Bank gegen den Arbeitgeber muss vor den Arbeitsgerichten erhoben werden.

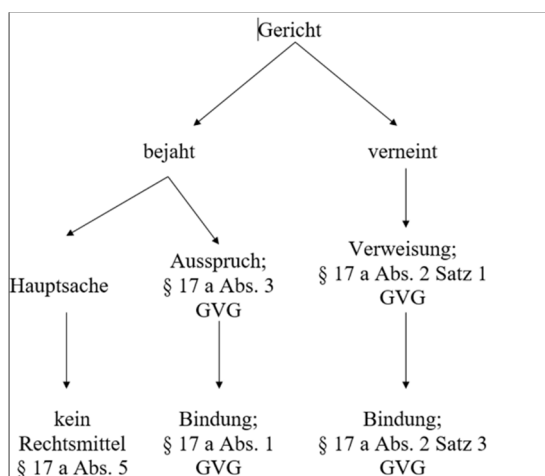
Beispiel: Eine Gemeinde hat einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch gegen einen Anlieger; sie tritt diesen an ein Inkassounternehmen ab. Der Verwaltungsrechtsweg bleibt bestehen.

4. Entscheidung über den Rechtsweg

a) Überblick

- 59 Die Frage, wie das Gericht bei Rechtswegsfragen zu entscheiden hat, ist geregelt in §§ 17–17b GVG. Die Vorschriften gelten für alle Gerichtsbarkeiten, auch für die Arbeitsgerichtsbarkeit, die einen eigenen Rechtsweg darstellt (arg. § 48 ArbGG verweist auf § 17 GVG, nicht auf § 281 ZPO). §§ 17–17b GVG gelten auch für das Verhältnis zwischen Verfahren nach ZPO und solchen nach FamFG (vgl. auch § 17a VI GVG, der aber nicht ausdrücklich auf § 17 GVG verweist).

60



Zu unterscheiden sind zwei Fälle:

aa) Das Gericht verneint den Rechtsweg zu seiner Gerichtsbarkeit; etwa hält das Landgericht den Anspruch für einen steuerrechtlichen Erstattungsanspruch. Dann hat es (nicht etwa die Klage als unzulässig abzuweisen, sondern) nach § 17a II GVG *von Amts wegen* zu **verweisen**. (Der Kläger kann nach § 17a IV 3 GVG sofortige Beschwerde nach §§ 567, 569 ZPO einlegen.) Das Gericht, an das verwiesen wurde, ist an die Verweisung gebunden, soweit es um den Rechtsweg

geht, § 17a II 3 GVG. Das hat zwei Konsequenzen: (1) **keine Rückverweisung** an das verweisende Gericht (Verweisung hat *abdrängende* Wirkung) und (2) **keine Weiterverweisung** an ein Gericht anderer Gerichtsbarkeit (*aufdrängende* Wirkung). Damit wird der sog. negative Kompetenzkonflikt (kein Gericht hält sich für zuständig) gelöst.

bb) Das Gericht bejaht den Rechtsweg. Dann besteht zum einen die Möglichkeit des Vorabbeschlusses nach § 17a III GVG. Dieser muss erfolgen, wenn er beantragt wird. (Hiergegen ist die sofortige Beschwerde statthaft, § 17a IV 3 GVG, §§ 567, 569 ZPO.) Ein Gericht anderer Gerichtsbarkeit ist mit Rechtskraft gebunden, § 17a I GVG; hierdurch wird der sog. positive Kompetenzkonflikt (mehrere Gerichte nehmen Rechtsweg in Anspruch) gelöst.

61

Das Gericht kann aber den Rechtsweg auch ausdrücklich oder stillschweigend in der Hauptsache bejahen. Die Bindung nach § 17a I GVG gilt auch bei einer Hauptsacheentscheidung, und nicht nur bei einem Ausspruch nach § 17a III GVG. Beachte die Rechtshängigkeitserstreckung nach § 17 I 2 GVG.

62

Beachte: Das Rechtsmittelgericht prüft die Frage des Rechtswegs nicht nochmals, § 17a V GVG. Der Streit darüber bleibt auf die untere Instanz beschränkt. Damit wird verhindert, dass etwa der BGH die Klage abweist und der Rechtsstreit nochmals vor den Finanzgerichten neu beginnt (und der BFH möglicherweise mangels Rechtswegs abweist und die Sozialgerichte für zuständig hält usw.). Ähnlich ist es bei § 281 ZPO in Ansehung der sachlichen und örtlichen Unzuständigkeit. Auch hier hat die Verweisung aufdrängende und abdrängende Wirkung. Es findet keine Rück- oder Weiterverweisung statt.

b) Bedeutung des § 17 II GVG

Nach § 17 II GVG entscheidet das Gericht den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten, auch wenn diese möglicherweise in einen „andere Rechtsweg“ gehören (sog. umfassende Kognitionsbefugnis). Das gilt für Anspruchsgrundlagen, Vorfragen und Einwendungen.

63

Beispiel: Der Arbeitnehmer A klagt vor dem Arbeitsgericht auf Schadensersatz wegen Verletzung der Fürsorgepflicht. Er trägt vor, infolge nicht eingehaltener Arbeitsschutzbestimmungen habe er sich bei einem Arbeitsunfall verletzt. Wird der Klageanspruch zudem auf § 823 I BGB gestützt, kann und muss das Arbeitsgericht auch darüber entscheiden. Der Einwand des beklagten Arbeitgebers, die behauptete unerlaubte Handlung stehe mit dem Arbeitsverhältnis in keinem Zusammenhang (vgl. § 2 I Nr. 3d ArbGG), ist wegen § 17 II GVG unerheblich. Man kann auch so formulieren: „Das Gericht muss alle Anspruchsgrundlagen prüfen“.

§ 17 II GVG greift aber **nicht** ein, wenn es sich um *verschiedene* Streitgegenstände handelt.

Dazu BGHZ 114, 1: „Nach § 17 II GVG nF entscheidet das Gericht des zulässigen Rechtsweges den Rechtsstreit – unbeschadet der Art. 14 III 4 und 34 S. 3 GG – unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten. Dies bedeutet nach der Vorstellung des Gesetzgebers, dass ‚das angerufene Gericht den Rechtsstreit grundsätzlich umfassend entscheidet, sofern der zu ihm beschrittene Rechtsweg für einen Klagegrund zulässig ist‘ (Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, BT-Drucks. 11/7030, S. 37). Die Neuregelung hindert das Gericht aber nicht, bei einer Mehrheit prozessualer Ansprüche für einen dieser Ansprüche die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtsweges zu verneinen. Wäre ihm das verwehrt, so wäre mit § 17 II GVG nF der Rechtswegmanipulation durch beliebige Klagenhäufung ersichtlich Tür und Tor geöffnet.“

Beispiel: Kläger K macht gegen die Gemeinde B vor dem Landgericht klageweise einen Anspruch auf Rückzahlung zu viel bezahlter öffentlich-rechtlicher Abgaben und einen Kaufpreisanspruch aus der Veräußerung eines Grundstücks geltend. Hier ist das Landgericht nur für den Kaufpreisanspruch zuständig. Hinsichtlich des Abgaberrückzahlungsanspruchs muss an das Verwaltungsgericht verwiesen werden. Es handelt sich um zwei völlig verschiedene Streitgegenstände. § 17 II GVG erlaubt es nicht, den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch mit zu entscheiden.

- 64 § 17 II GVG gibt den Gerichten die sog. **Vorfragenkompetenz** (sog. Kognitionsbefugnis).

Beispiel: Klage auf Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung. Hier kann das Zivilgericht (zuständig nach Art. 34 III GG) prüfen, ob der Verwaltungsakt rechtswidrig ist.

- 65 § 17 II GVG gilt auch für **Einwendungen**.

Beispiel (s. oben): Der Arbeitnehmer klagt gegen den Arbeitgeber auf rückständigen Lohn. Der Arbeitgeber bestreitet den Anspruch nicht, weist aber darauf hin, dass er einen Teil an das Finanzamt als Lohnsteuer, den anderen an den Arbeitnehmer ausgezahlt habe. Der Arbeitnehmer ist der Meinung, die Lohnsteuer sei falsch (zu hoch) berechnet worden. Im Prozess geht es nur um diese steuerrechtliche Frage. Gleichwohl kann das Arbeitsgericht entscheiden.

- 66 Sehr str. ist, ob § 17 II GVG auch für die **Aufrechnung mit rechtswegfremden Gegenforderungen** gilt.

Beispiel: K klagt gegen die Gemeinde G vor dem Landgericht auf Schadensersatz wegen der Verletzung privatrechtlicher Verkehrssicherungspflichten. G rechnet mit einem öffentlich-rechtlichen Abgabeanspruch auf.

Gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung spricht sich BVerwG NJW 1999, 160 aus (der BGH hat die Frage bislang offen gelassen; BAG NJW 2002, 317; 2008, 1020 verneint die Zulässigkeit der Aufrechnung): Eine *rechtskräftige* (§ 322 II ZPO) Entscheidung müsse dem Fachgericht vorbehalten bleiben. Andernfalls würde man die Verfahrensprinzipien vermischen. Dagegen lässt sich § 17a GVG anführen, dem die Gleichwertigkeit der Rechtswege zugrunde liegt.

Selbst wer eine Aufrechnung mit rechtswegfremder Gegenforderung grundsätzlich nicht unter § 17 II GVG fassen möchte, erkennt in folgenden Fällen eine Entscheidungskompetenz des Gerichts an:

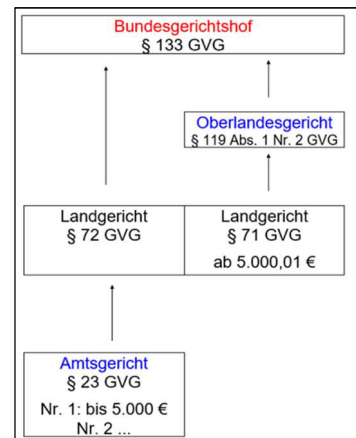
- Gegenforderung ist rechtskräftig festgestellt oder unstrittig
- bei Zivilsachen und Arbeitsgerichtsbarkeit ist eine Aufrechnung immer zulässig, wegen der „Sachnähe“ beider Rechtswege

5. Sachliche Zuständigkeit

Zur Vertiefung: *Huber*, Grundwissen Zivilprozessrecht: Sachliche Zuständigkeit, JuS 2012, 593.

Bei der sachlichen Zuständigkeit geht es um die Frage nach dem erstinstanzlichen Gericht. Ist das Amtsgericht oder das Landgericht das richtige Eingangsgesicht? § 1 ZPO verweist auf das GVG. Nach § 23 GVG ist, falls keine Zuständigkeit der Landgerichte gegeben ist (§ 71 II GVG), das Amtsgericht bei einem Streitwert bis einschließlich 5.000,00 Euro zuständig. Ferner ist das Amtsgericht in den Fällen des § 23 Nr. 2 GVG und der §§ 23a ff. GVG sachlich zuständig.

Die Frage des Eingangsgesichts hat auch Bedeutung für den **Instanzenzug**.



67

Die **Höhe des Streitwerts** wird nach §§ 2 ff. ZPO berechnet („Zuständigkeitsstreitwert“). Nach § 3 ZPO steht er im Ermessen des Gerichts. Maßgeblich für die Wertberechnung ist nach § 4 I Fall 1 ZPO die Einreichung der Klage (obgleich sie erst mit der Zustellung erhoben wird, § 253 I ZPO), denn der Kläger muss ja *vor* Klageerhebung das zuständige Gericht bestimmen. Änderungen nach Einreichung der Klage kann er nicht voraussehen. § 261 III Nr. 2 ZPO kommt nicht zur Anwendung.

Beispiel: Der Kläger verlangt vom Beklagten Übereignung von Aktien, die im Zeitpunkt der Einreichung der Klage einen Wert von 5.000 Euro haben, im Zeitpunkt der Zustellung 5.100 Euro und im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung 4.000 Euro wert sind. Hier ist das Amtsgericht sachlich zuständig.

Zinsen sind bei der Wertberechnung nicht zu berücksichtigen, wenn sie als *Nebenforderungen* geltend gemacht werden, § 4 I Fall 2 ZPO.

68

Beispiel: K klagt gegen B mit dem Antrag: „Der Beklagte wird verurteilt, 5.000 Euro nebst 10% Zinsen seit 2.1.2011 zu zahlen.“ Die Zinsen begründet K damit, dass er wegen des am 2.1.2011 eingetretenen Zahlungsverzugs des Beklagten bei der Bank mit 5.000 Euro im Soll steht und Überziehungskredit bezahlen muss. Die von K geltend gemachten „Zinsen“ sind aber keine Zinsen im Rechtssinne, nämlich Entgelt für Kapitalüberlassung, sondern Schadensersatz, der in Prozenten beziffert wird. Nach hM findet § 4 ZPO auch auf Schadensersatz, der in Prozenten ausgedrückt wird, Anwendung (Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl. 2014, § 4 Rn. 19). Zinsen sind daher bei der Wertberechnung *nicht* zu berücksichtigen. Das gilt sogar dann, wenn die Zinsen als Betrag ausgerechnet und der Klageforderung zu einem einheitlichen Forderungsbetrag hinzugefügt werden (Zöller/Herget, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 4 Rn. 11).

► Zur Vertiefung **Fall 2 Einziehungsklage; Rechtswegs- und sachliche Zuständigkeit**

69

6. Örtliche Zuständigkeit

a) Überblick

Die örtliche Zuständigkeit regelt die Frage, welches *konkrete* Eingangsgesicht unter den zahlreichen Amts- und Landgerichten zuständig ist. Dies richtet sich nach dem **Gerichtsstand**.

70

Man unterscheidet:

- allgemeine (§§ 12 ff. ZPO) und besondere Gerichtsstände (§§ 20 ff. ZPO). Der allgemeine Gerichtsstand ist dort, wo *alle* Klagen gegen den Beklagten erhoben werden können, unabhängig vom Streitgegenstand.
- ausschließliche und nicht ausschließliche Gerichtsstände. Ein ausschließlicher Gerichtsstand verdrängt den allgemeinen Gerichtsstand, § 12 a.E. ZPO; auch sind Parteivereinbarungen nicht zulässig, § 40 II 2 ZPO. Ausschließlicher Gerichtsstände ergeben sich aus §§ 24, 29a, 29c I 2 ZPO.
- gesetzliche, richterlich bestimmte (§ 36 ZPO) und vereinbarte Gerichtsstände (§§ 38 ff. ZPO)

Bei mehreren Gerichtsständen hat der Kläger die Wahl, § 35 ZPO. Bei der Wahl des Gerichtsstandes kann sich der Kläger etwa von Rechtsprechungsunterschieden leiten lassen. Die Ausübung des Wahlrechts kann im Einzelfall indes rechtsmissbräuchlich sein (vgl. OLG Schleswig NJW-RR 2014, 442, 443).

b) Allgemeiner Gerichtsstand

- 71 **§ 13 ZPO** bestimmt den allgemeinen Gerichtsstand einer *natürlichen Person*. Maßgeblich ist deren Wohnsitz, geregelt in §§ 7 ff. BGB. Nicht ausschlaggebend ist das amtliche Meldewesen. Eine Meldebescheinigung ist nur ein Indiz.

Hintergrund: Die Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit richten sich nicht (allein) nach Praktikabilitäts Gesichtspunkten, sondern beruhen auf einer Bewertung der beteiligten Interessen. Dem § 13 ZPO liegt der Gedanke des Beklagten schutzes zugrunde. Würde man bereits zu Beginn des Prozesses, wer im Recht ist, müsste der Gerichtsstand nach demjenigen ausgerichtet werden, der im Prozess obsiegen wird. Der Bestand des Klägeranspruchs ist allerdings ungewiss. Gleichwohl kann der Kläger den Beklagten vor ein *forum* zwingen, ohne dass der Beklagte sich dagegen wehren kann. Diese Möglichkeit, einseitig prozessuale Rechtsverhältnisse zu begründen, wird in ihren Folgen dadurch etwas entschärft, dass der Kläger sich zum Beklagten hinbegeben und den Prozess vor dessen „Heimatgericht“ führen muss.

- 72 **§ 17 ZPO** bestimmt den allgemeinen Gerichtsstand einer *juristischen Person*. Maßgeblich ist deren durch die Satzung bestimmter Sitz.

- 73 **§§ 18 f. ZPO** bestimmen den allgemeinen Gerichtsstand des *Fiskus*. Maßgeblich ist der Sitz der Behörde, die ihn vertritt.

- 74 **§ 19a ZPO** bestimmt den allgemeinen Gerichtsstand bei Klagen gegen den Insolvenzverwalter. Maßgeblich ist die örtliche Zuständigkeit des Insolvenzgerichts, die sich nach § 3 InsO bestimmt. § 19a ZPO verdrängt § 13 ZPO. Für Aktivprozesse des Verwalters gilt § 19a ZPO nicht.

§§ 13, 17 ZPO werden ergänzt durch **§ 29c ZPO**. Klagen aus außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (§ 312b BGB idF. vom 13.6.2014) kann der Verbraucher auch (vgl. § 35 ZPO) an seinem Wohnsitz erheben (man spricht von „Klägergerichtsstand“). Für Passivprozesse des Verbrauchers bildet dessen Wohnsitz einen *ausschließlichen* Gerichtsstand, § 29c I 2 ZPO. Daneben kennt die ZPO *keinen* allgemeinen Verbrauchergerichtsstand; anders etwa Art. 18 I EuGVVO.

c) Besondere Gerichtsstände

§ 24 ZPO: dinglicher (ausschließlicher) Gerichtsstand. Bestimmt wird die örtliche Zuständigkeit für dingliche Klagen hinsichtlich von Grundstücken, etwa §§ 985, 1004, 894, 1147 BGB, nicht aber bei einem Anspruch auf Auflassung aus § 433 I BGB, denn hier liegt kein dinglicher Anspruch vor.

75

Zu beachten ist aber § 25 ZPO: Die persönliche Schuldklage (etwa § 488 BGB) ist statthaft, wenn die Klagen gegen denselben Beklagten gerichtet sind.

Der dingliche Gerichtsstand ist rechtspolitisch zweifelhaft. Historisch entstanden ist er wegen der (nur) örtlich verfügbaren Grundbuchurkunden.

§ 26 ZPO: dinglicher Gerichtsstand für persönliche Klagen, z.B. Überbaurente § 913 BGB; Verwendungen § 1001 BGB.

76

§ 29 ZPO: Gerichtsstand des vertraglichen Erfüllungsortes. Für „Streitigkeiten aus einem Vertragsverhältnisse und über dessen Bestehen“ kommt der Gerichtsstand des Erfüllungsortes in Betracht. Dem weiten Wortlaut des § 29 I ZPO ist zu entnehmen, dass dieser nicht nur für Erfüllungsklagen gilt, sondern für alle Klagen, denen Ansprüche aus Verpflichtungsverträgen zu Grunde liegen (insb. Schadensersatzklagen wegen Nichterfüllung oder Herausgabe-klagen nach Ausübung eines Rücktrittsrechts) in Betracht kommt. Nicht unter § 29 I ZPO fallen Klagen aus § 812 I BGB bei Abwicklung eines nichtigen Vertrages (BGH JZ 1962, 315; aA bei Leistungskondition Zöller/*Vollkommer* § 29 Rn. 14). Die Bestimmung des Erfüllungsorts erfolgt nach §§ 269, 270 IV BGB. Liegen die Voraussetzungen des § 29 II ZPO nicht vor und folgt der Erfüllungsort auch nicht aus den Umständen, so ist der Wohnsitz (§§ 7ff. BGB) des Schuldners maßgeblich.

77

Beispiel: V in Köln hat dem K in Leipzig Waren für 4000 EUR verkauft. V liefert nicht. Eine Erfüllungsklage müsste K beim AG Köln einreichen, weil dieses Gericht sachlich nach § 23 Nr. 1 GVG und örtlich nach § 12 ZPO sowie § 29 ZPO iVm § 269 I BGB zuständig ist. Das Gleiche würde gelten, wenn der K den V auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 I BGB verklagt. Relevant wird der besondere Gerichtsstand in diesem Beispiel dann, wenn der V nach Vertragsschluss seinen Wohnsitz vom Köln nach Stuttgart verlegt. Er kann gem. § 35 ZPO wählen, ob er den V in Stuttgart (§ 12 ZPO) oder in Köln (§ 29 ZPO) verklagt.

Beachte: Dass der Beklagte ggf. den Vertragsschluss bestreitet, ist für § 29 I ZPO irrelevant. Es handelt sich um eine „doppelrelevante“ Tatsache (→ Rn. 94). Für die örtliche Zuständigkeit reicht mithin die schlüssige Behauptung des Klägers.

Beachte BGH NJW 2004, 54 mit Bespr. *Balthasar*, JuS 2004, 571: „**Abschied vom einheitlichen Erfüllungsort**“. Ein Rechtsanwalt klagte sein Honorar am Gericht seines Kanzleisitzes ein. Bislang hatte die Rechtsprechung angenommen, dass der Erfüllungsort beim gegenseitigen Vertrag für beide Leistungen identisch ist (einheitlicher Erfüllungsort). BGH NJW 2004, 54 erkennt dies nur noch im Ausnahmefall an, beispielsweise beim Bargeschäft des täglichen Lebens und beim Bauvertrag. Im Übrigen sind die Leistungsorte für beide Leistungen nicht identisch. In BGH NJW 2004, 54 konnte der klagende Rechtsanwalt daher die Honorarklage nicht an seinem Kanzleisitz erheben.

Für die **Erfüllungsortvereinbarung** gilt § 29 II ZPO. Der vertraglich verabredete Erfüllungsort begründet den Gerichtsstand nur unter den dort genannten Voraussetzungen, die § 38 I ZPO

78

entsprechen. *Zweck:* Durch eine („materiell-rechtliche“) Erfüllungsortabrede soll § 38 I ZPO nicht unterlaufen werden. Vielfach wurden Erfüllungsorte nur wegen des Gerichtsstands vereinbart. § 29 ZPO wird verdrängt durch § 29c ZPO.

- 79 **§ 29a ZPO: Mietsachen.** § 29a ZPO – besonderer *ausschließlicher* Gerichtsstand – erfasst alle „Räume“, insbesondere auch Gewerberäume. § 23 Nr. 2a GVG [sachliche Zuständigkeit] erfasst nur *Wohnräume*.
- 80 **§ 32 ZPO: Gerichtsstand der unerlaubten Handlung.** Danach ist das Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen wurde (Tatort). Das ist dort, wo gehandelt wurde, aber auch dort, wo der Erfolg eintritt. Es sind mehrere Tatorte möglich, dann gilt § 35 ZPO. Bei Druckschriften ist der Erscheinungsort und der bestimmungsgemäße Verbreitungsort („Streudelikte“) maßgeblich. Auch die Gefährdungshaftung fällt unter § 32 ZPO. Bei UmwHG gilt § 32a ZPO.

Das Gericht der unerlaubten Handlung prüft den Sachverhalt nicht nur unter der Perspektive des Deliktsrechts, sondern auch hinsichtlich konkurrierender vertraglicher Ansprüche. Seit BGH NJW 2003, 828 ist eine **Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs zu bejahen**, wofür insbesondere § 17 II GVG spricht.

- 81 **§ 33 ZPO: Gerichtsstand der Widerklage;** dazu unten.
- 82 Der Gerichtsstand bei **Streitgenossen** (§§ 59 ff. ZPO) wird nach § 36 Nr. 3 ZPO richterlich bestimmt. Maßstab ist die Zweckmäßigkeit. Die ZPO kennt keinen allgemeinen Gerichtsstand der Streitgenossenschaft, anders aber Art. 8 Nr. 1 EuGVVO.

7. Zuständigkeitsvereinbarungen

Zur Vertiefung: Huber, Grundwissen Zivilprozessrecht: Prorogation, JuS 2012, 974

- 83 Früher wurden vielfach in AGB oder in ausdrücklichen Vereinbarungen Gerichtsstandsabreden getroffen. Dies erfolgte häufig zum Nachteil des wirtschaftlich Schwächeren. Dieser verliert die Chance, nach §§ 12 f. ZPO vor seinem Wohnsitzgericht verklagt zu werden. Er hat die Kosten des Korrespondenzanwalts zu tragen. Nach § 38 ZPO sind Gerichtsstandsvereinbarungen grundsätzlich ausgeschlossen und nur ausnahmsweise zulässig.
- 84 **Gerichtsstandsvereinbarungen sind (nur) zulässig:**
- Nach § 38 I ZPO, wenn die Parteien **Kaufleute** oder juristische Personen des öffentlichen Rechts sind (nicht Rechtsanwälte).
 - Nach § 38 II ZPO: Wenn eine Vertragspartei ihren allgemeinen Gerichtsstand nicht im Inland hat. Ob sie Kaufmann ist, ist gleich.
 - § 38 III ZPO: Vereinbarung wird **nach dem Entstehen** der Streitigkeit getroffen. Man „sieht, worauf man sich einlässt“! (oder Verlegung des Wohnsitzes).
 - Selbst wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, ist eine Gerichtsstandsvereinbarung nicht zulässig, wenn sie sich nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis bezieht (§ 40 I ZPO). Eine Vereinbarung etwa „alle Klagen aus der Geschäftsbeziehung“ betreffend wäre daher unzulässig. Ferner ist sie nicht zulässig bei nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten oder bei Vorliegen eines ausschließlichen Gerichtsstandes, § 40 II ZPO.
 - Sicherungen des grundsätzlichen Verbotes finden sich in §§ 29 II, 39 S. 2, 331 I 2 ZPO.

Die engen Grenzen der §§ 38 ff. ZPO sind vielfach auf Kritik gestoßen. Sie lassen den Parteien wenig Gestaltungsspielraum. Im Anwendungsbereich der EuGVVO richten sich Gerichtsstandsvereinbarungen nach Art. 25 EuGVVO, der weniger streng als § 38 ZPO ist; bei Verbrauchern ist zudem Art. 19 EuGVVO zu beachten. 85

Soweit Gerichtsstandsvereinbarungen zulässig sind, gilt dies für die sachliche und (unter Beachtung der ausschließlichen Gerichtsstände) örtliche Zuständigkeit, *nicht* aber für den Rechtsweg, die funktionelle Zuständigkeit (vgl. § 38 I ZPO) und die Geschäftsverteilung (insoweit handelt es sich um ausschließliche Zuständigkeiten). 86

Die **Rechtsnatur** der Gerichtsstandsvereinbarung ist umstritten. Es geht um die Frage, ob die Regeln des BGB über Rechtsgeschäfte Anwendung finden. Im Grundsatz handelt es sich um einen Prozessvertrag, da die Abrede nur prozessuale Wirkung entfaltet. Pflichten werden nicht begründet. Im Ergebnis ist man sich gleichwohl einig, dass das BGB zur Anwendung kommt. Für eine Vertretung gilt § 164 BGB und nicht § 78 ZPO, und zwar auch dann, wenn die Gerichtsstandsvereinbarung für einen Rechtsstreit vor dem Landgericht geschlossen wird. Anderes gilt nur, wenn die Vereinbarung vor oder gegenüber dem Landgericht geschlossen wird. 87

Begriffe: Als Prorogation bezeichnet man die positive Bestimmung des zuständigen Gerichts. Durch Derogation wird ein (ggf. an sich zuständiges) Gericht ausgeschlossen. 88

8. Rügeloses Einlassen

Die Zuständigkeit kann (vorbehaltlich einer ausschließlichen Zuständigkeit) auch durch rügelose Verhandlung des Beklagten (!) begründet werden, **§ 39 ZPO**. 89

Die Regelung bezweckt, den Prozess etwa in einem schon fortgeschrittenen Stadium nicht in jedem Fall scheitern zu lassen. Auch Gewerbetreibende, die nach § 1 II HGB nicht Kaufmann sind, und Verbraucher fallen unter § 39 ZPO. Vor dem Amtsgericht gilt dies nur, wenn die Partei nach §§ 39 S. 2, 504 ZPO darauf hingewiesen wurde. Die Grenzen bestimmt § 40 II 2 ZPO.

Ausreichend ist die Verhandlung zur Hauptsache seitens des Beklagten mit Stellung des Sachantrags. Der Beklagte muss an die Folgen seiner Einlassung nicht gedacht haben. Erklärungen zu nur prozessualen Fragen (z.B. Richterablehnung) genügen nicht. Eine Anfechtung ist ausgeschlossen. Eine spätere Zuständigkeitsrüge geht ins Leere.

Klausurhinweis: Die vor einem unzuständigen Gericht erhobene Klage kann während des Prozesses zulässig werden, wenn sich der Beklagte rügelos einlässt („prozessuale Überholung“). Hier ist keineswegs abzuweisen, sondern es ergeht (bei Vorliegen der übrigen Sachentscheidungsvoraussetzungen) eine Sachentscheidung.

Beispiel: K verklagt B vor dem LG Leipzig auf Zahlung von 6.000 Euro, obwohl B seinen Wohnsitz in Freiberg hat (§§ 12, 13 ZPO). Im Termin beantragt B Klageabweisung. Hier ist das LG Leipzig gem. § 39 Satz 1 ZPO zuständig geworden, da B durch Stellung des Antrags auf Klageabweisung mündlich zur Hauptsache verhandelt hat (§ 137 I ZPO). Dies würde auch dann gelten, wenn K Klage beim AG Leipzig erhoben hat, weil § 39 ZPO auch für die sachliche Zuständigkeit gilt.

9. Prüfung und Entscheidung bei Zuständigkeitsfragen

a) Amtsprüfung

- 91 Das Gericht hat Zuständigkeitsfragen von Amts wegen zu prüfen, d. h. unabhängig vom Parteiverhalten. Ein Geständnis bindet nicht. Eine Amtsermittlung findet freilich nicht statt.

Beispiel: Bezweifelt das Gericht, dass der Beklagte seinen Wohnsitz im Gerichtsbezirk hat, so verbleibt es bei der Beweislast des Klägers. Er muss Beweis führen und das Gericht vom Beklagtenwohnsitz im Gerichtsbezirk überzeugen. Das Gericht muss das Einwohnermeldeamt nicht von sich aus befragen. Ein Geständnis des Beklagten bindet nicht.

b) Keine Prüfung in der Rechtsmittelinstanz

- 92 **§§ 513 II, 545 II ZPO:** Eine Verletzung der **örtlichen, sachlichen, funktionellen** Zuständigkeit (auch wenn ausschließlich) wird in der Rechtsmittelinstanz (Berufung oder Revision) nicht geprüft. Vgl. aber BGH NJW 2004, 1456: Diese Einschränkung gilt nicht für die internationale Zuständigkeit.

§ 17a V GVG: Ob der beschrittene Rechtsweg zulässig war, wird ebenfalls nicht mehr geprüft.

c) Doppelrelevante Tatsachen

- 93 Sind zuständigkeitbegründende und anspruchsbegründende Tatsachen identisch, so genügt für die *Zuständigkeit* die Behauptung des Klägers.

Beispiel: K klagt gegen B auf Schadensersatz am Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, § 32 ZPO. Es genügt die entsprechende Behauptung, B habe eine unerlaubte Handlung begangen. Ob wirklich eine unerlaubte Handlung gegeben ist, prüft das Gericht erst bei der Begründetheit. Wurde die unerlaubte Handlung nicht begangen, so ist die Klage *unbegründet* und nicht mangels Zuständigkeit unzulässig.

Beispiel: Klage am vertraglichen Erfüllungsort, § 29 ZPO. Ist der Vertrag nichtig, so ist die Klage unbegründet.

- 94 Dem Beklagten erwächst durch die Lehre von den „doppelrelevanten Tatsachen“ kein Nachteil. Denn bei einer Abweisung der Klage als *unzulässig* könnte der Kläger nochmals klagen, schließlich stellt das abweisende Prozessurteil nur die Unzuständigkeit rechtskräftig fest. Wird die Klage aber als unbegründet abgewiesen, steht die Rechtskraft jeder weiteren Klage entgegen. Daher steht der Beklagte bei einer Sachabweisung besser, auch wenn sie von einem an sich unzuständigen Gericht erlassen wird.

d) Entscheidung

Bei fortdauernd fehlender Zuständigkeit darf das Gericht keine Sachentscheidung treffen. Es bestehen zwei Möglichkeiten:

- 95 **aa) Verweisung nach § 281 ZPO**

Der Kläger kann aber die Abweisung der Klage durch einen Verweisungsantrag verhindern. Die verweisende Entscheidung ist **unanfechtbar**, § 281 II 2 ZPO, vorbehaltlich Willkür. Die **Bindungswirkung** bestimmt § 281 II 4 ZPO: Der Beschluss hat aufdrängende und abdrängende Wirkung. Das Gericht, an das verwiesen wurde, darf nicht zurückverweisen und nicht

weiter verweisen, aber nur wegen des Zuständigkeitsmoments, das geprüft worden war und aufgrund dessen die Verweisung erging. Dies entspricht § 17a II 3 GVG.

Wirkungen der Verweisung:

96

- **Grundsatz:** Der Prozess wird fortgesetzt, nicht neu begonnen.
- Die Prozesshandlungen wirken fort.
- Die Prozesslagen bleiben gleich, beispielsweise eine eingetretene Präklusion.
- Die **Rechtshängigkeit** richtet sich nach der Klageerhebung vor dem *unzuständigen* Gericht.
- Die **Verjährungshemmung** bei einer Klage am unzuständigen Gericht richtet sich nach § 204 I 1 BGB: Durch die Klage wird die Verjährung gehemmt. Das gilt auch fort bei einer Verweisung. Wird die Klage mangels Verweisungsantrags hingegen als unzulässig abgewiesen (dazu sogleich), endet die Hemmung der Verjährung gemäß § 204 II 1 BGB sechs Monate nach Eintritt der Rechtskraft des Prozessurteils.

bb) Klageabweisung als unzulässig, wenn kein Verweisungsantrag nach § 281 ZPO gestellt wird.

97

Die Rechtskraft des klageabweisenden Prozessurteils bezieht sich aber nur auf den geprüften Punkt. Die Klage kann vor dem *zuständigen* Gericht erneut erhoben werden.

Beachte die Bindungswirkung bei sachlicher Unzuständigkeit nach § 11 ZPO. Wenn das Amtsgericht sich für unzuständig erklärt hat, sind die Landgerichte daran gebunden, dürfen also nicht die sachliche Zuständigkeit der Landgerichte verneinen (und umgekehrt); dies verhindert sog. negative Kompetenzkonflikte.

► Zur Vertiefung **Fall 4: Sachliche und örtliche Zuständigkeit II.**

98

IV. Parteilehre

Literatur: *Fischer*, Aus der Praxis: Parteiwechsel auf Klägerseite, JuS 2009, 39; *Gruschwitz*, Die Parteiänderung im Zivilprozess, JA 2012, 689; *Huber*, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Die Abtretung der eingeklagten Forderung, JuS 2010, 582; *Schreiber*, Parteibegriff und Folgen falscher Zustellung im Zivilprozess, JURA 1990, 162; *Pawlowski*, Die zivilrechtliche Prozeßstandschaft, JuS 1990, 378.

1. Parteibegriff

- 99 Vielfach knüpft die ZPO für eine gesetzliche Regelung daran an, dass jemand Partei im Prozess ist (Parteifunktionen):
- § 325 ZPO: für die Rechtskraftwirkung
 - § 91 ZPO: wegen der Kosten
 - § 114 ZPO: wessen Vermögen für PKH maßgeblich ist
 - §§ 41, 42 ZPO: wessen Beziehung über Ausschluss und Ablehnung entscheidet
 - §§ 373, 445 ZPO: wer kann Zeuge sein, wer ist als Partei zu vernehmen
 - § 110 ZPO: wer wegen der Prozesskosten Sicherheit zu leisten hat
- 100 Es gilt ein **formeller Parteibegriff**. Maßgeblich ist ausschließlich die Klageschrift. Kläger ist, wer im eigenen Namen Rechtsschutz begehrt. Beklagter ist, wem gegenüber Rechtsschutz begehrt wird. Auf das materielle Recht kommt es nicht an.

Beispiel: Student S bezahlt seine Miete nicht. Der Vermieter V ist untätig. Nachbar N klagt im eigenen Namen gegen S die Forderung des V ein. Sein Antrag lautet: „Der Beklagte S wird verurteilt, 1.500 Euro an V zu zahlen.“ N und S sind Parteien des Prozesses. V ist nicht Partei, obwohl um dessen Forderung gestritten wird. V kann also Zeuge sein. Wird die Klage abgewiesen, trägt nicht V die Prozesskosten, sondern N als formelle Partei.

Eine andere Frage ist, ob ein Sachurteil ergeht. Im obigen Beispiel fehlt dem Kläger N die Prozessführungsbefugnis. Diese steht grundsätzlich nur dem materiell Berechtigten zu. Die Klage des N ist mangels Prozessführungsbefugnis als unzulässig abzuweisen.

- 101 Der Zivilprozess ist ein **Zwei-Parteien-Verfahren**. Es sind (mindestens) zwei Parteien erforderlich. Ein Insichprozess ist nicht statthaft. *Kein* Insichprozess ist die Klage der GmbH gegen ihren Alleingesellschafter (vgl. § 13 GmbHG). Beachte ferner, dass bei Sondervermögen, die einer Person zugewiesen sind, kein Insichprozess vorliegt.

Beispiel: Ein Testamentsvollstrecker klagt für den von ihm verwalteten Nachlass gegen den Erben, der eine Sache aus seinem Vermögen an den Testamentsvollstrecker herausgeben soll. Beide Vermögen (Erbschaft und Eigenvermögen) sind dem Erben materiellrechtlich als Rechtsträger zugewiesen, infolge ihrer verwaltungsmäßigen Trennung (§ 2205 BGB) liegt jedoch *kein* Insichprozess vor.

2. Wer ist Partei

- 102 Maßgeblich ist die Parteibezeichnung in der **Klageschrift**, vgl. § 253 II Nr. 1 ZPO. Diese ist der Auslegung zugänglich. Bei unrichtiger oder mehrdeutiger Bezeichnung ist daher Partei, wer aus Sicht eines objektiven Empfängers nach dem gesamten Inhalt der Klageschrift als Partei zu verstehen ist (BGH NJW-RR 2013, 394). Eine Parteiberichtigung ist möglich entsprechend § 319 ZPO.

Beispiel: Die Klage wird gegen eine OHG erhoben. Diese ist längst aufgelöst. Hier nach RGZ 157, 369 Berichtigung auf Klage gegen frühere Gesellschafter.

Beispiel: Klage gegen „Kaufhaus Karstadt“. Der Antrag wird berichtigt zu „Karstadt AG“.

Beispiel: Parteibezeichnung unter Künstlername.

Wird eine Klage für oder gegen eine „**Firma**“ erhoben (§ 17 II HGB), so ist der Kaufmann Partei, der zur Zeit der Klageerhebung Inhaber des Handelsgeschäfts ist. Wird das Handelsgeschäft übertragen, bleibt der Veräußerer Partei, nicht sein Nachfolger.

103

Beispiel: K klagt gegen den Hotelbetrieb „Musikhotel Bach Leipzig e.K.“. Beklagter ist der Inhaber B. Nach Klageerhebung veräußert B den Betrieb an X, der die Firma fortführt (§ 22 HGB). B bleibt Partei. Die materiellrechtliche Haftung des X nach § 25 HGB ändert daran nichts.

Abzugrenzen ist der Fall, in dem eine **falsche Partei** verklagt wird. Hier kommt **keine** Berichtigung, sondern allenfalls ein Parteiwechsel in Betracht.

104

Beispiel: A verursacht einen Verkehrsunfall mit B und gibt ein Schuldanerkenntnis unter dem Namen des C ab, damit B die Polizei nicht einschaltet. B klagt gegen C auf Schadensersatz. Hier ist C Partei. Es ist keine bloße Berichtigung möglich; erforderlich ist vielmehr eine Klagerücknahme mit der Folge des § 269 III ZPO, bei Einverständnis ein Parteiwechsel.

Abgrenzen ist ferner der Fall, dass die **Zustellung an die falsche Person** erfolgt. Die Zustellung begründet keine Parteistellung.

105

Beispiel: Die Klage gegen *Fritz Maier* wird dessen Sohn *Franz Maier* zugestellt. *Franz* wird nicht Partei. Gleichwohl ist der Zustellungsempfänger als sog. Scheinbeklagter zur mündlichen Verhandlung zuzulassen, damit er das Versehen aufklären kann. Die Kosten trägt analog § 91 ZPO der Kläger, sofern er die falsche Zustellung veranlasst hat (BGH NJW-RR 2008, 582). Handelt *Franz Maier*, so sind seine Handlungen nach h.M. unwirksam. Ergeht jedoch ein Urteil, so ist es mit Rechtskraft auch für und gegen die Partei *Fritz Maier* wirksam. Dieser kann aber Rechtsmittel § 547 Nr. 4 ZPO ergreifen und ein Wiederaufnahmeverfahren § 579 I Nr. 4 ZPO einleiten.

Zu beachten ist, dass im Falle einer Fehlzustellung auch der in der Klageschrift Bezeichnete nicht Beklagter geworden ist, da es an der nach § 253 I ZPO erforderlichen Zustellung fehlt.

Beispiel nach BGHZ 127, 156: Vermieter V kündigt dem säumigen Mieter M und klagt auf Räumung der Wohnung. Dabei weiß er nicht, dass über das Vermögen es M mittlerweile das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Das Gericht weiß hingegen von der Eröffnung und stellt die Klage nicht dem M, sondern dessen Insolvenzverwalter I zu. In diesem Fall ist weder I noch M Beklagter geworden: I ist nicht Beklagter, weil er also solcher nicht in der Klageschrift bezeichnet wurde (vgl. oben). Der M ist nicht Beklagter, weil ihm die Klageschrift nicht zugestellt wurde.

Existiert die **Partei nicht**, so ist das Urteil wirkungslos. Wird die Klage im Namen eines Verstorbenen erhoben, so werden die Erben Partei, weil die Vollmacht den Tod überdauert, § 86 ZPO. Die Rechtsfolge ergibt sich aus § 246 ZPO.

106

3. Parteifähigkeit

a) Überblick

107 Wenn feststeht, wer Partei ist, muss geprüft werden, ob diese Person parteifähig ist. Unter Parteifähigkeit versteht man die Fähigkeit, Prozessrechtssubjekt zu sein. Nach § 50 I ZPO ist parteifähig, wer rechtsfähig ist.

Der Prozess dient dem Schutz subjektiver Rechte. Nur wer materiell-rechtlich Rechtsträger sein kann, kann und muss auch Prozessrechtssubjekt sein, damit er seine Rechte durchsetzen kann. Die prozessuale Parteifähigkeit ist die Kehrseite der materiellrechtlichen Rechtsfähigkeit. Parteifähig sind daher jedenfalls natürliche und juristische Personen.

Klausurhinweis: Bei natürlichen Personen muss die Parteifähigkeit nicht erwähnt werden, weil selbstverständlich. Bei juristischen Personen genügt ein knapper Hinweis, im Fall der GmbH etwa auf § 13 GmbHG iVm § 50 ZPO.

b) Parteifähigkeit bei Personengesamtheiten

108 §§ 124 I, 161 II HGB: **OHG und KG** sind keine juristischen Personen, aber gleichwohl parteifähig. Zur Zwangsvollstreckung vgl. § 124 II HGB.

109 Die **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** wurde lange Zeit als nicht parteifähig angesehen. BGH NJW 2001, 1056 hat der Gesellschaft bürgerlichen Rechts- und damit auch Parteifähigkeit zuerkannt, soweit sie als *Außengesellschaft* Rechte und Verbindlichkeiten begründet. Ob sie einen Gesamtnamen führt, spielt keine Rolle. Auch die Größe ist irrelevant.

Die Unterschiede zur früheren Lehre und Rechtsprechung zeigen sich darin, dass die Gesellschaft als solche (und nicht die Gesellschafter in gesamthänderischer Verbundenheit als Streitgenossen) zu verklagen ist. Praktische Bedeutung hat dies beispielsweise beim Gesellschafterwechsel: Es liegt kein Parteiwechsel vor (die Gesellschafter sind nicht Partei). Konsequenterweise genügt zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein Titel gegen die Gesellschaft. Mit § 736 ZPO ist dies schwerlich vereinbar. § 736 ZPO ist denn auch das gewichtigste Argument der Kritiker von BGH NJW 2001, 1056.

110 Der **nicht rechtsfähige Verein** ist aktiv *und* passiv parteifähig (§ 50 II ZPO). Streitigkeiten zum Umfang der Parteifähigkeit nach § 50 II ZPO aF. haben sich mit der Neufassung der Norm seit 30.9.2009 erledigt. Politische Parteien sind aktiv und passiv parteifähig nach § 3 S. 1 PartG.

111 Im Anschluss an BGH NJW 2005, 2061 ist die Rechts- und Parteifähigkeit der **Wohnungseigentümergeinschaft** in § 10 IV 5 WEG geregelt worden. Dies erfolgte in Abkehr von der vorherigen Rechtsprechung und der bislang herrschenden Literaturmeinung. Nunmehr ist Träger des Vermögens und Adressat von Verpflichtungen unabhängig von einem Eigentümerwechsel der Verband.

Für den Prozess hat dies zur Folge, dass nicht mehr alle Wohnungseigentümer gemeinschaftlich klagen bzw. verklagt werden müssen. Die Gemeinschaft kann als solche klagen und verklagt werden, ohne dass es auf den aktuellen Mitgliederbestand ankommt (so auch BGH NJW 2005, 2065). Bei der Rechtsverfolgung durch den Verwalter ist eine Ermächtigung seitens der Wohnungseigentümer damit überflüssig geworden, der Verwalter kann namens der Gemeinschaft Klage erheben.

Hinweis: Hinsichtlich der materiellen Haftung der Wohnungseigentümer für Schulden der Wohnungseigentümergeinschaft hebt der BGH hervor, dass eine analoge Anwendung des § 128 HGB hier ausscheidet. Der Verwalter ist nur zur Vertretung des Verbands befugt, nicht zur Vertretung der einzelnen Wohnungseigentümer. Eine eigenständige Verpflichtung der jeweiligen Wohnungseigentümer setzt voraus, dass diese den Verwalter selbständig bevollmächtigen.

BGH NJW 2006, 3715 (bestätigt von BGH NJW-RR 2011, 1030 Rn.8) stellt klar, dass die **Erbengemeinschaft** (§ 2032 BGB) weder rechts- noch parteifähig ist. Klagen müssen also alle Miterben (als Streitgenossen). 112

Gewerkschaften sind nach § 10 ArbGG im arbeitsgerichtlichen Verfahren *aktiv* parteifähig. Ferner entschied BGHZ 42, 210, dass Gewerkschaften auch in anderen Rechtswegen aktiv parteifähig sind (arg. Art. 9 III GG). Es müssen nicht sämtliche (ggf. mehrere 100.000) Mitglieder oder Treuhänder klagen. 113

c) Parteifähigkeit ausländischer juristischer Personen

Sie richtete sich früher gemäß der sog. *Sitztheorie* grundsätzlich nach ihrem tatsächlichen Verwaltungssitz (vgl. BGHZ 97, 271). Unerheblich war, dass die juristische Person nach dem Recht ihres Gründungsortes wirksam entstanden war (so die *Gründungstheorie*). Das hatte zur Folge, dass eine im Ausland wirksam als juristische Person gegründete Gesellschaft bei der Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes nach Deutschland nach der Sitztheorie ihre Rechtsform und zugleich die Rechts- und Parteifähigkeit verlor. Um klagen zu können, musste sie im Inland (nach deutschem Recht) neu gegründet werden. Das ist mit erheblichem Aufwand verbunden und beschränkte die Geschäftstätigkeit nach Sitzverlegung. 114

Nach EuGH NJW 2002, 3614 – *Überseering* verstößt die Sitztheorie gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EGV aF; nunmehr Art. 49, 54 AEUV). Der BGH folgt daher heute der Gründungstheorie. In dem der Entscheidung BGH NJW 2003, 1461 zugrunde liegenden Fall hatte eine in den Niederlanden als *Besloten Vennootschap* im Handelsregister eingetragene Gesellschaft niederländischen Rechts ihren Geschäftssitz nach Deutschland verlegt. Sie erhob Klage auf Erstattung von Mängelbeseitigungskosten. Das Berufungsgericht hatte die Klage der Sitztheorie folgend mangels Parteifähigkeit als unzulässig abgewiesen. Nach Ansicht des BGH ist die Klage dagegen zulässig. Dem EuGH folgend sei es mit der Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar, eine in einem anderen Mitgliedstaat gegründete Gesellschaft nach Sitzverlegung zur Neugründung nach dem Recht des Forumstaats zu zwingen. Vielmehr haben die Mitgliedstaaten die Rechtsfähigkeit nach ausländischem Recht zu achten. Die Klägerin war daher dem Recht des Gründungsstaats zu unterstellen. Danach war sie rechtsfähig und nach § 50 ZPO (für Prozessrecht gilt die *lex fori*) parteifähig. Im Verhältnis zu Nichtmitgliedstaaten hält man freilich an der Sitztheorie fest (str.). 115

d) Prüfung und Entscheidung

Die Parteifähigkeit ist von Amts wegen zu prüfen. Fehlt die Parteifähigkeit, so wird die Klage als unzulässig abgewiesen (sog. Prozessurteil). Zu beachten ist, dass der Mangel während des Rechtsstreits gegebenenfalls geheilt werden kann. 116

Beispiel: Ein nicht rechtsfähiger Verein wird während des Prozesses rechtsfähig. Der Vorstand genehmigt die bisherige Prozessführung.

- 117 Zu beachten ist ferner, dass jede Partei **im Streit um die Parteifähigkeit** parteifähig ist (BGHZ 24, 91), sog. Zulassungsstreit: *In der ersten Instanz* ist die Partei für die Frage, ob die Parteifähigkeit vorliegt als parteifähig zu behandeln.

Beispiel: Beweisaufnahme durch Auszug aus dem Vereinsregister, § 21 BGB

- 118 Das Rechtsmittel gegen das Prozessurteil, das die Klage als unzulässig abweist, ist zulässig (und darf nicht mangels Parteifähigkeit zurückgewiesen werden). U.U. ist es aber unbegründet, wenn die Parteifähigkeit fehlt und das angegriffene abweisende Urteil daher richtig ist.

4. Prozessfähigkeit

- 119 Prozessfähigkeit ist die Fähigkeit, einen Prozess selbst oder durch einen selbst bestellten Vertreter zu führen. Man kann sie als prozessuale Handlungsfähigkeit verstehen, vergleichbar der materiell-rechtlichen Geschäftsfähigkeit. Damit eine Prozesshandlung der Partei zugerechnet werden kann, muss sie auf einen vernünftigen Willen zurückgeführt werden können.

- 120 Wer prozessfähig ist, sagt § 52 ZPO: Soweit sich die Partei *selbständig* durch Verträge verpflichten kann. Danach sind prozessfähig die voll geschäftsfähigen natürlichen Personen. Andererseits sind prozessunfähig die geschäftsunfähigen Personen. Auch beschränkt Geschäftsfähige (§§ 106 ff. BGB) sind prozessunfähig, insbesondere Minderjährige vor Vollendung des 18. Lebensjahres. Es gibt keine beschränkte Prozessfähigkeit, denn der Prozess verträgt keine Schwebelagen.

Soweit ein nicht beschränkt Geschäftsfähiger nach **§§ 112, 113 BGB partiell** geschäftsfähig ist, ist er auch prozessfähig. Prozessfähigkeit ist insoweit vom Streitgegenstand abhängig. Die Genehmigung eines materiellen Rechtsgeschäfts nach § 108 BGB und die Erfüllung nach § 110 BGB führen aber nicht zur Prozessfähigkeit.

- 121 Die **Betreuung** nach §§ 1896 ff. BGB führt nicht zur Prozessunfähigkeit. Klagt aber der Betreuer als Vertreter nach § 1902 BGB, gilt § 53 ZPO: Der Betreute gilt *für diesen Prozess* als nicht prozessfähig. Die Prozessführung durch den Betreuer soll nicht durch den Betreuten beeinträchtigt werden können. Ist ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet, so ist der Betreute insoweit beschränkt geschäftsfähig und daher prozessunfähig, § 1903 I 2 BGB. Im Übrigen ist Prozessfähigkeit gegeben. Für **Ausländer** gelten § 55 ZPO und Art. 7 EGBGB.

- 122 Prozessfähigkeit ist **Sachentscheidungsvoraussetzung**. Sie ist von Amts wegen zu prüfen, § 56 ZPO. Fehlt sie zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung, so ist die Klage abzuweisen. „Rügeverzicht“ oder „Geständnis“ sind unerheblich. Prozessfähigkeit ist zugleich **Prozesshandlungsvoraussetzung**. Fehlt die Prozessfähigkeit, sind einzelne Prozesshandlungen unwirksam.

Wird das Fehlen der Prozessfähigkeit nicht erkannt, so ist ein Rechtsmittel gegeben. Nach Eintritt der Rechtskraft ist die Nichtigkeitsklage mangels ordnungsgemäßer Vertretung möglich, § 579 I Nr. 4 ZPO; es fehlte an der Vertretung im Prozess.

- 123 „**Im Streit um die Prozessfähigkeit ist die Partei prozessfähig.**“ (BGH NJW 1990, 1734). Daher kann ein Rechtsmittel wirksam eingelegt werden, wenn eine Klage mangels Prozessfähigkeit abgewiesen wurde. Andernfalls würde das Urteil der ersten Instanz gerade wegen dieses Mangels nicht überprüft.

Wichtig: Bei juristischen Personen und Minderjährigen ersetzt die „gesetzliche Vertretung“ die fehlende Prozessfähigkeit. Wer der richtige gesetzliche Vertreter ist, richtet sich nach materiellem Recht, § 51 I Fall 2 ZPO.

Beispiel: Der 12jährige M ist Partei eines Prozesses und als solcher prozessunfähig. Wenn aber seine Eltern als gesetzliche Vertreter für ihn handeln, so ist der Mangel (natürlich) unerheblich.

Beispiel: K klagt gegen eine GmbH. Wenn die GmbH im Prozess durch ihren (wirklichen) Geschäftsführer vertreten ist, ist sie prozessfähig.

Eine Partei muss also entweder prozessfähig oder *gesetzlich* vertreten sein.

Klausurhinweis: Es ist an eine mögliche Genehmigung zu denken (vgl. § 89 II ZPO). So zum Beispiel, wenn die Eltern für den verklagten Minderjährigen, der bereits Prozesshandlungen vorgenommen hatte (der Richter hatte seine Minderjährigkeit nicht erkannt), einen Rechtsanwalt bestellen, der den Prozess weiter führt (ggf. konkludente Genehmigung). – Ferner kommt eine Genehmigung (entsprechend § 108 Nr. 3 BGB) in Betracht, wenn ein Minderjähriger volljährig geworden ist.

5. Postulationsfähigkeit

Dies meint die Fähigkeit Prozesshandlungen selbst wirksam – als Partei oder Prozessvertreter – vorzunehmen zu können. Die ZPO unterscheidet in §§ 78 ff. ZPO zwischen Parteiprozess und Anwaltsprozess. Anwaltsprozess bedeutet, dass sich die Partei anwaltlich vertreten lassen muss, sog. „Anwaltszwang“. In einem solchen Prozess kann sie mithin selbst keine wirksamen Prozesshandlungen vornehmen. Der Anwaltszwang besteht für das gesamte Verfahren, also nicht nur für die mündliche Verhandlung (so zB auch bei der Erhebung der Klage, Einlegung von Rechtsmitteln, Klagerücknahme vor Verfahrensbeginn usw.). Wo Anwaltszwang herrscht, regelt § 78 I ZPO: vor dem LG, OLG, BGH. In Familiensachen gilt § 114 FamFG. Der Anwaltszwang gilt nicht im Rahmen von § 78 II ZPO.

124

Klausurhinweis: Es kann ein Versäumnisurteil (§§ 330, 331 ZPO) ergehen, wenn eine nicht postulationsfähige Partei auftritt. Da sie keine wirksamen Prozesshandlungen vornehmen kann, liegt ein Nichtverhandeln iSd § 333 ZPO vor. Häufiger Klausurfall!

Beispiel: In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht erscheint der Beklagte ohne Rechtsanwalt. Der Beklagte kann nicht wirksam verhandeln (§ 333 ZPO). Es liegt eine Säumnislage vor und es ergeht ein Versäumnisurteil, wenn dessen Voraussetzungen im Übrigen vorliegen.

6. Stellvertretung im Prozess

Auch im Prozess ist eine Stellvertretung möglich. Voraussetzung ist auch hier ein Handeln im fremden Namen und Vertretungsmacht. Man unterscheidet gesetzliche und gewillkürte Vertretung(-smacht).

125

a) Gesetzliche Vertretung

Die gesetzliche Vertretung stellt die prozessuale Handlungsfähigkeit her. Wer gesetzlicher Vertreter ist, bestimmt sich gemäß § 51 I ZPO nach dem materiellen Recht, etwa

126

- Minderjährige: Eltern, §§ 1626 I, 1629 I 2 BGB, oder Vormund, §§ 1773, 1793 BGB
- Betreute: Betreuer, § 1902 BGB

- juristische Person: Vorstand, § 26 II 1 BGB, § 78 AktG; Geschäftsführer der GmbH, § 35 I GmbHG;
- Personengesellschaften: jeder Gesellschafter der OHG, § 125 HGB; Komplementär der KG, § 170 HGB
- Erben: Nachlasspfleger, §§ 1960, 1961 BGB

Im Prozess wird der gesetzliche Vertreter mitunter wie die Partei behandelt, etwa

- Parteivernehmung, § 455 ZPO
- Persönliches Erscheinen, § 273 II Nr. 3 ZPO
- Befangenheit, §§ 41 Nr. 4, 42 ZPO

b) Gewillkürte Vertretung

127 Es ist eine Prozessvollmacht erforderlich. Prozessvollmacht wird analog § 167 I BGB durch einseitige Erklärung erteilt. Die Terminologie von § 87 I ZPO, der von einem „Vollmachtsvertrag“ spricht, ist heute überholt; die Vorschrift beruht auf der Mandatstheorie. Die Vollmachtserteilung ist Prozesshandlung und daher unanfechtbar.

Taugliche Vertretungspersonen ergeben sich im **Parteiprozess** aus § 79 ZPO. Der **Nachweis** der Vollmacht erfolgt gemäß § 80 I ZPO durch schriftliche Erklärung. Nach § 88 II ZPO ist ein Mangel der Vollmacht von Amts wegen zu berücksichtigen, wenn nicht ein Rechtsanwalt auftritt.

Taugliche Vertretungsperson im **Anwaltsprozess** ist vor Land- und Oberlandesgerichten jeder zugelassene Rechtsanwalt (vgl. §§ 4 ff. BRAO). In Anwaltsprozessen vor dem BGH nur die dort zugelassenen Rechtsanwälte.

Der **Umfang** der Prozessvollmacht ist in § 81 ZPO typisiert. Zu beachten ist, dass sie sich nicht auf den Empfang der Hauptsache erstreckt. Eine Beschränkung ist dem Gegner gegenüber nur im Rahmen des § 83 I ZPO wirksam (beispielsweise bzgl. eines Vergleichs).

Beispiel: Untersagt der Kläger in einem Prozess vor dem Landgericht seinem Anwalt eine Klagerücknahme, nimmt der Anwalt aber gleichwohl die Klage zurück, so treten deren Wirkungen ungeachtet der Weisung des Klägers ein. Erleidet dieser durch die Rücknahme einen Schaden (etwa weil die Klage Aussicht auf Erfolg gehabt hätte), so haftet der Anwalt ggf. aus § 280 I BGB.

Eine weitergehende Beschränkung der Vollmacht ist indes im Parteiprozess möglich, § 83 II ZPO.

128 **Erlöschen der Vollmacht:** Entgegen dem noch aus „Vor-BGB-Zeiten“ stammenden Wortlaut des § 87 I ZPO („Kündigung“) endet die Vollmacht mit ihrem **Widerruf**. Zu beachten sind aber die Einschränkungen in § 87 I ZPO.

Die Vollmacht endet ferner mit Beendigung des Rechtsstreits (nicht mit der Beendigung der Instanz, arg. § 81 ZPO) oder mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Vollmachtgebers (§ 117 InsO). Die Prozessvollmacht erlischt nicht mit dem Tod der Partei, § 86 ZPO; vgl. § 246 ZPO. Stirbt der Rechtsanwalt der Partei, so gilt § 244 ZPO.

c) Wirkungen der Vertretung im Prozess

129 Die Folgen der Prozesshandlungen des Prozessvertreters treffen die Partei (sog. Wirkungsverlagerung), § 85 I 1 ZPO. Eine Ausnahme davon bestimmt § 85 I 2 ZPO bei Tatsachenerklärungen. Verschulden des Vertreters oder Bevollmächtigten wird der der Partei zugerechnet,

§§ 51 II, 85 II ZPO (wichtig für Präklusion und Fristversäumnis §§ 233, 296 ZPO). Wegen der Kenntnis gilt § 166 BGB.

d) Vertretung ohne Vertretungsmacht

Eine Prozesshandlung ohne Vertretungsmacht ist grundsätzlich unwirksam, falls sie nicht genehmigt wird. Das gilt auch für die Klage. Es trägt aber entgegen § 91 ZPO nicht die Partei, sondern der Vertreter als Veranlasser die Kosten. Eine einstweilige Zulassung ist nach § 89 ZPO möglich.

130

Wird die fehlende Vertretungsmacht übersehen, ist die Nichtigkeitsklage statthaft, § 579 I Nr. 4 ZPO

7. Prozessführungsbefugnis

a) Grundsatz

Der formelle Parteibegriff stellt für die Parteibestimmung allein darauf ab, wer in der Klageschrift als Partei benannt wird. Er sagt nichts über die Frage, wer „richtige“ Partei ist. Es geht um das Problem, wer über welches Recht streiten darf, wer für die Prozessführung „zuständig“ ist. Dies beantwortet die Prozessführungsbefugnis.

131

Beispiel: Nachbar N klagt gegen S auf Zahlung von Mietzins an Vermieter V. N ist Partei. Aber ihn geht die Forderung nichts an. Er ist nicht die „richtige“ Partei. Die Klage wird mangels Prozessführungsbefugnis abgewiesen.

Damit wird deutlich, dass die materielle Berechtigung beim Parteibegriff keine Rolle mehr spielt (anders der materielle Parteibegriff), sondern nur bei der Prozessführungsbefugnis von Bedeutung ist. Es gilt als **Grundsatz:** Nur die Beteiligten des streitigen *materiellen* Rechtsverhältnisses sind prozessführungsbefugt. Maßgeblich ist allein der Klageantrag. Wenn der Kläger Zahlung an sich verlangt, ist er immer prozessführungsbefugt. Die Prozessführungsbefugnis ist **Sachentscheidungs voraussetzung**. Fehlt sie, ist die Klage unzulässig.

132

b) Prozessstandschaft

Bei der Prozessstandschaft ist *ausnahmsweise* eine nicht am materiellen Streitverhältnis beteiligte Person prozessführungsbefugt. Charakteristisch für die Prozessstandschaft ist, dass der Kläger **im eigenen Namen ein fremdes Recht** (Klageantrag auf Leistung an Rechtsinhaber) geltend macht. Behauptet er hingegen *fälschlicherweise* das Recht stehe ihm selbst zu (Klageantrag auf Leistung an Kläger), so ist die Klage mangels Sachlegitimation unbegründet (wird oft übersehen).

133

Man unterscheidet gesetzliche und gewillkürte Prozessstandschaft.

aa) Gesetzliche Prozessstandschaft

134

Beispiele:

- bei Veräußerung der streitbefangenen Sache, § 265 II ZPO
- Parteien kraft Amtes, beispielsweise Insolvenzverwalter oder Testamentsvollstrecker (Amtstheorie)
- Revokationsrecht der Ehegatten, §§ 1368, 1369 III BGB
- Einzelklagebefugnis der Miteigentümer und Miterben, §§ 1011, 2039 BGB

bb) Gewillkürte Prozessstandschaft

135 Eine gewillkürte Prozessstandschaft ist nach hM zulässig. Problematisch ist, dass hierdurch die Parteirollen verschoben werden und sich damit beispielsweise das Kostenrisiko verlagert (Kosten tragen nur „Parteien“, § 91 ZPO). Auch ermöglicht die Verschiebung der Parteirollen die Erschleichung von Prozesskostenhilfe oder einer Zeugenstellung in einem Prozess, in dem der Kläger die Beweislast trägt. Die gewillkürte Prozessstandschaft kann daher nicht grenzenlos zulässig sein. Voraussetzung ist nach überwiegender Auffassung neben der **Ermächtigung** (analog § 185 I BGB) daher auch ein **berechtigtes rechtliches Interesse** daran, das fremde Recht im eigenen Namen durchzusetzen (ständige Rechtsprechung, BGH NJW 2017, 486, Rn. 5). Die Ermächtigung legitimiert den Eingriff in den für den Kläger fremden Rechtskreis des Rechtsträgers. Das Merkmal des „rechtlichen Interesses“ soll den Prozessgegner schützen. Ein rechtliches Interesse ist anzunehmen, wenn das Prozessergebnis die materielle Rechtsstellung des Ermächtigten berührt.

136 Die gewillkürte Prozessstandschaft ist **anerkannt** beispielsweise

- bei der Klage des Verkäufers einer abgetretenen Forderung (wegen der möglichen Rechtsmängelhaftung, BGH NJW 1979, 924)
Beispiel: K verkauft seine gegen S gerichtete Forderung an X und tritt sie später an X ab. S verweigert die Zahlung. X ermächtigt zur Klage in Prozessstandschaft.
- bei stiller Sicherungszession mit „Rückermächtigung“
Beispiel: K hat Forderungen gegen S. Zur Sicherung eines Darlehensrückzahlungsanspruchs tritt K die Forderungen an die Bank B ab. Die Zession wird S nicht offen gelegt. B ermächtigt K zur Einziehung der Forderungen. Hier hat K nicht nur eine Einziehungsermächtigung erteilt, sondern zugleich eine Prozessführungsermächtigung, die den K zur Klage in eigenem Namen ermächtigt.
- Klage des Gesellschafters für die GmbH
Beispiel: Die A-GmbH hat Forderungen gegen S. Allerdings bezweifelt der Geschäftsführer G der GmbH die Beweisbarkeit. Gesellschafter K drängt auf indes Klage. Hier kann G den K zur Klage für die GmbH ermächtigen. K trägt dann die Prozesskosten, wenn die Forderungen nicht beweisbar sind und er unterliegt.
- Klage des Leasingnehmers gegen den Verkäufer des Leasingguts auf Leistung an den Leasinggeber, insbesondere bei Mängelgewährleistungsrechten aus dem Beschaffungsvertrag (BGH NJW 2014, 1970, Rn. 12).
Beispiel: F betreibt ein Fitnessstudio. Die Geräte werden geleast. Leasinggeber G schließt mit F einen Leasingvertrag, in der er den F ermächtigt, Gewährleistungsrechte aus dem Kaufvertrag mit V über die Geräte einzuklagen. F kann gegen V auf Nacherfüllung, Rückgewähr usw. klagen.
- str. ist, ob bei Inkassoeinziehungsermächtigung das Provisionsinteresse genügt.
Beispiel: G hat eine Forderung gegen S. G ermächtigt Inkassounternehmer I, diese Forderung im eigenen Namen einzuklagen. Hier kann man ein eigenes rechtliches Interesse des I bezweifeln. Sicherer ist es daher, an den I eine Inkassozession vorzunehmen. Dann ist I Vollrechtsinhaber (nur im Innenverhältnis zu G treuhänderisch gebunden), und zur Klage ist eine Prozessstandschaft nicht erforderlich (BGH NJW 1980, 991).

- Anerkannt ist auch die Geltendmachung eines Notwegerechts (§ 917 BGB) durch den Mieter für den Vermieter (BGH NJW-RR 2014, 526).
- Zulässig ist die gewillkürte Prozessstandschaft auch bei Ansprüchen, die nicht abtretbar sind, weil sie eng mit dem Eigentum/Besitz verbunden sind (§§ 894, 985, 1004, 862 BGB, zusammenfassend BGH NJW 2017, 486, Rn. 7).

Nicht anerkannt wurde eine gewillkürte Prozessstandschaft in folgenden Fällen:

137

- Ermächtigt der Rechtsinhaber eine überschuldete vermögenslose GmbH zur Prozessführung, ist die Prozessstandschaft unzulässig (BGHZ 96, 151 = NJW 1986, 850). Hier gefährdet die Prozessstandschaft die Interessen des Prozessgegners hinsichtlich seines (möglichen) Kostenerstattungsanspruchs (§ 91 ZPO).
- Ermächtigt ein Grundstückseigentümer ein Unternehmen, das Altkleider sammelt, zur Klage auf Entfernung von Sammelcontainern, die ein Wettbewerber ohne Zustimmung des Eigentümers auf einem Grundstück abgestellt hatte, so fehlt ein berechtigtes Interesse an der Prozessstandschaft, wenn es dem Standschafter nur darum geht, eine Wettbewerbssituation auf dem Altkleidermarkt zu beenden; dazu BGH NJW 2017, 486, Rn. 8 ff.:

[11] (2) Das ist hier nicht der Fall. Das Eigeninteresse der Kl. bezieht sich nicht auf die Beseitigung der von den Altkleidercontainern ausgehenden Beeinträchtigung des Eigentums oder des Besitzes an den Grundstücken der Ermächtigenden, sondern auf die Beendigung einer Wettbewerbssituation auf dem Altkleidersammelmarkt. Etwaige **Wettbewerbsverstöße der Bekl.** können das schutzwürdige **Interesse aber nicht begründen**. Die Vorschriften zum Schutz des Eigentums sind keine Marktverhaltensregelungen, die unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs als Wettbewerbsverstöße nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG verfolgt werden könnten (BGH, NJW-RR 2006, 1378 = GRUR 2006, 879 Rn. 13 mwN; vgl. auch BGHZ 140, 183 [187 f.] = NJW 1999, 1964).

[12] **Anders** wäre es, wenn die **Kl. aufgrund einer Nutzungsvereinbarung** mit den Grundstückseigentümern berechtigt wäre, (künftig) eigene Altkleidercontainer aufzustellen. Dann bestünde zwischen ihnen eine Rechtsbeziehung, aus der ein Interesse der Kl. abgeleitet werden könnte, die Grundstücke von den störenden Altkleidercontainern des Bekl. frei zu machen. Vortrag zu einer solchen Nutzungsvereinbarung ist indes nicht aufgezeigt.

Die Ermächtigung zur Prozessführung kann analog § 183 BGB **widerrufen** werden, allerdings nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung. BGH NJW 2015, 2425, Rn. 29 begründet diese Einschränkung mit dem Rechtsgedanken des § 269 I ZPO: Der Widerruf der Ermächtigung des Klägers zur Prozessführung wirke dem Beklagten gegenüber wie eine Klagerücknahme.

138

Zu unterscheiden ist davon die **materiell-rechtliche Ebene**: Ob der Prozessstandschafter Leistung an sich verlangen darf, ist eine Frage des materiellen Rechts. Vielfach tritt neben die Ermächtigung zur Prozessstandschaft eine Einziehungsermächtigung. Diese verschafft dem Kläger die Aktivlegitimation, also das Recht, Leistung an sich zu verlangen.

139

Klausurhinweis: Fehlt die Prozessführungsbefugnis, ist die Klage *unzulässig*. Fehlt die Aktivlegitimation, ist die Klage *unbegründet*.

Beachte: Die Einziehungsermächtigung ist eng mit der Erfüllungsermächtigung nach § 362 II BGB verwandt, beide dürfen aber nicht vermengt werden. Nach § 362 II BGB kann der Schuldner an den Ermächtigten befreiend leisten, nicht aber kann dieser Leistung verlangen. Dazu bedarf es einer Einziehungsermächtigung (analog § 185 Abs. 1 BGB). Aufgrund der Einziehungsermächtigung kann der Ermächtigte insbesondere verzugsbegründend mahnen.

c) Rechtsfolgen der Prozessstandschaft

- 140 Der Prozessstandschafter ist **Partei**. Die Parteiwirkungen treffen nur ihn, also beispielsweise Kosten, Parteivernehmung, Prozesskostenhilfe (manche verlangen zusätzlich Bedürftigkeit des Rechtsträgers, *Thomas/Putzo/Seiler*, ZPO, § 114, Rn. 12), Ausschluss der Zeugenstellung etc. Daraus folgt, dass der Rechtsträger Zeuge im Prozess über seinen eigenen Anspruch sein kann, weil er nicht formell Partei ist. Der Richter wird aber im Rahmen des § 286 ZPO das Eigeninteresse des Zeugen berücksichtigen.
- 141 Zum Ausgleich ist der materiell Berechtigte an die **Rechtskraft** des Urteils gebunden, das dem Prozessstandschafter gegenüber ergeht. Das ist bei der gewillkürten Prozessstandschaft unbestritten (BGH NZI 2008, 561, Rn. 14), bei der gesetzlichen Prozessstandschaft allerdings sehr streitig. Die Rechtskrafterstreckung verhindert insbesondere, dass der Rechtsträger nochmals klagen kann, wenn der Prozessstandschafter im Prozess unterlegen war.
- 142 Der Prozessstandschafter als Kläger kann **vollstrecken**. Er ist im Titel als „Gläubiger“ ausgewiesen. Als formelle Partei erhält der Kläger die Vollstreckungsklausel nach § 724 ZPO.
- 143 Es ist zu beachten, dass im Falle der gewillkürten Prozessstandschaft sowohl der Ermächtigte als auch der tatsächliche Rechtsinhaber zur Prozessführung befugt sind. Allerdings folgt daraus nicht, dass beide parallel die gleiche Forderung einklagen können. Vielmehr steht etwa der Zulässigkeit einer zweiten Klage des Rechtsinhabers die **Rechtshängigkeit** der ersten Klage des Ermächtigten entgegen, § 261 III Nr. 1 ZPO.

► Zur Vertiefung **Fall 5: Parteifähigkeit, Prozessführungsbefugnis, Prozessstandschaft.**

8. Parteiwechsel

a) Begriff

- 144 Der Parteiwechsel ist die Änderung der Subjekte eines Prozesses nach Rechtshängigkeit. Man unterscheidet den gesetzlichen und den gewillkürten Parteiwechsel.

b) Gesetzlicher Parteiwechsel

- 145 Gesetzlicher Parteiwechsel tritt ein in den Fällen:
- Tod der Partei, § 239 ZPO
 - Einzelrechtsnachfolge mit Zustimmung, § 265 II 2 ZPO
 - Insolvenzeröffnung (auf Grundlage der Amtstheorie; Unterbrechung nach § 240 ZPO und Aufnahme von Aktivprozessen nach § 85 InsO durch Insolvenzverwalter)
- 146 Beim Parteiwechsel wird der Prozess mit der neuen Partei *fortgeführt* (nicht neu begonnen). Bisherige Prozesslagen bleiben erhalten; die neue Partei ist an den bisherigen Prozessverlauf gebunden. Prozesshandlungen der ausgeschiedenen Partei bleiben wirksam. Gleiches gilt für die Ergebnisse einer Beweisaufnahme.

c) Gewillkürter Parteiwechsel

ein gewillkürter Parteiwechsel kommt insbesondere in Betracht, wenn sich heraus stellt, dass der Kläger die falsche Partei verklagt hat.

Beispiel (nach BGHZ 62, 131): K klagt gegen die AB-OHG (vgl. § 124 HGB). Während des Prozesses wird die Gesellschaft voll beendet. Kann der Prozess gegen die Gesellschafter A und B fortgeführt werden, die nach § 128 HGB haften?

Beispiel: Klage auf Kaufpreiszahlung gegen eine GmbH, die im Prozess vertreten wird durch den Gesellschafter-Geschäftsführer (§ 35 I GmbHG). Es stellt sich heraus, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer beim Abschluss des der Klage zugrunde liegenden Kaufvertrags im eigenen Namen gehandelt hat. Kann der Kläger nun den Prozess gegen den Geschäftsführer fortführen?

Der gewillkürte Parteiwechsel ist in der ZPO nicht geregelt. Hier besteht folgende **Interessenslage**: Der Gegner (der ausscheidenden Partei) erlangt mit Beginn der mündlichen Verhandlung ein Recht auf Entscheidung des Streits gegenüber der bisherigen Partei, arg. § 269 I ZPO; insofern möchte er nicht gegen seinen Willen aus dem Prozess gedrängt werden, zumal dann gegen ihn ein zweiter Rechtsstreit geführt werden könnte. Die neu eintretende Partei will nicht an den bisherigen Prozessverlauf gebunden sein und insbesondere keine Instanz verlieren. 147

Wie der gewillkürte Parteiwechsel zu behandeln ist, ist umstritten: 148

- **Klageänderungstheorie** (vom RG vertreten): Der Parteiwechsel ist als Klageänderung nach § 263 ZPO zu behandeln und hängt somit von Einwilligung oder Sachdienlichkeit ab: Danach kann der Parteiwechsel auch zulässig sein, wenn das Gericht ihn für „sachdienlich“ erachtet, mithin auch noch in der Berufungsinstanz, § 533 ZPO.
- Der **BGH** folgt grundsätzlich der Klageänderungstheorie des RG (BGH NJW 2007, 769 Rn.6). Allerdings behandelt er den Fall in der zweiten Instanz bei einem Beklagtenwechsel anders: Hier ist die Zustimmung des neu zu Verklagenden erforderlich (BGH NJW 1976, 239, 240), es sei denn, die Verweigerung ist *missbräuchlich* (BGH NJW 1956, 1598).

Zu obigen **Beispielen**: Folgt man dem BGH, würde der Parteiwechsel in den obigen Beispielen zulässig sein. Den Gesellschaftern und dem Geschäftsführer der GmbH entsteht kein Nachteil, denn sie haben den Prozess auch bislang schon als gesetzlicher Vertreter der beklagten GmbH geführt. Bedenklich ist allerdings, dass der bisherige Beklagte sein in § 269 I ZPO verankerten Anspruch auf eine Entscheidung verliert. 149

Parteiweiterung ist die Begründung eines weiteren Prozessrechtsverhältnisses durch Einbeziehung eines weiteren Beklagten in den Prozess. Das ist grundsätzlich zulässig, aber die neu verklagte Partei ist an den bisherigen Prozessverlauf (insbesondere Beweisergebnisse) nicht gebunden. 150

► Zur Vertiefung Fall 6: Partei kraft Amtes, Prozessführungsbefugnis, Parteiwechsel.

V. Klage

Literatur: *Klappstein*, Die drei verschiedenen Klagearten im Zivilprozess, JA 2012, 606; *H. Schmidt*, Anforderungen an die „demnächst“ erfolgende Zustellung, JA 2016, 303; *Schreiber*, Die Klagearten der ZPO JURA 2009, 754; *Stein*, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, JuS 2016, 122.

1. Klageerhebung

- 151 Die Klageerhebung erfolgt nach § 253 I ZPO mit der Zustellung der Klageschrift. § 253 II ZPO bestimmt den Mussinhalt der Klageschrift (Parteien, Gericht, Streitgegenstand). Erforderlich ist insbesondere ein **bestimmter Antrag**.
- 152 **Ausnahmen** vom Erfordernis des „bestimmten Antrags“:
- Stufenklagen (vgl. § 254 ZPO)
 - Schmerzensgeld, da das Gericht hier nach billigem Ermessen zu entscheiden hat (vgl. § 253 II BGB); zum Antrag bei Schmerzensgeld iSd. § 253 II BGB vgl. BGH NJW 2012, 1730 mit Bespr. Mäsch, JuS 2012, 841
 - Schadensschätzung nach § 287 ZPO; Gericht steht Ermessen zu
 - Genaue Bezifferung ist unmöglich (insbesondere wegen der Besonderheiten immissionsrechtlicher Unterlassungsklagen, BGH NJW 1993, 1656)

2. Klagearten

a) Leistungsklage (Verurteilungsklage)

- 153 Gegenstand der Klage ist ein materiell-rechtlicher Anspruch (§ 194 I BGB), der auf ein Handeln (z.B. §§ 433 II, 985 BGB), Dulden (z.B. § 1147 BGB; „Haftungsklage“) oder Unterlassen (§ 1004 BGB) gerichtet sein kann. Das Leistungsurteil bildet einen Vollstreckungstitel (§ 704 ZPO).
- 154 Bei **noch nicht fälligen Ansprüchen** gelten Besonderheiten:
- Der Kläger klagt einen nach seiner Behauptung fälligen Anspruch ein. Es stellt sich im Prozess heraus, dass der Anspruch noch nicht fällig ist. Die Klage wird als „zur Zeit unbegründet“ abgewiesen. Die Rechtskraft hindert nicht eine spätere neue Klage. Das ist im Grunde selbstverständlich.
- 155 In Ausnahmefällen (§§ 257–259 ZPO) ist eine **Klage auf eine künftige Leistung** statthaft:
- künftige Zahlung, **§ 257 ZPO**
 - künftige wiederkehrende Leistung, **§ 258 ZPO**; es muss nicht bei Fälligkeit immer wieder neu geklagt werden
 - Klage wegen Gefahr der späteren Nichterfüllung, **§ 259 ZPO**. Diese ist insbesondere dann gegeben, wenn der Schuldner das Bestehen des Anspruchs ernsthaft bestreitet und daher die Leistung auch bei Fälligkeit nicht bewirken will.

Beispiel: Eine Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung (§ 1147) ist vor Fälligkeit der Hypothek zulässig, wenn der Grundstückseigentümer das Bestehen der gesicherten Forderung ernsthaft bestreitet.

Bei Unterlassungsklagen (vgl. § 1004 BGB) ist § 259 ZPO überflüssig, da im materiell-rechtlichen Merkmal der Erstbegehungs- bzw. Wiederholungsgefahr enthalten.

b) Feststellungsklage (§ 256 ZPO)

Die Feststellungsklage ist auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtet. Dem liegt kein materiell-rechtlicher Anspruch auf Feststellung oder Anerkennung zugrunde. Es handelt sich um eine rein prozessuale Rechtsschutzform. Sie dient der Beseitigung von Unsicherheiten.

156

aa) Gegenstand

Gegenstand der Feststellungsklage ist ein Rechtsverhältnis oder die Urkundenechtheit. Ein Rechtsverhältnis ist die konkrete rechtliche Beziehung von Personen zu anderen Personen oder zu Sachen. Feststellungsfähig sind etwa Vertrag, Eigentum, Forderung, Erbrecht, Gesellschaftsverhältnis, Vaterschaft (§ 1600d BGB). Auch ein Anspruch kann Gegenstand einer Feststellungsklage sein.

157

Gegenstand der Feststellungsklage können *nicht* Tatsachen wie Verschulden oder Geschäftsfähigkeit sein. Gleiches gilt für abstrakte Rechtsfragen, etwa die Frage, wie ein Gesetz auszulegen ist.

158

bb) Feststellungsinteresse

Das Feststellungsinteresse ist als besonderes Rechtsschutzbedürfnis zu prüfen. Nur bei einer Leistungsklage ergibt sich das Interesse an der Prozessführung ohne weiteres, nicht bei einer Feststellungsklage. Das Feststellungsinteresse liegt vor, wenn eine Rechtsungewissheit besteht und das Feststellungsurteil geeignet ist, diese **Rechtsungewissheit zu beseitigen**. Hierzu zählt insbesondere (1) die **Rechtsberührung** („Ich habe eine Forderung gegen Dich!“) und (2) das **Bestreiten eines Rechts** („Ich bin Erbe von E, nicht Du!“).

159

Beispiel: B erklärt dem K wiederholt, er erwarte nun endlich Erfüllung des Kaufvertrags und Übereignung des ihm verkauften Autos. K meint, ein Kaufvertrag bestehe nicht. K kann das Nichtbestehen des Anspruchs im Wege der Feststellungsklage gegen B feststellen lassen („negative Feststellungsklage“).

Das Feststellungsinteresse kann auch bei **Drittrechtsverhältnissen** gegeben sein.

Beispiel: Gläubiger, der in ein Grundstück vollstrecken will, klagt gegen Bucheigentümer auf Feststellung, dass der Schuldner Eigentümer ist, vgl. § 14 GBO iVm. § 17 ZVG.

cc) Feststellungsklage oder Leistungsklage?

Am Feststellungsinteresse fehlt es, wenn das Interesse des Klägers durch das Feststellungsurteil nicht befriedigt werden würde. Insbesondere ist ein Feststellungsurteil nicht vollstreckbar. Daher gilt der Grundsatz: Eine Feststellungsklage ist nicht zulässig, wenn eine Leistungsklage möglich ist. Gericht und Gegner würden unnötig belastet. Man spricht vom **Vorrang der Leistungsklage** (auch: Subsidiarität der Feststellungsklage).

160

Der Grundsatz der **Subsidiarität der Feststellungsklage** ist aber vorsichtig zu handhaben: Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Feststellungsklage zulässig, wenn sie unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie zu einer sachgemäßen, weil einfacheren Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte führt (BGH NJW 1972, 198; 1996, 2725).

Danach gilt: Feststellungsklagen sind zulässig

- gegen eine Behörde, auch wenn es um eine Forderung geht;

161

- wenn die Höhe des Schadens noch nicht bezifferbar ist (vgl. oben); auch wegen der Verjährungshemmung (§ 204 I Nr. 1 Fall 2 BGB);
- im Immaterialgüterrecht der Antrag auf Feststellung eines Schadensersatzanspruchs, wenn der Schadenseintritt in der Vergangenheit liegt, aber schwer zu beziffern ist; das Feststellungsurteil dient als Verhandlungsgrundlage, um § 287 ZPO auszuschalten;
- um die *Rechtsnatur* des Anspruchs zu klären, auch wenn bereits auf Leistung geklagt ist oder gar eine Verurteilung vorliegt. Zulässig ist beispielsweise die Klage auf Feststellung, dass die bereits titulierte Forderung auf vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung beruht (BGHZ 109, 275); das ist bedeutsam wegen des Vollstreckungsprivilegs nach § 850f II ZPO.

dd) Verhältnis der Leistungsklage zur negativen Feststellungsklage bei umgekehrten Parteirollen

162 Probleme entstehen, wenn Leistungsklage und *negative* Feststellungsklage parallel erhoben werden.

(1) Wird die negative Feststellungsklage *nach* der Leistungsklage erhoben (**Leistungsklage vor Feststellungsklage**), ist die Feststellungsklage mangels Feststellungsinteresse von vornherein unzulässig (BGH NJW 1989, 2064). Wird nämlich die Leistungsklage abgewiesen, erhält der Beklagte genau das, was er mit einer negativen Feststellungsklage erhalten hätte, nämlich die rechtskräftige Entscheidung, dass er nichts leisten muss.

Die Unzulässigkeit der Feststellungsklage kann mit dem Fehlen des Feststellungsinteresses begründet werden, aber auch mit der Rechtshängigkeitssperre (negative Feststellungsklage ist auf das „kontradiktorische Gegenteil“ der Leistungsklage gerichtet).

(2) Erhebt der Kläger zunächst negative Feststellungsklage auf Nichtbestehen einer Forderung, der Feststellungsbeklagte dann Leistungsklage aus der Forderung (**Leistungsklage nach Feststellungsklage**), wird nach hM die Feststellungsklage mangels Feststellungsinteresse unzulässig, weil das Feststellungsinteresse mit der Entscheidung über die Leistungsklage mit abgedeckt ist. Wenn die Leistungsklage abgewiesen wird, hat der Kläger exakt das erreicht, was er mit der negativen Feststellungsklage erreichen wollte. – Doch gilt einschränkend § 269 I ZPO. Es muss sichergestellt sein, dass der Kläger die Leistungsklage nicht mehr ohne Zustimmung des Beklagten zurücknehmen kann; andernfalls könnte der Beklagte doch keinen Rechtsschutz erlangen. Die Feststellungsklage wird daher erst unzulässig, wenn der Beklagte der Leistungsklage hinsichtlich der Leistungsklage zur Hauptsache verhandelt hat.

Der Kläger kann für erledigt erklären, wenn nach diesen Grundsätzen seine Feststellungsklage unzulässig wird. Nach BGH NJW 1994, 3107 gilt dies auch, wenn die Leistungsklage nicht als Widerklage, sondern an einem anderen Gerichtsstand erhoben wird.

ee) Zwischenfeststellungsklage nach § 256 II ZPO

163 Nach § 256 II ZPO kann in einem anhängigen Prozess ohne weiteres auf das (Nicht-)Bestehen eines „präjudiziellen“ Rechtsverhältnisses geklagt werden. Ein Feststellungsinteresse muss nicht geprüft werden. Das Institut der Zwischenfeststellungsklage ist insbesondere vor dem Hintergrund der engen Rechtskraftwirkung nach § 322 I ZPO zu verstehen. In Rechtskraft erwächst danach nur die Entscheidung über den „Anspruch“, nicht hingegen die Entscheidung über die dem Anspruch vorgreiflichen („präjudiziellen“) Rechtsverhältnisse. Diese wiederum sind Gegenstand der Klage nach § 256 II ZPO.

Die Klage nach § 256 II ZPO setzt *kein* besonderes Feststellungsinteresse voraus; an dessen Stelle tritt die **Vorgreiflichkeit** des festzustellenden Rechtsverhältnisses.

Beispiel: K klagt gegen B auf Zahlung von Zinsen aus einer Kaufpreisforderung. Die Klage wird abgewiesen, weil der Kaufvertrag nicht bewiesen werden konnte. Später klagt K den jetzt „endlich“ fälligen Kaufpreisanspruch ein. Die Kaufpreisklage wird nicht durch die Rechtskraft des Urteils über den Zinsanspruch ausgeschlossen, da ein anderer Streitgegenstand vorliegt (Hauptforderung statt Zinsforderung). Der Klage kann stattgegeben werden, wenn das Gericht jetzt abweichend vom Erstprozess (beispielsweise aufgrund weiterer Beweismittel) von dem Zustandekommen eines Kaufvertrags ausgeht. Hier hätte sich B im Erstprozess mit der auf § 256 II ZPO gestützten negativen Feststellungsklage helfen können, dass der Kaufvertrag nicht besteht. Der Kaufvertrag ist vorgeifliches Rechtsverhältnis für die Haupt- und die Zinsforderung.

Beispiel: K klagt gegen B auf Herausgabe eines Grundstücks nach § 985 BGB. Hier ist das Eigentum nur Vorfrage (allerdings str.). Die Entscheidung darüber wird nicht von der Rechtskraft erfasst. Eine Zwischenfeststellungsklage nach § 256 II ZPO über das Eigentum kann und sollte erhoben werden, etwa im Hinblick auf den Grundbuchberichtigungsanspruch oder Nutzungsherausgabe.

Beispiel: K klagt gegen B auf Lieferung aus einem Kaufvertrag. Die Klage wird abgewiesen, weil der Kaufvertrag nicht zustande gekommen ist. Jetzt klagt in einem neuen Prozess B gegen K auf Kaufpreiszahlung und trägt vor, der Kaufvertrag sei wirksam zustande gekommen. Die Rechtskraft des Ersturteils steht einem möglichen stattgeben Urteil im Zweitprozess nicht entgegen! Allerdings wird das Vorgehen des B von manchen als treuwidrig angesehen. K hätte sich schon im Erstprozess durch eine Feststellungsklage absichern können, dass der Kaufvertrag besteht.

Beispiel: K klagt gegen B mit dem Antrag, festzustellen, dass zwischen ihnen ein Kaufvertrag *nicht* besteht (negative Feststellungsklage). B erhebt Widerklage auf Kaufpreiszahlung. Hier war die Feststellungsklage zunächst auf § 256 I ZPO zu stützen, nach der Widerklage auf § 256 II ZPO, denn jetzt handelt es sich um ein vorgeifliches Rechtsverhältnis bzgl. des Widerklageanspruchs. Das Feststellungsinteresse ist also nicht mehr zu prüfen! Die Feststellungsklage bleibt zulässig.

c) Gestaltungsklage

Grundsätzlich kann ein Rechtsverhältnis durch *materiell-rechtliche* Rechtsgeschäfte gestaltet werden. Häufig kann eine Partei auch einseitig Gestaltungsrechte ausüben. Aber es können Zweifel über die Voraussetzungen der Gestaltung bestehen (Kündigungsgrund, Rücktritt, Anfechtung usw.). Auch mag die Wirksamkeit der Erklärung fraglich sein. Hier schafft die Gestaltungsklage **Rechtssicherheit**.

Anwendungsbeispiele sind:

- Auflösung von Handelsgesellschaften (§ 133 HGB bei OHG, § 61 GmbHG bei GmbH): über die Frage, ob ein „wichtiger Grund“ für die Auflösung vorliegt, kann Streit bestehen; bei der „Kündigung“ der Gesellschaft würde unklar sein, ob sie wirklich aufgelöst ist. Ist ein Auflösungsurteil ergangen, kann nach dessen Rechtskraft nicht mehr geltend gemacht werden, der Auflösungsgrund habe nicht vorgelegen.
- Anfechtung eines Beschlusses der Hauptversammlung einer AG, § 246 AktG

- 165 Zuweilen geht es aber zusätzlich um eine **Beschränkung der materiellrechtlichen Privatautonomie**, etwa bei der Ehescheidungsklage, § 1564 BGB. In diesen Fällen ist keine Änderung durch Rechtsgeschäft möglich, weil die Ehe nicht rechtsgeschäftlich aufgehoben werden kann.
- 166 Eine **Gestaltung prozessualer Rechtslagen** ist möglich nach
- Abänderungsklage, § 323 ZPO
 - Vollstreckungsgegenklage und Drittwiderspruchsklage, §§ 767, 771 ZPO
 - Wiederaufnahmeklage, § 578 ZPO
- 167 Mit formeller Rechtskraft des entsprechenden Urteils wird die Änderung des Rechtsverhältnisses herbeigeführt. Auch ein **Gestaltungsurteil erwächst in Rechtskraft!** Zu unterscheiden ist daher die Gestaltungswirkung, die gegenüber jedermann wirkt, von der Rechtskraftwirkung, die es etwa ausschließt, dass eine Schadensersatz- oder Kondiktionsklage erhoben wird mit der Begründung, die Gestaltung sei rechtswidrig oder ohne Rechtsgrund erfolgt.

Beispiel: K erhebt erfolgreich Auflösungsklage nach § 133 HGB. Später wird K verklagt (auf Schadensersatz nach §§ 249 ff. BGB: Wiederbegründung der Gesellschaft) mit dem Argument, er habe die Voraussetzungen des § 133 HGB zu Unrecht behauptet. Die Klage ist wegen der Rechtskraftwirkung des Gestaltungsurteils erfolglos.

3. Rechtshängigkeit

a) Begründung

- 168 Die Rechtshängigkeit wird durch Klageerhebung (§ 253 I ZPO) begründet (§ 261 I ZPO), gleich in welcher Gerichtsbarkeit, § 17 I 2 GVG.
- Auch die unzulässige Klage führt die Rechtshängigkeit herbei. Ferner die Klage vor einem ausländischen Gericht, wenn mit der Anerkennung (§ 328 ZPO) der ausländischen Entscheidung im Inland zu rechnen ist (BGH NJW 1986, 2195), sog. Anerkennungsprognose. Im Anwendungsbereich der EuGVVO gilt Art. 29 EuGVVO.
- Bei Klageerhebung vor einem Schiedsgericht wird *keine* Rechtshängigkeit begründet. Vielmehr besteht die Einrede des Schiedsvertrags, § 1032 ZPO; doch hemmt die Klage beim Schiedsgericht die Verjährung, § 204 I Nr. 11 BGB.
- Von der *Rechtshängigkeit* zu unterscheiden ist die *Anhängigkeit*, d. h. die Einreichung der Klage, vor Zustellung.
- Die Rechtshängigkeit endet mit Beendigung des Prozesses (etwa durch Urteil, Klagerücknahme, Prozessvergleich oder Erledigungserklärung).

Beispiel: Eigentümer E klagt gegenüber dem hinsichtlich seines Besitzrechts redlichen Besitzer B auf Herausgabe einer Sache aus seinem begründeten Vindikationsanspruch. Nach Zustellung der Klageschrift (§§ 253 I, 261 I ZPO) beschädigt der B die Sache leicht fahrlässig. Nimmt der E die Klage in der mündlichen Verhandlung mit Einwilligung des B gem. § 269 I ZPO zurück, haftet der B nicht aus § 989 BGB, weil die Rechtshängigkeit gem. § 269 III S. 1 HS 1 ZPO rückwirkend beseitigt wurde.

b) Wirkungen der Rechtshängigkeit

aa) Prozessuale Wirkungen

Nach § 261 III Nr. 1 ZPO sind weitere Klagen gleichen Streitgegenstands unzulässig: man spricht von der Sperrwirkung der Rechtshängigkeit („Rechtshängigkeitssperre“). Diese Sperrwirkung soll widerstreitende Urteile in der gleichen Sache verhindern. 169

Voraussetzung der Rechtshängigkeitssperre ist, dass (1) die **Parteien identisch** sind. Eine Rechtskrafterstreckung genügt aber auch. 170

Beispiel: Der Prozessstandschafter klagt. Eine Klage des Rechtsträgers wegen desselben Anspruchs würde am Rechtshängigkeitseinwand scheitern.

Keine Rechtshängigkeitserstreckung liegt vor, wenn *verschiedene* Personen um dasselbe Recht streiten.

Beispiel: Mehrere Kläger nehmen ein und dieselbe Forderung in Anspruch (Forderungsprätendenten).

Ferner ist Voraussetzung für die Sperrwirkung, dass (2) der **Streitgegenstand identisch** ist. 171

Beispiel: K klagt vor dem Landgericht in Leipzig eine Kaufpreisforderung ein. Weil er befürchtet, dass er keinen Erfolg haben wird, klagt er „vorsichtshalber“ dieselbe Forderung in Berlin ein. Die zweite Klage in Berlin ist nach § 261 III Nr. 1 ZPO unzulässig.

Beispiel: K klagt auf Zahlung des Kaufpreises von 1.000 Euro. Eine negative Feststellungsklage des Beklagten B im Hinblick auf den Anspruch scheidet an der Rechtshängigkeit (wenn man nicht schon das Feststellungsinteresse entfallen lässt). Anders jedoch, wenn K eine Teilklage über 500 Euro erhebt. Hier ist negative Feststellungsklage des B zulässig, dass er (auch) nicht weitere 500 Euro schuldet.

Wurde die doppelte Rechtshängigkeit übersehen, kann das spätere Urteil nach § 580 Nr. 7a ZPO aufgehoben werden. 172

Die zweite prozessuale Wirkung der Rechtshängigkeit besteht in der Fortdauer der Zuständigkeit (*perpetuatio fori*), § 261 III Nr. 2 ZPO. 173

Beispiel: Wohnsitzänderung des Beklagten nach Klageerhebung; hierdurch ändert sich der Gerichtsstand (§§ 12, 13 ZPO) nicht.

Beispiel: Klage vor dem Landgericht auf Zahlung von 6.000 Euro. Später werden nach Teilrücknahme nur 4.000 Euro verlangt. Das Landgericht bleibt zuständig, § 261 III Nr. 2 ZPO.

Eine Ausnahme davon bestimmt § 506 ZPO: Wenn die Klage vor dem AG erweitert wird, so ist das Landgericht zuständig. Bei Antrag Verweisung, ohne Antrag Klageabweisung (es sei denn, §§ 39, 504 ZPO greifen).

Beispiel: Wertveränderung bei unverändertem Streitgegenstand; anders bei Klageerweiterung vor dem Amtsgericht: hier wird nach § 506 ZPO auf Antrag an das Landgericht verwiesen.

Als dritte prozessuale Wirkung hat der Eintritt der Rechtshängigkeit zur Folge, dass eine Klageänderung nur noch unter den Voraussetzungen des § 263 ZPO möglich ist (→ Rn. 173 ff.).

bb) Materiell-rechtliche Wirkungen

- 174 § 262 ZPO stellt klar, dass materiell-rechtliche Wirkungen der Rechtshängigkeit unberührt bleiben. Die wichtigste Wirkung ist die **Verjährungshemmung**, § 204 I Nr. 1 BGB.

Beachte: Wird nur ein Teil einer Forderung eingeklagt (Teilklage), ist die Verjährung im Übrigen nicht gehemmt, insoweit kann die Verjährungseinrede Erfolg haben.

Der Zeitpunkt für die Verjährungshemmung wird in **§ 167 ZPO vorverlegt** (sehr wichtig in der Praxis!). Der Zustellungsveranlasser trägt nicht das Verzögerungsrisiko, das er bei der Zustellung von Amts wegen nicht beherrschen kann. Der Begriff „demnächst“ ist dabei *wertend* auszulegen. Eine Höchstgrenze besteht nicht, selbst mehrere Monate können noch als „demnächst“ angesehen werden. Ausschlaggebend ist insbesondere, ob der Kläger die Zustellungsverzögerung zu vertreten hat, insbesondere den Prozesskostenvorschuss nicht entrichtet hat, ohne dessen Zahlung die Klage nicht zugestellt wird (§ 12 GKG). Aber selbst dem Zustellungsveranlasser zuzurechnende Verzögerungen von bis zu 14 Tagen sind regelmäßig „geringfügig“ und deshalb hinzunehmen (BGH NJW 2015, 3101, Rn. 15).

Beachte: Nach § 204 I Nr. 14 BGB hemmt auch das PKH-Gesuch den Verjährungslauf.

- 175 Weitere materiellrechtliche Wirkungen der Rechtshängigkeit sind:

- § 291 BGB Prozesszinsen
- verschärfte Haftung des Kondiktions- und Vindikationsschuldners, §§ 818 IV, 292, 987 BGB

4. Klageänderung (§ 263 ZPO)

- 176 Klageänderung ist die Änderung des Streitgegenstands. Nach hM liegt sie dann vor, wenn der **Antrag** und/oder der **Sachverhalt** geändert werden (zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff; dazu BGH NJW 2011, 3653 Rn. 11 mit Bespr. *K. Schmidt*, JuS 2012, 653).

Die Klageänderung erfolgt nach § 261 II ZPO durch Schriftsatz oder in der mündlichen Verhandlung. Bleibt der alte Streitgegenstand erhalten, tritt aber ein neuer hinzu, so handelt es sich um (nachträgliche) Klagenhäufung, § 260 ZPO. Diese wird aber von der hM wie eine Klageänderung behandelt. Daher kann es zulässig sein, noch in der zweiten Instanz neben dem Auflassungsanspruch einen Schadensersatzanspruch wegen Verzugs zu verfolgen.

- 177 **Voraussetzungen für die Zulässigkeit (alternativ, § 263 ZPO):**

- **Zustimmung des Beklagten;** das beruht auf dem Rechtsgedanken des § 269 I ZPO.

Wichtig insbesondere auch für die Klausurbearbeitung ist die unwiderlegbare Vermutung in **§ 267 ZPO**, wenn sich der Beklagte eingelassen hat.

- **Sachdienlicherklärung** des Gerichts; es geht um Prozesswirtschaftlichkeit. Sachdienlichkeit liegt vor, wenn der bisherige Prozessstoff verwertet werden kann. Sie ist auch dann gegeben, wenn die Zulassung die endgültige Streitbeilegung fördert; hier sind tatsächliche Überlegungen anzustellen, etwa ob ein weiterer Rechtsstreit zu befürchten ist oder eine bereits erfolgte Beweisaufnahme verwertet werden kann.

§ 264 ZPO fingiert das Nichtvorliegen einer Klageänderung, um den Fortgang des Prozesses zu fördern. Der Kläger wird also in folgenden drei Fällen privilegiert:

178

- „Ergänzung tatsächlicher oder rechtlicher Äußerungen“; nicht wenn der Lebenssachverhalt geändert wird, was zur Änderung des Streitgegenstands führt (Abgrenzungsproblem).
- „Erweiterung oder Beschränkung des Klageantrags“; bei einer Klageerweiterung vor dem Amtsgericht ist ergänzend § 506 ZPO zu beachten. Bei einer Beschränkung sagt § 264 Nr. 2 ZPO nur, dass keine Klageänderung eintritt. Es liegt aber regelmäßig zugleich eine Rücknahme vor (dann nach § 269 ZPO ggf. Einwilligung erforderlich), auch ein Klageverzicht oder eine Erledigungserklärung kann bei einer Beschränkung des Klageantrags gegeben sein.
- „Kläger fordert Interesse“: Der Kläger fordert wegen eines nach Rechtshängigkeit eingetretenen Umstands einen anderen Gegenstand als den ursprünglich geforderten.

Beispiele: Statt Herausgabe nach § 985 BGB Schadensersatz nach §§ 989, 990 BGB.
– Statt Erfüllung Schadensersatz (statt der Leistung) nach §§ 281, 283 BGB oder Surrogat nach § 285 BGB.

Die Entscheidung über die Klageänderung ist nicht anfechtbar, § 268 ZPO.

179

Klausurhinweis: Bei Klageänderung sollte in folgender Reihenfolge geprüft werden:

1. Liegt eine Änderung des Streitgegenstands vor?
2. Wenn ja, greift die Fiktion des § 264 ZPO ein?
3. Wenn nein, liegt eine Einwilligung nach §§ 263 Fall 1, 267 ZPO vor?
4. Wenn nein, ist die Klageänderung sachdienlich?
5. Wenn nein, ist die Klageänderung unzulässig und über die ursprüngliche (!) Klage zu entscheiden (wird häufig übersehen).

5. Veräußerung des streitbefangenen Gegenstands

a) Überblick

§ 265 I ZPO erlaubt die Veräußerung der streitbefangenen Sache oder die Abtretung des geltend gemachten Anspruchs. Die Rechtshängigkeit führt nicht zu einem Verfügungsverbot.

180

Hintergrund: Das ist heute selbstverständlich, war bis ins 19. Jahrhundert wegen des materiellen Parteibegriffs – Veräußerung der Streitsache führt dazu, dass der Veräußerer nicht mehr Partei ist – aber problematisch. Im gemeinen Recht war die Veräußerung der sog. *res litigiosa* verboten, noch früher sogar strafbar. Man könnte den materiellen Parteibegriff wahren und an die Veräußerung einen Parteiwechsel knüpfen. Der Erwerber würde Prozesspartei werden. So bei Rechtsnachfolge infolge Tod, § 239 ZPO.

§ 265 II 1 ZPO geht einen anderen Weg. Die Veräußerung/Abtretung wird für *prozessual* unbeachtlich erklärt. Der Prozess geht mit dem Veräußerer als Partei weiter. Er führt den Prozess für den Rechtsnachfolger als **gesetzlicher Prozessstandschafter** (→ Rn. 134). Nur ausnahmsweise ist gemäß § 265 II 2 ZPO ein Parteiwechsel möglich (→ Rn. 141 ff.).

181

Bei § 265 II 1 ZPO stellt sich die Frage, wie der Beklagte vor doppelter Inanspruchnahme geschützt wird. Wenn der Veräußerer Partei bleibt, wäre der Erwerber als Nichtpartei nicht rechtskraftgebunden, könnte also nochmals klagen. Um dies zu verhindern erstreckt **§ 325 I ZPO** die Rechtskraft auch auf den Rechtsnachfolger, der die streitige Sache *nach Rechtshängigkeit* erworben hat.

Beachte: Hatte der spätere Kläger die Forderung schon vor Klagerhebung abgetreten, tritt Rechtskrafterstreckung nach § 407 II BGB ein. Wie unterscheiden sich § 325 I ZPO und § 407 II BGB noch?

Ferner kann nach **§ 727 ZPO** der Vollstreckungstitel auf den Rechtsnachfolger umgeschrieben werden. Nur so ist es zu rechtfertigen, dass der Erwerber/Zessionar infolge Rechtskrafterstreckung nicht mehr klagen kann.

Merke: § 265 / § 325 / § 727 sind immer im Zusammenhang zu lesen.

b) Voraussetzungen

182 Eine Veräußerung der streitbefangenen Sache liegt vor, wenn sich aufgrund dieser Veräußerung die **Sachlegitimation ändert**, wenn also der Kläger die Aktivlegitimation verliert oder der Beklagte die Passivlegitimation. Nur dann käme der materielle Parteibegriff in Schwierigkeiten.

Beispiel: Beklagter B wird nach § 985 BGB auf Herausgabe verklagt, Kläger K übereignet die Sache an den D (§§ 929, 931 BGB). Hier ist die Sache streitbefangenen und damit ein Fall des § 265 ZPO gegeben. Denn K ist nicht mehr Eigentümer und hat damit die Aktivlegitimation des Anspruchs aus § 985 BGB verloren.

Beispiel: B wird nach § 433 Abs. 1 BGB auf Übereignung verklagt. Hier ist nicht die Kaufsache, sondern allein der Anspruch streitbefangenen. Wird die Sache von B an D übereignet, so entfällt die Sachlegitimation des B *nicht*. Ein Fall des § 265 ZPO liegt nicht vor, also auch nicht des § 325 ZPO, und eine Titelumschreibung nach § 727 ZPO gegen D scheidet aus.

B kann allerdings Unvermögen (§ 275 I BGB) einwenden; K kann dann die Klage auf das Interesse (Schadensersatz aus §§ 280 I, III, 283, 275 I BGB) umstellen (zulässig nach § 264 Nr. 3 ZPO). Möglich wäre eine einstweilige Verfügung mit Veräußerungsverbot gewesen, § 938 ZPO. Dann entfielen der Einwand des Unvermögens. Bei der Klage auf Einräumung von Grundstücksrechten ist zudem an die Vormerkung (§ 885 BGB) zu denken.

183 Zur **Rechtsnachfolge** im Sinne des § 265 ZPO zählt auch die *gesetzliche* Einzelrechtsnachfolge, etwa *cessio legis* bei §§ 268 III, 426 II, 774 BGB.

Beispiel: K klagt gegen die Gesamtschuldner B und C auf Schadensersatz. Während des Prozesses zahlt C Schadensersatz an K. Der Anspruch ist nicht erloschen, sondern auf C übergegangen (§ 426 II BGB). Hier kann K den Prozess weiterführen, und aus einem obsiegenden Urteil C gegen B nach Titelumschreibung vollstrecken (§ 727 ZPO).

Bei **Gesamtrechtsnachfolge** (insbesondere Erbfall, § 1922 BGB) gilt § 239 ZPO (Parteiwechsel).

c) Folgen des § 265 ZPO

Die Veräußerung hat auf den Prozess keinen Einfluss, § 265 II 1 ZPO. Der Prozess wird trotz Veräußerung der streitbefangenen Sache fortgesetzt. Die Parteistellung ändert sich nicht. Der Veräußerer führt den Prozess als Prozessstandschafter für den Rechtsnachfolger. Einer Klage des Rechtsnachfolgers steht der Rechtshängigkeitseinwand entgegen; sie ist unzulässig. 184

Bei **Rechtsnachfolge auf Klägerseite** ist umstritten, ob der Kläger seinen Klageantrag auf Leistung an den Rechtsnachfolger umstellen muss: 185

- Das bejaht die **Relevanztheorie** (hM): Die Umstellung sei erforderlich; andernfalls wird die Klage als unbegründet abgewiesen (BGH ZIP 1986, 583; Thomas/Putzo/Reichhold, ZPO, 37. Aufl. 2016, § 265 Rn. 13). Die Klageänderung ist ohne weiteres zulässig.
- Die sog. **Irrelevanztheorie** verlangt keine Umstellung. Diese Ansicht ist vorzugswürdig. Der Streit, wer Rechtsnachfolger ist, bleibt hier ausgeklammert; er wird ohnehin auch nach der Relevanztheorie nicht mit verbindlicher Wirkung für den wahren Rechtsnachfolger entschieden (BGH NJW 1984, 806).

Beispiel: K klagt gegen B auf Zahlung und tritt die Forderung an D ab. K stellt (mit der Relevanztheorie) den Klageantrag auf Leistung an D um. Später wird die Forderung nochmals von K an X abgetreten, weil K die erste Abtretung nach § 142 I BGB angefochten hat. Das Urteil ergeht auf Leistung an D. Gleichwohl kann X gegen B nochmals klagen, denn X ist nicht an die Rechtskraft gebunden; ihm gegenüber wird die Rechtsfolge des D nicht bindend festgestellt.

Bei **Rechtsnachfolge auf Beklagtenseite** kann der Kläger bei ursprünglichem Antrag das spätere Urteil nach §§ 727, 731 ZPO gegen den Rechtsnachfolger umschreiben lassen oder die ursprüngliche Klage nach § 264 Nr. 3 ZPO auf Leistung von Schadensersatz ändern. 186

§ 325 I ZPO: Rechtskrafterstreckung auf den Rechtsnachfolger. Der Rechtsnachfolger ist an das Urteil gebunden. Obsiegt der veräußernde Kläger, steht das Bestehen des Anspruchs auch für den Rechtsnachfolger fest. Verliert der Kläger, steht auch gegenüber dem Nachfolger fest, dass der Anspruch nicht besteht. Eine neue Klage steht der Einwand entgegenstehender Rechtskraft entgegen; sie ist unzulässig. 187

§ 727 ZPO: Umschreibung des für/gegen den Veräußerer ergangenen Titels durch (sog. **titelübertragende Klausel**). Soweit die Voraussetzungen nicht beweisbar sind, ist die Klage nach § 731 ZPO auf Titelumschreibung gegen den neuen Schuldner zu richten. 188

Gutgläubiger Rechtsnachfolger: Keine Rechtskrafterstreckung findet statt, wenn der Rechtsnachfolger hinsichtlich der Rechtshängigkeit / Rechtskraft gutgläubig ist (§ 325 II ZPO; näher → Rn. 301). 189

Beispiel: K klagt gegen B nach § 985 BGB auf Herausgabe eines Pkws. B veräußert den Pkw nach Klageerhebung an den R, der weder das Eigentum des K kennt noch von dem Prozess etwas weiß. Hier hat R redlich nach §§ 929, 932 BGB erworben. Auch eine Rechtskrafterstreckung scheidet nach § 325 II ZPO aus. K kann nach § 264 Nr. 3 ZPO die Klage gegen B auf das Interesse umstellen (aber auch weiter Verurteilung des B begehren, wenn die Veräußerung umstritten ist).

- 190 Findet bei *Klägerveräußerung* wegen § 325 II ZPO keine Rechtskrafterstreckung statt, kann der Beklagte nach § 265 III ZPO einwenden, der Kläger sei nicht mehr zur Geltendmachung befugt. Hier wird die Klage als unbegründet abgewiesen. Der Prozess ist nutzlos, da keine Bindung für den Rechtsnachfolger besteht.

Beispiel: Der Kläger K klagt gegen den Besitzer B auf Herausgabe nach § 985 BGB. Im Laufe des Prozesses übereignet der K an den in doppelten Sinne redlichen Rechtsnachfolger R nach §§ 929 S. 1, 931, 934 BGB. Hier ist es dem B nicht zumutbar den Prozess mit dem K fortzusetzen, weil ein Urteil den R wegen § 325 II ZPO nicht bindet. Gem. § 265 III ZPO ist die Klage des K als unbegründet abzuweisen falls nicht etwa ein Parteiwechsel folgt.

VI. Prozessverlauf

1. Richterliche Prozessleitung

a) Materielle Prozessleitung

In § 139 ZPO ist die materielle Prozessleitung geregelt. Gegenüber einer anwaltlich vertretenen Partei ist die Hinweispflicht weniger stark als gegenüber einer nicht vertretenen Partei. 191

Nach **§ 139 I ZPO** hat das Gericht den Sach- und Streitstand mit den Parteien zu erörtern. Das ist selbstverständlich. Das Gericht hat ferner darauf hinzuwirken, dass Anträge, Tatsachen und Beweismittel richtig und vollständig gestellt bzw. benannt werden. Widersprüchlicher Sachvortrag und unklare Antragstellung sind aufzuklären. Auf fehlende Schlüssigkeit ist hinzuweisen.

§ 139 II ZPO soll **Überraschungsentscheidungen** verhindern. Das gilt für rechtliche und tatsächliche Gründe. Die Hinweise sind nach § 139 IV ZPO so früh wie möglich zu geben und aktenkundig zu machen, beispielsweise im Protokoll, einem Hinweisbeschluss, einer Aktennotiz usw. Ein anderweitiger Beweis der Erteilung ist ausgeschlossen. Ein Verstoß gegen § 139 ZPO begründet einen **Verfahrensfehler**. Das Urteil ist auf Rechtsmittel aufzuheben, wenn es darauf beruht.

Die richterliche Hinweispflicht steht in einem Spannungsverhältnis zur Dispositions- und Verhandlungsmaxime. Die Einführung neuer Anträge, neuer Einreden und im bisherigen Vortrag nicht in Bezug genommener Tatsachen obliegt den Parteien. Der Richter darf seine Neutralitätspflicht nicht verletzen. Hinweise beispielsweise auf eine andere Antragstellung dürfen sich **nur im Rahmen des bisherigen Begehrens** halten. Beispielsweise darf der Richter den Kläger darauf hinweisen, dass Schadensersatz in Geld anstatt Naturalrestitution in Betracht kommt. 192

Viel diskutiert wird in diesem Zusammenhang die Frage, ob der Richter auf die **Verjährung des eingeklagten Anspruchs hinweisen** und damit die Verjährungseinrede provozieren darf. BGH NJW 2004, 164, 165 (dazu *Becker-Eberhard*, LMK 2004, 32) verneint dies. Der Richter ist nach § 139 ZPO nicht berechtigt, auf die Verjährung der Klageforderung hinzuweisen, wenn sie in dem Parteivorbringen nicht wenigstens andeutungsweise enthalten ist. Ein gleichwohl erteilter Hinweis rechtfertigt die Richterablehnung nach § 42 ZPO wegen Besorgnis der Befangenheit.

b) Fristsetzung und Präklusion

Zur Vorbereitung des Termins kann der Richter Fristen setzen, § 273 II Nr. 1 ZPO. Verspätete Prozesshandlungen können zurückgewiesen werden, § 296 ZPO (Angriffs- und Verteidigungsmittel). 193

BGHZ 86, 31 geht vom absoluten Verzögerungsbegriff aus, postuliert aber eine richterliche Fürsorgepflicht. Eine Zurückweisung verspäteten Vorbringens ist nicht zulässig, wenn das Gericht die Verzögerung noch durch **prozessleitende Anordnungen verhindern** kann. 194

Beispiel: Beklagter B benennt einen Zeugen erst nach Ablauf der Klageerwiderungsfrist (§ 275 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Eine Zurückweisung des Antrags auf Zeugenvernehmung ist gleichwohl nicht zulässig, wenn der Richter den Zeugen noch nach § 273 II Nr. 4 ZPO zur mündlichen Verhandlung laden kann.

2. Prozesshandlungen der Parteien (allgemein)

- 195 Der Prozess wird durch Prozesshandlungen betrieben. Das ist eine besondere Handlungsform mit speziellen Wirksamkeitsvoraussetzungen und Rechtsfolgen. Es geht im Folgenden nur um Prozesshandlungen der Parteien, nicht des Gerichts.
- 196 **a) Was sind Prozesshandlungen?**
- 197 Nach hM ist eine Prozesshandlung jedes Verhalten, das den Prozess gestaltet und in Voraussetzungen und Wirkungen dem Prozessrecht unterstellt ist. Materiell-rechtliche Nebenwirkungen sind unbeachtlich; beispielsweise ist die Klageerhebung eine Prozesshandlung, obgleich sie auch die (als Institut des materiellen Rechts qualifizierte) Verjährung hemmt.
- 198 Prozesshandlungen sind etwa
- Klage, § 253 ZPO
 - Klagerücknahme, § 269 ZPO
 - Anerkenntnis, § 307 ZPO
 - Verzicht, § 306 ZPO
 - Prozessvergleich
 - Prozessaufrechnung
 - Behaupten und Bestreiten, § 282 ZPO
 - Geständnis, § 288 ZPO
 - Beweisantritt
- 199 Darüber hinaus gibt es Verträge, die zu **prozessuellem Verhalten** (nur) **verpflichten**:
- Verpflichtung, die Klage zurückzunehmen
 - Verpflichtung, ein Rechtsmittel zurückzunehmen
 - Verpflichtung, auf Rechtsmittel zu verzichten
- 200 Auch hier kann das BGB anwendbar sein. Es ist eine Frage des Einzelfalls. Die Durchsetzung dieser Verträge erfolgt, indem das Gericht die vereinbarte Rechtslage herstellt. So wird etwa die Klage abgewiesen, wenn eine Klagerücknahme vertraglich vereinbart war. Auf die Rücknahmeerklärung des Klägers muss nicht (von Beklagten) geklagt werden.
- b) Arten der Prozesshandlungen**
- 201 **aa) Angriffs- und Verteidigungsmittel**, vgl. §§ 282, 296 ZPO (Behauptung, Bestreiten, Beweisantritt). Dazu zählen nicht Klage, Widerklage und Rechtsmittel, die wohl „Angriffe“ sind, aber keine Angriffs*mittel*, und daher nicht nach § 296 ZPO als verspätet zurückgewiesen werden können. Eine Widerklage mag daher noch ganz am Ende des Prozesses erhoben werden, ohne dass der Beklagte damit präkludiert sein kann.
- 202 **bb) Erwirkungs-/Bewirkungshandlungen (Goldschmidt):**
- Erwirkungshandlungen sind darauf gerichtet, dass das Gericht eine prozessgestaltende Handlung vornimmt; beispielsweise Beweisantrag, Klageabweisungsantrag, Antrag auf Erlass eines VU.
 - Bewirkungshandlungen gestalten selbst den Prozess; beispielsweise Klagerücknahme, Einspruch, Rechtsmittel. Bewirkungshandlungen sind nicht widerruflich.
 - Manche Prozesshandlungen sind Er- und Bewirkungshandlung zugleich, etwa die Klageerhebung (§ 253 ZPO).

c) Voraussetzungen der Prozesshandlung:

Prozesshandlungen unterliegen nicht den allgemeinen Bestimmungen des BGB. Sie sind vielmehr bedingungsfeindlich, nicht anfechtbar, verlangen Partei-, Prozess- und Postulationsfähigkeit (nicht Rechts- und Geschäftsfähigkeit).

Analogien zum BGB sind nur von Fall zu Fall zulässig, insbesondere bei Prozesshandlungen, die vorprozessual erfolgen, etwa bei der Prozessvollmacht oder der Prozessführungsermächtigung zur Prozessstandschaft (BGH, NJW 2015, 2425, Rn. 21: § 185 Abs. 1 BGB analog, Widerruf nach § 183 BGB), ferner bei Prozessverträgen wie Gerichtsstandsvereinbarungen und Schiedsverträgen.

Im Einzelnen sind folgende Merkmale zu prüfen:

- Partei- und Prozessfähigkeit
- Vertretungsmacht des gesetzlichen und gewillkürten Vertreters
- Postulationsfähigkeit
- **Zugang** beim Adressaten. Ist das Gericht der Adressat, reicht es, wenn der Schriftsatz bei Gericht eingereicht und damit in seine *Verfügungsgewalt* gelangt ist; bei Einwurf in den Nachbriefkasten geschieht dies bis jeweils 24:00 Uhr. Daher ist (anders als bei Willenserklärungen) nicht auf die *Möglichkeit* der Kenntnisnahme abzustellen.
- Prozesshandlungsform, wenn vorgeschrieben; grundsätzlich sind Prozesshandlungen aber formfrei. Konkludente Prozesshandlungen sind möglich; ggf. ist das Parteiverhalten auszulegen, besser *Nachfrage*, was gewollt ist, § 139 ZPO.
- Wahrung des **Mussinhalts**, etwa der Klageschrift nach § 253 Abs. 2 ZPO.
- Prozesshandlungen sind **bedingungsfeindlich**; unzulässig ist etwa die Klageerhebung unter der Bedingung der PKH-Erteilung (Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 37. Aufl. 2016, § 117 Rn. 4; aA OLG München MDR 1988, 972), wohl aber kann die Zustellung der Klage bis zur PKH-Bewilligung zurückgestellt werden; auch eine bedingte Berufung ist unzulässig; möglich ist aber, die Prozesshandlung von einer *innerprozessualen* Tatsache abhängig zu machen, etwa bei Eventualaufrechnung, Eventualwiderklage.
- **Keine Anfechtung** wegen Willensmängeln. Beispielsweise kann eine Klage nicht wegen Willensmängeln angefochten werden; es wäre unklar, was gelten sollte, wenn die Klageerhebung nichtig wäre; dazu BGHZ 80, 389: Verfahren verträgt Schwebelagen nicht. Die Frage ist vielmehr über die Klagerücknahme (§ 269 ZPO) zu lösen;
- Grundsätzlich sind Prozesshandlungen **frei widerruflich** und können berichtigt werden (etwa ein Beweisangebot), es sei denn, sie haben für den Gegner eine günstige Prozesslage begründet (etwa bei Anerkenntnis, Verzicht, Klagerücknahme). Ein Widerruf ist auch zulässig, wenn eine Prozesshandlung vorliegt, die die **Wiederaufnahme rechtfertigt**, § 580 ZPO. Es ist zwecklos, erst die Rechtskraft des Urteils abzuwarten und dann Wiederaufnahme zu betreiben.

d) Rechtsfolgen mangelhafter Prozesshandlungen:

- Prozesshandlung ist unwirksam (bei Bewirkungshandlung) oder unzulässig (bei Erwirkungshandlung)
- **Heilung** möglich durch Genehmigung, wenn der Prozesshandlungsmangel behoben wurde (etwa tritt nachträglich Prozessfähigkeit ein)
- Neuvornahme (keine Heilung)

3. Widerklage

Literatur: Koch, Wider- und Drittwiderklagen, JA 2013, 95; Wagner, Die Widerklage, JA 2014, 655.

205 a) Selbständiger Angriff des Beklagten

Mit der Widerklage verteidigt sich der Beklagte nicht nur, sondern er geht zum **Gegenangriff** über. Nur so kann der *Beklagte* einen Vollstreckungstitel erlangen.

Beispiel: K verklagt den B auf Kaufpreiszahlung. Verteidigt sich B mit § 320 BGB, wird er verurteilt, und die Einrede führt nur zur Einschränkung der Verurteilung („Zug-um-Zug“, § 322 BGB). Erhebt B hingegen Widerklage auf Lieferung der Kaufsache, kann auch er aus dem ggf. ergangenen Urteil vollstrecken.

Bei der erhobenen Einrede nach § 320 ZPO lautet der Tenor des Urteils: „Der Beklagte wird zur Zahlung von 10.000 Euro verurteilt Zug um Zug gegen Übereignung und Lieferung des Pkw (...)“.

Bei der Widerklage lautet der Tenor: „1. Der Beklagte wird zur Zahlung von 10.000 Euro verurteilt. 2. Der Kläger wird zur Übereignung und Lieferung des Pkw (...) verurteilt. (...)“. Aus dem Tenor kann der Beklagte Nr. 2 vollstrecken.

Das Rechtsinstitut der Widerklage vermeidet zudem die Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen; zusammengehörende Ansprüche können einheitlich verhandelt und entschieden – einheitliche Beweisaufnahme und -würdigung! – werden können (BGH NJW 2014, 1670 Rn. 16 mit Anm. K. Schmidt, JuS 2014, 751).

206 Die Widerklage ist selbständiger Angriff, aber kein Angriffs- oder Verteidigungsmittel; sie kann daher *nicht* nach § 296 ZPO als verspätet zurückgewiesen werden. Die Widerklage kann daher noch kurz vor Ende des Prozesses erhoben werden. In der Berufungsinstanz gilt aber § 533 ZPO (Einwilligung oder Sachdienlichkeit; arg. Instanzenverlust); in der Revisionsinstanz ist die Widerklage ausgeschlossen. Im Urkundenprozess ist die Widerklage unzulässig, § 595 I ZPO.

207 Die Widerklage ist eine ganz normale Klage! Sie kann nach § 261 II ZPO erhoben werden. Die allgemeinen **Sachentscheidungs voraussetzungen** müssen gegeben sein. Das gilt auch für die Rechtshängigkeitssperre! Bei einer Klage auf Leistung ist die Feststellungswiderklage mit der Behauptung, der Beklagte schulde nichts, unzulässig, da sie das kontradiktorische Gegenteil erfasst (→ Rn. 159); anders wenn der Kläger nur einen Teil des (vermeintlichen) Anspruchs eingeklagt hat (Teilklage): Hier kann der Beklagte widerklagend feststellen lassen, dass überhaupt (also auch über den eingeklagten Betrag hinaus) kein Anspruch besteht.

Beispiel: K klagt gegen B auf Feststellung, dass er, K Eigentümer eines Grundstücks sei. Hier ist die Widerklage unzulässig mit dem Inhalt, es werde festgestellt, dass der K *nicht* Eigentümer sei (Inhalt entspricht Abweisung). Zulässig ist aber eine Widerklage, der Beklagte B sei Eigentümer. Denn mit der Aussage, der K sei nicht Eigentümer, ist noch nicht das Eigentum des B ausgesagt; es könnte auch der Dritte D Eigentümer sein.

208 Darüber hinaus setzt die Widerklage eine rechtshängige Erstklage voraus; fehlt eine Erstklage, ist die vermeintliche Widerklage schlicht als Klage zu behandeln.

b) § 33 ZPO als Prozessvoraussetzung oder Gerichtsstand?

Str. ist, ob neben den allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben sind. Ein Teil der Literatur und der BGH sehen in § 33 ZPO („Zusammenhang mit Anspruch oder Verteidigungsmitteln der Klage“, sog. „Konnexität“) weitere **Sachurteilsvoraussetzungen** der Widerklage, andere nur eine Bestimmung über die **örtliche Zuständigkeit**.

209

Beispiel: K klagt gegen B aus § 433 I BGB auf Übereignung und Lieferung der Kaufsache am allgemeinen Gerichtsstand (§ 13 ZPO); B erhebt Widerklage auf Schadensersatz wegen Körperverletzung.

Nach BGHZ 40, 185, 187 ist die Widerklage als unzulässig abzuweisen, weil es am rechtlichen Zusammenhang zur Hauptklage fehlt. Nach Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 37. Aufl. 2016, § 33 Rn. 1 fehlt es hingegen nur an der örtlichen Zuständigkeit. Daher kann die Widerklage zulässig sein, wenn der Widerbeklagte rügelos zur Hauptsache verhandelt (§ 39 ZPO) oder ein anderer Gerichtsstand gegeben ist (zum Beispiel § 32 ZPO). Folgt man dem BGH, kann freilich § 295 I ZPO (Rügeverzicht) einschlägig sein. Gegen diese Rechtsprechung spricht die systematische Stellung der Vorschrift des § 33 ZPO. Ein Schutz des Klägers/Widerbeklagten ist nicht erforderlich, weil das Gericht bei fehlendem Zusammenhang nach § 145 II ZPO trennen kann. Zum Ganzen *Huber*, JuS 2007, 1079.

Hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit ist § 5 HS 2 ZPO zu beachten. Danach erfolgt keine Zusammenrechnung der Werte von Klage und Widerklage für die Streitwertermittlung.

Die Widerklage kann auch hilfsweise, also abhängig von einer innerprozessualen Bedingung, erklärt werden (**Hilfswiderklage** oder Eventualwiderklage, BGHZ 21, 13).

210

Hinweis: Die Eventualwiderklage wird in der Klausur oft im Zusammenspiel mit einer gescheiterten Aufrechnung relevant. Wenn sich der Beklagte etwa mit der Aufrechnung gegen einen Kaufpreisanspruch verteidigen will, der Kläger aber einwendet, die Aufrechnung sei ausgeschlossen (insbesondere mangels Gleichartigkeit der Ansprüche), so kann der Beklagte hilfsweise seine (Gegen-)Forderung im Wege der Eventualwiderklage geltend machen.

Widerklagen, die sich nicht gegen den Kläger, sondern gegen bislang nicht beteiligte Dritte richten (**Drittwiderklage**), sind grundsätzlich nicht zulässig (zusammenfassend BGH NJW 2014, 670, Rn. 14). Eine Widerklage kann gegen Dritte erhoben werden, wenn neben dem Dritten *zugleich gegen den Kläger* als *Streitgenossen* Widerklage erhoben wird („parteiweiternde“ Drittwiderklage), also neben dem Dritten der Kläger auch mit widerverklagt wird. Nur ausnahmsweise sind **isolierte Drittwiderklagen**, also Widerklagen nur gegen Dritte, zulässig. Anerkannt ist insbesondere der Fall der Widerklage gegen den Zedenten der Klageforderung (BGH NJW 2011, 460, Rn. 10 ff.). In der Praxis wichtig sind Drittwiderklagen gegen Zedenten, um deren Zeugenstellung auszuschalten (wer Partei ist, kann nicht Zeuge sein). Dem entsprechend hat BGH NJW 2007, 1753 zugelassen die Drittwiderklage des beklagten Unfallgegners gegen den am Prozess nicht beteiligten Zedenten im Haftpflichtprozess des Zessionars des Geschädigten. Häufig soll die Abtretung eine Zeugenstellung erst verschaffen (Zedent als Zeuge); diese zulässige Prozesstaktik kann durch Drittwiderklage gegen den Zedenten durchkreuzt werden. Sie stellt Waffengleichheit her (BGH NJW 2007, 1753, Rn. 16).

211

- ▶ Zur Vertiefung Fall 7: Feststellungsklage, Widerklage, Drittwiderklage.

4. Tatsachenvortrag und Beweis

Mit Klageerhebung muss der Kläger zur Begründung des (in der mündlichen Verhandlung zu stellenden) Klageantrags den unter die Anspruchsgrundlage zu subsumierenden Sachverhalt vortragen, d.h. zunächst (nur) das **Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale behaupten**. 212

Hierauf kann der Beklagte (in der Klageerwiderung) auf verschiedene Weise reagieren; der Beklagte kann 213

- **fehlende Schlüssigkeit** geltend machen, also vortragen, die Klage ist schon nach den Behauptungen des Klägers nicht begründet, bei Unschlüssigkeit wird die Klage abgewiesen, selbst bei Geständnis oder Nichtbestreiten; etwa behauptete der Kläger einen Grundstückskaufvertrag in Schriftform.
- **Klage leugnen**: Beklagter bestreitet Tatsachenbehauptungen des Klägers, § 138 II ZPO; hier erfolgt eine Beweisaufnahme. Bei § 138 IV ZPO Geständniswirkung, wenn der Beklagte mit Nichtwissen bestreitet. Bei unzulässigem Bestreiten mit Nichtwissen ist die Tatsache als zugestanden anzusehen.
- **Klage motiviert leugnen**: Kläger behauptet, dem Beklagten Geld als Darlehen ausgezahlt zu haben. Beklagter bestreitet Geldzahlung nicht, trägt aber vor, es sei ihm geschenkt worden; hier bestreitet der Beklagte nur einen Teil des anspruchsbegründenden Vertrags.
- **Einreden erheben**: Beklagter trägt Tatsachen vor, mit denen er die vom Kläger erstrebte Rechtsfolge ausschließt. Er sagt: „Ja, aber ...“; etwa bestreitet der Beklagte nicht, Geld als Darlehen empfangen zu haben, trägt aber vor, er habe es zurückbezahlt. Der Beklagte trägt die Beweislast für den Tatbestand der Einrede.

Man unterscheidet: 214

- **rechtshindernde** Tatsachen: Geschäftsunfähigkeit; Formmangel (str.).
- **rechtsvernichtende** Tatsachen: Erfüllung; Kündigung; Rücktritt
- **rechtshemmende** Tatsachen: Einreden nach BGB, die ein Leistungsverweigerungsrecht begründen, etwa Stundung (§ 320 BGB), Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB, dilatorische Einrede), Verjährung (§ 214 BGB, peremptorische Einrede)

Beachte: Bei Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nach §§ 322, 274 BGB ergeht nur eine eingeschränkte Verurteilung „Zug um Zug“, die Klage wird nicht im Ganzen, sondern nur insoweit abgewiesen, als uneingeschränkte Leistung eingeklagt war; in diesem Fall lautet der Urteilstenor: „Der Beklagte wird verurteilt, Zug um Zug ... zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.“

Der Beklagte muss sich auf eine rechtshemmende Einrede berufen haben, d.h. er muss sein Leistungsverweigerungsrecht ausüben. Dies kann im Prozess erfolgen, aber auch außerhalb. Wer im Prozess vorträgt, das Leistungsverweigerungsrecht sei ausgeübt worden, ist gleich.

Geständnis, § 288 ZPO: Bezugspunkt des Geständnisses sind Tatsachen, nicht der prozessuale Anspruch (anders beim Anerkenntnis). Im Unterschied zum Nichtbestreiten (§ 138 III ZPO) bindet das Geständnis den Beklagten, denn er kann es grundsätzlich nicht widerrufen. Eine Ausnahme regelt § 290 ZPO. Danach hat der Widerruf auf die Wirksamkeit des Geständnisses nur dann Einfluss, wenn die widerrufende Partei beweist, dass das Geständnis der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrtum veranlasst sei. 215

Der Richter ist an ein Geständnis gebunden, hat es also seiner Entscheidung zugrunde zu legen, auch wenn er selbst von der Wahrheit nicht überzeugt ist (anders im Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz, beispielsweise im Strafprozess).

5. Beweisbedürftige Tatsachen

216 Die Rechtsfolge einer Norm tritt ein, wenn der Tatbestand erfüllt ist; die den Tatbestand ausfüllenden Tatsachen müssen im Prozess feststehen. Nur solche **Tatsachen**, die (zur Begründung der Rechtsfolge) **erheblich** und die **bestritten** sind, sind beweisbedürftig.

Ohne Beweiserhebung ist eine Tatsache der Entscheidung zugrunde zu legen:

- nicht bestrittenen Tatsachen, § 138 III ZPO
- zugestandenem Tatsachen, § 288 ZPO
- offenkundige Tatsachen, § 291 ZPO: Tatsachen, die allgemein bekannt (Ereignisse der Zeitgeschichte) oder gerichtsbekannt sind. Voraussetzung für gerichtsbekannt ist, dass die Tatsache der Richter aus seiner *amtlichen* Tätigkeit kennt, nicht privates Wissen; offenkundig sind etwa Aussagen im Vorprozess, Insolvenzeröffnung; stets ist den Parteien auch bei Offenkundigkeit rechtliches Gehör zu geben
- bei Tatsachen, wenn der Beweis durch die nicht beweisführende Partei vorsätzlich oder fahrlässig erschwert oder vereitelt wird; etwa wenn die an sich beweisbelastete Partei dem Gutachter den Zutritt zum Grundstück, dessen Zustand im Wege der Beweisaufnahme festgestellt werden soll, verweigert

217 Für **Rechtssätze** gilt § 293 ZPO: ausländisches Recht, inländisches Gewohnheitsrecht, Satzungsrecht (Tarifnormen) sind beweisfähig.

► Zur Vertiefung Fall 1.

6. Beweislast

a) Allgemeines

218 Die Beweislast regelt die Frage, wer eine **Behauptung aufstellen** muss (**Behauptungslast**, diese zeigt sich bei der Schlüssigkeitsprüfung, VU ergeht ggf. nicht), Beweis antreten muss (**Beweisführungslast**) und ggf. den Nachteil trägt, wenn das Gericht vom Vorliegen der Tatsache nicht überzeugt ist (**objektive Beweislast**, Feststellungslast); zum Ganzen *Schmidt*, Die Beweislast, JuS 2003, 1007.

219 Ist der Richter vom Vorliegen einer Tatsache nicht überzeugt, kann er ihr Vorliegen aber auch nicht ausschließen, muss er gleichwohl entscheiden. Die Frage ist nur, mit welchem Inhalt.

Beispiel: Kläger klagt auf Zahlung und behauptet den Abschluss eines Kaufvertrags. Die Zeugen widersprechen sich hinsichtlich der Frage, ob ein Kaufvertrag geschlossen wurde. Hier ist die Klage abzuweisen. Die Nichterweislichkeit geht zu Lasten des Klägers.

220 Ebenso, wenn es sich um eine **Einrede/Einwendung** handelt.

Beispiel: Der Beklagte behauptet Erfüllung. Kann er dies nicht beweisen, also dem Richter die volle Überzeugung verschaffen, so wird er verurteilt. Der Beklagte trägt hier die Beweislast.

b) Regeln über die Beweislast

Beweislastregeln sind Normen, die dem Richter sagen, wie er entscheiden soll, wenn ein Umstand nicht festgestellt werden kann (*non liquet*). Beweislast hat außerdem Vorwirkung für das Parteiverhalten, insbesondere auf deren Vortrag. Es sind zu unterscheiden:

221

- **ausdrückliche** gesetzliche Bestimmungen; ein Beispiel ist § 179 I BGB.
- **Vermutungen:** §§ 891, 1006, 1117 III BGB. Bewiesen werden muss die Vermutungsbasis (Grundbucheintrag, Besitz); dann ist der Schluss auf das Tatbestandsmerkmal zulässig.
- **Normentheorie:** gesetzliche Vorschriften bestimmen (auch) die Beweislast. Jede Partei trägt die Beweislast für die Tatbestandsmerkmale der Normen, deren Anwendung ihr günstig ist. Wenn der Richter nicht vom Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale überzeugt ist, folgt daraus, dass die Norm nicht angewendet werden kann. Der Kläger trägt die Beweislast für anspruchsbegründende Normen. Das gilt aber nicht für den Fortbestand des Anspruchs. Hat der Kläger bewiesen, dass ein Kaufvertrag geschlossen wurde, muss er nicht beweisen, dass ein daraus erwachsenes Recht weiter besteht. Vielmehr ist es Aufgabe des Beklagten rechtsvernichtende Einreden zu erheben und ggf. deren Tatbestand zu beweisen.
- Gleiches gilt für rechtshemmende Einreden, Verjährung, Stundung etc. Auch muss der Beklagte rechtshindernde Tatsachen beweisen. Die Abgrenzung zwischen rechtsbegründenden und rechtshindernden Tatsachen ist schwierig und oft str.

Verträge über die Beweislast sind zulässig (Privatautonomie!). Beachte § 309 Nr. 11 BGB bei Beweislastregelungen in AGB.

222

c) Beweislastumkehr

Die Rechtsprechung neigt zur Beweislastumkehr, wenn der Beklagte eine Berufspflicht verletzt hat, die dem Schutze des anderen Teils dient. Dann sind Kausalität und Verschulden nicht zu beweisen.

223

Beispiel: Arzthaftung; der Arzt muss beweisen, dass er nicht schuldhaft gehandelt hat oder seine Pflichtverletzung nicht kausal war. Voraussetzung dieser richterlich entwickelten Beweislastumkehr in Ansehung der Kausalität ist, dass die Pflichtverletzung feststeht (vgl. etwa BGHZ 85, 213).

7. Beweisarten

Hauptbeweis ist der Beweis der beweisbelasteten Partei. Sie muss dem Richter die volle Überzeugung von einer Tatsache vermitteln.

224

Gegenbeweis ist die Beweisführung der nicht beweisbelasteten Partei. Der Gegenbeweis ist schon erbracht, wenn die Überzeugung des Richters **erschüttert** ist, dass eine Tatsache gegeben ist.

225

Beispiel: Kläger behauptet Vertragsschluss und benennt Zeugen X. Beklagter bestreitet und benennt Y. Der Gegenbeweis ist schon geführt, wenn die Aussage des Y die Überzeugung des Richters erschüttert, d. h. Zweifel begründet. Der Beklagte muss den Richter nicht überzeugen, dass ein Vertrag *nicht* geschlossen wurde.

226

Beweis des Gegenteils ist Hauptbeweis und richtet sich gegen eine Vermutung, § 292 ZPO. Hier genügt eine Erschütterung nicht.

- 227 **Unmittelbarer Beweis, Indizienbeweis (mittelbarer Beweis):** Der unmittelbare Beweis ist auf eine Tatsache gerichtet, die Tatbestandsmerkmal ist. Beim Indizienbeweis wird eine Tatsache bewiesen, aus deren Vorliegen erst auf eine tatbestandsrelevante Tatsache geschlossen wird.

Beispiel: Verkehrsunfall; hat der Zeuge den Zusammenstoß der Pkws gesehen, erbringt er unmittelbaren Beweis. Wird die Beule am Auto in Augenschein genommen, mag ein mittelbarer Beweis vorliegen.

- 228 **Glaubhaftmachung nach § 294 ZPO** ist nur dann ausreichend, wenn es das Gesetz zulässt. Die Glaubhaftmachung soll dem Richter einen geringeren Grad an Wahrscheinlichkeit vermitteln. Vor allem beim Arrest und einstweiliger Verfügung, §§ 920 II, 936 ZPO ist das der Fall. Auch bei der Versicherung an Eides statt, aber nur präsente Beweismittel (§ 294 II ZPO).

8. Beweismittel

- 229 Grundsätzlich gilt in der ZPO der **Strengbeweis**. Der Beweis darf nur mit den Beweismitteln der ZPO und im darin vorgeschriebenen Verfahren geführt werden. Im Einverständnis der Parteien kann der Richter nach § 284 S. 2 ZPO den Beweis in anderen Formen aufnehmen; man spricht von Freibeweis. Zulässig ist der Freibeweis nach hM auch bei den Sachentscheidungs-voraussetzungen.

- 230 Die **Beweismittel** der ZPO sind:
- Augenschein, §§ 371, 372 ZPO
 - Zeugenbeweis, §§ 373 ff. ZPO
 - Sachverständigenbeweis, §§ 402 ff. ZPO
 - Urkundenbeweis, §§ 415 ff. ZPO
 - Parteivernehmung, §§ 445 ff. ZPO

9. Beweisverfahren

a) Beweisantritt

- 231 Die Parteien müssen bestimmte Beweismittel für bestimmte Tatsachen angeben.

b) Ablehnung des Beweisangebots

- 232 Grundsätzlich keine Ablehnung; das Gericht ist schon nach Art. 103 GG zur Beweiserhebung verpflichtet. Doch bestehen Ausnahmen:
- Fristsetzung, § 356 ZPO
 - Unerheblichkeit der Beweisaufnahme
 - analog § 244 III StPO bei Wahrunterstellung
 - Beweis ist schon erbracht; aber nicht, wenn Gegenbeweis geführt wird
 - str.: Ausforschungsbeweis; (Behauptung ins Blaue hinein, aus der Luft gegriffen. Hier ist Zurückhaltung zu üben; keinesfalls darf die Frage der Erheblichkeit mit dem Beweisergebnis vermengt und ein Beweis vor seiner Erhebung gewürdigt werden.)
 - es kann sich das Problem der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel stellen

c) Anordnung der Beweisaufnahme

Grundsätzlich wird nur dann Beweis erhoben, wenn auch die beweisbelastete Partei ihn angeboten hat! 233

Beispiel: Kläger K verlangt Rückzahlung aus einem Darlehen. Er hat keine Beweismittel angeboten. Der Beklagte wendet ein, das Geld sei ihm geschenkt worden und benennt den Zeugen X.

Hier wird der *Zeuge nicht vernommen*. Die Beweislast dafür, dass der B das Geld *als Darlehen* empfangen hat, trägt der Kläger. Da dieser keinen Hauptbeweis angeboten hat, wird auch der X nicht gegenbeweislich gehört.

Die Anordnung der Beweisaufnahme erfolgt durch Beweisbeschluss, § 355 ZPO. 234

d) Beweiserhebungsverfahren

Das Beweiserhebungsverfahren unterliegt den Grundsätzen der Unmittelbarkeit (§ 355 I 1 ZPO) und Parteiöffentlichkeit (§ 357 I ZPO). 235

Über das Ergebnis der Beweisaufnahme ist mit den Parteien zu verhandeln, § 285 ZPO.

e) Beweiswürdigung

aa) Allgemeines

Beweiswürdigung ist die Prüfung, ob der Beweis geführt wurde, ob der Richter die strittige Tatsache als wahr behandeln darf. Der Richter muss von der Wahrheit überzeugt sein. Die Wahrscheinlichkeit genügt nicht; zum Ganzen *Hohlweck*, Die Beweiswürdigung, § 286 I ZPO, JuS 2001, 584. 236

BGHZ 53, 245, 256: „Der Richter darf sich mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.“ BGHZ 71, 339, 346: „Mathematische lückenlose Gewissheit ist nicht erforderlich.“

Bei der Beweiswürdigung ist der Richter grundsätzlich nicht an Regeln gebunden. Es gilt das **Prinzip freier Beweiswürdigung**, § 286 ZPO. Der Richter hat sich die Überzeugung aus dem gesamten **Inhalt der Verhandlung** und einer *etwaigen Beweisaufnahme* zu bilden. Das bedeutet: Der Richter kann einer Partei mehr Glauben schenken als einem Zeugen. Einem Sachverständigengutachten muss er nicht folgen. 237

Ausnahmen vom Prinzip freier Beweiswürdigung finden sich in gesetzlichen Beweisregeln, etwa §§ 165 S. 2, 314, 417 ZPO. 238

bb) Besonderheiten

(1) Anscheinsbeweis (sog. *prima facie*-Beweis)

Der Anscheinsbeweis spielt eine Rolle namentlich beim Nachweis von Kausalzusammenhängen und dem Verschulden. Der Richter schließt von einem feststehenden Tatbestand auf das Vorliegen anderer Tatsachen. Voraussetzung ist ein typischer Geschehensablauf, der immer wieder vorkommt, und den Schluss zulässt. 239

Beispiel: Kläger verlangt vom Beklagten Schmerzensgeld, weil er ihn auf dem Fußgängerweg mit dem Pkw angefahren habe. Dies ist unstrittig. Hier spricht der Anscheinsbeweis für ein Verschulden (erforderlich nach §§ 823, 253 BGB) des B.

- 240 Der Anscheinsbeweis ist *keine* Umkehr der Beweislast (und unterscheidet sich hierdurch von der Vermutung). Vielmehr genügt es, wenn der Gegner den Anschein erschüttert, etwa indem er Tatsachen beweist, aus denen sich die *konkrete Möglichkeit eines anderen Ablaufs* ergeben. Den vollen Beweis eines anderen Ablaufs muss der Gegner nicht erbringen.

Beispiel: Im obigen Beispiel weist der Beklagte nach, dass ein anderer PKW ihn abgedrängt habe; oder dass plötzlich eine Ölspur auf der Fahrbahn erschien.

- 241 Ist der Anscheinsbeweis erschüttert, muss die beweisbelastete Partei den vollen Beweis erbringen, im Beispiel also der Antragsteller Verschulden beweisen.

(2) Schadensschätzung, § 287 ZPO

- 242 Die Möglichkeit der Schadensschätzung soll die Schadensbestimmung erleichtern. Voraussetzungen von § 287 ZPO sind, dass
- str. ist, ob ein Schaden vorliegt
 - str. ist, welche Höhe der Schaden oder die Forderung (§ 287 II ZPO) hat

Wirkungen der Schadensschätzung:

- der Richter ist bei der Überzeugungsbildung freier gestellt
- der Richter kann eine Beweisaufnahme ablehnen
- Schätzungsvernehmung

(3) Selbständiges Beweisverfahren (§§ 485 ff. ZPO)

- 243 Ein selbständiges Beweisverfahren ist anzuraten, wenn ein Beweismittel droht verloren zu gehen, beispielsweise im Bauprozess, wenn um Mängel gestritten wird. Das Verfahren hemmt die Verjährung, § 204 I Nr. 7 BGB.

VII. Beendigung des Verfahrens

1. Prozessvergleich

Vertiefung: *Huber*, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Prozessvergleich, JuS 2017, 1058 (mit Beispielen zu Fragen in der mündlichen Prüfung); *Schreiber*, Die einvernehmliche Beendigung des Zivilprozesses – der Prozessvergleich, JURA 2012, 23.

a) Überblick

Nach § 278 ZPO soll in jeder Prozesslage die gütliche Beilegung des Rechtsstreits gefördert werden. Mittel hierzu ist der Prozessvergleich. Nach § 794 I 1 Nr. 1 ZPO ist der Prozessvergleich Vollstreckungstitel. Die Norm setzt ihn als Rechtsinstitut voraus. Seine Voraussetzungen ergeben sich aus § 794 I Nr. 1 ZPO und ergänzend heranzuziehenden Vorschriften der § 98 ZPO (Kosten), § 160 III Nr. 1 ZPO (Protokollierung), § 779 BGB (materiell-rechtlicher Vergleich). Zur Beförderung der Vergleichsbereitschaft der Parteien ist eine Güteverhandlung nach § 278 II ZPO durchzuführen.

244

b) Voraussetzungen des Prozessvergleichs

Nach hM ergeben sich die Voraussetzungen aus §§ 160 III 1, 794 I Nr. 1 ZPO, § 779 BGB und der Rechtsnatur des Prozessvergleichs:

245

- **Prozesshandlungsvoraussetzungen** müssen gegeben sein.
- Abschluss vor **deutschem Gericht**: grundsätzlich das Prozessgericht oder ein anderes mit der Sache befasstes Gericht, auch der ersuchte Richter im Beweisverfahren.
- zur **Beilegung des anhängigen Rechtsstreits**: Streitiges Verfahren muss anhängig, nicht rechtshängig sein; auf die Zulässigkeit der Klage kommt es nicht an, da die Prozessvoraussetzungen nur im Falle einer gerichtlichen Sachentscheidung vorliegen müssen.

Beispiel: Der Kläger verklagt den Beklagten aus einer Kaufpreisforderung in Höhe von 6000 € vor dem Amtsgericht. Obwohl dieses sachlich nicht zuständig ist, kann zwischen beiden ein Prozessvergleich geschlossen werden.

- Abschluss unter **Parteien oder einem Dritten**: auch Dritte können in den Prozessvergleich einbezogen werden, jedoch müssen immer mindestens beide Parteien beteiligt sein, denn andernfalls kann der Prozess nicht beendet werden. Die Vollstreckung für und gegen beigetretene Dritte möglich. Dritte müssen auch im Anwaltsprozess (§ 78 ZPO) nicht durch Rechtsanwalt vertreten sein.
- **Verfügungsbefugnis** der Parteien über die Streitsache; diese fehlt etwa in Ehesachen, §§ 113, 130 II FamFG; allerdings können auch bislang prozessfremde Gegenstände in den Vergleich mit einbezogen werden.
- **Form**: §§ 160 III Nr. 1 ZPO (Protokoll), 162 I 1, 163 ZPO.
- nach hM ist zudem ein **gegenseitiges Nachgeben** der Parteien erforderlich, das aber auch dann angenommen wird, wenn der Kläger den vollen Klageantrag erhält und der Beklagte alle Kosten trägt; hier habe der Kläger auf ein rechtskräftiges Urteil verzichtet.

Der Prozessvergleich kann auch unter einer **Bedingung** geschlossen werden. Möglich ist auch ein Rücktrittsvorbehalt.

246

Beispiel: Prozessvergleich unter der aufschiebenden Bedingung, dass bis zu einem bestimmten Datum keine Partei den Vergleich widerruft (sog. Widerrufsvergleich).

Zum Verständnis: Der Widerruf des Vergleichs beseitigt also nicht einen bereits bestehenden Vergleich (keine auflösende Bedingung). Vielmehr ist das Nichtausüben („Unterlassen“) des Widerrufsrechts aufschiebende Bedingung für das (erstmalige) Zustandekommen. Andernfalls könnte nämlich eine Partei sofort – also vor Ablauf der Widerrufsfrist – aus dem Widerrufsvergleich vollstrecken (§ 794 I Nr. 1 ZPO), was der Interessenlage der Parteien widerspricht.

Beachte aber §§ 491 III, 492 IV 2 BGB idF. vom 13.6.2014, wonach ein verbraucher-schützendes Widerrufsrecht nach § 495 BGB beim Prozessvergleich entfällt. Das hat mit Widerrufsvergleich nichts zu tun.

c) Rechtswirkungen

247 **aa)** Die **Prozessbeendigungswirkung** ist Hauptzweck des Prozessvergleichs. Dem Prozessvergleich kommt *unmittelbar* Prozessbeendigungswirkung zu (Bewirkungshandlung). Sogar ein erlassenes, aber noch nicht rechtskräftiges Urteil wird wirkungslos.

Ein **außergerichtlicher** Vergleich beendet den Prozess dagegen noch **nicht**. Die eingetretene Änderung der materiellen Rechtslage muss erst noch in den Prozess eingeführt werden. Dann erfolgt Klageabweisung, -rücknahme oder Erledigungserklärung. Hier liegt kein „Doppeltatbestand“ vor.

248 **bb)** Der Prozessvergleich ist zudem **Vollstreckungstitel, § 794 I Nr. 1 ZPO**. Anderes gilt etwa bei Schiedsvergleichen und Anwaltsvergleichen; sie müssen für vollstreckbar erklärt werden, §§ 796a, 794 I Nr. 4a ZPO, vgl. § 1053 ZPO.

249 **cc)** **Materiell-rechtlich** stellt der Prozessvergleich die Beziehungen der Beteiligten auf eine neue Grundlage. Der Prozessvergleich bildet den *Rechtsgrund* für die neu geschaffenen Pflichten.

Beachte § 127a BGB: Der Prozessvergleich ersetzt die notarielle Beurkundung, wichtig wegen § 311a BGB; auch §§ 873, 925 I 3 BGB.

d) Rechtsnatur

250 Die Rechtsnatur des Prozessvergleichs ist seit jeher umstritten. Es geht um die Frage, wie sich Mängel im prozessualen Bereich oder im materiell-rechtlichen Bereich auf den jeweilig anderen auswirken.

Beispiel: Typische Mängel sind fehlende Protokollierung, fehlende Prozesshandlungsvoraussetzungen, Unwirksamkeit des Prozessvergleiches nach §§ 779, 142, oder 138 BGB etc.

Nach hM hat der Prozessvergleich eine **Doppelnatur**: Es liegt eine Rechtshandlung vor, die zugleich Prozesshandlung und materielles Rechtsgeschäft ist. Liegt ein Mangel auf prozessuellem oder materiell-rechtlichem Gebiet, so ist der Prozessvergleich folglich *insgesamt unwirksam*, also nicht nur in Ansehung des betroffenen Teils. Liegen die Voraussetzungen des § 779 BGB vor, so entfällt auch die Prozessbeendigungsfunktion. Wichtig ist, bei der Begründung dieses Ergebnisses auf den **Parteiwillen** abzustellen. Im Grunde handelt es sich um eine Ausprägung des Rechtsgedankens von § 139 BGB. 251

Anders entscheidet die die Mindermeinung unter Verweis auf die Lehre vom sog. Doppeltatbestand: Danach greifen prozessuale Mängel etwa nicht auf die materiell-rechtlichen Wirkungen über. Dies ist von den Parteien freilich regelmäßig nicht gewollt; wenn der materiell-rechtliche Teil entfällt, soll auch keine Prozessbeendigung eintreten. Vielmehr soll weiter im streitigen Prozess verfahren werden. Anders sieht das aber der BGH, wenn der materielle Vergleich durch nachträgliche Vorgänge (insbesondere §§ 323ff, 313 BGB) beseitigt wird (BGH NJW 1955, 705). Tritt etwa eine Partei wirksam wegen Nichtleistung zurück, so entfalle nicht die prozessbeendigende Wirkung des Vergleichs, so dass eine Fortsetzung des Prozesses ausgeschlossen ist. Der BGH verlangt vielmehr die Einleitung eines neuen Prozesses über die Beseitigung des Vergleichs und die daraus resultierenden Rechtsfolgen (a.A. BAGE 3, 43; 4, 84; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht 17. Aufl. 2010, § 130, Rn. 58).

e) Unwirksamkeit des Prozessvergleichs

Der Streit über die Unwirksamkeit des Prozessvergleichs wird nach hM im alten Prozess fortgesetzt. Dafür spricht insbesondere der Gedanke der Prozessökonomie. Wird der alte Prozess fortgesetzt, kann auf etwaige Zwischenergebnisse (Beweisaufnahme, Geständnis usw.) zurückgegriffen werden. Die sich auf die Unwirksamkeit berufende Partei muss einen Antrag auf Fortsetzung dieses Prozesses stellen. Wenn der Prozess beendet ist, stellt das Gericht durch Endurteil fest, dass der Prozess beendet ist. Im anderen Fall ist ein Zwischenurteil nach § 303 ZPO möglich, das den Fortgang des Prozesses feststellt. 252

f) Prozessvergleich und Vollstreckung

Die Einschränkungen des § 767 II ZPO gelten bei der Vollstreckung aus Prozessvergleichen nicht. Das wird in der ZPO nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber daraus, dass der Prozessvergleich nicht in Rechtskraft erwächst, und § 767 II ZPO die Rechtskraft sichern soll (vgl. § 797 IV ZPO für vollstreckbare Urkunden). Strittig ist aber, ob durch den Vergleich materiell-rechtlich Einwendungen aus der Welt geschafft werden. 253

§ 894 ZPO gilt nicht. Die Vollstreckung erfolgt hier nach § 888 ZPO. Eine Willenserklärung sollte daher gleich im Vergleich abgegeben werden. 254

► Zur Vertiefung Fall 8: Prozessvergleich. 255

2. Prozessaufrechnung

Literatur: Musielak, JuS 1994, 817; Wolf, Christian, Die Prozessaufrechnung, JA 2008, 673 und 753 (zwei Teile); Feser, Die Aufrechnung im Prozess – eine Frage des Zeitpunkts, JA 2008, 525, Huber, Prozessaufrechnung des Beklagten, JuS 2008, 1050.

a) Überblick

- 256 Zu unterscheiden sind materiell-rechtliche und prozessuale Wirkungen der Aufrechnung im Prozess: Auf der **materiell-rechtlichen** Ebene liegt in der Parteihandlung eine Aufrechnungserklärung mit den Wirkungen nach § 389 BGB. Auf **prozessualer** Ebene ist die Aufrechnungserklärung zugleich eine „Einrede“ des Beklagten, dass Aufrechnung und Aufrechnungswirkung (Erlöschen der Hauptforderung) als (neue) Tatsache in den Prozess eingeführt werden müsse. Beides kann zusammenfallen, etwa wenn der Beklagte in der mündlichen Verhandlung die Aufrechnung erklärt. Eine Handlung wird also auf beiden Ebenen relevant, man spricht vom sog. **Doppeltatbestand** der Aufrechnung.
- 257 Das gilt auch sonst bei Gestaltungserklärungen. Stets ist bei solchen Gestaltungserklärungen während des Prozesses zu unterscheiden:
- deren materiell-rechtliche Ausübung
 - deren Einführung in Prozess; wegen des Verhandlungsgrundsatzes ist die Erklärung Prozesshandlung, die den allgemeinen Prozesshandlungsvoraussetzungen unterliegt (vgl. etwa § 78 ZPO)
- 258 Dieser sog. Doppeltatbestand führt zu Problemen, wenn die Aufrechnung aus prozessualen Gründen nicht im Prozess berücksichtigt wird, obwohl sie materiell-rechtlich wirksam erklärt wurde.
- Beispiel:** Beklagter B erklärt im Anwaltsprozess die Aufrechnung gegen die Klageforderung des K. Sie wird als verspätet nach § 296 ZPO (oder in der zweiten Instanz nach § 530 ZPO) zurückgewiesen. Das Gericht gibt der Klage des K statt. Später klagt B gegen K besagte Gegenforderung ein.
- 259 In Fällen der prozessual unberücksichtigt gebliebenen Aufrechnung ist man sich im Ergebnis darüber einig, dass der Beklagte die Gegenforderung zwar als Verteidigungsmittel im ersten Prozess verloren hat. Er soll aber nicht materiell-rechtlich die Gegenforderung verlieren. Die Aufrechnungserklärung ist daher **auch materiell-rechtlich wirkungslos**. Der Beklagte ist nicht durch das Urteil im ersten Verfahren gehindert, die Gegenforderung seinerseits einzuklagen; § 322 II ZPO greift nicht ein. Zur Begründung führt BGHZ 16, 124, 140 aus, dass über die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung dann nicht mit der Folge des § 322 II ZPO „entschieden“ werde, wenn die Aufrechnung prozessual unzulässig ist. Auch bleibt dem Beklagten die Möglichkeit, die Gegenforderung im Rahmen einer Widerklage geltend zu machen, da diese kein Verteidigungsmittel ist, was vom Gericht zurückgewiesen werden kann (→ Rn. 203).
- 260 Vom vorstehend beschriebenen Problem ist der Fall zu unterscheiden, dass die Aufrechnung zwar prozessual zulässig, aber der Beklagte mit einzelnen *Tatsachen zur Begründung* der Gegenforderung nach § 296 ZPO präkludiert oder beweisfällig ist. Dann gilt § 322 II ZPO! Über die Gegenforderung wurde entschieden; sie wurde im Prozess berücksichtigt, wenn auch mit dem Ergebnis, dass sie dem Beklagten nicht zusteht.

b) Bedeutung von § 322 II ZPO

§ 322 II ZPO ist eine **Ausnahme von § 322 I ZPO**. Die Vorschrift greift ein, wenn das Gericht zum Ergebnis kommt, dass die Gegenforderung nicht besteht und daher der Klage stattgibt. Nach § 322 II ZPO steht verbindlich fest, dass der Beklagte vom Kläger nichts verlangen kann; die Gegenforderung wurde geprüft, das Ergebnis dieser gerichtlichen Prüfung erwächst in Rechtskraft.

261

§ 322 II ZPO gilt aber auch, wenn das Gericht vom Bestehen der Gegenforderung ausgeht und die Klage daher wegen der erfolgreichen Aufrechnung abweist. § 322 II ZPO kann deshalb wie folgt gelesen werden: „... Forderung nicht *mehr* besteht“.

Beispiel: K klagt 2.000 Euro gegen B ein. B rechnet mit einer Gegenforderung über 3.000 Euro auf. Die Klage wird abgewiesen, weil Haupt- und Gegenforderung bestehen.

Da die Klage abgewiesen wurde, kann K nicht die Zahlung von 2.000 Euro verlangen, § 322 I ZPO. B kann nur noch Zahlung von 1.000 Euro verlangen, im Übrigen steht nach § 322 II ZPO fest, dass seine (ursprünglich bestehende) Gegenforderung nicht *mehr* besteht (sie ist durch Aufrechnung erloschen).

c) Eventualaufrechnung

Die Aufrechnung ist immer dann Eventualaufrechnung (Hilfsaufrechnung), wenn der Beklagte mehrere Einreden erhebt. In diesen Fällen ist davon auszugehen, dass der Beklagte zunächst die anderen Einreden geprüft haben will, bevor er eine Gegenforderung „opfert“. Der Zulässigkeit der Eventualaufrechnung steht § 388 Satz 2 BGB nicht entgegen, da der Beklagte die Aufrechnung von einer Rechtsbedingung abhängig macht. Die Eventualaufrechnung scheitert auch nicht am Verbot bedingter Prozesshandlungen, da innerprozessuale Bedingungen zulässig sind.

262

Beispiel: K klagt auf Darlehensrückzahlung. B wendet ein, er habe kein Geld empfangen, hilfsweise, ihm sei der Darlehensbetrag geschenkt worden. Ferner rechnet er weiterhin hilfsweise auf mit einer Gegenforderung auf.

Das Gericht kann die Klage hier nicht gleich abweisen, wenn die Gegenforderung besteht (so aber die Klageabweisungstheorie). Vielmehr muss zunächst Beweis über die umstrittenen Behauptungen erhoben (Beweiserhebungstheorie); wenn das Darlehen nicht ausgezahlt oder schenkungsweise begeben wurde, kommt es auf das Bestehen der hilfsweise vorgetragenen Gegenforderung gar nicht mehr an. B will in diesem Fall seine Forderung nicht mit der Rechtsfolge, dass sie nach § 322 II ZPO rechtskräftig angesprochen wird, „opfern“. B kann die Forderung seinerseits in einem anderen Prozess einklagen.

d) Weitere Besonderheiten

Für die Aufrechnung müssen die **Sachentscheidungsvoraussetzungen** grundsätzlich **nicht gegeben** sein.

263

Auch wenn für die Gegenforderung, wäre sie selbständig eingeklagt worden, ein anderes Gericht sachlich oder örtlich zuständig wäre, kann wirksam aufgerechnet werden (das Gericht entscheidet über die Gegenforderung ja nur in Höhe der Hauptforderung). Anders verhält es bei Gegenforderungen, für die die Rechtswegzuständigkeit fehlt (→ Rn. 67); nach hM ist hier eine Aufrechnung ausgeschlossen, allenfalls über eine arbeitsgerichtliche Gegenforderung soll das Zivilgericht entscheiden dürfen (vgl. § 17 II GVG).

- 264 Nach BGH NJW 1993, 2753 muss für die Gegenforderung auch die internationale Zuständigkeit gegeben sein.

Möchte der Beklagte mit mehreren Gegenforderungen aufrechnen, so muss er aus Gründen der Bestimmtheit die Reihenfolge angeben, in der die Gegenforderungen zur Aufrechnung verwendet werden sollen (BGH NJW 2002, 2182).

- 265 Die **Aufrechnungsforderung** wird nach hM **nicht rechtshängig**. Der Aufrechnung korrespondiert deshalb keine Rechtshängigkeitssperre. Hierfür spricht der Wortlaut des § 261 ZPO, der nur von Klage, nicht Aufrechnung handelt; ferner passen die Bestimmungen über Klagerücknahme oder Klageänderung auf die Gegenforderung nicht recht. Tritt der Beklagte die Gegenforderung ab, gilt nicht § 265 ZPO, sondern allein materielles Recht. Unzuträglichkeiten sind über §§ 145, 302 ZPO abzuwehren.

Umgekehrt kann in einem Prozess mit einer zuvor bereits eingeklagten Forderung aufgerechnet werden (die dadurch freilich erlischt, so dass die anderweitige Klage ebenfalls abzuweisen ist).

Hieraus folgt freilich, dass mehrere Gerichte gleichzeitig mit der Gegenforderung befasst werden und zu unterschiedlichen Prozessergebnissen kommen können (etwa wird mit unterschiedlichem Ergebnis Beweis über die Gegenforderung erhoben). Diesen Folgen kann der Aufrechnungsgegner mit einer (sofort nach Aufrechnung erhobenen) Zwischenfeststellungsklage vorbeugen.

Hinweis zu § 145 III ZPO: In Aufrechnungsfällen ist die **Prozesstrennung** ein Mittel gegen Prozessverschleppung (eine Gegenforderung ist schnell behauptet). § 302 ZPO erlaubt ein **Vorbehaltsurteil** über die Klageforderung. In beiden Fällen darf freilich ein rechtlicher Zusammenhang zwischen Klage und Aufrechnungsforderung nicht bestehen.

Beachte bei der Vollstreckung aus dem Vorbehaltsurteil die verschuldensunabhängige Schadenshaftung (Risikohaftung) nach § 302 IV 3 ZPO (entspricht §§ 717 II, 945 ZPO).

Hinweis: Nach § 204 I Nr. 5 BGB hemmt die Prozessaufrechnung die Verjährung der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung.

- 266 ► Zur Vertiefung Fall 9: Prozessaufrechnung.

3. Anerkenntnis

- 267 Das Anerkenntnis nach § 307 I ZPO ist eine Dispositionshandlung des Beklagten. Es bezieht sich auf den gesamten **prozessualen Anspruch**, *nicht* nur auf eine einzelne Tatsache (diese kann einem Geständnis unterliegen, § 288 ZPO). Das Anerkenntnis kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Auch ein Teilanerkentnis ist möglich.

- 268 Das Anerkenntnis kann als Prozesshandlung nicht einseitig, sondern nur mit Einverständnis des Klägers widerrufen werden (§ 290 ZPO gilt nicht). Es kann auch nicht wegen Willensmangels angefochten werden. Etwas anderes gilt nur, wenn ein Restitutionsgrund (insbes. § 580 Nr. 2/4 ZPO) vorliegt (BGHZ 80, 389).

- 269 Das Anerkenntnis bewirkt, dass das Gericht den Beklagten allein aufgrund des Anerkenntnisses verurteilt (nur in der Revisionsinstanz ist nach § 555 III ZPO idF. vom 1.1.2014 ein gesonderter Antrag des Klägers erforderlich, um zu verhindern, dass sich der Beklagte einem ihm

ungünstigen Grundsatzurteil – ohne Urteilsgründe, vgl. § 313b ZPO – entzieht.). Auf die für die Schlüssigkeitsprüfung maßgebliche **materielle Rechtslage kommt es nicht** an; es ist also nicht erforderlich, dass die anerkannte Rechtsfolge mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt! Allerdings sind die Sachentscheidungsvoraussetzungen zu prüfen, wobei indes eine rügelose Einlassung (beispielsweise § 39 ZPO) gegeben sein kann.

Beispiel: Der Beklagte, der sich mündlich verbürgt hatte (§ 766 BGB, § 350 HGB), erkennt die eingeklagte Bürgschaftsverpflichtung. Es muss (ohne weiteren Antrag des Klägers) ein Anerkenntnisurteil ergehen.

Von besonderer Bedeutung im Prozess ist das **sofortige Anerkenntnis** bei **§ 93 ZPO**. Der *Kläger* trägt die Kosten, wenn der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Klage Veranlassung gegeben hatte und der Beklagte sofort anerkennt, d.h. ein Anerkenntnisurteil für den Kläger ergeht. Um dieses Risiko, trotz gewonnenen Prozesses die Kosten tragen zu müssen, zu vermeiden, wird der Kläger den späteren Beklagten regelmäßig vorprozessual (ab)gemahnt haben. 270

Das Anerkenntnisurteil ist nach § 708 Nr. 1 ZPO ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. 271

Gegenstück des Anerkenntnisses durch den Beklagten ist der **Verzicht des Klägers**, § 306 ZPO. Hierauf ergeht Verzichtsurteil, das in Rechtskraft erwächst. Vom Verzicht zu unterscheiden ist die Rücknahme der Klage nach § 269 ZPO, auf die nicht in der Sache, sondern nur über die Kosten entschieden wird. 272

4. Arten gerichtlicher Entscheidungen

Urteile (Endurteile, § 300 ZPO) ergehen nach mündlicher Verhandlung (§ 128 IV ZPO) und werden in bestimmter Form erlassen, § 313 ZPO. Hiergegen sind die Berufung und die Revision statthaft (im Überblick *Schreiber*, Aktuelle Reformen des Rechtsmittelrechts, Jura 2012, 798). 273

Beschlüsse können den Prozess beenden; sie ergehen ohne mündliche Verhandlung oder nach fakultativer mündlicher Verhandlung (Ausnahmen §§ 281, 358 ZPO). Hiergegen ist sofortige Beschwerde nach §§ 567 ff. ZPO statthaft.

Verfügungen hingegen beenden den Prozess nicht; sie sind meist prozessleitender Art und betreffen etwa die Terminsbestimmung, oder die Bestellung eines Einzelrichters, § 348 ZPO.

5. Urteilswirkungen

Die wesentlichen Urteilswirkungen sind 274

- **Rechtskraft:** man unterscheidet formelle (d. h. Unanfechtbarkeit des Urteils, § 705 ZPO) und materielle Rechtskraft (§ 322 ZPO)
- **Vollstreckbarkeit** bei Leistungsurteilen
- **Gestaltungswirkung:** führt zur unmittelbaren Änderung eines Rechtsverhältnisses
- **Tatbestandswirkung:** vgl. insbesondere § 775 Nr. 4 BGB; §§ 302 IV, 717 II ZPO
- **Bindungswirkung** nach § 318 ZPO
- **Vollstreckbarkeit** (Leistungsurteil)

6. Formelle Rechtskraft, § 705 ZPO

275 Urteile sind formell rechtskräftig, wenn sie **nicht mehr angefochten** werden können. Dabei bleiben Wiederaufnahmeklagen (§§ 578 ff. ZPO) und die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 233 ZPO) außer Betracht, andernfalls könnte formelle Rechtskraft nur dann eintreten, wenn keiner der Wiederaufnahmegründe vorliegt. Außer Betracht bleibt auch die Möglichkeit, eine Gehörsrüge nach § 321a ZPO einzulegen.

276 **Unanfechtbarkeit** tritt grundsätzlich mit Ablauf der Rechtsmittel- und -behelfsfristen ein (§§ 339, 517, 548 ZPO), § 705 ZPO. Eine rechtzeitige Rechtsmitteleinlegung hemmt den Eintritt der Rechtskraft.

Ist in einem Berufungsurteil die Revision nicht zugelassen, tritt Rechtskraft mit Ablauf der Frist für die Nichtzulassungsbeschwerde (§ 544 I 1 ZPO) ein. Die Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde hemmt die Rechtskraft des Urteils, § 544 V 1, 3 ZPO.

Bereits **mit Verkündung des Urteils** tritt formelle Rechtskraft ausnahmsweise dann ein, wenn gegen das Urteil ein Rechtsmittel nicht statthaft ist; dies gilt namentlich für Revisionsurteile des BGH und Berufungsurteile nach § 542 II 1 ZPO. Gleiches gilt beim **Rechtsmittelverzicht** beider Parteien, §§ 515, 566 ZPO. Der Rechtsmittelverzicht muss dem Gericht gegenüber erklärt werden; eine Parteiabrede genügt nicht.

277 Aus der formellen Rechtskraft folgt der Eintritt der

- materiellen Rechtskraft
- Gestaltungswirkung
- Vollstreckbarkeit ohne Zulassung und Sicherheitsleistung

7. Materielle Rechtskraft

a) Bedeutung

278 Materielle Rechtskraft bedeutet die **Maßgeblichkeit und Verbindlichkeit einer Entscheidung**. Die formelle Rechtskraft sichert nur, dass ein Urteil selbst bestandskräftig ist, weil keine Anfechtung mehr möglich ist. Nicht wird aber verhindert, dass in einem *anderen Verfahren* erneut die bereits entschiedene Frage nochmals zum Gegenstand einer Klage gemacht wird. Das verhindert erst die materielle Rechtskraft.

Die materielle Rechtskraft schafft Rechtssicherheit und -frieden. Sie wird daher auch bezeichnet als „Krone des Prozesses“ (*Sauer*).

b) Wirkungen

aa) Identität des Streitgegenstands

Die Wirkungen der materiellen Rechtskraft bei identischem Streitgegenstand im zweiten Prozess ist die wichtigste Folge des rechtskräftig abgeschlossenen Prozesses.

Beispiel: Der unterlegene Kläger klagt dieselbe Forderung in einem zweiten Prozess nochmals ein.

279 In diesem Fall der Identität des Streitgegenstands ist die zweite Klage **unzulässig** und durch Prozessurteil abzuweisen. Man spricht von **Sperrwirkung der Rechtskraft**. Die fehlende entgegenstehende Rechtskraft ist eine von Amts wegen zu prüfende (negative) Sachentscheidungsvoraussetzung (dazu BGH NJW 2014, 314 mit Anm. *K. Schmidt*, JuS 2014, 557).

bb) Präjudizialität

Präjudizialität bedeutet die „Vorgreiflichkeit“ eines Rechtsverhältnisses für eine Rechtsfolge, über die im Zweitprozess entschieden wird. Über ein rechtliches Tatbestandsmerkmal einer Norm ist bereits rechtskräftig entschieden worden. Diese Entscheidung ist im Zweitprozess bei der **Begründetheit** maßgeblich.

280

Beispiel: Kläger K klagt gegen B auf Feststellung, K sei Eigentümer. Das Urteil ergeht antragsgemäß und wird rechtskräftig. Später klagt K auf Herausgabe der Sache nach § 985 BGB. Der Einwand des Beklagten, der Kläger sei nicht Eigentümer, ist unerheblich. Ein entsprechendes Beweisangebot ist unbeachtlich. Die Entscheidung im Erstprozess ist dem Urteil im Herausgabeprozess zugrunde zu legen. Es ist nur noch zu prüfen, ob der B Besitzer ist, ggf., ob er ein Recht zum Besitz hat (§ 986 BGB).

Beispiel: Beklagter B wird verurteilt, an den Kläger K 1.000 Euro zu bezahlen. Wenn K Zinsen einklagt, kann der Bestand der Forderung von B nicht bestritten werden.

Beachte: Umgekehrt gilt das nicht! Klagt K zunächst erfolgreich Zinsen ein, später die Hauptforderung, kann B deren Bestand bestreiten, ohne dass die Rechtskraft des ersten Urteils über die Zinsen dabei relevant wird. Die Zinsforderung ist kein Präjudizialverhältnis der Hauptforderung, die Hauptforderung wird daher im Zinsprozess nicht rechtskräftig bindend festgestellt, vgl. § 322 I ZPO.

Beispiel: Der Beklagte B verurteilt, an Kläger K 1.000 Euro zu bezahlen. Nachdem B bezahlt hat, klagt er aus § 812 I 1 Fall 1 BGB auf Rückzahlung der geleisteten 1.000 Euro. Ohne die materielle Rechtskraft müsste das Gericht im Kondiktionsprozess nochmals das Bestehen der Forderung prüfen, nämlich bei der für § 812 BGB ausschlaggebenden Frage, ob ein „Rechtsgrund“ für die Zahlung besteht. Da aber aufgrund der Rechtskraft der Verurteilung des B verbindlich feststeht, dass K von B 1.000 Euro verlangen konnte, steht auch fest, dass die Zahlung mit Rechtsgrund erfolgte. Die zweite Klage hat daher keinen Erfolg.

Hinweis: Gelegentlich wird hier mit dem „kontradiktorischen Gegenteil“ argumentiert. Richtigerweise wird man auf Präjudizialität abstellen müssen; *Gaul* JuS 1962, 1, 7.

Bei Präjudizialität ist die Wirkung der Rechtskraft nicht auf der Ebene der Sachentscheidungs-voraussetzungen von Bedeutung, vielmehr ist die Vorentscheidung der materiellen Begründetheit zugrunde zu legen. Eine erneute Prüfung der Tatbestandselemente findet nicht statt (d.h. die Tatbestandsmerkmale werden der Entscheidung ohne Beweiserhebung zu Grunde gelegt).

281

Hintergrund: Umstritten ist, wie die **Wirkungsweise** der materiellen Rechtskraft zu erklären ist.

282

Früher herrschte die sog. materiell-rechtliche Lehre vor: Das rechtskräftige Urteil ändere oder bestätige die materielle Rechtslage und schaffe einen neuen Entstehungs- und Beendigungsgrund (der erste Entwurf des BGB enthielt noch eine Regelung der Rechtskraft). Heute wird diese Lehre nicht mehr vertreten. Man wendet ein, auf dieser Grundlage läge in jedem Urteil ein Gestaltungsmoment, das gegenüber jedem wirken müsse;

die Rechtskraft bindet aber nur *inter partes*. Dieser Einwand gilt auch bei der prozessualen Theorie. Zu bedenken bleibt ferner, dass die Rechtskraft, sollte sie materiell-rechtlich wirken, dem Verhandlungsgrundsatz unterliefe und also von den Parteien vorgetragen werden müsste.

Heute wird die sog. prozessuale Lehre favorisiert. Das Urteil ändere die materielle Rechtslage nicht, sondern stelle sie nur verbindlich fest. Das ist prozessual im Folgeprozess beachtlich.

Innerhalb dieser Lehre wird wiederum unterschieden, wenn es um die Begründung (nicht das Ergebnis!) geht, weshalb eine Zweitklage bei Identität unzulässig ist: Nach *Hellwig* verbiete die Rechtskraft nicht eine wiederholte, sondern nur eine abweichende Entscheidung. Ob nochmals entschieden werden muss, sei eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses, dieses fehle in der Regel. Es kann aber gegeben sein, wenn etwa der Titel verloren gegangen ist und nicht mehr rekonstruiert werden kann. Anders die Rechtsprechung: Nach BGHZ 36, 365, 367 führe die materielle Rechtskraft zu einem Wiederholungsverbot. Es dürfe nach dem Grundsatz des *ne bis in idem* nicht nochmals entschieden werden. Man kann hier auch von einer Sperrwirkung der materiellen Rechtskraft sprechen.

c) Rechtskraftfähige Entscheidungen

aa) Prozessurteile

283 Auch Prozessurteile erwachsen in Rechtskraft. Wurde eine Klage abgewiesen wegen fehlender Sachentscheidungsvoraussetzungen (mangelnde Prozessfähigkeit, fehlende örtliche Zuständigkeit usw.), so kann die Klage *nicht* erneut erhoben werden. Die Rechtskraft erstreckt sich aber nur soweit, wie über die fehlenden Prozessvoraussetzungen entschieden worden ist.

Beispiel: K klagt gegen B vor dem Landgericht Leipzig auf Schadensersatz in Höhe von 10.000 Euro. Das Gericht weist den K auf Bedenken hinsichtlich der örtliche Zuständigkeit hin. B reagiert nicht. Das Gericht weist die Klage als unzulässig ab. Hier kann K nochmals am zuständigen Gericht klagen.

bb) Gestaltungsurteile

284 Ein Gestaltungsurteil stellt nicht fest, sondern schafft eine neue, für alle verbindliche Rechtslage. Um dies zu erreichen, bedarf es keiner materiellen Rechtskraft. Man spricht von *Gestaltungswirkung*.

Gleichwohl hat die materielle Rechtskraft des Gestaltungsurteils Bedeutung, weil sie die Entscheidung über den Gestaltungsgrund verbindlich macht.

Beispiel: K erhebt gegen den Mitgesellschafter B Ausschlussklage aus einer OHG (§ 140 HGB). Der Klage wird stattgegeben. Später verlangt B von K Schadensersatz und Wiedereinräumung der Gesellschafterstellung, weil ein „wichtiger Grund“ für seine Ausschluss nicht vorgelegen habe.

cc) Vollstreckungsbescheid

285 Nach § 700 I ZPO steht der Vollstreckungsbescheid einem Versäumnisurteil gleich. Gleichwohl wurde die Rechtskraft angezweifelt, weil im Versäumnisverfahren keine Schlüssigkeitsprüfung stattfindet.

Das ist kein Argument, denn auch bei einem Anerkenntnisurteil (§ 307 I ZPO) findet keine Schlüssigkeitsprüfung statt, ohne dass deshalb dessen Rechtskrafftätigkeit angezweifelt würde.

Bedeutung hat die Frage vor allem bei sittenwidrigen Ratenkreditverträgen, über deren Rückzahlungsanspruch die Bank einen Vollstreckungsbescheid erlangt hatte. Dabei muss der Antragsteller bzw. Kläger versichern, dass kein Ratenkredit gegeben ist, vgl. § 688 II Nr. 1 ZPO.

dd) Beschlüsse

Beschlüsse, die in Rechtskraft erwachsen sind etwa der Kostenfestsetzungsbeschluss (§ 104 ZPO), Rechtsmittelverwerfungsbeschlüsse und die Eintragung einer Forderung in die Insolvenztabelle (§ 178 III InsO).

Arreste und einstweiligen Verfügungen nach Beschlussverfahren (§§ 922, 936 ZPO) sie sind nur vorläufig, zwar vollziehbar, aber nicht materiell rechtskräftig, vgl. § 945 ZPO.

ee) Ausländische Urteile

Ausländische Urteile entfalten im Inland nicht ohne weiteres Wirkungen. Erforderlich ist vielmehr eine Anerkennung. Diese richtet sich nach § 328 ZPO, wenn keine Staatsverträge vorgehen.

286

Innerhalb der EU ist die VO (EU) Nr. 1215/2012 (**EuGVVO**, gelegentlich auch Brüssel I-VO) zu beachten. Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten werden nach Art. 36–38 EuGVVO grundsätzlich ohne weiteres anerkannt.

Mit Neufassung der Verordnung 2015 ist nunmehr auch die bislang noch erforderliche Vollstreckbarerklärung (Art. 38 EuGVVO aF) entbehrlich (Art. 39 EuGVVO). Die in anderen Mitgliedstaaten ergangenen Entscheidungen sind damit auch in Deutschland taugliche Vollstreckungstitel (§§ 794 I Nr. 7–9, 1110–1117 ZPO). – Gleiches galt schon bislang für Titel nach VO (EG) Nr. 805/2004 (Titel-VO), VO (EG) Nr. 4/2009 (Unterhalts-VO), VO (EG) Nr. 1896/2006 (Mahn-VO) und VO (EG) Nr. 861/2007 für geringfügige Forderungen; Durchführungsbestimmungen für solche Titel finden sich in §§ 1079–1109 ZPO (dazu *Staudinger/Steinrötter*, Europäisches Internationales Zivilprozessrecht: Alles „Brüssel“, oder was?, JA 2012, 241).

Bei sonstigen (Dritt-)Staaten richtet sich die Vollstreckbarkeit nach §§ 722 f. ZPO. Die Anerkennung wird nicht gesondert ausgesprochen, sondern inzident entschieden.

d) Objektive Grenzen der Rechtskraft

Nicht alle im Urteil getroffenen Feststellungen sind bindend. Maßgeblich ist § 322 I ZPO: Urteile sind **nur** insoweit rechtskrafftätig, als über den **Anspruch** entschieden ist. Daraus ergeben sich die Fragen, was der „Anspruch“ ist und was die Beschränkung des „nur“ bedeutet.

287

aa) „Anspruch“

Unter Anspruch ist der Streitgegenstand zu verstehen. Der prozessuale Anspruchsbegriff iSd. § 322 I ZPO ist dabei nicht identisch mit dem Anspruchsbegriff nach materiellem Recht (vgl. § 194 I BGB).

288

Beispiel: Fahrgast K klagt gegen Taxifahrer B auf Schadensersatz von 1.000 Euro wegen eines von B schuldhaft verursachten Verkehrsunfalls. Er stützt sich auf §§ 823, 280 I BGB und §§ 7, 18 StVG.

- 289 **Materiell-rechtlich** liegen hier *drei* Ansprüche, genauer drei Anspruchsgrundlagen vor. Nach hM (zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff) liegt **prozessual** aber nur *ein* Anspruch vor. Danach wird der Streitgegenstand bestimmt durch den Antrag (hier: 1.000 Euro) und der vorgelegte Sachverhalt (Beförderung im Taxi und schuldhaftige Verletzung des K).

Zweck dieser Lehre ist eine auf den tatsächlichen Lebenssachverhalt und nicht die juristische Kategorisierung nach Anspruchsgrundlagen abstellende Betrachtung des Klagegrundes:

- Nachdem K mit der Klage aus § 823 BGB abgewiesen wurde, soll er nicht nochmals aus § 280 I BGB oder StVG klagen können.
- Es liegt keine Klageänderung vor, wenn der K bei unverändertem Sachverhalt von einer Anspruchsgrundlage auf eine andere übergeht (etwa wegen § 278 BGB).
- Wurde die Klage abgewiesen, hat das Gericht den Sachverhalt aber nur unter § 823 BGB gewürdigt, so kann nicht nochmals mit dem Hinweis auf § 280 I BGB geklagt werden. Über den „Anspruch“ ist bereits rechtskräftig entschieden worden. Das Urteil mag falsch sein, weil das Gericht nicht alle Anspruchsgrundlagen geprüft hat, aber es bindet. Der Beklagte hätte Rechtsmittel einlegen müssen.

Folgt man der hM, ergibt sich die Rechtskraftreichweite aus dem Urteilstenor und dem Tatbestand (objektive Grenze der Rechtskraft).

bb) Kontradiktorisches Gegenteil

- 290 Neben dem Anspruch erstreckt sich die Rechtskraft auch auf das kontradiktorische („unvereinbare“) Gegenteil der Entscheidung.

Beispiel: A klagt gegen B auf Feststellung, dass A Eigentümer einer Sache sei. Der Klage wird stattgegeben. Später klagt B gegen A auf Feststellung, dass B Eigentümer ist. Es steht aber aufgrund des ersten Prozesses fest, dass A Eigentümer ist; das ist auch im Zweitprozess zu berücksichtigen, obgleich der jeweilige Streitgegenstand (Eigentum des A bzw. Eigentum des B) nicht identisch ist.

Etwas anderes gilt, wenn die Klage A/B im Erstprozess abgewiesen worden war. Damit steht noch nicht fest, dass B Eigentümer ist, denn es könnte auch ein Dritter C Eigentümer sein.

cc) „Nur“

- 291 § 322 I ZPO begrenzt die Rechtskraftwirkung „nur“ auf den Anspruch. Das ist vor dem Hintergrund der sog. Elementenlehre von *Savigny* zu verstehen. Diese besagt, dass auch im Urteil festgestellte Tatsachen und vorgreifliche Rechtsverhältnisse in Rechtskraft erwachsen. Diese weite Rechtskraftwirkung wird in § 322 I ZPO abgelehnt. Das bedeutet im einzelnen:

- 292 (1) Entscheidungen über **präjudizielle Rechtsverhältnisse** (Vorfragen) erwachsen **nicht** in Rechtskraft.

Beispiel: K klagt gegen B auf Zahlung aus einem Kaufvertrag und obsiegt. Später klagt B gegen K auf Lieferung der Kaufsache. K verteidigt sich unter Hinweis auf die Unwirksamkeit des Kaufvertrags.

Die Verteidigung des K ist zulässig. Das Ersturteil stellt das Bestehen des Kaufvertrags nicht wirksam fest. B hätte im Erstprozess (widerklageweise) Zwischenfeststellungsklage nach § 256 II ZPO über das Bestehen des Kaufvertrages erheben können.

Beispiel: K klagt gegen B auf Unterlassung einer Grundstücksbeeinträchtigung aus § 1004 I BGB und obsiegt, weil K sein Eigentum beweist. Später klagt K gegen B auf Grundbuchberichtigung, § 894 BGB.

Hinsichtlich der Klage aus § 1004 I BGB umfasst die Rechtskraft nur diesen Anspruch, nicht hingegen auch das Eigentum des K. B kann nochmals bestreiten, dass K nicht Eigentümer ist. Das Ersturteil bindet insofern nicht.

Zum Verständnis: Die bloße Feststellung über präjudizielle Rechtsverhältnisse darf nicht mit der Präjudizialität für einen anderen Streitgegenstand (→ Rn. 277f.) verwechselt werden. Um widersprüchliche Entscheidungen zu vermeiden bindet letztere das Gericht des Folgeprozesses hinsichtlich einer Vorfrage, wenn diese bereits Gegenstand – und nicht ebenfalls nur Vorfrage! – des Erstprozesses war. Die Parteien können aber durch § 256 II ZPO jede Vorfrage zum Gegenstand einer Entscheidung machen, woran das Gericht des Folgeprozesses dann gebunden wäre.

Der Zweck der Beschränkung in § 322 I ZPO liegt darin, die Parteien nicht in einem für sie vielleicht nebensächlichen Punkt dauerhaft zu binden. Es mag im Erstprozess nicht überschaubar sein, welches Rechtsverhältnis später Bedeutung gewinnt. Jede für maßgeblich erachtete Behauptung würde zwischen den Parteien aber, nähme sie an der Rechtskraft teil, unwiderruflich festgestellt werden.

Beispiel: K klagt gegen B auf Herausgabe einer Sache. B obsiegt, weil das Gericht zum Ergebnis kommt, dass K zwar Eigentümer der Sache ist, B aber ein Recht zum Besitz aus Mietvertrag habe. Später klagt K den Mietzins ein. B kann sich mit der Einrede verteidigen, der Mietvertrag bestehe nicht, denn die darauf bezogene Feststellung im Erstprozess erwächst nicht in Rechtskraft. K hätte schon im Erstprozess Feststellungsklage nach § 256 II ZPO erheben müssen.

(2) Entscheidungen über **Tatsachen** erwachsen **nicht** in Rechtskraft. 293

Beispiel: Die Rückgewährklage des Käufers wird abgewiesen, weil kein Sachmangel festgestellt wurde. Spätere Minderungsklage kann Erfolg haben.

(3) Entscheidungen über **Einreden** erwachsen **nicht** in Rechtskraft. 294

Beispiel: B erhebt die Einrede des nichterfüllten Vertrags, daraufhin wird er zur Zug-um-Zug-Leistung verurteilt. Später will er die Gegenleistung einklagen. Hier könnte K einwenden, dass der Gegenanspruch nicht bestehe.

Eine wichtige **Ausnahme** gilt für die einredeweise zur **Aufrechnung** gestellte Gegenforderung: Die Entscheidung über ihr Bestehen oder Nichtbestehen erwächst in Rechtskraft, § 322 II ZPO. 295

(4) Entscheidungen über die **rechtliche Qualifikation** eines Anspruchs erwachsen **nicht** in Rechtskraft. 296

Beispiel: B wird verurteilt, dem K Schadensersatz zu zahlen. Das Gericht kam dabei zu dem Ergebnis, B habe K vorsätzlich geschlagen. K stellt den Antrag nach § 850 f II ZPO. B kann auf Feststellung klagen, dass die Forderung nicht aus unerlaubter Handlung stammt.

dd) Rechtskraft bei Teilklagen

297 Eine Teilklage liegt vor, wenn der Kläger nur einen Teil des ihm vermeintlich zustehenden materiellen Anspruchs geltend macht. Es stellt sich die Frage, wie sich das Urteil auf den Restanspruch auswirkt. Man unterscheidet gewöhnlich die **offene** von der **verdeckten Teilklage**.

Beispiel: K behauptet, er könne von B 16.000 Euro Schadensersatz verlangen und klagt 10.000 Euro ein. Er obsiegt. Später verlangt er weitere 6.000 Euro. Es liegt eine offene Teilklage vor.

Beispiel: K klagt gegen B Schadensersatz über 10.000 Euro ein und lässt nicht erkennen, dass ihm ein Schaden von 16.000 Euro entstanden sei. Die Klage wird indes abgewiesen, weil das Gericht meint, den Beklagten träfe kein Verschulden. Später verlangt er weitere 6.000 Euro Schadensersatz. Hier war eine verdeckte Teilklage gegeben.

298 Folgt man dem Grundsatz des § 322 I ZPO, erwächst nur die Entscheidung über den „Anspruch“ – also den Streitgegenstand – in Rechtskraft. Die sog. **Nachforderungsklage** wäre stets zulässig; wenn der Beklagte den Streit insgesamt erledigen wolle, müsste er negative Feststellungswiderklage erheben.

299 Die **verdeckte Teilklage** wird als problematisch empfunden: Hier könne der Beklagte keine Widerklage erheben, weil es am Rechtsschutzbedürfnis fehle, schließlich ist nicht ersichtlich ob und inwiefern der Kläger einen bislang nicht offen gelegten Teil der Klageforderung geltend machen will. Daher nahm man lange Zeit an, bei verdeckter Teilklage sei eine Nachforderungsklage unzulässig. Dieser Auffassung ist BGHZ 135, 178 entgegen getreten: Eine Nachforderungsklage aus demselben Sachverhalt ist hiernach auch bei verdeckter Teilklage zulässig. Der Kläger muss keinen Vorbehalt erklären. Zur Begründung führt der BGH aus, die Rechtskraft erfasse nur den geltend gemachten (Teil-) Anspruch.

300 ► Zur Vertiefung Fall 10: Rechtskraft bei Teilklage und Aufrechnung.

e) Subjektive Grenzen der Rechtskraft

301 Nach § 325 I ZPO wirkt das Urteil und damit die Rechtskraft grundsätzlich nur zwischen den **Parteien**. Denn nur die Parteien waren am Prozess beteiligt und konnten durch ihre Prozesshandlungen den Inhalt des Urteils beeinflussen, nur ihnen wurde rechtliches Gehör gewährt.

Ferner ordnet § 325 I ZPO eine Rechtskrafterstreckung auf die **Rechtsnachfolger** der Parteien an. Denn der Rechtsnachfolger kann nicht anders stehen als der Veräußerer.

Beachte: Rechtskrafterstreckung findet nach § 325 I ZPO schon statt, wenn die Rechtsnachfolge **nach Rechtshängigkeit** erfolgte. Nicht erforderlich ist daher, dass die Rechtsnachfolge erst nach Rechtskraft eintritt. Denn der Erwerb des streitigen Rechts

erfolgt „belastet“ mit den bisherigen Prozessergebnissen und -lagen. Der Gegner muss sich nicht einmal eine andere Partei aufdrängen lassen, § 265 II ZPO.

Unter Rechtsnachfolge iSd. § 325 I ZPO versteht man Einzel- und Gesamtrechtsnachfolge, also Erbgang, Zession, Veräußerung nach §§ 873, 925, 929 ff. BGB, auch (Ver-)Pfändung. Der Grundgedanke ist einfach: Wer den Prozess gewonnen hat, soll nicht nochmals prozessieren müssen, wenn ein Rechtsnachfolger die Forderung erneut einklagt. Der Streitgegenstand ist dann „objektiv“ identisch. Einzelheiten zu § 325 I ZPO, der an § 265 ZPO anknüpft, → Rn. 177 ff. – Für die Zwangsvollstreckung ist für und gegen den Rechtsnachfolger eine Titelumschreibung möglich, § 727 ZPO.

302

§ 325 II ZPO schützt den redlichen Rechtsnachfolger. Eine Rechtskrafterstreckung *gegen* den Rechtsnachfolger findet nach § 325 II ZPO *nicht* statt (wohl aber *für* ihn), wenn er hinsichtlich der Rechtskraft redlich ist, insbesondere, wenn er die Rechtshängigkeit oder das Urteil nicht kennt. Die in § 325 II ZPO angeordnete entsprechende Anwendung der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb führen dazu, dass die Rechtskraft gegen den Erwerber, der den Prozess bzw. das Urteil nicht kennt, nicht wirkt.

303

Beispiel: G klagt aus einer Grundschuld gegen den Eigentümer E nach §§ 1192 I, 1147 BGB. Das Gericht weist die Klage ab, weil es zu dem Ergebnis kommt, dass die Grundschuld nicht besteht. Jetzt tritt G die Grundschuld an den X ab. Die Rechtskraft des Urteils im Prozess G/E wirkt nach § 325 II ZPO nicht gegen den X, wenn er das Urteil nicht kannte (§ 892 BGB).

Hätte G im Prozess gegen E obsiegt, kann sich auch X darauf berufen. „Für“ den Rechtsnachfolger wirkt das Urteil immer.

Beispiel: K klagt gegen B auf Herausgabe eines Pkws. Nach Klageerhebung veräußert B den Pkw an D. Wenn D die Rechtshängigkeit gekannt hat, wirkt ein anschließend gegen B ergehendes Herausgabeurteil auch gegen D. Bereits die Kenntnis der Rechtshängigkeit bewirkt die Bösgläubigkeit (BGH NJW 1991, 2420, 2421).

Grundsätze zu § 325 II ZPO:

304

- § 325 II ZPO gilt aber nur, wenn auch nach materiellem Recht ein **gutgläubiger Erwerb überhaupt möglich** ist (§§ 932, 892 BGB); bei der Abtretung einer Forderung (§ 398 BGB) ist das grundsätzlich nicht der Fall (kein gutgläubiger Forderungserwerb). Das bedeutet, dass der Zessionar, der die Rechtshängigkeit nicht kennt, in jedem Fall das gegen den Zedenten ergangene Urteil gegen sich gelten lassen muss.
- **Subjektiv** sind im Hinblick auf die Rechtskraft **dieselben Erfordernisse** zu stellen wie im materiellen Recht: bei Grundstücksrechten schadet nur Kenntnis (§ 892 BGB), bei Mobilienrechten schon grob fahrlässige Unkenntnis (§ 932 BGB).
- Der redliche Erwerber muss „**doppelt gutgläubig**“ sein: einmal hinsichtlich des materiellen Rechts, zum anderen hinsichtlich der Rechtskraft. Ist er gutgläubig hinsichtlich des Eigentums, nicht aber hinsichtlich der Rechtshängigkeit bzw. Rechtskraft (d.h. er kennt den Prozess bzw. das Urteil), wirkt das Urteil gegen ihn.

Weitere Fälle der Rechtskrafterstreckung:

305

- § 326, 728 ZPO; beachte, dass ein Nacherbe (§ 2100 BGB) nicht Rechtsnachfolger des Vorerben ist

- zum Testamentsvollstrecker (§ 2197 BGB) vgl. §§ 327, 728 II ZPO
- Auch sonst findet bei Urteilen gegenüber Parteien kraft Amtes eine Rechtskrafterstreckung statt, beispielsweise im Verhältnis zwischen Insolvenzverwalter und Insolvenzschuldner.
- § 124 VVG; vgl. den Direktanspruch nach § 115 I 1 Nr. 1 VVG iVm. § 1 PfIVG
- Rechtskrafterstreckung findet statt bei gewillkürter Prozessstandschaft, nach hM weithin nicht bei gesetzlicher Prozessstandschaft.
- § 407 II BGB; die Vorschrift betrifft nur den Fall, dass der Gläubiger die Forderung abtritt und *danach* gegen den Schuldner klagt. Der Schuldner, der die Abtretung nicht kennt und daher die fehlende Aktivlegitimation nicht rügt, wird wegen seiner Gutgläubigkeit geschützt. Tritt der Gläubiger die Forderung nach Klageerhebung ab, ergibt sich die Rechtskrafterstreckung aus §§ 265 II, 325 I Fall 2 ZPO.

Umstritten ist die Frage, ob es eine Rechtskrafterstreckung über §§ 325 ff. ZPO hinaus gibt. Zuweilen wird dies als wünschenswert erachtet. Man spricht von **Rechtskraftbindung kraft „materiell-rechtlicher Abhängigkeit“**.

Beispiel Bürgschaft: Der Hauptschuldner S wird zur Zahlung verurteilt, kann aber nicht leisten. Der Gläubiger klagt gegen den Bürgen. Kann der Bürge einwenden, die Hauptschuld bestehe nicht, und daher auch nicht seine Bürgschaftsverbindlichkeit? – Nach BGHZ 107, 92, 96 ist der Einwand zulässig. Der Bürge ist nicht an die Rechtskraft des stattgebenden Urteils gegen den Schuldner gebunden. Keine Rechtskrafterstreckung *zu Lasten* des Bürgen, arg. § 767 I 3 BGB. – Hat der Hauptschuldner hingegen obsiegt, wurde die Klage des Gläubigers also abgewiesen, kann sich der Bürge darauf berufen, arg. § 768 I BGB. – Freilich ist dies abdingbar, beispielsweise bei einer „Prozessbürgschaft“.

Beispiel Untermieter: Vermieter klagt gegen den Hauptmieter auf Räumung und Herausgabe und obsiegt. Ist der Untermieter daran gebunden, oder kann er nach § 986 I 1 Alt. 2 BGB einwenden, er sei zum Besitz berechtigt, weil der Hauptmieter – entgegen dem gegen ihn ergangenen Urteil – doch einen wirksamen Mietvertrag habe, von dem er, der Untermieter, sein Recht zum Besitz ableite? Die Frage ist umstritten. Für eine Bindung spricht, dass Vermieter und Hauptmieter rechtsgeschäftlich durch Aufhebung des Mietvertrags die Rechtsstellung des Untermieters beeinträchtigen können. Dann sollte dies auch im Wege der Prozessführung möglich sein.

Beispiel Gesellschafterhaftung: § 129 HGB; Rechtskrafterstreckung kraft materiell-rechtlicher Haftungsabhängigkeit.

Beachte: Keine Rechtskrafterstreckung findet bei Gesamtschuldnern statt, § 425 II BGB aE. Verliert der Gläubiger den Prozess gegen einen Gesamtschuldner, kann er immer noch den anderen in Anspruch nehmen (sog. „Einzelwirkung“).

306 ► Zur Vertiefung **Fall 11: Rechtskrafterstreckung, Titelumschreibung.**

f) Zeitliche Grenzen der Rechtskraft

307 Die Rechtskraft hat die Funktion, den Streit zu beenden. Der Unterlegene kann nicht nochmals den Streit beginnen (vgl. dazu § 767 II ZPO). Er ist **präkludiert**:

- Beweismittel, die erst jetzt angeboten oder gar erst jetzt aufgefunden werden.

- Tatsachen, die erst jetzt geltend gemacht werden, etwa Mitverschulden.
- Tatsachen, die erst jetzt bekannt werden; Präklusion tritt auch dann ein, wenn die Tatsache bisher unbekannt war.

Auf ein Verschulden kommt es nicht an (anders nach § 296 ZPO bzgl. Prozessförderungspflicht). Auch ein falsches Urteil bindet. Rechtskraft und damit Rechtsfriede gehen dem ewigen Streit vor!

Freilich kann die Präklusion sich nur auf solche Tatsachen beziehen, über die man streiten konnte. Tatsachen, die erst entstanden sind, *nachdem* die letzte mündliche Tatsachenverhandlung beendet war, sind nicht präkludiert. Man spricht von den zeitlichen Grenzen der Rechtskraft.

308

Beispiel: Der Kläger verlangt vom Beklagten Herausgabe einer Sache. Die Klage wird abgewiesen, weil B nicht Besitzer ist. Erlangt B jedoch später den Besitz, kann erneut auf Herausgabe geklagt werden.

Das gilt auch umgekehrt für **Einwendungen** des Beklagten.

309

Beispiel: K erhebt Vollstreckungsgegenklage gegen B mit der Begründung, die titulierte Forderung sei längst getilgt. K habe dies im Erstprozess nicht vorbringen können, weil sein Prokurist P die Zahlung vorgenommen habe und ihn nicht unterrichtete. Der Einwand ist unzulässig. Das wird in § 767 II ZPO ausdrücklich gesagt. Etwas anderes gilt freilich, wenn erst nach Eintritt der Rechtskraft bezahlt wird.

Umstritten ist, wann eine Einwendung entstanden ist, wenn sie auf einem **Gestaltungsrecht** (Kündigung, Rücktritt, auch Aufrechnung) beruht. Fraglich ist hier, ob es auf das **Bestehen des Gestaltungsrechts** (so die Rechtsprechung) oder auf seine **Ausübung** ankommen soll (dazu *Rimmelspacher*, JuS 2004, 560; → Rn. 456 ff.).

310

g) Rechtskraftdurchbrechung

aa) Abänderungsklage, § 323 ZPO

§ 323 ZPO sieht die Abänderungsklage vor. Sie kann eine Durchbrechung der Rechtskraft sein. Der Richter hat eine **Prognose** über künftige Entwicklung getroffen. Diese hat sich als falsch erwiesen.

311

Die Voraussetzungen der Abänderungsklage ergeben sich aus § 323 ZPO:

312

(1) Zulässigkeit

- Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen (*etwa* Unterhalt; Rente aus § 843 BGB; es handelt sich um Fälle des § 258 ZPO)
- Titel muss vorliegen, das kann ein Urteil sein, aber über § 323 IV ZPO auch ein gerichtlicher Vergleich oder eine vollstreckbare Urkunde

(2) Begründetheit

- wesentliche Änderung der Verhältnisse, die für Bemessung maßgeblich waren (Verurteilungsgrund, Höhe, Dauer)
- Änderung muss nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingetreten sein. *Zweck:* Nur hinsichtlich der Prognose besteht Unsicherheit, nur insoweit schwächere Rechtskraft.

313 Beide Parteien können Abänderung des Urteils verlangen. Die Abänderung gilt nur für die Zukunft, § 323 III ZPO. Gibt das Gericht der Klage statt, so wird das alte Urteil aufgehoben (Gestaltung) und über den alten Streitgegenstand neu entschieden.

314 **Konkurrenzen** bestehen auf Schuldner und Gläubigerseite:

- auf **Schuldnerseite**: Konkurrenz mit Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO); Vollstreckungsgegenklage tastet Rechtskraft nicht an (§ 767 II ZPO); bezieht sich auf **Einwendungen**, während die Abänderungsklage auf die **Bemessungsgrundlagen** der Klageforderung gerichtet ist.

Beispiel: Schuldner wendet Vergleich, Stundung, Zahlung ein, dann Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO). Wendet er Änderung der bei Urteilserlass zugrundeliegenden Verhältnisse ein, so § 323 ZPO: Bedürftigkeit, Erwerbsfähigkeit, Preissteigerung usw.

- auf **Gläubigerseite**: Konkurrenz mit Nachforderungsklage.

Beispiel: Gläubiger behauptet, im Erstprozess um den Unterhalt nur eine Teilklage erhoben zu haben. In Wahrheit stehen ihm 100 Euro mehr zu. Im Grunde steht hier die Rechtskraft des ersten Urteils *nicht* entgegen. Gleichwohl *BGHZ 34, 110*: In jedem Falle Abänderungsklage.

bb) Wiederaufnahme des Verfahrens, §§ 578 ff. ZPO

315 Eine Wiederaufnahme kommt nur bei besonders groben Fehlern in Betracht. Die Rechtskraft tritt hier ausnahmsweise unter Berücksichtigung des Ergebnisses zurück. Daher können ganz ausnahmsweise sogar „neu entdeckte“ Beweismittel geltend gemacht werden, vgl. § 580 Nr. 6 ZPO.

cc) Rechtskraft und § 826 BGB

316 Die Rechtskraft verbietet die Frage nach materiell-rechtlicher Richtigkeit und prozessordnungsgemäßem Zustandekommen des Urteils. Eine Ausnahme davon bildet die Wiederaufnahmeklage.

Bei erschlichenen unrichtigen Urteilen stellt sich die Frage, ob über § 826 BGB Schadensersatz (1. Herausgabe des Titels, 2. Unterlassen der Zwangsvollstreckung, 3. Rückgewähr der beigetriebenen Leistung) verlangt werden kann. Nach RGZ 61, 359, 365 besteht dieser Anspruch § 826 BGB, wenn ein unrichtiges Urteil durch sittenwidriges Handeln herbeigeführt wurde.

Beispiel: Erschleichung der öffentlichen Zustellung (§§ 185 – 188 ZPO), obwohl der Kläger den Wohnsitz des Beklagten kannte; Bewusste Irreführung des Gerichts durch Manipulation von Zeugen.

317 Später lockerte das Reichsgericht die Voraussetzungen: Ein „Erschleichen“ war nicht erforderlich, ein „Ausnützen“ des Urteils in Kenntnis der Unrichtigkeit genügte fortan, wenn zur Kenntnis besondere Umstände hinzukommen, welche das Ausnützen sittenwidrig erscheinen lassen. Der BGH folgt dem im Wesentlichen.

Diese Frage spielte insbesondere bei Vollstreckungsbescheiden auf der Grundlage von sittenwidrigen Ratenkrediten eine Rolle. Diese erwachsen nach § 700 I ZPO in Rechtskraft. Heute wird das Problem über § 688 II Nr. 1 ZPO gelöst.

Die Literatur lehnt das auf § 826 BGB gestützte Vorgehen gegen ein rechtskräftiges Urteil weithin ab. Es höhle die Rechtskraft aus, denn erneut muss die Richtigkeit des Urteils geprüft werden; es durchbreche den enumerativen Katalog in § 580 ZPO, wonach die Rechtskraft nur dann durchbrochen werden kann, wenn das Urteil evident falsch und dies leicht beweisbar ist (Strafurteil, beweiskräftige Urkunde in § 580 Nr. 7b ZPO).

318

VIII. Besondere Verfahrensgestaltungen

1. Versäumnisverfahren

Literatur: *Huber*, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Einspruch des Beklagten gegen das Versäumnisurteil und „technisch zweites“ Versäumnisurteil, JuS 2015, 985; *Metzing*, Der Einspruch gegen das Versäumnisurteil, JuS 2016, 678; *Schreiber*, Das Versäumnisurteil, JURA 2014, 196.

319 Das Versäumnisurteil (häufig abgekürzt als „VU“) spielt in der Praxis eine erhebliche Rolle. 20% der erstinstanzlichen Urteile sind Versäumnisurteile; in der Berufungsinstanz ist das Versäumnisurteil dagegen sehr selten. Nahezu alle Versäumnisurteile (ca. 99%) ergehen gegen den Beklagten.

a) Prämissen

320 Erscheint eine Partei (gilt gleichermaßen für Kläger und Beklagten) nicht im Termin zur mündlichen Verhandlung, so kann gegen sie ein **Versäumnisurteil** ergehen, §§ 330, 331 ZPO. Aus dem Versäumnisurteil kann sogleich vollstreckt werden, § 708 Nr. 2 ZPO, und zwar ohne Sicherheitsleistung. Der Säumige kann Einspruch einlegen, § 338 ZPO.

Hintergrund: Es gibt im Zivilprozess *keine Pflicht*, zu erscheinen und zu verhandeln, sich also auf die Klage einzulassen. Es gibt nur ein *Recht* zur Anwesenheit. Grundlage ist das rechtliche Gehör. Das Versäumnisurteil verstößt nicht gegen Art. 103 I GG, da nur die *Möglichkeit* zur Stellungnahme gegeben werden muss.

Wenn eine Partei nicht erscheint, so übernimmt der Richter nicht die Aufgabe, für die Partei zu ermitteln. Nach der Verhandlungsmaxime (Beibringungsgrundsatz) ist es vielmehr Sache der Parteien, Tatsachen und Beweismittel vorzutragen. Wenn eine Partei nicht erscheint und nicht verhandelt, so verliert sie den Prozess, weil sie nicht das erforderliche Tatsachenmaterial beigebracht hat. Das Versäumnisurteil ist daher eine Ausprägung des **Beibringungsgrundsatzes**. Das Nichterscheinen kann als Dispositionsakt gedeutet werden. Die ZPO konstruiert Erscheinen und Verhandeln als *prozessuale Last*. Die Partei muss den Nachteil tragen, der daraus entsteht, dass sie nicht erscheint. Sie unterliegt durch Versäumnisurteil.

Soweit der Untersuchungsgrundsatz gilt, scheidet folgerichtig ein Versäumnisurteil aus, etwa in Ehesachen §§ 121, 130 II FamFG.

b) Voraussetzungen des Versäumnisverfahrens

321 Die Voraussetzungen sind in §§ 330 ff. ZPO geregelt.

aa) Antrag

322 Neben dem Klageantrag (Sachantrag) muss die erschienene Partei einen (gesonderten) Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils stellen, §§ 330, 331 I 1 ZPO.

bb) Nichterscheinen der anderen Partei

323 Dem Nichterscheinen ist nach § 333 ZPO das Nichtverhandeln gleichgestellt, nicht aber das Nichterklären zu Tatsachen, § 334 ZPO, hier greift die Geständnisfiktion des § 138 III ZPO. Im **Anwaltsprozess** ist die Partei selbst nicht postulationsfähig, § 78 I ZPO. Erscheint die Partei ohne Prozessbevollmächtigten, so gilt sie als nicht erschienen; es kann Versäumnisurteil ergehen, da sie nicht verhandeln kann, § 333 ZPO!

Bei notwendiger Streitgenossenschaft kann eine Vertretung gemäß § 62 ZPO stattfinden.

Beispiel: Klage gegen Testamentsvollstrecker und Erbe, § 327 II ZPO; Klage mehrerer Aktionäre, §§ 248, 249 AktG.

Erscheinen **beide Parteien nicht**, kann ggf. eine Entscheidung nach Aktenlage ergehen, § 251a I ZPO. Das Gericht kann auch nach § 251 ZPO das Ruhen des Verfahrens anordnen oder nach § 227 ZPO vertagen. 324

cc) Ordnungsgemäße Ladung

Die Parteien müssen ordnungsgemäß, insbesondere rechtzeitig zum Termin geladen (§§ 214 ff. ZPO) worden sein, § 335 I Nr. 2 ZPO. Die Ladungsfrist beträgt im Anwaltsprozess mindestens eine Woche, § 217 ZPO. Ferner muss die Einlassungsfrist nach § 274 III ZPO eingehalten werden. 325

dd) Rechtzeitige Mitteilung von Tatsachen

Tatsachen, die im Termin ggf. bestritten worden wären, müssen zuvor rechtzeitig mitgeteilt worden sein, § 335 I Nr. 3 ZPO. Die Einlassungsfrist beträgt zwei Wochen, § 274 III ZPO (spielt nur bei Versäumnisurteil gegen den Beklagten eine Rolle); vgl. ferner die Schriftsatzfrist nach § 132 ZPO. 326

Beispiel: K klagt aus mündlichem Bürgschaftsvertrag; (erst) in der mündlichen Verhandlung trägt er vor, der Beklagte sei Kaufmann (§ 350 HGB). Es darf kein Versäumnisurteil ergehen, da der Beklagte keine Gelegenheit hatte, sich zu den neuen Tatsachen zu äußern und womöglich allein wegen der fehlenden Schlüssigkeit des (bisherigen) Klägervortrags zum Termin nicht erschien, wäre doch die (bisherige) Klage auch ohne sein Erscheinen abgewiesen worden.

ee) Keine Vertagung von Amts wegen

Trotz Säumnis einer Partei kann das Gericht die Verhandlung vertagen, § 337 ZPO. Dies ist insbesondere dann angezeigt, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die säumige Partei ohne ihr Verschulden nicht im Termin erschienen ist (man denke etwa an einen Krankenhausaufenthalt). 327

c) Zulässigkeitsvoraussetzungen der Klage

Liegen die (besonderen) Voraussetzungen des Versäumnisverfahrens vor, kann noch kein Versäumnisurteil ergehen. In einem zweiten Schritt muss die (allgemeine) Zulässigkeit der Klage geprüft werden, arg. § 335 I Nr. 1 ZPO! 328

Sachentscheidungs voraussetzungen sind von Amts wegen zu berücksichtigen. Das Parteiverhalten (Geständnis, Nichtbestreiten) bindet den Richter nicht; folglich darf auch kein Versäumnisurteil ergehen, wenn die allgemeinen Voraussetzungen nicht vorliegen. In der Klausurbearbeitung zu bedenken sind insbesondere Zuständigkeit, Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit, Prozessführungsbefugnis usw.

Liegen die Prozessvoraussetzungen *nicht* vor, so ist zu differenzieren: 329

- Ist Mangel behebbar (etwa fehlende Prozessfähigkeit), so ist der **Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils zurückzuweisen** (§ 335 I Nr. 1 ZPO) oder zu vertagen (§ 335 II ZPO).

- Ist der Mangel unbehebbar, so ergeht **Prozessabweisung**. Die Prozessabweisung ist *kein* Versäumnisurteil, sondern Streitiges *Endurteil*. Das ist wichtig wegen der Rechtsbehelfe; hiergegen findet die **Berufung**, nicht der Einspruch statt. Ist das Gericht unzuständig, kann der Kläger durch die Stellung eines Verweisungsantrags (§ 281 ZPO) die Prozessabweisung verhindern.

Merke: Versäumnisurteile sind nur solche Urteile, die aufgrund der Säumnis ergehen.

d) Versäumnisverfahren, Versäumnisurteil

Wichtig ist die Unterscheidung zwischen Kläger- und Beklagenssäumnis.

aa) Klägersäumnis, § 330 ZPO

- 330 Ist der Kläger säumig, wird *nicht* geprüft, ob der Anspruch besteht oder nicht besteht. Es ergeht stets ohne weiteres ein Versäumnisurteil: Die Klage wird abgewiesen. Es handelt sich um ein Sachurteil, das in Rechtskraft erwächst. Ob der Beklagte erhebliche Einwendungen vorgetragen hat, ist unerheblich. Wer sich nicht um seinen Prozess kümmert, verliert ihn.

bb) Beklagenssäumnis, § 331 ZPO

- 331 Der säumige Beklagte wird *nicht* wie der säumige Kläger automatisch verurteilt, sondern nur, **wenn das geltend gemachte Klägervorbringen, den Klageantrag rechtfertigt**, wenn also der Vortrag **schlüssig** ist. Dies kann als Korrektiv dafür gesehen werden, dass aus einem Versäumnisurteil sofort und ohne Sicherheitsleistungen vorläufig vollstreckt werden kann (§ 708 Nr. 2 ZPO).

Das folgt aus **§ 331 I, II ZPO**: Das tatsächliche mündliche Vorbringen ist als zugestanden anzunehmen. **Geständnisfiktion**; die Wirkungen richtet sich nach § 288 ZPO. Soweit das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers den Klageantrag rechtfertigt, ist grundsätzlich nach dem Antrag zu erkennen. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen. Nach § 331 II ZPO ist also eine Schlüssigkeitsprüfung anzustellen, d.h. der Klägervortrag unter eine Anspruchsnorm zu subsumieren. Auf die schriftsätzliche Einlassung des Beklagten in der Klageerwiderung kommt es nicht an.

Besonderheiten gelten für § 29 II ZPO: Die bloße Behauptung von Erfüllungsort und Kaufmannseigenschaft des Beklagten genügen nicht.

- 332 Soweit die Klage *schlüssig* ist, ergeht Versäumnisurteil. Hiergegen kann der Beklagte Einspruch einlegen, § 338 ZPO.

Soweit die Klage *unschlüssig* ist, ist sie abzuweisen. Die Abweisung wegen Unschlüssigkeit ist ein *Endurteil* und **kein Versäumnisurteil** (die Bezeichnung als „unechtes Versäumnisurteil“ ist daher missverständlich). Sie ergeht nicht wegen der Säumnis, sondern wegen fehlender Schlüssigkeit. Hiergegen findet die **Berufung** statt, § 511 ZPO.

Beispiel: Klage auf Auflassung aufgrund privatschriftlichem Kaufvertrag. Folgt hier bereits aus dem Vortrag des Klägers, dass der Kaufvertrag nicht der Form des § 311b I BGB genügt, so ist die Klage als unschlüssig abzuweisen. Darin liegt kein VU, weil die Abweisung nicht auf der Säumnis beruht, sondern auf der fehlenden Schlüssigkeit.

Daher ist es wichtig für den Rechtsbehelf, genau festzustellen, worauf das Urteil beruht. Fehlende Prozessvoraussetzungen und Unschlüssigkeit der Klage führen zu Prozess- bzw. Sachurteil, nur bei Schlüssigkeit der Klage ergeht ein Versäumnisurteil.

e) Das Versäumnisurteil

Das Versäumnisurteil wird nach § 310 ZPO verkündet und nach § 317 I ZPO zugestellt. Das Versäumnisurteil ist für vorläufig vollstreckbar (ohne Sicherheitsleistung) zu erklären, § 708 Nr. 2 ZPO.

333

f) Einspruch

Der Einspruch ist ein Rechtsbehelf, § 338 ZPO. Er ist kein Rechtsmittel, denn es fehlt am Devolutiveffekt. Es entscheidet das Gericht, das das Versäumnisurteil erlassen hat. Die Einspruchsfrist beträgt nach § 339 I HS 1 ZPO zwei Wochen ab Zustellung. Die Einspruchsfrist ist eine Notfrist iSd § 233 ZPO, § 339 I HS 2 ZPO. § 340 ZPO regelt die Einspruchsschrift. Im Einspruchsverfahren (§ 341 I ZPO) wird zunächst die Zulässigkeit des Einspruchs geprüft. Wenn der Einspruch unzulässig ist, wird er verworfen. Hiergegen ist die sofortige Beschwerde statthaft.

334

Wenn der **Einspruch zulässig** ist, wird der Prozess in die Lage versetzt, in der er sich vor Eintritt der Säumnis befand, § 342 ZPO. Das Versäumnisurteil darf also nicht weiter beachtet werden (Ausnahme von § 318 ZPO). Aber der Prozess beginnt nicht von vorne. War aber schon verhandelt worden, so sind die bisherigen Beweisergebnisse zu beachten und es bleibt etwa ein Geständnis wirksam, §§ 288, 290 ZPO.

335

Eine Nebenfolge von § 342 ZPO ist, dass er in Grenzen die sog. „**Flucht in die Säumnis**“ ermöglicht. Droht einer Partei die Präklusion nach § 296 ZPO (→ Rn. 190) und erscheint sie deshalb nicht im Termin zur mündlichen Verhandlung, so dass gegen sie ein Versäumnisurteil ergeht, so kann das Vorbringen im Einspruchstermin (§ 341a ZPO) berücksichtigt werden.

Soweit das Versäumnisurteil zutreffend ist, wird es aufrechterhalten (was bei der Vollstreckung Bedeutung wegen der Rangwirkung haben kann, § 804 III ZPO); im Übrigen wird es im Urteil aufgehoben und neu über den Sachantrag entschieden, § 343 ZPO.

g) Erneute Säumnis

Gegen die erneut nicht erschienene Partei ergeht wiederum ein (zweites) **Versäumnisurteil** (§ 345 ZPO). Der Einspruch wird verworfen. Str. ist, ob eine erneute Schlüssigkeitsprüfung erforderlich ist. Dies wird von BGH NJW 1999, 2599 verneint, arg. § 700 VI ZPO.

336

Gegen das zweite Versäumnisurteil ist kein Einspruch mehr statthaft (§ 345 ZPO). Die Berufung hingegen nur in den engen Grenzen des § 514 II 1 ZPO.

2. Erledigung des Rechtsstreits

Literatur: *Huber*, Grundwissen Zivilprozessrecht: Einseitige Erledigungserklärung, JuS 2013, 977; *Schreiber*, Die Erledigung der Hauptsache im Prozess, Jura 2012, 782.

a) Problem

Beispiele für die Ausgangslage: Der Beklagte bezahlt nach Erhebung der Klage. Oder: Der herauszugebende Hund verstirbt nach Rechtshängigkeit.

- 337 Ob eine Klage bei Klageerhebung begründet war, ist irrelevant. Es kommt für die Entscheidung auf die Rechtslage im Moment der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung an. Folglich ist die Klage unbegründet, wenn der Beklagte behauptet und ggf. beweist, er habe nach Klageerhebung geleistet. Dann aber hätte der Kläger nach Klageabweisung die Kosten einer ursprünglich begründeten, aber nachträglich unbegründet gewordenen Klage zu tragen, § 91 ZPO.
- 338 Nach Erledigung des Rechtsstreits (durch Wegfall des Klageanspruchs) könnte der Kläger Verzicht erklären (§ 306 ZPO) oder die Klage zurücknehmen (§ 269 III 2 ZPO; vgl. aber § 269 III 3 ZPO). In beiden Fällen trüge jedoch der Kläger die Kosten.
- 339 Um der **Kostentragung zu entgehen**, kann der Kläger den **Rechtsstreit für erledigt erklären**. Der Verfahrensfortgang richtet sich danach, ob der Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers **widerspricht** (so dass es bei einer einseitigen Erledigungserklärung bleibt) oder ob der Beklagte sich der Erledigungserklärung des Klägers **anschließt** oder ihr jedenfalls nicht widerspricht (übereinstimmende Erledigungserklärung, § 91a ZPO).

b) Übereinstimmende Erledigungserklärung, § 91a ZPO

- 340 Widerspricht der Beklagte der Erledigungserklärung *nicht* (§ 91a I 2 ZPO) oder schließt sich ihr ausdrücklich an, ist über die Hauptsache nicht mehr zu entscheiden. Der Prozess wird beendet. Umstritten ist, ob der Kläger in diesem Fall später eine neue Klage mit demselben Streitgegenstand erheben kann. Der BGH bejaht dies (BGH NJW 1991, 2280, 2281), da im Falle einer beidseitigen Erledigungserklärung keine in Rechtskraft erwachsende Entscheidung ergeht. Es ergeht lediglich eine Kostenentscheidung nach § 91a ZPO durch Beschluss.

Maßstab für die Kostenentscheidung ist „billiges Ermessen“; Grundlage hierfür bildet der *bisherige Sach- und Streitstand*. Soweit Tatsachen unstrittig sind, sind sie zugrunde zu legen. Soweit bereits eine Beweisaufnahme erfolgt ist, sind deren Ergebnisse zu verwerten. Im Übrigen findet keine neue Beweiserhebung statt. Ein Beweisbeschluss muss nicht ausgeführt werden.

c) Einseitige Erledigungserklärung

- 341 Schließt sich der Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers nicht an, weil er etwa meint, die Klage sei nie begründet gewesen, liegt eine einseitige Erledigungserklärung vor. Für die Behandlung dieser einseitigen Erledigungserklärung existiert keine ausdrückliche Regelung. § 91a ZPO ist jedenfalls nicht anwendbar.

Nach hM (BGH NJW 2002, 442) liegt eine **stets zulässige Klageänderung** vor: Der Kläger begehrt nunmehr die **Feststellung**, dass die zunächst zulässige und begründete Klage durch das erledigende Ereignis nachträglich unzulässig und/oder unbegründet geworden ist. Anstatt des ursprünglichen Antrags auf Verurteilung zur Beseitigung wird nach Erledigungserklärung die Feststellung der Erledigung begehrt.

- 342 Zu prüfen ist die einseitige Erledigungserklärung daher in vier Schritten:

1. einseitige Erledigungserklärung des Klägers

- Liegt eine einseitig gebliebene Erledigungserklärung vor?
- Ist die Erledigungserklärung wirksam (Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit, Postulationsfähigkeit etc.)?

- Ist die darin liegende Klageänderung zulässig? Nach hM ist sie stets privilegiert zulässig nach § 264 Nr. 3 ZPO (BGH NJW 2002, 442).
 - Besteht ein Feststellungsinteresse, § 256 I ZPO? Wegen des Kostenaspekts ist es stets gegeben; es wäre unbillig, dem Kläger die Kosten aufzuerlegen, wenn seine Klage zunächst zulässig und begründet gewesen wäre.
- 2. Zulässigkeit und Begründetheit der Klage im Zeitpunkt vor der Erledigungserklärung**
- Wäre die Klage (hypothetisch) vor der Erledigungserklärung erfolgreich gewesen?
- 3. Erledigendes Ereignis *nach* Rechtshängigkeit** (BGHZ 83, 12, 14)
- Kam es nach Rechtshängigkeit zu einem die Klage erledigenden Ereignis?
- 4. Klage wurde dadurch unzulässig und/oder unbegründet**
- Wurde die ursprünglich zulässige *und* begründete Klage durch dieses nach Rechtshängigkeit eintretende Ereignis nachträglich unzulässig *und/oder* unbegründet? Ggf. ist hier eine Beweisaufnahme durchzuführen.

Es ergeht ein Sachurteil als Feststellungsurteil. Der Tenor lautet etwa „Der Rechtsstreit ist in der Hauptsache erledigt“. Die Kostenentscheidung ergeht nach § 91 ZPO. Durch die Klageänderung vermeidet der Kläger die Abweisung. 343

Wenn allerdings die erheben Klage niemals begründet war (im Eingangsbeispiel hatte der Kläger niemals einen Herausgabeanspruch auf den Hund), wird der Kläger mit seinem Feststellungsantrag abgewiesen und er trägt die Kosten, § 91 ZPO.

d) Erledigung vor/zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit

Ein Problem stellt sich, wenn die Erledigung nicht nach Rechtshängigkeit, sondern zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit, d.h. zwischen Einreichung der Klage und deren Zustellung, eintritt (Klage und Zahlung „kreuzen“ sich). 344

Beispiel: Der Beklagte zahlt an den Kläger nach Einreichung der Klage bei Gericht, aber vor ihrer Zustellung beim Beklagten. Die Klage wird zugestellt.

Die frühere Rechtsprechung (BGHZ 82, 12 ff.) wandte auf diesen Fall *nicht* die Grundsätze über einseitigen Erledigungserklärung an. Nach BGHZ 83, 12, 16 konnte der Kläger bei Erledigung zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit die angefallenen Kosten nur aufgrund eines *materiell-rechtlichen* Kostenerstattungsanspruchs nach Klageänderung im alten Prozess geltend machen. Seit der ZPO-Reform 2002 ermöglicht **§ 269 III 3 ZPO** eine Klagerücknahme samt Kostenentscheidung wie bei § 91a ZPO (privilegierte Klagerücknahme).

§ 269 III 2 ZPO findet nach OLG Frankfurt/M NJW-RR 2014, 1406 auch Anwendung, wenn die Erledigung vor Anhängigkeit (Einreichung der Klage bei Gericht) eintritt, der Kl. aber ohne Verschulden davon keine Kenntnis erlangt.

IX. Beteiligung mehrerer Personen am Prozess

Literatur: *Haertlein*, Beteiligung Dritter am Rechtsstreit – Streithilfe und Streitverkündung, JA 2007, 10; *Krüger/Rahlmeyer*, Die Streitverkündung im Zivilprozess, JA 2014, 202; *Petersen*, Die Beteiligung Dritter am Rechtsstreit durch Haupt- und Nebenintervention, JURA 2017, 1271; *Petersen*, Die Streitverkündung, JURA 2017, 1285; *Schmitt/Wagner*, Die Beteiligung Dritter am Zivilprozess, JURA 2014, 372; *Schreiber*, Nebenintervention, Streitverkündung, Hauptintervention, JURA 2011, 503.

1. Streitgenossenschaft

a) Überblick

345 Durch Streitgenossenschaft werden mehrere Hauptparteien als Beteiligte an einem Rechtsstreit zusammengefasst. Die Streitgenossenschaft ist mithin auf Kläger- und Beklagenseite möglich. Man unterscheidet daher zwischen aktiver und passiver Streitgenossenschaft.

Beispiele für aktive Streitgenossenschaft: Klage zweier Geschädigter eines Unfalls gegen den Unfallverursacher, Klage von Lizenzgeber und Lizenznehmer gem. § 30 IV MarkenG gegen den Verletzter (BGH GRUR 2007, 877).

Beispiele für passive Streitgenossenschaft: Klage gegen mehrere Mieter auf Räumung, Klage gegen Gesamtschuldner auf Zahlung, Klage gegen Fahrer und Halter nach StVG, Klage gegen alle persönlich haftende Gesellschafter (§ 128 HGB)

346 Die **Voraussetzungen** sind geregelt in §§ 59, 60 ZPO. Die Frage der Zulässigkeit der Streitgenossenschaft wird in der Praxis sehr großzügig gehandhabt.

b) Einfache Streitgenossenschaft, § 61 ZPO

347 Bei Streitgenossenschaft wird für **jede Partei** ein eigenes **Prozessrechtsverhältnis** zu dem/den Gegner/n begründet. Streitgenossenschaft ist gekennzeichnet durch die schlichte äußerliche Verbindung der mehreren Prozesse und gemeinsame, nicht notwendig inhaltlich einheitliche Entscheidung. Eine Fremdwirkung der Handlungen zwischen den Streitgenossen entfällt, eine Stellvertretung scheidet aus. Jeder Streitgenosse betreibt seinen Prozess grundsätzlich für sich. Das hat zur Folge, dass Prozesshandlungen eines Streitgenossen den anderen Streitgenossen weder zum Vorteil noch zum Nachteil gereichen.

Beispiel: Mehrere Gesamtschuldner sind verklagt; gegen einen nicht erschienenen Gesamtschuldner kann ein Versäumnisurteil ergehen. – Wenn ein Streitgenosse anerkennt (§ 307 ZPO), kann gegen ihn ein Anerkenntnisurteil ergehen, während die Klage gegen die anderen Streitgenossen als unbegründet abgewiesen werden kann.

Andererseits ist der Prozess der Streitgenossen von einer gemeinsamen Verhandlung und insbesondere von einer gemeinsamen Beweisaufnahme geprägt. Die Beweiswürdigung muss daher einheitlich sein.

Str. ist, ob ein Streitgenosse im Prozess des anderen als Zeuge aussagen kann. Der BGH bejaht dies, sofern es sich um Tatsachen handelt, die nur im Prozess des anderen Streitgenossen erheblich sind (BGH NJW 1999, 135, 136).

Beispiel für Streitgenossen als Zeugen (nach *Zimmermann*, ZPO-Fallrepetitorium 10. Aufl. 2010, Fall 53): K verklagt nach einem Verkehrsunfall Halter B1 und den Fahrer B2 als Gesamtschuldner auf Schadensersatz, B2 zusätzlich auf Schmerzensgeld.

Hier kann B1 den B2 nicht als Zeugen für den Unfallablauf benennen. Allerdings könnte B1 Zeuge dafür sein, dass K ggü. B2 auf Schmerzensgeld verzichtet hat, weil B1 selbst nicht auf Schmerzensgeld verklagt ist.

c) Notwendige Streitgenossenschaft, § 62 ZPO

§ 62 I Fall 1 ZPO: Rechtskrafterstreckung. Es muss eine **einheitliche Feststellung** im Urteil ergehen. 348

Beispiele: § 327 II ZPO (gleichzeitig erhobene Klage gegen Erben und Testamentsvollstrecker), §§ 248 f. AktG (Klage mehrerer Aktionäre gegen einen Beschluss der Hauptversammlung der AG).

Keine *notwendige* Streitgenossenschaft liegt nach BGH NJW-RR 2010, 1725 trotz § 124 VVG vor, wenn ein Geschädigter eines Autounfalls gegen den Schädiger und dessen Versicherung auf Schadensersatz klagt.

§ 62 I Fall 2 ZPO: Gemeinsam ausübende Prozessführungsbefugnis. Mehrere Parteien müssen gemeinsam klagen, andernfalls ist die Klage nicht zulässig, weil ein Einzelner allein nicht prozessführungsbefugt ist („notwendige gemeinsame Prozessführung“). 349

Beispiele: Mehrere für einen Nachlass ernannte Testamentsvollstrecker (möglich nach § 2197 I Fall 2 BGB), gemeinsam verwaltende Ehegatten bei Gütergemeinschaft, Klage gegen Miteigentümer an einem Grundstück auf Einräumung eines Notwegerechts; dies kann wegen § 747 S. 2 BGB nur gemeinschaftlich erfolgen (BGH NJW 1962, 633).

Der im früheren Recht wichtigste Fall des § 62 Fall 2 ZPO, die Klage mehrerer Gesellschafter einer GbR, ist mit der Anerkennung der Parteifähigkeit der GbR entfallen.

Rechtsfolge der notwendigen Streitgenossenschaft: 350

- einheitliche Entscheidung gegenüber allen Streitgenossen.
- Vertretungsfiktion, § 62 ZPO; insbesondere ergeht kein Versäumnisurteil, wenn nur einer der Streitgenossen erscheint („einer vertritt alle“).
- Dispositionshandlungen können nur gemeinsam vorgenommen werden, etwa Rücknahme, Anerkenntnis, Geständnis etc.

2. Nebenintervention

Nebenintervention bedeutet die Beteiligung eines Dritten an einem fremden Rechtsstreit zur Unterstützung einer Partei. Der Nebenintervenient ist nicht Partei, sondern Streithelfer. 351

Voraussetzung ist ein **rechtliches Interesse**, § 66 ZPO. Das ist insbesondere gegeben, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits auf Rechtsverhältnisse des Dritten rechtlich einwirken kann. Ein bloßes ideelles oder wirtschaftliches Interesse genügt aber nicht.

Beispiel: K klagt gegen den Verkäufer V eines Grundstücks auf Auflassung. V wendet ein, der Kaufvertrag sei nicht wirksam beurkundet worden.

Hier kann der beurkundende Notar N dem K als Nebenintervenient beitreten. Grundlage des rechtlichen Interesses ist die Gefahr der Notarhaftung aus § 19 BNotO. N wird K in der Prozessführung unterstützen, denn wenn K obsiegt, entfällt die Grundlage für einen Regressanspruch K/N.

352 Rechtsfolgen der Nebenintervention:

- Rechtsstellung des Nebenintervenienten: Er wird nicht Partei des Prozesses, kann aber in den Grenzen des § 67 Halbsatz 2 ZPO Prozesshandlungen mit Wirkung für die Partei vornehmen und somit ggf. ein Säumnisurteil abwenden. Prozesshandlungen, die gleichzeitig aber materiell-rechtliche Wirkungen haben (Verzicht, Anerkenntnis usw.), kann er nicht vornehmen. Aus § 66 II ZPO folgt, dass er auch Rechtsmittel für die Partei einlegen kann.
- Nebeninterventionswirkung, § 68 ZPO: Bindung des Nebenintervenient in einem Folgeprozess mit der unterstützten Hauptpartei. Die Bindungswirkung erstreckt sich auch auf Sachverhaltsfeststellungen und rechtliche Bewertungen!

Im obigen Beispiel bedeutet das, dass N, wenn die Klage des K abgewiesen worden war, im Schadensersatzprozess K/N nicht einwenden, es sei doch wirksam beurkundet worden. N ist als Nebenintervenient an diese Tatsachenfeststellung gebunden!

3. Streitverkündung

353 Streitverkündung ist die Mitteilung an einen Dritten von der Rechtshängigkeit eines Verfahrens. Die Streitverkündung erfolgt nach § 73 ZPO durch Zustellung eines Schriftsatzes. Die Voraussetzungen sind in § 72 ZPO geregelt.

Beispiel: K klagt gegen den Verkäufer V eines Grundstücks auf Auflassung. V wendet ein, der Kaufvertrag sei nicht wirksam beurkundet worden. Der beurkundende Notar N tritt dem Rechtsstreit nicht bei.

Hier kann K dem N den Streit verkünden. Das wird er tun, um einen möglichen Beurkundungsfehler, der im Prozess K/V festgestellt wird, auch mit Bindungswirkung gegenüber N (§ 74 III ZPO) festgestellt zu bekommen. Im Regressprozess K/N kann N nicht mehr einwenden, es habe kein Beurkundungsmangel vorgelegen.

Beispiel: K klagt gegen A auf Zahlung des Kaufpreises. K trägt vor, der V habe den A beim Vertragsschluss vertreten und mit Vertretungsmacht gehandelt. A bestreitet, den V bevollmächtigt zu haben.

Hier besteht die Möglichkeit, dass die Klage des K abgewiesen wird mangels Vollmacht des V. Materiell-rechtlich hätte K gegen V einen Anspruch nach § 179 BGB. Es besteht aber die Gefahr, dass im Zweitprozess des K gegen V das Gericht die Frage der Vollmachterteilung anders als im Erstprozess beurteilt.

354 Rechtsfolge der Streitverkündung: § 74 III ZPO erklärt § 68 ZPO (→ Rn. 349) für anwendbar; daher Bindungswirkung, hier an die Feststellung, Beurkundungsmangel besteht bzw. Vollmacht besteht nicht.

Materiell-rechtlich hat die Streitverkündung die **Hemmung der Verjährung** zur Folge (§ 204 I Nr. 6 BGB, in der Praxis extrem wichtig!).

Beispiel: V kauft bei A einen gebrauchten Pkw. A erklärt, der Wagen sei unfallfrei. Nach 12 Monaten verliert V das Interesse an dem Wagen und veräußert ihn an K, dem er ebenfalls erklärt, der Wagen sei unfallfrei. 5 Monate später macht K wegen eines vor 3 Jahren erfolgten, erst jetzt bekannt gewordenen Unfalls Mängelrechte geltend und klagt nach Rücktritt auf Rückzahlung des Kaufpreises. V ist im Zweifel, ob er nicht doch einen Unfallwagen gekauft hat.

Hier besteht die Gefahr, dass der V wegen des Mangels verurteilt wird, im Regressprozess V/A jedoch der Mangel verneint wird; dem V ist zu empfehlen, dem A den Streit zu verkünden, damit die Bindungswirkung hinsichtlich des Mangels eintritt nach §§ 74 III, 68 ZPO.

Weiter besteht die Gefahr, dass die Rückgriffsrechte des V bei A nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB verjähren. Insofern hilft ebenfalls die Streitverkündung: Nach § 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB hemmt die Zustellung der Streitverkündungsschrift die Verjährung.

Abschnitt 2. Zwangsvollstreckungsrecht

I. Grundprinzipien der Zwangsvollstreckung

1. Dispositionsgrundsatz

355 Das Vollstreckungsverfahren kommt nur auf Parteiantrag in Gang, vgl. §§ 753, 754 ZPO, § 15 ZVG. Der Gerichtsvollzieher muss bei Vornahme der Vollstreckungshandlung Weisungen des Gläubigers beachten, soweit diese nicht gegen das Gesetz verstoßen.

2. Trennungsprinzip

356 Organisatorisch trennt die ZPO das Erkenntnisverfahren von der Zwangsvollstreckung. Der Zweck liegt in der Entlastung des Richters von der Durchsetzung titulierter Ansprüche. Insbesondere aber sollten die Parteiherrschaft und der Parteibetrieb besser zum Tragen kommen. Zunächst wurden Gerichtsvollzieher auch als bloße Parteivertreter verstanden. Im 19. Jahrhundert lebten Gerichtsvollzieher allein von Gebühren und man konnte sich den Gerichtsvollzieher frei auswählen (Gerichtsvollzieherkonkurrenz); heute sind Gerichtsvollzieher an Amtsbezirke gebunden.

357 **Vollstreckungsorgane** sind neben dem Gerichtsvollzieher (§ 753 ZPO) das Vollstreckungsgericht (§ 764 ZPO) sowie das Grundbuchamt (bei der Eintragung einer Sicherungshypothek, § 867 ZPO) und (nur ausnahmsweise) das Prozessgericht (bei der „Handlungsvollstreckung“, §§ 888 ff. ZPO).

3. Formalisierungsgrundsatz

358 Der Formalisierungsgrundsatz ist ein **fundamentales Prinzip** der Zwangsvollstreckung. Er erklärt eine Vielzahl von Regelungen in der Vollstreckung. Der Formalisierungsgrundsatz hängt eng mit dem Trennungsprinzip und der Aufgabenverteilung in der Zwangsvollstreckung zusammen. Die Vollstreckungsorgane prüfen nur die formellen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung. Das zugrundeliegende materielle Recht hingegen prüfen Gerichtsvollzieher und Rechtspfleger nicht. Sie sind dazu nicht befugt. Zur Geltendmachung materiell-rechtlich relevanter Tatsachen und Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung ist vielmehr auf Rechtsbehelfe, wie z.B. die Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) und die Drittwiderspruchsklage (§ 717 ZPO) zu verweisen. Dabei handelt es sich um ordentliche Erkenntnisverfahren, über die der Richter entscheidet!

Die **Bedeutung** des Formalisierungsgrundsatzes tritt an drei Stellen hervor:

359 a) Titel

Für die Zwangsvollstreckung kommt es nur auf den **Titel** an. Ob ihm eine Forderung zugrunde liegt, spielt für das Vollstreckungsorgan keine Rolle. Die Zwangsvollstreckung durch das Vollstreckungsorgan ist deshalb rechtmäßig, auch wenn die Forderung tatsächlich nicht (mehr) besteht. Besteht die Forderung nicht (mehr), kann der Titelschuldner die Vollstreckung durch Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) abwenden.

b) Gewahrsam des Schuldners

360 Bei der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in bewegliches Vermögen kommt es nicht darauf an, dass die Sache dem Schuldner gehört. § 808 ZPO stellt vielmehr auf den **Gewahrsam** ab. Das ist ein formelles Kriterium.

Die materiell-rechtliche Haftungslage wird regelmäßig über die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) oder die Klage auf vorzugsweise Befriedigung (§ 805 ZPO) geltend gemacht.

c) Grundbucheintragung des Schuldners

Bei der Zwangsvollstreckung in Grundstücke darf nach **§ 17 ZVG** die Zwangsversteigerung nur angeordnet werden, wenn der Schuldner im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Das Vollstreckungsgericht prüft nicht materiell-rechtlich, ob der eingetragene Schuldner tatsächlich auch Eigentümer ist.

361

4. Öffentlich-rechtliche Deutung der Vollstreckungsakte

Zwangsvollstreckungsakte sind Pfändung, Ablieferung, Zuschlag bzw. Überweisung. Sie werden als staatliche **Hoheitsakte** gedeutet. Zwangsvollstreckungsakte greifen in materielle Rechte ein und gehen dabei in ihren Wirkungen weiter als eine privatrechtliche Verfügung. Einen gesetzlichen Fall bilden §§ 90 II, 55 II ZVG einerseits und § 926 BGB andererseits (Zubehör Dritter).

362

Wegen der hoheitlichen Deutung der Vollstreckungsakte sind diese nur ausnahmsweise nichtig, wenn ein besonders **grober** Fehler vorliegt, der **offenkundig** ist. Nichtig ist der Zwangsvollstreckungsakt nur in wenigen Fällen:

363

- keine deutsche Gerichtsbarkeit
- Gerichtsvollzieher ist funktionell unzuständig; etwa für die Forderungspfändung
- **kein Vollstreckungstitel**
- Anschlusspfändung § 826 ZPO ohne wirksame Erstpfindung

In anderen Fällen ist der Vollstreckungsakt trotz formeller Mängel wirksam und lediglich mit der Erinnerung (§ 766 ZPO) anfechtbar:

364

- Pfändung ohne **Titelzustellung**
- Gerichtsvollzieher ist örtlich **unzuständig**
- Verstoß gegen § 811 ZPO
- Gerichtsvollzieher pfändet Zubehör trotz § 865 II ZPO (str., nach aA fehlt es an der funktionellen Zuständigkeit, was die Pfändung nichtig mache)

Mangelhafte Vollstreckungsakte können geheilt werden, indem etwa die Zustellung nachgeholt wird. In der Zwischenzeit bleibt der Vollstreckungsakt wirksam, wenn auch anfechtbar.

365

Beispiel: Drittschuldner kann mit befreiender Wirkung an den Gläubiger leisten, auch wenn der Überweisungsbeschluss fehlerhaft ist.

Formelle Mängel sind von Fällen abzugrenzen, in denen bereits der Tatbestand des Vollstreckungsakts nicht vorliegt. Bei einer Pfändung durch den Gerichtsvollzieher ohne Inbesitznahme der Pfandsache fehlt es bereits am Tatbestand von § 808 ZPO; die Pfändung ist nicht lediglich formell fehlerhaft, sondern unwirksam.

366

Beispiel nach BGH NJW 1994, 3225: Pfändung und Überweisung einer hypothekarisch gesicherten Forderung. Nach § 830 I ZPO ist neben Pfändung und Zustellung die Eintragung im Grundbuch bzw. Briefübergabe vorausgesetzt. Im Sachverhalt war die Eintragung unterblieben. Nach Auffassung des BGH liegt hierin kein Fall der Fehlerhaftigkeit, sondern ein Mangel im Tatbestand.

Nach Ansicht des BGH war der Überweisungsbeschluss unwirksam, weil die Pfändung tatbestandlich noch nicht vorlag. Die Überweisung ist ein Verwertungsakt, der ein Verwertungsrecht voraussetzt, das nur bei wirksamer Pfändung besteht. Gleichwohl war hier § 836 II ZPO zu beachten. Der Drittschuldner war frei geworden.

5. Prioritätsprinzip

367 Das Prioritätsprinzip ist geregelt in § 804 III ZPO und in § 11 II ZVG. Wer in der Zwangsvollstreckung einem konkurrierenden Gläubiger zuvor kommt, hat die bessere Rechtsstellung bei der Verwertung: „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“.

Anders das in anderen Rechtsordnungen geltende „Ausgleichsprinzip“. In der Insolvenz gilt das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung.

II. Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung

Die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung lassen sich wie folgt knapp zusammenfassen; erforderlich sind

368

- Antrag
- Titel, §§ 704, 794 ZPO
- Klausel, §§ 724 ff. ZPO
- Zustellung, § 750 ZPO

1. Antrag

Die Zwangsvollstreckung unterliegt dem Dispositionsgrundsatz. Daher erfolgt keine Zwangsvollstreckung von Amts wegen. Erforderlich ist ein Antrag an das Vollstreckungsorgan, §§ 753, 754 ZPO, § 15 ZVG.

2. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen

- deutsche Gerichtsbarkeit
- Rechtsweg (nicht gesondert prüfen; vollstreckt werden alle Titel von Zivilgerichten und die Titel nach § 794 ZPO)
- Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit etc.

Im Regelfall sind die Organe der Zwangsvollstreckung auch hinsichtlich der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Zwangsvollstreckung an das Urteil gebunden, aus dem vollstreckt wird.

Beispiel: Hat das erkennende Gericht die Parteifähigkeit des Gläubigers bejaht, kann dies der Gerichtsvollzieher nicht mehr in Frage stellen.

3. Titel

Die Zwangsvollstreckung ist hoheitliche Tätigkeit, die in die Rechtssphäre des Schuldners eingreift. Im Rechtsstaat ist sie an besondere Voraussetzungen gebunden.

369

Grundlage ist **§ 704 ZPO**: Die Zwangsvollstreckung findet statt aus Endurteilen, die rechtskräftig (§§ 705 f. ZPO) oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind (§§ 708 ff. ZPO). Weitere Vollstreckungstitel sind in § 794 ZPO genannt.

Nach § 794 I Nr. 6–9 ZPO Titel aus anderen Mitgliedstaaten der EU nach Maßgabe der jeweiligen Verordnungen (Nr. 9: EuGVVO) vollstreckbar.

4. Vollstreckbare Ausfertigung („Klausel“)

a) Allgemeines

Voraussetzung der Zwangsvollstreckung ist die „vollstreckbare Ausfertigung“ des titulierten Anspruchs, § 724 ZPO. Die „Klausel“ (§ 725 ZPO) wird auf die „Ausfertigung“ gesetzt, die dadurch zur „vollstreckbaren Ausfertigung“ wird.

370

Hintergrund: Die Prüfung, ob ein vollstreckbarer Titel vorliegt, übernimmt nicht das Vollstreckungsorgan. Vielmehr wird ein besonderes Prüfungsorgan vorgeschaltet, das die Prüfung durchführt, und dem regelmäßig die Urschrift des Titels und die Akten vorliegen. Darin liegt eine Folge der Trennung von Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung.

Ist der Titel vollstreckbar, wird die Vollstreckungsklausel erteilt. Sie ist ein **Zeugnis**, das die **Vollstreckbarkeit eines Titels** bescheinigt.

Aus Titel und Klausel zusammen ergeben sich die Parteien der Zwangsvollstreckung und der Umfang der Zwangsvollstreckung.

Zweck des Klauselerteilungsverfahrens: **Schuldnerschutz** gegen mehrfache Zwangsvollstreckung: § 757 ZPO: Aushändigung vA; § 733 ZPO: (grundsätzlich) nur 1 vA

b) Arten der Vollstreckungsklausel

aa) Einfache Klausel

371 Die einfache Vollstreckungsklausel erteilt der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle, §§ 724 f. ZPO.

bb) Titelergänzende Klausel

372 Die titelergänzende Klausel nach § 726 I ZPO ist erforderlich, wenn die Zwangsvollstreckung *nach dem Titel* von besonderen Voraussetzungen abhängt. Deren Vorliegen soll nicht vom Vollstreckungsorgan geprüft werden, sondern die Prüfung wird in das Klauselerteilungsverfahren verlagert.

Beispiel: Die Verpflichtung des Schuldners hängt von einer Bedingung ab, etwa der Unterhaltstitel von der Scheidung.

Eine titelergänzende Klausel ist trotz *besonderer* nach dem Inhalt des Vollstreckungstitels bestehender Vollstreckungs-Voraussetzungen in einigen Fällen nicht erforderlich (sondern nur eine einfache Klausel):

- **§ 751 I ZPO:** In dem Titel ist ein besonderer Fälligkeitszeitpunkt enthalten, der nach dem Kalender bestimmt ist. Der **Kalendertag** ist einfach festzustellen, ihn prüft das Vollstreckungsorgan.
- **§ 751 II ZPO: Sicherheitsleistung**
- **§ 726 II ZPO: Zug-um-Zug-Leistung** (vgl. §§ 273 f., 320, 322 BGB); hier soll eine (nicht geschuldete) Vorleistung des Gläubigers verhindert werden. Vgl. § 894 I 2 ZPO: bei Willenserklärung ist die Erbringung der Gegenleistung im Klauselerteilungsverfahren zu prüfen. In allen anderen Fällen gelten §§ 756, 765 ZPO.

cc) Titelübertragende Klausel

373 Grundsätzlich (vgl. § 750 I ZPO) darf die Zwangsvollstreckung nur gegen Personen gerichtet werden, die im Titel als Schuldner benannt sind. Auch darf nur für den im Titel genannten Gläubiger vollstreckt werden. Nach § 750 I 1 ZPO genügt es aber, wenn Gläubiger und Schuldner, abweichend vom Titel, in der Vollstreckungsklausel bezeichnet sind.

Es ist keine neue Klage über den bereits titulierten Anspruch erforderlich, sondern es wird nur der Veränderung der Berechtigung bzw. Verpflichtung Rechnung getragen. Fallgruppen finden sich in §§ 727–729 ZPO. Der wichtigste Fall ist die Rechtsnachfolge nach Rechtshängigkeit (§§ 265 I, 325 I Fall 2 ZPO, → Rn. 299 f.).

Beachte: Einer erneuten Leistungsklage fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, wenn der Gläubiger über §§ 727, 731 ZPO einfacherer und schneller zum Ziel kommen kann, indem er keinen neuen Titel erstreitet, sondern den Titel gegen den früheren Schuldner lediglich auf den neuen Schuldner „umschreiben“ lässt.

c) Vollstreckungsstandschaft

Der Begriff „Vollstreckungsstandschaft ist mehrdeutig; zu unterscheiden sind die sog. isolierte Vollstreckungsstandschaft und Fälle der Rückermächtigung:

374

Im Fall der „isolierten“ Vollstreckungsstandschaft ermächtigt der im Titel als Gläubiger Ausgewiesene einen Dritten, die titulierte Forderung einzuziehen. Im Erkenntnisverfahren würde die Ermächtigung zur gewillkürten Prozessstandschaft führen, die statthaft ist.

In der Zwangsvollstreckung stellt sich die Frage, ob der Ermächtigte analog § 727 ZPO eine Vollstreckungsklausel erhalten kann. BGHZ 92, 347, 349 verneint dies. Es liege keine Rechtsnachfolge vor, die Sachlegitimation des Rechtsinhabers werde nicht beeinträchtigt.

Eine andere Konstellation ist die „**Rückermächtigung**“: Der Titelgläubiger tritt die titulierte Forderung (zur Sicherheit) ab, lässt sich aber die Einziehungsermächtigung erteilen. Diese ist grundsätzlich statthaft (sog. „stille Zession“). Hier wird der im Titel ausgewiesene Gläubiger, der allerdings nicht Inhaber der Forderung ist, ermächtigt. Formell kann ihm die einfache Klausel (§ 724 ZPO) erteilt werden, denn er ist Vollstreckungsgläubiger. Jedoch ist nach BGHZ 92, 347, 350 die Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) des Schuldners erfolgreich.

375

d) Klauselerteilungsverfahren

aa) Einfache Klausel

Die einfache Klausel wird vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erteilt, § 724 II ZPO.

376

bb) Qualifizierte Vollstreckungsklausel

Das Verfahren der Klauselerteilung bei der titelergänzenden Klausel richtet sich nach § 726 ZPO. Hier erfolgt die Klauselerteilung nicht durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle, auch nicht durch den Richter, sondern nach § 20 Nr. 12 RPfIG durch den Rechtspfleger.

377

Voraussetzung ist nach § 726 I ZPO, dass der Bedingungseintritt durch öffentliche Urkunden bewiesen werden kann. Man wendet § 726 I ZPO auch beim Geständnis und bei der Offenkundigkeit des Bedingungseintritts an (vgl. § 726 II ZPO).

Auch eine titelumschreibende Klausel kann nur dann im Klauselverfahren vom Rechtspfleger erteilt werden, wenn die Rechtsnachfolge bzw. der jeweilige Klauseltatbestand durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird, § 727 I ZPO, §§ 728 I, 729 I iVm § 727 I ZPO.

cc) Klauselerteilungsklage

Wenn keine öffentlichen Urkunden vorliegen (Regelfall), die den Klauseltatbestand nachweisen, muss nach **§ 731 ZPO** auf Erteilung der Vollstreckungsklausel geklagt werden. Kläger ist derjenige, der die Klausel begehrt (beispielsweise der Rechtsnachfolger); Beklagter der, gegen den die Zwangsvollstreckung stattfinden soll. Zuständig ist ausschließlich das *Prozessgericht* des ersten Rechtszugs, § 802 ZPO.

378

e) Rechtsbehelfe des Schuldners

Ist die Klausel erteilt worden, haben die Vollstreckungsorgane dies hinzunehmen. Eine weitere Prüfung findet nicht statt. Es ist Sache des Schuldners, sich gegen die Klauselerteilung zu wehren.

379

aa) Erinnerung, § 732 ZPO

Wichtig ist, dass nur Einwendungen, die die Zulässigkeit der Klausel betreffen, geltend gemacht werden können und nicht solche, die sich gegen den materiell-rechtlichen Anspruch richten, § 732 ZPO §§ 724, 726, 727 ZPO. Keine taugliche Einwendung ist daher, dass der

380

abgetretene Anspruch nicht bestehe. Diese Einwendung muss der Schuldner iRd § 767 ZPO geltend machen.

bb) Klage gegen die Vollstreckungsklausel, § 768 ZPO

- 381 Wurde eine qualifizierte Vollstreckungsklausel vom Rechtspfleger nach §§ 726, 727 ZPO erteilt, kann der Schuldner sich mit der Klauselgegenklage nach § 768 ZPO wehren. Damit wird erreicht, dass ein *Richter* über die Voraussetzungen qualifizierter Klauseln befindet. § 768 ZPO steht in Konkurrenz zu § 732 ZPO, vgl. § 768 ZPO aE.

5. Zustellung

- 382 Urteil (§ 750 I ZPO) und ggf. Ausfertigung mit qualifizierter Klausel (§ 750 II ZPO) müssen zugestellt worden sein.

6. Besondere Voraussetzungen für den Beginn der Zwangsvollstreckung

- 383
- Eintritt eines Kalendertages, § 751 I ZPO
 - Nachweis der Sicherheitsleistung, § 751 II ZPO
 - Angebot der Gegenleistung bei Zug-um-Zug-Titeln, § 756 ZPO

7. Vollstreckungshindernisse

- 384
- § 775 ZPO
 - Insolvenzeröffnung, § 89 InsO
 - Ablauf der Vollziehungsfrist, §§ 926 II, 936 ZPO
 - Vollstreckungsverträge

III. Arten der Zwangsvollstreckung

1. Systematischer Überblick

Die Arten der Zwangsvollstreckung sind streng zu trennen. Zu unterscheiden ist danach, **weswegen** (welcher Anspruch wird vollstreckt?) und **in welchen Gegenstand** (was wird gepfändet?) vollstreckt wird. Von Bedeutung ist insbesondere die Zwangsvollstreckung *wegen* einer Geldforderung etc. *in* (1) das bewegliche Vermögen oder (2) das unbewegliche Vermögen oder (3) einen Herausgabeanspruch etc.

385

Beispiel: § 811 ZPO gilt nur, wenn *wegen* einer Geldforderung vollstreckt wird, nicht aber wenn wegen eines Herausgabeanspruchs vollstreckt wird.

Beispiel: § 847 ZPO betrifft die Vollstreckung wegen einer Geldforderung *in* einen Herausgabeanspruch; § 886 ZPO dagegen betrifft die Vollstreckung *wegen* eines Herausgabeanspruchs. Worin besteht der Unterschied?

Eine **Kombination** der Vollstreckungsarten ist möglich. So etwa, wenn ein Anspruch auf Überweisung vollstreckt, d.h. die dingliche Einigung nach § 894 ZPO und die Übergabe nach § 883 ZPO durchgesetzt wird. Ein Wechsel des Zugriffsgegenstandes und der Zugriffsformen ist möglich.

386

2. Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in körperliche Sachen

Die Zwangsvollstreckung in bewegliches Vermögen erfolgt durch **Pfändung**, § 803 ZPO.

a) Voraussetzungen der Pfändung

Zuständig für die Pfändung körperlicher Sachen ist der Gerichtsvollzieher, §§ 753, 808 ZPO. Der Gläubiger muss einen **Antrag** stellen, § 753 ZPO. Es gilt die Dispositionsmaxime. Der Gläubiger kann den Antrag jederzeit zurücknehmen. Der Gläubiger kann die Vollstreckung auch auf einen Teil der titulierten Forderung begrenzen. Der Gläubiger kann vorschreiben, in welchen Gegenstand der Gerichtsvollzieher vollstrecken soll. Die Grenze der Weisungsbefugnis ist dort, wo das Gesetz entgegensteht.

387

Beispiel: Eine Weisung, wonach in gemäß § 811 ZPO unpfändbare Sachen vollstreckt werden soll, bindet den Gerichtsvollzieher nicht.

Missachtet der Gerichtsvollzieher Weisungen, haftet der Staat nach Art. 34 GG, § 839 BGB.

388

Beispiel: Der Gläubiger beauftragt den Gerichtsvollzieher, das Auto des Schuldners zu pfänden, weil es günstig versteigert werden kann. Der Gerichtsvollzieher pfändet stattdessen ein Radio. Die Versteigerung des Radios scheitert, weil niemand bietet. Jetzt kann das Auto nicht mehr gepfändet werden, weil es der Schuldner veräußert hat. Hier kommt eine Schadenshaftung des Staates in Betracht.

Die Wirkungen des Antrags ergeben sich aus § 754 ZPO; sie sind nicht abdingbar.

389

Bewegliche Sachen sind pfändbar, wenn sie sich im **Gewahrsam** des Schuldners (§ 808 I ZPO), des Gläubigers (§ 809 Fall 1 ZPO) oder eines herausgabebereiten Dritten (§ 809 Fall 2

390

ZPO) befinden. Unter Gewahrsam versteht man den **unmittelbaren Besitz**, also die tatsächliche Herrschaftsgewalt.

Der mittelbare Besitzer ist nicht Gewahrsamsinhaber, auch nicht der Besitzdiener (§ 855 BGB) und der Erbe, der nach § 857 BGB (fiktiv) besitzt.

- 391 Wer Gewahrsamsinhaber ist, entscheidet sich nach den Umständen des einzelnen Falles unter Berücksichtigung der Lebensauffassung. Maßgeblich sind die *äußerlich erkennbaren* Herrschaftsverhältnisse. Der Inhaber einer Wohnung hat regelmäßig Gewahrsam an allen in der Wohnung befindlichen Sachen. Anders bei Sachen, die ersichtlich dem Gewahrsam eines anderen unterliegen, etwa eines Familienangehörigen.
- 392 Bei *juristischen Personen* übt das Organ den Gewahrsam für die juristische Person aus. Insofern greift § 809 ZPO nicht. Man spricht von *Organbesitz*. Kein Organbesitz liegt vor bei Eigenbesitz des Organs, etwa hinsichtlich der Aktentasche des Geschäftsführers einer GmbH. Die Abgrenzung möglicherweise schwierig („Dienstwagen“ des Geschäftsführers).
- 393 Dass der Gerichtsvollzieher auf den Gewahrsam, nicht auf das Eigentum abzustellen hat, folgt aus dem **Formalisierungsgrundsatz**. Der Eigentümer muss sich mit der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO wehren. Mitunter kommt er mit der Klage nach § 771 ZPO zu spät; dann stellt sich die Frage der materiell-rechtlichen Ausgleichsansprüche („verlängerte Drittwiderspruchsklage“, → Rn. 520).
- 394 Bei der **Vollstreckung gegen den Ehegatten oder Lebenspartner** gilt die Sondervorschrift in **§ 739 ZPO**, die auf die Gewahrsamssituation von Ehegatten (oder Lebenspartnern, § 739 II ZPO) Rücksicht nimmt: Regelmäßig stehen Gegenstände der Ehegatten unabhängig vom Eigentum im Mitgewahrsam beider Ehegatten, insbesondere wenn sie sich in der gemeinsamen Wohnung befinden. Dies folgt aus § 1353 I 2 BGB, wonach die Ehegatten zur gegenseitigen Einräumung von Mitbesitz an Haushaltsgegenständen verpflichtet sind. Eine Pfändung wäre dann aber nicht möglich, weil § 808 ZPO *Alleingewahrsam* des Schuldners voraussetzt. Der Gläubiger müsste die Zustimmung des anderen Ehegatten einholen. Würde ohne die Zustimmung gepfändet, könnte der andere Ehegatte oder Lebenspartner Erinnerung (§ 766 ZPO) einlegen. Hier hilft § 739 ZPO, indem er die **Fiktion** aufstellt, dass **nur der schuldende Ehegatte Gewahrsamsinhaber** ist. Die Fiktion gilt aber nur im Rahmen des § 1362 BGB, also etwa nicht bei persönlichen Gegenständen eines Ehegatten oder Lebenspartners.
- 395 Pfändet der Gerichtsvollzieher unter Hinweis auf § 739 ZPO, muss der andere Ehegatte Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO erheben. Dabei trifft ihn nach § 1362 I 1 BGB die Beweislast, dass er (und nicht der Schuldner-Ehegatte) Eigentum erworben hat. Die Vermutung des § 1006 BGB gilt hier nicht.
- 396 Der **Formalisierungsgrundsatz** („Gewahrsam“, § 808 ZPO) greift dann **nicht**, wenn es sich um Sachen handelt, die *offensichtlich* nicht dem Schuldner sondern einem Dritten gehören.

Beispiel: Ein Buch im Gewahrsam des Schuldners trägt den Stempel einer Bibliothek.

- 397 Ist ein **Dritter Besitzer, aber nicht herausgabebereit** (§ 809 Fall 2 ZPO), so muss der Gläubiger den *Herausgabeanspruch* des Schuldners gegen den Dritten gemäß §§ 846, 847 ZPO pfänden und sich überweisen lassen (Herausgabe erfolgt an Gerichtsvollzieher). Das gilt auch

dann, wenn die Herausgabepflicht offenkundig ist. Der Gerichtsvollzieher hat materielles Recht nicht zu prüfen.

Findet der Gerichtsvollzieher keine pfändbaren Sachen, kann er die **Wohnung durchsuchen**. Nach § 758a ZPO ist hierfür eine richterliche Anordnung erforderlich. 398

b) Pfändungsverbote

aa) unpfändbare Sachen, § 811 ZPO

Die Zwangsvollstreckung dient der Durchsetzung privater Rechte des Gläubigers. Andererseits bildet sie einen hoheitlichen Eingriff in Grundrechte des Schuldners. Obgleich die Schuldnerinteressen grundsätzlich zurücktreten müssen, bildet das **Sozialstaatsprinzip** eine Grenze des Pfändungszugriffs. Der Schuldner muss überleben können; sein **Existenzminimum muss gewährleistet** sein. 399

Einen Schwerpunkt des Schuldnerschutzes bietet der **Unpfändbarkeitskatalog** des § 811 ZPO:

§ 811 I Nr. 1 ZPO: Gegenstände des **persönlichen Gebrauchs** und für Wohnzwecke, etwa Waschmaschine, Staubsauger, Uhr, Fernsehgerät oder Kühlschrank. 400

§ 811 I Nr. 5 ZPO: Gegenstände, die zur Fortsetzung der Arbeit erforderlich sind, sind nicht pfändbar. Die Vorschrift dient dem Schutz des Erwerbs durch persönliche Arbeit, damit der Schuldner den Lebensunterhalt für sich und seine Familie erarbeiten kann. **Voraussetzung** ist aber, dass der Schuldner aus seiner **persönlichen oder geistigen Arbeit** oder sonstigen persönlichen Leistungen den Erwerb bezieht. Der Gegenstand ist hingegen pfändbar, wenn er „kapitalistisch“ genutzt wird. Daraus folgt, dass ein Schutz für den Warenbestand des Kaufmanns nicht in Betracht kommt. Der Pkw des Autovermieters ist pfändbar, nicht aber der des Handelsvertreters. Unpfändbar ist auch der Schreibcomputer des Rechtsanwalts, der Pkw des Immobilienmaklers, ebenso der Pkw, der erforderlich ist, um zum Arbeitsplatz zu gelangen, wenn öffentliche Verkehrsmittel nicht zur Verfügung stehen. 401

Wichtig ist, dass diese **Pfändungsverbote nur bei der Geldvollstreckung** (§§ 803–882a ZPO), nicht aber bei der Vollstreckung von Herausgabeansprüchen (§§ 883–886 ZPO) gelten, bei der ohnehin keine Pfändung erfolgt. 402

§ 811 II ZPO lässt die Pfändungsverbote des § 811 I Nr. 1, 4, 5 bis 7 ZPO ausnahmsweise entfallen, wenn der Gläubiger den Gegenstand unter **Eigentumsvorbehalt** an den Schuldner geliefert hat und wegen der Kaufpreisforderung (in seine eigene Sache!) vollstreckt. Der Vorbehaltsverkäufer wird privilegiert; diese Privilegierung scheint auf den ersten Blick überflüssig, da der Vorbehaltseigentümer nach Rücktritt auch auf Herausgabe des Vorbehaltsguts klagen kann (§§ 346, 985 BGB), dann ohne an die Pfändungsgrenzen gebunden zu sein (→ Rn. 399). § 811 II 1 ZPO ermöglicht es ihm aber, seine finanziellen Interessen aus der Vollstreckung einer *Geldforderung* zu befriedigen, ohne erst einen Herausgabebetitel erwirken zu müssen. 403

Die Pfändungsbeschränkungen des § 811 ZPO sind **von Amts wegen** zu beachten. Eine dennoch erfolgte Pfändung ist nicht unwirksam. Sie bewirkt nach hM die Pfandverstrickung mit Verfügungsverbot, aber kein Pfändungspfandrecht. Die gegen § 811 ZPO verstoßende Pfändung ist mit der Erinnerung (§ 766 ZPO) anfechtbar. Anfechtungsberechtigt ist der Schuldner. Dritte können ebenfalls anfechtungsberechtigt sein, wenn sie durch die Verbote unmittelbar 404

geschützt werden. Letzteres ist insbesondere bei Familienmitgliedern im Falle der §§ 811 I Nr. 1 und 5, 812 ZPO gegeben.

- 405 Bei der Frage des Verzichts auf den Pfändungsschutz nach § 811 ZPO unterscheidet man: Ein **Vorausverzicht** ist **unwirksam**, hingegen ist ein Verzicht bei oder nach der Vollstreckung, wenn der Schuldner die Konsequenzen überblicken kann, zulässig (a.A. *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. 2014, Rn. 304).

bb) Austauschpfändung, § 811a ZPO

- 406 Die Pfändungsverbote nach § 811 ZPO gelten auch, wenn die Gegenstände einen hohen Wert haben. In den Fällen des § 811 I Nr. 1, 5 und 6 ZPO hat der Gläubiger nach § 811a ZPO jedoch die Möglichkeit, dem Schuldner ein Ersatzstück zur Verfügung zu stellen, das dem Zweck des gepfändeten Gegenstands entspricht (Austauschpfändung). Dann kann gepfändet werden. Damit sollen Schuldner- und Gläubigerinteressen zum Ausgleich gebracht werden.

Beispiele: Pfändung eines Luxuswagens, wenn ein kleiner Pkw zur Verfügung gestellt wird. Pfändung einer goldenen Armbanduhr, wenn eine einfache Uhr zur Verfügung gestellt wird.

c) Wirkungen der Pfändung

- 407 Die Zwangsvollstreckung ist mehrstufig: Nach ihrer Pfändung wird die Pfandsache verwertet und der erzielte Erlös an den Vollstreckungsgläubiger ausgekehrt.
- 408 Der erste Schritt, die Pfändung, hat drei Wirkungen:
- (1) die Verstrickung – steht nicht in der ZPO –
 - (2) das Verfügungsverbot – steht nicht in der ZPO –
 - (3) das Pfändungspfandrecht – vgl. § 804 ZPO –

aa) Verstrickung

- 409 Die **Pfändung bedeutet** eine hoheitliche **Beschlagnahme** des Vollstreckungsgegenstands. Durch sie wird das Pfändungsobjekt für den Staat sichergestellt. Man nennt dies die **Verstrickung**. Die Verstrickung beruht auf der öffentlich-rechtlichen Deutung der Pfändung und ist nicht in der ZPO geregelt. Ursprünglich sah die ZPO das Pfändungspfandrecht als Grundlage der Verwertung an. Heute ist die **Verstrickung Grundlage der Verwertung**. Wenn eine Sache verstrickt ist, ist die staatliche Verwertungshandlung wirksam. Der Ersteigerer erwirbt Eigentum an ihr. Allein die Verstrickung ist der „Rechtfertigungsgrund“ für die „Enteignung“ des Schuldners. Es kommt nicht darauf an, ob die titulierte Forderung wirklich bestand oder die Sache dem Schuldner gehörte.
- 410 Die Pfandverstrickung entsteht durch **jede wirksame** Pfändung. Verstrickt wird der Pfandgegenstand auch, wenn die Pfändung fehlerhaft und deshalb anfechtbar ist, nicht aber wenn die Pfändung nichtig ist.
- 411 Die Abgrenzung zwischen fehlerhafter (und deshalb anfechtbarer aber zunächst wirksamer) und nichtiger Pfändung ist sehr umstritten. Es bietet sich an, auf die Verletzung wesentlicher oder nicht wesentlicher Verfahrensvorschriften sowie auf die Offenkundigkeit des Fehlers abzustellen. Danach führen zur **Nichtigkeit** infolge schwerwiegender Mängel u.a.
- das **Fehlen** eines vollstreckbaren **Titels**;
 - die **funktionelle Unzuständigkeit** des Vollstreckungsorgans;

- die Sachpfändung **ohne Inbesitznahme** der Pfandsache gemäß § 808 I ZPO oder Kenntlichmachung gemäß § 808 II ZPO.

Die Nichtbeachtung sonstiger Verfahrensvorschriften führt nicht zur Nichtigkeit, sondern nur zur **Anfechtbarkeit**; der Pfandgegenstand wird trotz Mangels wirksam verstrickt u.a. bei 412

- Fehlen der Zustellung;
- Mangel örtlicher Zuständigkeit;
- Verstoß gegen die Unpfändbarkeitsbestimmungen nach § 811 ZPO.

bb) Pfändungspfandrecht

Literatur: *Schreiber*, Das Pfändungspfandrecht nach der ZPO, Jura 2014, 689.

§ 804 I ZPO geht davon aus, dass der Gläubiger durch die Pfändung ein Pfändungspfandrecht erwirbt. § 804 II ZPO verweist auf die Vorschriften des materiell-rechtlichen Pfandrechts nach §§ 1204 ff. BGB. 413

Voraussetzungen der Entstehung des Pfandrechts nach **BGB** sind: 414

- (1) Verpfändung, §§ 1205 f. BGB
- (2) bestehende Forderung: das Pfandrecht ist ein akzessorisches Recht, § 1204 I BGB
- (3) Eigentum des Schuldners, vorbehaltlich gutgläubigen Erwerbs (vgl. § 1207 BGB)

Vollstreckungsrechtlich ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen ein Pfändungspfandrecht entsteht und welche Bedeutung es hat. Man spricht von einem **Theorienstreit um das Pfändungspfandrecht**. Der Theorienstreit hat kaum praktische Bedeutung.

(1) Öffentlich-rechtliche Theorie

Die öffentlich-rechtliche Theorie (Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 804 Rn. 7 ff.) setzt die hoheitliche Deutung der Zwangsvollstreckung auch auf der Ebene des Pfändungspfandrechts fort: **Mit jeder Verstrickung entsteht auch das Pfändungspfandrecht**. Das Pfändungspfandrecht ist also unlösbar mit der Verstrickung verknüpft, ohne Rücksicht auf das materielle Recht. Es ist ein **öffentlich-rechtliches Pfandrecht**. Es entsteht auch an den Sachen Dritter und auch dann, wenn der Gläubiger keine Forderung hat. Das öffentlich-rechtliche Pfandrecht ist Grundlage der Verwertung und des Eigentumserwerbs des Schuldners. 415

Das öffentlich-rechtliche Pfändungspfandrecht sagt aber *nichts* darüber aus, ob der Gläubiger den Erlös *behalten* darf. Hier entscheidet die materiell-rechtliche Betrachtung, die auf Forderung und Eigentum des Schuldners abstellt. Ggf. erfolgt materiell-rechtlich außerhalb des Vollstreckungsverfahrens ein Ausgleich nach § 812 I BGB. 416

(2) Gemischt privatrechtlich-öffentlich-rechtlichen Theorie

Das öffentlich-rechtliche Pfändungspfandrecht gibt also keinen Rechtsgrund für das *Behalten* des Erlöses. Daran knüpft die Kritik der herrschenden gemischt privatrechtlich-öffentlich-rechtlichen Theorie. Sie ist hM (BGHZ 56, 351; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 50 III 3 a). 417

Die Theorie **unterscheidet**: 418

- (a) Für die Frage, ob dem Gläubiger der Versteigerungserlös gebührt, auch im Verhältnis zum Schuldner und zu anderen Gläubigern, verfiel diese Lehre eine privatrechtliche Betrachtung.

Es muss ein materiell-rechtliches Pfändungspfandrecht vorliegen. Das setzt Forderung und Schuldner Eigentum voraus.

419 (b) Nichts mit dem Pfändungspfandrecht zu tun hat hingegen die Verwertung. Der Eigentumserwerb durch den Ersteher wird auf vollstreckungsrechtliche Grundlagen gestellt. *Nur insoweit* wird die Wirksamkeit des Erwerbs vom Pfandrecht gelöst. Entscheidend ist für den Erwerb allein die wirksame Verstrickung und damit die vollstreckungsrechtliche Voraussetzung des Gläubigerzugriffs.

420 Nach der gemischt privatrechtlich-öffentlich-rechtlichen Theorie entsteht das **Pfandrecht** unter folgenden Voraussetzungen:

- (a) Forderung; Akzessorietät
- (b) Schuldner Eigentum (kein gutgläubiger Erwerb eines Pfandrechts in der Zwangsvollstreckung)
- (c) Beachtung der wesentlichen Verfahrensvoraussetzungen der Zwangsvollstreckung

421 Ein Pfändungspfandrecht entsteht nicht, wenn Verfahrensbestimmungen verletzt werden, selbst wenn die Pfändung als Hoheitsakt wirksam ist und damit die Sache verstrickt ist. Eine Ausnahme gilt für bloße Ordnungsvorschriften, wenn etwa der Gerichtsvollzieher Protokollierungsvorschriften verletzt, §§ 808, 762 ZPO. Diese Unterscheidung wird getroffen, weil die öffentlich-rechtliche Lehre vom rechtswidrigen, aber wirksamen Pfändungsakt nicht für ein privatrechtliches Pfandrecht übernommen werden dürfe. Daher folge im Grundsatz aus jeder Verfahrensverletzung auch das Nichtentstehen des Pfändungspfandrechts (vorbehaltlich bloßer Ordnungsvorschriften).

422 **Bedeutung** erlangt der Meinungsstreit bei **Rechten des Gläubigers gegenüber Dritten**, die nicht konkurrierende Gläubiger sind.

Beispiel: D nimmt die gepfändete Sache weg. Die gemischte Theorie wendet §§ 1204 ff. direkt an und stützt den Herausgabeanspruch auf § 1227 BGB; die öffentlich-rechtliche Theorie wendet § 1227 BGB analog an.

423 **Bei der Frage, ob der Ersteher Eigentum erwirbt**, unterscheiden sich gemischte und öffentlich-rechtliche Theorie im Ergebnis nicht! Nach BGB erwirbt der Ersteher nur Eigentum, wenn das Pfandrecht auch besteht; Ausnahmen gelten nur, wenn er gutgläubig war. Nach der gemischten Theorie kommt es für die Verwertung auf die Verstrickung an, da nur sie Grundlage der Verwertung ist. Nach der öffentlich-rechtlichen Theorie entsteht das prozessuale Verwertungsrecht immer bei wirksamer Pfändung. Der Ersteher erwirbt nach beiden Theorien unter gleichen Voraussetzungen Eigentum; es kommt insbesondere nicht auf eine tatsächlich bestehende Forderung oder auf das Eigentum des Schuldners an.

Hinweis: In beiden Fällen gilt dies auch dann, wenn der Ersteher wusste, dass die versteigerte Sache nicht dem Schuldner gehört. Das ist problematisch. Es ist schwer einzusehen, weshalb der Ersteher besser gestellt sein soll, als beim rechtsgeschäftlichen Erwerb. Diese Kritik betrifft aber beide Theorien.

424 Auch **bei der Frage, ob der Vollstreckungsgläubiger den Erlös behalten darf**, unterscheiden sich gemischte und öffentlich-rechtliche Theorie im Ergebnis nicht! Nach der gemischten Theorie richtet sich die Frage, ob der Gläubiger den Erlös behalten darf, danach, ob ein **Pfandrecht** besteht. Wenn **nicht**, muss er den **Erlös bereicherungsrechtlich** herausgeben (fehlte

die Forderung, dann muss an den Schuldner herausgegeben werden; gehörte die Sache nicht zum Schuldnervermögen, ist an den Eigentümer herauszugeben).

Die *öffentlich-rechtliche Theorie* lässt bei jeder Pfändung ein Pfändungspfandrecht entstehen. Wesentlich ist, dass dieses öffentlich-rechtliche Pfandrecht aber nicht darüber entscheidet, ob der Gläubiger den Erlös auch behalten darf. Dies richtet sich danach, ob der Gläubiger die Forderung hatte und die Sache zum Schuldnervermögen gehörte. Auch hier kommen beide Theorien also zu gleichen Ergebnis!

Ein **Unterschied** besteht zwischen der gemischten und der öffentlich-rechtlichen Theorie allein soweit es um den **Zeitpunkt** der Bestellung des Pfandrechts geht:

425

Beispiel: G lässt bei S einen Schrank pfänden. Versehentlich wurde der Titel nicht zugestellt. Danach pfändet der A den Schrank. Später holt G die Zustellung nach. Nach der öffentlich-rechtlichen Theorie ist die Pfändung des G trotz fehlender Zustellung sofort voll wirksam, weil sie nicht nichtig ist. Durch die Nachholung ist sie unanfechtbar geworden. Nach der gemischten Theorie entsteht das Pfändungspfandrecht für G erst mit Nachholung der Zustellung, aber *nicht* rückwirkend, denn erst jetzt ist der Bestellsakt für das Pfandrecht fehlerfrei. A steht also nach der gemischten Theorie besser.

Der Zeitpunkt der Entstehung des Pfändungspfandrechts ist dann relevant, wenn der Verwertungserlös nicht zur Befriedigung aller Gläubiger ausreicht oder wenn über das Vermögen des Schuldners das Insolvenzverfahren eröffnet wird.

426

Beispiel: Gläubiger G lässt am 15.9. einen PKW beim Schuldner S pfänden, den dieser am 1.9. zur Sicherheit an eine Bank übereignet hat. Am 1.11. wird ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt. Das Verfahren wird am 15.11. eröffnet. Am 16.11. ficht der Verwalter die Sicherungsübereignung gem. § 130 I Nr. 1 InsO an. Die Bank übereignet daraufhin den PKW zurück an S (§ 143 I InsO). Hier steht dem G nur dann ein Absonderungsrecht (§ 50 InsO) zu, wenn man der öffentlich-rechtlichen Theorie folgt. Denn ein zur Absonderung berechtigendes Pfändungspfandrecht wäre zugunsten des G hier bereits mit wirksamer Verstrickung am 15.9. entstanden. Das Pfändungspfandrecht ist daher nicht gem. § 88 InsO unwirksam. Folgt man der gemischten Theorie, entstand am 15.9. noch kein Pfändungspfandrecht, da der PKW nicht im Eigentum des S stand. Auch durch die Rückübereignung am 16.11. konnte der G kein Pfändungspfandrecht nicht mehr erwerben (§ 89 InsO).

d) Verwertung

Die Pfändung ist nur die Sicherstellung der Sache. Daran muss sich die Verwertung anschließen mit dem Ziel, den Gläubiger zu befriedigen. Gepfändetes Geld kann unmittelbar beim Gläubiger abgeliefert werden. Sind andere Sachen gepfändet, müssen diese in Geld „versilbert“ werden.

427

Dementsprechend unterscheidet das die ZPO verschiedene Fälle:

428

- **gepfändetes Geld** (§ 808 II ZPO) werden beim Gläubiger abgeliefert, § 815 ZPO
- Bei **anderen Sachen** als Geld ist eine Umsetzung in Geld erforderlich; die Verwertung erfolgt durch Versteigerung, § 814 ZPO.

Seit 5.8.2009 kann eine Verwertung nicht nur durch Präsenzversteigerung (§ 814 II Nr. 1 ZPO), sondern auch über eine Internetplattform erfolgen, sobald die technischen Voraussetzungen vorliegen (§ 814 II Nr. 2 ZPO). Die Bundesländer nutzen die gemeinsame Plattform www.justiz-auktion.de (seit 1.4.2010 auch der Freistaat Sachsen, Sächs-GVBl. 2010, 94).

e) Zeitpunkt der Versteigerung

- 429 Nach § 816 I ZPO ist eine Frist von einer Woche einzuhalten. Hierdurch soll Druck auf den Schuldner ausgeübt werden, um ihn doch noch zur Zahlung zu bewegen. Die Regelung hat große praktische Bedeutung.

3. Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in eine Geldforderung

430

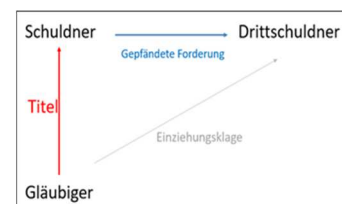
Literatur: *Brehm/Kleinheisterkamp*, Die Bestimmtheit des Pfändungsbeschlusses bei Forderungspfändung, JuS 1998, 781, *Fischer*, Aus der Praxis, Der lästige Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, JuS 2006, 416; *Geißler*, Dogmatische Grundfragen bei der Zwangsvollstreckung in Geldforderungen, JuS 1986, 614; *Smid*, Probleme der Forderungspfändung, Jura 1988, 281.

a) Allgemeines

Für die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in eine Geldforderung ist nicht der Gerichtsvollzieher, sondern das **Vollstreckungsgericht zuständig**, § 828 I ZPO. Hier erfolgt kein tatsächlicher Zugriff, den ein Gerichtsvollzieher vornehmen müsste. Funktional zuständig ist der Rechtspfleger.

- 431 Nicht nur terminologisch sind bei der Forderungspfändung drei **Beteiligte** zu unterscheiden:

- Gläubiger: Inhaber des Titels (der titulierten Forderung)
- Schuldner: Gläubiger der gepfändeten Forderung
- Drittschuldner: Schuldner der gepfändeten Forderung



- 432 Anders als eine bewegliche Sache kann eine Geldforderung dem Schuldner oder einem Dritten nicht nach §§ 808, 809 ZPO weggenommen werden. In eine Geldforderung wird vielmehr dadurch vollstreckt, dass die Forderung des Schuldners gegen den Drittschuldner **gepfändet** (§§ 803, 829 ZPO) und an den Gläubiger **überwiesen** (§ 835 ZPO) wird.

Beachte: In der Praxis ergeht regelmäßig ein einheitlicher Pfändungs- und Überweisungsbeschluss. Gleichwohl müssen Pfändung und Überweisung getrennt werden. Beim Arrest beispielsweise ist nur die Pfändung möglich (§ 930 I 1 ZPO); es gibt keine Überweisung beim Arrest, da der Arrest nur sichert.

b) Vollstreckungsverfahren

- 433 Der Gläubiger stellt einen Antrag an das Vollstreckungsgericht (§ 828 ZPO). Die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung müssen vorliegen. Ferner muss die zu pfändende Forderung bestimmt bezeichnet werden.

Eine Entscheidung ergeht ohne Schuldneranhörung, § 834 ZPO. Nachträglich wird im Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO rechtliches Gehör gewährt.

Grundlage der Entscheidung ist somit allein der Gläubigervortrag. Nach hM erfolgt nicht einmal eine Schlüssigkeitsprüfung. Die Pfändung ergeht, wenn nach irgendeiner vertretbaren Ansicht

die Forderung bestehen und dem Schuldner zustehen kann. Eine Beweisaufnahme erfolgt nicht. Gepfändet wird stets nur die **angebliche Forderung** (das Vollstreckungsgericht prüft kein materielles Recht!); erst im Einziehungsprozess (Gläubiger verklagt Drittschuldner) wird darüber entschieden, ob die Forderung tatsächlich besteht und tatsächlich dem Schuldner zusteht.

Das Gericht pfändet durch Beschluss, § 829 ZPO. Sein Inhalt umfasst:

434

- (1) **Pfändungsausspruch**
- (2) **Zahlungsverbot** an den Drittschuldner (sog. *arrestatorium*)
- (3) **Verfügungsverbot** an den Schuldner (sog. *inhibitorium*).

Der Beschluss muss die gepfändete Forderung genau bezeichnen (Bestimmtheitsgebot). Der Pfändungsbeschluss wird Schuldner und Drittschuldner zugestellt (§ 829 II ZPO). Maßgeblich für die Wirkungen der Pfändung ist aber die Zustellung an den Drittschuldner, § 829 III ZPO.

c) Wirkungen der Pfändung

Der Gläubiger erhält aufgrund der Pfändung nur eine Sicherung, er kann die Forderung noch nicht einziehen (das setzt die Überweisung voraus, § 835 ZPO), aber Leistung an sich und den Schuldner verlangen.

435

Der Schuldner bleibt Inhaber der Forderung, ist aber einem Verfügungsverbot nach §§ 135 f. BGB unterworfen: Verfügungen des Schuldners sind relativ unwirksam. Der Schuldner kann aber Verfügungen vornehmen, die die Stellung des Gläubigers nicht beeinträchtigen, etwa kündigen, auch auf Feststellung klagen.

436

Zahlungen des Drittschuldners an den Schuldner sind dem Gläubiger gegenüber relativ unwirksam. Der Drittschuldner muss ggf. nochmals an den Gläubiger zahlen (nach Überweisung).

437

d) Wichtige Probleme

aa) (Rück-)Erwerb der Forderung durch den Schuldner: Die Forderung muss dem Schuldner *bei der Pfändung* zustehen. Die Pfändung ist nach hM wirkungslos, wenn die Forderung nicht dem Schuldner zusteht, sondern von ihm vor der Pfändung abgetreten worden war. Nach BGHZ 56, 339, 350 f. wird die Pfändung auch nicht nachträglich wirksam, wenn der Schuldner die zunächst unwirksam gepfändete Forderung nachträglich erwirbt. In der Literatur wird ein anderes Ergebnis auf eine Analogie zu § 185 II 1 BGB gestützt (*Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. 2014, Rn. 615).

438

bb) Reichweite der Pfändung: Die Pfändung erfasst trotz des Verbots der Überpfändung (§ 803 I 2 ZPO) die gesamte Forderung (sehr str.), damit der Gläubiger in der **Insolvenz des Drittschuldners** auf der Grundlage seines Einziehungsrechts mehr anmelden kann.

439

Beispiel: G hat eine Titelforderung über 1.000 Euro. Er pfändet die Forderung des S gegen den Drittschuldner (DS), die 10.000 Euro beträgt. Hier sind nach hM die gesamten 10.000 Euro gepfändet, nicht nur 1.000 Euro. In der Insolvenz des DS kann G die Forderung anmelden und erhält bei einer unterstellten Quote von 10% 1.000 Euro.

e) Verwertung

Die Verwertung erfolgt durch **Überweisung**. An die Pfändung schließt sich die Überweisung der Forderung an den Gläubiger an. Beides fällt in der Praxis zusammen („Pfändungs- und

440

Überweisungsbeschluss“, „PfÜB“). Die Überweisung ist Verwertungsakt. Auch hier ist die Zustellung an den Drittschuldner maßgeblich, §§ 835 III, 829 III ZPO.

441 Es bestehen zwei Formen der Überweisung:

aa) Überweisung an Zahlungs statt zum Nennwert, § 835 I Fall 2 ZPO

- besitzt die Wirkung einer Abtretung
- Der **Gläubiger gilt als** zum Nennwert der Forderung **befriedigt**, soweit die Forderung besteht, § 835 II ZPO
- Gläubiger trägt das Einziehungsrisiko

bb) Überweisung zur Einziehung, § 835 I Fall 1 ZPO

- Die Forderung bleibt im Schuldnervermögen, aber der **Gläubiger ist einziehungsbe-rechtigt**. Er kann alle Handlungen vornehmen, die der Durchsetzung dienen, insbesondere klagen. Der Rechtsweg bleibt unberührt; bei Lohnpfändungen ist vor dem Arbeitsgericht zu klagen.
- Der Gläubiger kann aus dem Titel gegen den Schuldner *nicht* gegen den Drittschuldner vollstrecken! Vielmehr muss der Gläubiger den Drittschuldner verklagen („Drittschuldnerprozess“). Grundlage der Aktivlegitimation ist der Überweisungsbeschluss. Die Leistung an den Gläubiger befreit den Drittschuldner auch gegenüber dem Schuldner.
- Der Gläubiger haftet dem Schuldner nach § 842 ZPO bei verzögerter Beitreibung.

f) Stellung des Schuldners

442 Der Schuldner ist zur *Auskunft* und zur *Herausgabe* entsprechender Urkunden verpflichtet, § 836 III ZPO. Der Überweisungsbeschluss ist Vollstreckungstitel gegen den Schuldner. Es handelt sich nur um eine „Hilfsvollstreckung“.

g) Stellung des Drittschuldners

443 Der Drittschuldner kann nicht mehr schuldbefreiend an den Schuldner leisten, denn die Leistung ist dem Gläubiger gegenüber unwirksam.

444 Aufgrund der Pfändung hat der Drittschuldner **Auskunft** zu erteilen, § 840 ZPO. Es handelt sich um eine Wissenserklärung, die dem Gläubiger die Möglichkeit geben soll, sein weiteres Vorgehen planen zu können. Es wird keine einklagbare Auskunftspflicht begründet. Der Drittschuldner macht sich aber schadensersatzpflichtig, wenn er die Auskunft nicht oder unrichtig erteilt.

445 Der Drittschuldner kann als Beklagter im Einziehungsprozess alle **Einwendungen** erheben, die er dem Schuldner gegenüber hat. Die Rechtsstellung ist vergleichbar mit der bei der Zession (§ 404 BGB). Der Drittschuldner kann auch die Nichtigkeit der Pfändung oder Überweisung einwenden, *nicht* aber das Nichtbestehen der *Titelforderung*.

446 Der Drittschuldner ist ähnlich geschützt, wie im Fall der rechtsgeschäftlichen Abtretung (§§ 398 ff. BGB):

- analog §§ 1275, 407 BGB, wenn er die Pfändung nicht kennt, etwa bei Ersatzzustellung
- nach § 836 II ZPO: Ist der Überweisungsbeschluss aufgehoben und zahlt der Drittschuldner an den Gläubiger, so wird er frei. § 836 II ZPO gilt nicht, wenn die Forderung einem Dritten zustand, § 408 BGB.

h) Pfändungsschutz bei Arbeitseinkommen, §§ 850 ff. ZPO

Wird *wegen* einer Forderung *in* eine Forderung des Schuldners vollstreckt, finden die Pfändungsschutzvorschriften nach §§ 850 ff. ZPO Anwendung. In gleicher Weise wie §§ 811 ff. ZPO sichern diese Vorschriften ein der Vollstreckung entzogenes Existenzminimum des Schuldners. 447

Arbeitseinkommen ist bis zu der in § 850c ZPO genannten Höhe (ggf. modifiziert nach § 850f ZPO) unpfändbar (steht also dem Schuldner zur Verfügung); die Beträge werden regelmäßig angepasst. 448

Seit 1.7.2010 besteht zudem die Möglichkeit, ein bei einem Kreditinstitut eingerichtetes Girokonto als **Pfändungsschutzkonto („P-Konto“)** führen zu lassen, § 850k ZPO. Das auf diesem P-Konto geführte Guthaben unterliegt bis zum Freibetrag nach § 850c I 1 ZPO nicht der Pfändung. 449

4. Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in sonstige Rechte.

Grundlage für die Pfändung „sonstiger Rechte“ (nicht Sachen und Forderungen) ist **§ 857 ZPO**. § 857 Abs. 1 ZPO ist eine Auffangnorm. Unter § 857 ZPO fallen: Miteigentum, Immaterialgüterrechte, Gesellschaftsanteile (GmbH, oHG, ...), Miterbenanteile, Grundschulden, Anwartschaftsrechte usw.. Der Zugriff erfolgt durch Pfändung, zuständig ist das Vollstreckungsgericht. 450

► Zur Vertiefung Fall 12: Zwangsvollstreckung in eine unter Eigentumsvorbehalt erworbene Sache. 451

5. Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in unbewegliches Vermögen

§ 866 ZPO regelt die drei Formen der Zwangsvollstreckung in Immobilien. §§ 867 f. ZPO nominieren allein die Zwangshypothek. § 869 ZPO verweist wegen der übrigen Formen der Zwangsvollstreckung (Zwangsversteigerung und -verwaltung) auf das ZVG. 452

a) Abgrenzung zur Mobiliarvollstreckung

Bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen muss unterschieden werden, ob Vollstreckungsgegenstand eine bewegliche Sache (dann ist regelmäßig der Gerichtsvollzieher zuständig) oder Immobilienvermögen (dann ist das Vollstreckungsgericht nach dem ZVG zuständig) ist. Für die Abgrenzung ist von folgender **Systematik** auszugehen: Die ZPO bestimmt in §§ 864 f. ZPO, was als Vollstreckungsgegenstand zum unbeweglichen Vermögen gehört (Eigentum an Grundstücken, Erbbaurecht, Miteigentumsanteil, Wohnungseigentum). *Alles Übrige ist bewegliches Vermögen* (§§ 803–863 ZPO). 453

Wichtig ist **§ 865 I ZPO**: Der Zwangsvollstreckung in das *Immobilienvermögen* unterliegen alle (beweglichen!) Sachen und Rechte, auf die sich bei Grundstücken die Hypothek erstreckt, § 1120 BGB. Der **Haftungsverband** der Hypothek wird also erstreckt auf diejenigen Gegenstände, die **wirtschaftlich zur Immobilie** gehören. 454

Die Reichweite der Mobiliarvollstreckung wird präzisiert durch **§ 865 II ZPO. Zubehör** (dazu § 97 BGB) kann **nicht gepfändet** werden, sofern es zum Haftungsverband der Hypothek gehört, § 865 II 1 ZPO. Nach § 1120 BGB erstreckt sich die Hypothek nur auf solches Zubehör, was dem Grundstückseigentümer gehört. Deshalb zählen etwa *gemietete* Fahrzeuge nicht dazu und können vom Gerichtsvollzieher (vorbehaltlich § 771 ZPO) gepfändet werden. Zube- 455

hör von Grundstücken im Eigentum des Grundstückseigentümers unterliegt hingegen (vorbehaltlich einer Enthftung nach §§ 1121, 1122 II) *allein* der *Immobilien*vollstreckung (beachte §§ 20, 21 I, 55 II ZVG: Beschlagnahme erstreckt sich darauf). Die gemeinsame Verwertung soll die wirtschaftliche Einheit von Grundstück und Zubehör bewahren und damit den Verwertungserlös erhöhen.

Beispiel: Auf einem landwirtschaftlichen Grundstück befindet sich ein Traktor. Dieser Traktor gehört dem Eigentümer des Grundstücks. Er kann nicht gepfändet werden. Um auf den Traktor zuzugreifen, muss die Immobilienvollstreckung gewählt, d.h. in das Grundstück die Zwangsversteigerung betrieben werden.

Hat der Grundstückseigentümer Zubehör unter Eigentumsvorbehalt erworben ist anerkannt, dass sich die Hypothekenhaftung nach § 1120 BGB auch auf das Anwartschaftsrecht erstreckt (BGH NJW 1961, 1349). Umstritten ist, ob deshalb nicht nur das Anwartschaftsrecht, sondern auch die unter Eigentumsvorbehalt erworbene Sache nach § 865 II 1 ZPO unpfändbar ist (dazu *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. 2014, Rn. 216).

- 456 Wird Zubehör entgegen § 865 II 1 ZPO gepfändet, ist die Pfändung nicht nichtig, sondern **lediglich anfechtbar**. Nach hM begründet die Pfändung entgegen § 865 II 1 ZPO zwar die Verstrickung (vgl. Rn. 404), nicht jedoch ein Pfändungspfandrecht nach § 804 ZPO.

Gegen eine nach § 865 II 1 ZPO unzulässige Pfändung können Schuldner und beeinträchtigte Grundpfandrechtsgläubiger nach § 766 ZPO vorgehen.

► Zur Vertiefung Fall 13: Zwangsversteigerung von Grundstück und Zubehör.

b) Zwangsversteigerung

aa) Allgemeines

- 457 Vollstreckungsorgan ist das Vollstreckungsgericht. Voraussetzung für die Zwangsversteigerung ist nach § 15 ZVG ein Antrag. Seinen Inhalt regelt § 16 ZVG. Geprüft werden die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung und die der Zwangsversteigerung im Besonderen.

- 458 Maßgeblich ist der **Anordnungsbeschluss**. Er wird nach § 22 ZVG mit der Zustellung wirksam. Er wird im Grundbuch eingetragen, § 19 ZVG.

bb) Wirkung

- 459 Der Anordnungsbeschluss gilt zugunsten des Gläubigers als **Beschlagnahme** des Grundstücks (§ 20 I ZVG). Der Gläubiger erhält kein Pfandrecht, aber ein Absonderungsrecht nach § 49 InsO und ein Recht auf Befriedung nach § 10 I Nr. 5 ZVG. Die Reihenfolge richtet sich nach § 11 II ZVG. Es gilt der Prioritätsgrundsatz.

Nach § 23 I 1 ZVG hat die Beschlagnahme die **Wirkungen** eines **relativen Veräußerungsverbots**, §§ 135 f. BGB. Eine Ausnahme davon findet sich in § 23 I 2 ZVG. Danach sind Verfügungen im Rahmen der ordnungsgemäßen Wirtschaft wirksam. § 23 II ZVG erhöht die Voraussetzungen für den gutgläubigen Erwerb nach §§ 135 II, 892 BGB. Danach steht die Kenntnis des Antrages der Kenntnis des Anordnungsbeschlusses gleich.

Bei beweglichen Sachen gilt § 23 II 2 ZVG. Demzufolge kommt es bei Mobilien nicht auf den Eintrag im Grundbuch an. Die Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks macht den Erwerber bezüglich mithaftender Sachen bösgläubig. Der Besitz ist unerheblich. **460**

cc) Reichweite der Beschlagnahme

Nach § 20 II ZVG haftet der Haftungsverband der Hypothek (§§ 1120 ff. BGB, also insbesondere Zubehör des Schuldners [nach pfändbar, § 865 II ZPO] und Erzeugnisse) mit Ausnahme § 21 ZVG (hier Nutzungen des Grundstücks, für die Zwangsverwaltung gilt). **461**

cc) Zwangsversteigerungsprinzipien

(1) Deckungsprinzip

Die Zwangsversteigerung darf **vorrangige** Grundstücksrechte (dazu § 10 Nr. 5 ZVG) **nicht beeinträchtigen**, etwa eine erstrangige Hypothek. Dies wird verhindert durch Festlegung des sog. **geringsten Gebots**. Nach § 44 ZVG wird nur ein Gebot zugelassen, durch die vorrangigen Rechte und die Verfahrenskosten „gedeckt“ sind. Das geringste Gebot dient der Sicherung vorrangiger Gläubiger (Rangordnung § 10 ZVG). **462**

(2) Übernahmegrundsatz

Die in das geringste Gebot fallenden Rechte werden vom Ersteher übernommen, § 52 I ZVG. Das hat den Vorteil, dass weniger Geld entrichtet werden muss, und erhöht die Bietfreudigkeit. Das immer noch sog. Bargebot kann (seit 1.2.2007) nicht mehr in bar, sondern nur noch durch vorherige Überweisung oder Einzahlung berichtet werden, § 49 III ZVG. **463**

Beispiel zu Deckungs- und Übernahmeprinzip (nach *Gerhardt*, JA 1981, 15):

Belastungen des Grundstücks:

zugunsten A	10.000 Euro
B	15.000 Euro
C	20.000 Euro

Es vollstreckt der Gläubiger G aus einem Titel über 50.000 Euro. In das geringste Gebot (§ 44 ZVG) fallen nur Gebote, die die Rechte von A, B und C (zusammen 45.000 Euro) decken zuzüglich der Verfahrenskosten (angenommen 2.000 Euro), d.h. insgesamt 47.000 Euro. In der Versteigerung wird demnach nur ein (geringstes) Gebot iHv. mindestens 47.000 Euro zugelassen.

Es müssen aber nicht mindestens 47.000 Euro bezahlt werden. Es genügt, wenn nur die Kosten beglichen werden und die dem Bieter vorgehenden Rechte übernommen werden, § 52 S. 1 ZVG.

Will ein Ersteherer für das Grundstück 60.000 Euro aufwenden, so muss er nach § 49 ZVG nur 15.000 Euro an die Gerichtskasse überweisen oder einzahlen, das sog. Bargebot (Kosten 2.000 Euro zuzüglich 13.000 Euro Mehrgebot).

dd) Zuschlag

Der Zuschlag wird dem Meistbietenden erteilt, § 81 ZVG. Mit dem Zuschlag wird der Ersteher **Eigentümer** des Grundstücks und aller Gegenstände, auf die sich die Versteigerung erstreckt hat (§ 90 ZVG). Dies ist ein Unterschied zu der Zwangsversteigerung beweglicher Sachen, wo der Ersteher erst mit Ablieferung der Sache (§ 817 II ZPO) Eigentum erlangt (→ Rn. 509). Gegenstände sind dabei solche, deren Beschlagnahme noch wirksam ist (§ 55 ZVG) und Zu- **464**

behörstücke Dritter, die sich im Schuldnerbesitz befinden (§ 55 II ZVG). Den Umfang der Beschlagnahme bestimmen §§ 20 f. ZVG. Der Erwerbsumfang bestimmt sich folglich nach **§§ 90, 55, 20 f. ZVG** (berühmte Paraphrenkette).

- 465 Der Eigentumserwerb erfolgt wiederum kraft Hoheitsakt ohne Rücksicht auf die wahre Rechtslage oder den guten Glauben des Erwerbers.
- 466 Nach § 91 ZVG erlöschen die Rechte, die nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben. Das gilt insbesondere für Rechte, die **nicht** in das geringste Gebot fallen, § 52 Satz 2 ZVG. Nachrangige Grundpfandrechtsinhaber, deren Recht wegen § 52 Satz 2 ZVG erloschen ist, können aus dem Erlös Befriedigung verlangen (**Surrogationsgedanke**, § 92 ZVG).
- 467 Der **Zuschlag** ist **Vollstreckungstitel** (§ 93 ZVG) gegen den Besitzer des Grundstücks. Das kann auch der frühere Eigentümer sein. Aus dem Zuschlagsbeschluss kann jedoch nicht gegen den Mieter des versteigerten Grundstücks vollstreckt werden. § 57 erklärt § 566 BGB für anwendbar. Der Ersteigerer wird in ein Mietverhältnis eingebunden. Aber er hat ein *einmaliges* (!) **Sonderkündigungsrecht** nach § 57a ZVG; maßgeblich ist die gesetzliche Kündigungsfrist. Mieterschutzvorschriften (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB: „Eigenbedarf“, § 574 BGB) sind auch vom Ersteher einzuhalten.

c) Zwangshypothek

- 468 Die Zwangshypothek (§§ 866 ff. ZPO) verschafft dem Gläubiger keine Befriedigung, sondern lediglich eine dingliche **Sicherung** mittels Sicherungshypothek am Grundstück des Schuldners, aus deren Rang der Gläubiger später ggf. durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung in das Grundstück vollstrecken kann (§ 1147 BGB).

Duldungstitel für eine spätere Zwangsvollstreckung ist der Zahlungstitel, auf dem die Eintragung der Zwangshypothek vermerkt ist, § 867 III ZPO.

d) Zwangsverwaltung

- 469 Im Wege der Zwangsverwaltung (§ 869 ZPO iVm. §§ 146–161 ZVG) kann sich der Gläubiger aus dem **Nutzungsertrag** des Grundstücks (etwa Miet- und Pächterträge) befriedigen. Die Anordnung der Zwangsverwaltung bewirkt eine Beschlagnahme des Grundstücks, §§ 21, 148 I ZVG. Die Grundstückserträge werden durch den Zwangsverwalter unter den Gläubigern verteilt, §§ 152, 155 ZVG.

e) Verteilungsverfahren

- 470 Das Verteilungsverfahren ist in §§ 105 ff. ZVG geregelt. Die Rangfolge der Rechte bestimmt sich nach § 10 ZVG. Zu beachten sind insbesondere § 10 Nr. 4 ZVG (dingliche Rechte, § 11 I ZVG) und § 10 Nr. 5 ZVG (schuldrechtliche Titel, § 11 II ZVG).

IV. Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung

1. Vollstreckungsabwehrklage, § 767 ZPO

Literatur: *Leyendecker*, Grundfälle zur Vollstreckungsabwehrklage, JA 2010, 631, 803; *Maihold*, Präklusion der Aufrechnung, JA 1995, 754; *Wittschier*, Die Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO, JuS 1997, 450.

Prüfungsaufbau:

I. Zulässigkeit

1. Statthaftigkeit: Kläger muss behaupten, eine materiell-rechtliche Einwendung gegen den titulierten Anspruch zu haben
2. Zuständigkeit: Gericht des ersten Rechtszugs (§ 767 I ZPO); Sonderregelungen in §§ 796 III, 797 V ZPO für Vollstreckungsbescheid und notarielle Urkunde
3. Antrag und Form: Es gelten die allgemeinen Regeln für Klagen, also insbes. § 253 ZPO. Beantragt wird, die Zwangsvollstreckung aus dem Titel für unzulässig zu erklären.
4. Rechtsschutzbedürfnis: besteht von Titelschaffung bis zur endgültigen Beendigung der Zwangsvollstreckung.

II. Begründetheit

1. Bestehen einer Einwendung: Hier erfolgt die Prüfung des materiellen Zivilrechts (z.B. Aufrechnung, Rücktritt, Minderung, Anfechtung, Kündigung, Widerruf).
2. Keine Präklusion nach § 767 II ZPO
3. Keine Präklusion nach § 767 III ZPO

a) Überblick

Der Schlüssel zum Verständnis der Vollstreckungsgegenklage ist der **Formalisierungsgrundsatz**: Im Vollstreckungsverfahren wird materielles Recht nicht geprüft, auch nicht Einwendungen des Schuldners gegen den titulierten Anspruch. Dies ist vielmehr eine Aufgabe des Erkenntnisverfahrens, das durch die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO eingeleitet wird. Alternativen hat der Schuldner nicht. Der Schuldner, der materiell-rechtliche Einwendungen geltend machen will, muss gegen den Gläubiger klagen. Das gilt, wenn der Schuldner behauptet, er habe die Forderung getilgt, aufgerechnet, sie sei ihm erlassen worden usw.. Ferner finden Stundung, Verzicht, Leistung an Erfüllungs Statt, Vergleiche usw. hier Beachtung. Hierher gehören ebenso die Fälle des Verlustes der Inhaberschaft der Forderung (Aktivlegitimation), etwa durch Abtretung.

471

Nur in zwei Fällen muss der Schuldner *nicht* nach § 767 ZPO klagen:

472

- § 775 Nr. 4 ZPO für Erfüllung und Stundung, die sich aus Urkunden ergibt.
- Ferner § 775 Nr. 5 ZPO; Vorlage eines Einzahlungs- oder Überweisungsnachweises einer Bank oder Sparkasse, aus der sich die Gläubigerbefriedigung ergibt.

Ziel der Vollstreckungsgegenklage ist es, die **Vollstreckbarkeit des Titels** insgesamt zu **be-**
seitigen. Es geht bei der Vollstreckungsgegenklage *nicht* um die Zulässigkeit *einzelner Voll-*
streckungsmaßnahmen.

473

Der Klageantrag der Vollstreckungsgegenklage ist gerichtet auf: „Die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Amtsgerichts Leipzig vom ... Az ... wird für unzulässig erklärt“.

474

- 475 Es handelt sich dabei um eine **prozessuale Gestaltungsklage**. Durch das Urteil wird dem Titel die Vollstreckbarkeit genommen.
- 476 Wenn der Kläger (das ist der Schuldner!) Erfolg hat, kann er über § 775 Nr. 1 ZPO die Einstellung der Zwangsvollstreckung und nach § 776 ZPO die Aufhebung bisheriger Maßnahmen erreichen.
- 477 Die Klage nach § 767 ZPO und das Urteil lassen auch die Rechtskraft eines Titels unberührt.

Beispiel: Der Schuldner wird verurteilt, an den Gläubiger 1.000 Euro zu bezahlen. Nach Rechtskraft zahlt der Schuldner. Gleichwohl will der Gläubiger die Vollstreckung betreiben. Der Schuldner *obsiegt* mit seiner Vollstreckungsgegenklage. Jetzt kann er sich zwar der weiteren Zwangsvollstreckung entgegenstellen (Vorgehen nach § 775 Nr. 1 ZPO). Die bezahlten 1.000 Euro kann er nicht (nach § 812 I BGB) zurückfordern. Dem steht die Rechtskraft entgegen.

b) Einwendungsausschluss nach § 767 II ZPO

- 478 § 767 II ZPO beschränkt die Zulässigkeit von Einwendungen, die mit der Vollstreckungsgegenklage erhoben werden können. Sie sind nur zulässig, wenn die Gründe, auf denen sie beruhen, **nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung** *neu entstanden* sind, in der sie spätestens hätten geltend gemacht werden müssen.
- 479 In der **Klausurbearbeitung** darf also nicht nochmals die gesamte Forderung geprüft werden, sondern nur die vom Kläger vorgebrachten Einwendungen (und natürlich die vom Beklagten dagegen erhobenen Gegeneinwendungen).
- 480 Diese Beschränkung der Einwendungen bezweckt die **Sicherung der Rechtskraft** des vollstreckten Urteils. Durch die Rechtskraft wird der Schuldner mit allen Einwendungen ausgeschlossen, die den Anspruch betreffen. Das gilt aber nur, soweit er sie hätte im Prozess geltend machen können.
- 481 § 767 II ZPO stellt klar, dass auch vollstreckungsrechtlich die Rechtskraft des Urteils nicht mehr angegriffen werden kann. Das Urteil würde dem Gläubiger wenig nützen, wenn es zwar seinen Anspruch mit Rechtskraft feststellt, er aber nicht vollstrecken könnte. Durch § 767 II ZPO wird verhindert, dass eine Einwendung, die bereits im Prozess behandelt wurde (!), nochmals zum Gegenstand eines Rechtsstreits gemacht werden kann. Aber selbst wenn sie nicht behandelt wurde, ist die Einwendung durch die Rechtskraft abgeschnitten („Präklusion durch Rechtskraft“). Auf ein Verschulden kommt es nicht an.
- 482 Bei vollstreckbaren Urkunden gilt § 767 II ZPO nicht, vgl. § 797 IV ZPO. Urkunden erwachsen nicht in Rechtskraft. Auch bei der Vollstreckung aus Prozessvergleichen (§ 794 I Nr. 1 ZPO) findet § 767 II ZPO keine Anwendung, weil diese ebenfalls nicht in Rechtskraft erwachsen (BGH NJW-RR 1987, 1022 f.).

Beachte: Obwohl § 767 II ZPO für den Prozessvergleich nicht gilt, ist die Vollstreckungsabwehrklage erfolglos, wenn sich der Kläger auf rechtshindernde Einwendungen gegen den *Vergleich* beruft. Bei Streit um die Unwirksamkeit des Vergleichs ist vielmehr der alte Rechtsstreit fortzusetzen (BGH NJW 2011, 2141 Rn. 11).

Sehr umstritten ist, wann die Einwendung entstanden ist, wenn es sich um **Gestaltungsrechte** handelt. Kommt es hier auf das Bestehen des Gestaltungsrechts oder seine Ausübung an? **483**

Beispiel: Der Schuldner erfährt während des Prozesses, dass der Gläubiger ihn arglistig getäuscht hat. Erst nach Rechtskraft des Urteils ficht er gemäß § 123 BGB an, aber noch innerhalb der Frist des § 124 BGB.

Stellt man auf das Entstehen des Gestaltungsrechts ab, so scheitert eine Vollstreckungsgegenklage an § 767 II ZPO. Nicht so, wenn man auf die Rechtsfolge des Ausübens des Anfechtungsrechts abstellt (§ 142 I BGB). **484**

Der **BGH** richtet sich nach dem *Entstehen* des Gestaltungsrechts. Das wird damit begründet, dass man der Verschleppungsabsicht vorbeugen wolle. Anders die herrschende **Literatur:** Es komme auf die *Ausübung* an. Andernfalls nehme man dem Inhaber des Gestaltungsrechts die ihm vom materiellen Recht eingeräumte Überlegungsfrist, etwa § 124 BGB. Der BGH verkürzt die Frist, weil der Gläubiger durch Klage den Schuldner zur Ausübung nötigen kann. **485**

All dies gilt auch bei anderen gesetzlichen Gestaltungsrechten wie Aufrechnung (vgl. BGHZ 34, 274), Rücktritt usw., *nicht* aber bei *vertraglichen* Optionsrechten (BGHZ 94, 29: Verlängerungsoption im Mietvertrag kann auch noch nach rechtskräftiger Verurteilung zur Räumung ausgeübt werden). **486**

§ 767 II ZPO dient nach Auffassung der Rechtsprechung der Abwehr von Verzögerungen. Aber es besteht keine Obliegenheit zur Schaffung von Gestaltungsrechten. **487**

Handelt es sich bei dem Vollstreckungstitel um ein **Versäumnisurteil**, können Einwendungen nicht mehr geltend gemacht werden, wenn ein Einspruch nicht mehr statthaft ist. Nach hM sind alle Einwendungen ausgeschlossen, die der Schuldner durch Einspruch hätte geltend machen können. Die Klage nach § 767 ZPO könne mithin nur auf solche Einwendungen gestützt werden, die erst nach Ablauf der Einspruchsfrist entstanden sind (BGH NJW 1982, 1812). Der Schuldner ist gezwungen, Einspruch zu erheben, wenn er innerhalb der Einspruchsfrist zahlt. **488**

Beispiel: Gegen den Schuldner ist ein Versäumnisurteil ergangen. Daraufhin zahlt er ohne aber Einspruch einzulegen, weil er die Kosten sparen will und glaubt, die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil nunmehr mit der Vollstreckungsgegenklage abwenden zu können. Nach der hM wäre diese aber unbegründet.

c) Bündelungsgebot, § 767 III ZPO

Der Schuldner muss in der **ersten** Vollstreckungsgegenklage **alle Einwendungen** geltend machen, zu denen er imstande ist. **489**

Zweck: Die Zwangsvollstreckung soll nicht durch immer neue Einwendungen verzögert werden können. § 767 III ZPO ist erforderlich, weil es um die **Präklusion** von **Einwendungen** geht, um die noch nicht gestritten worden war. **490**

Beachte: § 767 II und III ZPO sind streng zu **trennen!** § 767 II ZPO bezieht sich auf den Vorprozess, § 767 III ZPO auf die erste Vollstreckungsgegenklage. Eine frühere Vollstreckungsgegenklage präkludiert Einwendungen.

- 491 Bei § 767 III ZPO kommt es darauf an, dass der Schuldner die Einwendung **schuldhaft** nicht geltend machen konnte. Kannte er etwa eine Einwendung nicht bei der ersten Vollstreckungsgegenklage, so ist er nicht präkludiert. Es geht allein um die Verhinderung von Prozessverzögerungen. Anders bei § 767 II ZPO zum Schutze der Rechtskraft. Da § 767 III ZPO allein den Zweck verfolgt, eine Vollstreckungsverzögerung zu verhindern, schließt die Bestimmung nicht aus, dass auf die präkludierte Einwendung die Bereicherungsklage gestützt wird.

Beispiel: Der Schuldner behauptet Erfüllung im Verfahren nach § 767 ZPO. Er wird abgewiesen. Er hätte seine Vollstreckungsgegenklage aber auch auf einen Forderungserlass stützen können, denn ein Vertreter hatte einen entsprechenden Vertrag geschlossen. Mit dem Einwand „Erlas“ ist er nur gemäß § 767 III ZPO bei einer erneuten Vollstreckungsgegenklage präkludiert, nicht jedoch für die Kondiktionsklage.

d) Verfahren

- 492 Zuständig ist – ausschließlich, § 802 ZPO – das Prozess(!)gericht erster Instanz. Die Vollstreckungsklage ist möglich, sobald ein Vollstreckungstitel vorliegt. Sie ist auch zulässig, wenn die Zwangsvollstreckung noch nicht begonnen hat. Es geht bei der Klage um die Beseitigung der Vollstreckbarkeit, nicht um eine konkrete Vollstreckungsmaßnahme. Klagen kann nur der Schuldner. Das ist derjenige, gegen den der Vollstreckungstitel gerichtet ist. Ein Dritter ist nicht klagebefugt. Dies ist insbesondere zu beachten, wenn eine Personengesellschaft im Vollstreckungstitel als Vollstreckungsschuldner ausgewiesen ist. In diesem Fall können nicht die einzelnen Gesellschafter gegen die Vollstreckung nach § 767 ZPO vorgehen. Vielmehr ist allein die Gesellschaft klagebefugt (BGH NZG 2016, 221). Klagegegner ist der Vollstreckungsgläubiger, der im Titel oder in der Klausel als Gläubiger genannt ist. Auch kann vorsorglich (und daneben) gegen einen Dritten geklagt werden, der für sich die Rechtsnachfolge in Anspruch nimmt, wenn die Zwangsvollstreckung von ihm droht. Es muss jedoch stets darauf geachtet werden, auf welche materiell-rechtliche Einwendung sich der Schuldner beruft. Hat der Schuldner obsiegt, kann er nach § 775 Nr. 1 ZPO die Entscheidung dem Vollstreckungsorgan vorlegen, das die Zwangsvollstreckung einstellt.

Beispiel: Gläubiger G tritt seinen titulierten Anspruch in einer notariellen Urkunde an einen Dritten ab. Hier kann der Schuldner, wenn er erfüllt hat, gem. § 767 ZPO mit der Begründung gegen den Zedenten vorgehen, er sei nicht mehr Inhaber der Forderung. Er kann auch gegen den Zessionar Vollstreckungsgegenklage erheben und den Einwand der Erfüllung geltend machen. Einer solchen Klage fehlt nicht das Rechtsschutzbedürfnis, weil der Titel umgeschrieben werden kann (§ 727 ZPO).

e) Eilmaßnahmen

- 493 Bis über die Vollstreckungsgegenklage entschieden ist und der Schuldner nach § 775 Nr. 1 ZPO vorgehen kann, vergeht oft sehr viel Zeit. Das Gericht kann nach § **769 ZPO** zum Schutze des Schuldners einstweilige Anordnungen treffen. Wirkung: 775 Nr. 2 ZPO. Möglich ist auch eine einstweilige Anordnung im Urteil (vgl. § 770 ZPO). § 769 ZPO entspricht §§ 719, 707 ZPO.

f) NEU: § 767 ZPO analog bei Vollstreckungsverträgen

BGH NJW 2017, 2202, Rn. 44 ff. (dazu *K. Schmidt* JuS 2017, 1123) wendet § 767 ZPO (analog) an bei „vollstreckungsbeschränkenden“ Verträgen. Ehegatten hatten vereinbart, dass die Zwangsvollstreckung wegen eines Zugewinnausgleichsanspruchs nicht in Gesellschaftsanteile erfolgen soll. § 767 ZPO – und nicht die formale Verfahrensfehler betreffende Erinnerung (§ 766 ZPO) – ist einschlägig, weil sich Vollstreckungsvereinbarungen nicht formalisieren und typisieren lassen und daher für eine nur formale Prüfung nicht in Betracht kommen. Im Tenor ist anzuordnen, dass die Zwangsvollstreckung in den vereinbarungsgemäß nicht der Zwangsvollstreckung unterliegenden Gegenstand einzustellen ist.

494

► Zur Vertiefung **Fall 14: Vollstreckungsabwehrklage.**

495

2. Drittwiderspruchsklage, § 771 ZPO

Literatur: *Brox/Walker*, Die Drittwiderspruchsklage, JA 1986, 113; *Huber*, Grundwissen Zivilprozessrecht: Sicherungseigentum in Zwangsvollstreckung und Insolvenz, JuS 2011, 588; *Leyendecker*, Grundfälle zur Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO, JA 2010, 725, 879; *Wittschier*, Die Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO, JuS 1998, 926; *ders.*, Der praktische Fall – Vollstreckungsrechtsklausur: Die vollstreckungsfeste Treuhand, JuS 1999, 1216.

Prüfungsaufbau:**I. Zulässigkeit**

1. Statthaftigkeit; Abgrenzung zu anderen Rechtsbehelfen
2. Prozessführungsbefugnis (Beklagter muss Gläubiger sein)
3. Zuständigkeit
4. Rechtsschutzbedürfnis

II. Begründetheit

1. Interventionsrecht des Klägers
2. keine Einwendungen des Beklagten gegen das Interventionsrecht des Klägers

a) Bedeutung

Die Zwangsvollstreckung ist nicht nur formalisiert hinsichtlich der Frage, ob der Schuldner leisten muss. Die Zwangsvollstreckung ist auch hinsichtlich der Zugriffstatbestände formalisiert: Nach § 808 ZPO kommt es für die Zulässigkeit der Pfändung allein auf den **Gewahrsam** des Schuldners an. Materiell-rechtlich haftet zwar grundsätzlich nur das Vermögen, das dem Schuldner gehört. Als Vollstreckungsorgan prüft der Gerichtsvollzieher aber nicht, ob der gepfändete Gegenstand auch dem Schuldner gehört. Gleiches gilt bei der Immobiliervollstreckung: Nach § 17 ZVG kommt es nicht auf Eigentum des Schuldners, sondern nur auf dessen Eintragung im Grundbuch an. Vielmehr ist es Sache des Eigentümers der gepfändeten Sache (oder beschlagnahmten Immobilie), den gepfändeten Gegenstand wieder „freizukämpfen“. Hierfür ist die **Drittwiderspruchsklage** (§ 771 ZPO) statthaft.

496

Beispiel: Student E leiht einer Kommilitonin S sein Lehrbuch zum Zwangsvollstreckungsrecht. Der Gerichtsvollzieher erscheint in ihrer Wohnung und pfändet es für deren Gläubiger G. Die Pfändung ist rechtmäßig. E muss Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) erheben. Das „die Veräußerung hindernde Recht“ ist hier das Eigentum des E.

Die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) entspricht der **Aussonderung** in der Insolvenz (vgl. § 47 InsO).

b) Verfahren

497 Die Drittwiderspruchsklage führt – wie die Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) – zu einem gewöhnlichen ordentlichen Zivilprozess.

Die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) richtet sich aber nicht gegen die Vollstreckbarkeit des Vollstreckungstitels, sondern gegen eine bestimmte Vollstreckungshandlung. Das stattgebende Urteil spricht daher (nur) die Unzulässigkeit einer bestimmten Vollstreckungsmaßnahme aus.

Der Entscheidungstenor lautet: „Die von dem Beklagten am ... durch den Gerichtsvollzieher X aus dem Urteil des AG Leipzig vom ... Az. ... betriebene Zwangsvollstreckung in das Fahrrad Marke ... Farbe rot, Hersteller-Nr. 1234 wird für unzulässig erklärt.“

Der Vollstreckungstitel bleibt unberührt. Der Gläubiger kann andere Gegenstände pfänden.

498 Hat der Kläger mit der Drittwiderspruchsklage Erfolg, muss er nach § 775 Nr. 1 ZPO vorgehen. Es handelt sich um eine prozessuale Gestaltungsklage.

c) Eilmaßnahmen

499 Eilmaßnahmen sind nach § 771 III ZPO möglich. Die Vorschriften der §§ 769 f. ZPO sind hierbei entsprechend anzuwenden. Bei Erlass einer einstweiligen Anordnung ist nach § 775 Nr. 2 ZPO vorzugehen.

d) Voraussetzungen

aa) Parteien

500 Die Klage muss vom Inhaber des Interventionsrechts gegen den Gläubiger gerichtet werden. Der **Schuldner** ist grundsätzlich **nicht Dritter**. Ausnahme: Sind dem Schuldner haftungsrechtlich zwei getrennte Vermögen zugeordnet, so kann er Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) erheben, wenn in das falsche Vermögen vollstreckt wird.

Beispiel: Der Gläubiger hat einen Titel, der sich gegen den Testamentsvollstrecker richtet, § 748 ZPO. Es wird ein Gegenstand gepfändet, der zum Privatvermögen des Testamentsvollstreckers gehört. Hier kann der Testamentsvollstrecker nach § 771 ZPO klagen.

§ 771 II ZPO: Ein Dritter kann gegen den Gläubiger nach § 771 ZPO und gegen den Schuldner auf Herausgabe klagen, etwa nach § 985 BGB. Gläubiger und Schuldner sind dann (einfache) Streitgenossen (→ Rn. 344).

bb) Zeitpunkt

501 Das Rechtsschutzbedürfnis für eine Drittwiderspruchsklage entsteht nicht schon dann, wenn ein Vollstreckungstitel vorliegt. Zu diesem Zeitpunkt weiß man noch nicht, in welchem Gegenstand vollstreckt wird. Erforderlich ist eine konkrete Vollstreckungsmaßnahme in den dem Dritten gehörenden Gegenstand.

502 Anders aber bei einem Herausgabetitel, der den herauszugebenden Gegenstand benennt. Hier muss der Eigentümer usw. nicht warten, bis der Gerichtsvollzieher die Sache nach § 883 ZPO wegnimmt.

503 Der Anwendungsbereich einer Klage nach § 771 ZPO entfällt, wenn der Vollstreckungsvorgang **vollständig abgeschlossen** ist. Das ist erst der Fall mit der Ablieferung des Erlöses beim Gläubiger, nicht jedoch schon mit der Ablieferung der Sache beim Ersteigerer. Es tritt

Surrogation am Erlös ein. Der Dritte ist Eigentümer des Erlöses und kann sein Recht daran nach § 771 ZPO durchsetzen.

Solange die Drittwiderspruchsklage statthaft ist, entfaltet sie eine **Sperrwirkung** gegenüber auf materiellrechtliche Ansprüche gestützte Klagen. Der Dritte kann daher gegen den Gläubiger nicht nach § 985 BGB oder § 1004 BGB klagen. Auch Bereicherungsansprüche gegen den Gläubiger können erst verfolgt werden, wenn die Drittwiderspruchsklage nicht mehr möglich ist.

504

cc) „Veräußerungshindernde“ Rechte

(1) Grundsatz

Der Wortlaut des § 771 I ZPO lautet: „Veräußerung hinderndes Recht“. Die Bedeutung ist unklar. Man trägt vor, wegen der Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs (§§ 892, 932 BGB) sei sogar das „Eigentum“ nicht immer ein die Veräußerung hinderndes Recht. Freilich konnte die ZPO diese Bestimmungen des jüngeren BGB nicht kennen.

505

BGHZ 55, 20, 26 stellt klar: „Ein die Veräußerung hinderndes Recht nach § 771 ZPO liegt vor, wenn der Schuldner, veräußerte er selbst den Gegenstand, widerrechtlich in den Rechtskreis des Dritten eingreifen würde.“ Gemeint ist damit, dass der Gegenstand für die Verbindlichkeiten des Schuldners nicht haftet.

Zugleich wird in § 771 ZPO die Klageberechtigung festgelegt: Klagen darf nur, wem das Recht zusteht. Der Dritte muss an dem Gegenstand eine Rechtsposition haben, die die Veräußerung rechtswidrig macht.

506

BGH NJW 2006, 1969 hat die Einzelprozessführungsbefugnis des Miterben nach § 2039 Satz 1 BGB auch für die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO bejaht. Das muss dann auch für § 1011 BGB gelten.

(2) Eigentum

(Allein-)Eigentum ist der Hauptanwendungsfall der Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO). Auch Mit- oder Gesamthandseigentum berechtigt zur Drittwiderspruchsklage.

507

Beispiel: Der gepfändete PKW gehört zwei Brüdern gemeinsam zu je 1/2. Der Gläubiger des B1 pfändet. B2 kann Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) erheben.

Was kann der Gläubiger machen? Kann er einen Titel gegen B2 erlangen? Falls nein: Miteigentumsanteil des B1 nach § 857 ZPO pfänden, dann Auseinandersetzung (§ 749 BGB!) betreiben.

Sonderfall **Vorbehaltseigentum:**

508

Beispiel: V verkauft an K einen PKW unter Eigentumsvorbehalt. Die Sache wird dem K übergeben. Vollstrecken die **Gläubiger des Vorbehaltskäufers** K, so kann der V Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) erheben (hM, BGHZ 54, 214, 218).

Für den Gläubiger des K haftet nur das **Anwartschaftsrecht**. Dieses ist pfändbar. Allerdings genügt nach hM die bloße Pfändung des Anwartschaftsrechts nicht, denn es setzt sich nach Bedingungseintritt *nicht* an der Sache (genauer: am Eigentum des K) fort. Daraus ergibt sich

509

die **Doppelpfändungstheorie**. Die Pfändung des Anwartschaftsrechts ist aber nicht überflüssig, denn danach entfällt das Widerspruchsrecht des Verkäufers nach § 267 II BGB und er ist nach § 840 ZPO zur Auskunft verpflichtet.

510 Wegen § 808 ZPO ist es selten, dass **Gläubiger des Vorbehaltsverkäufers** vollstrecken. Der Vorbehaltsverkäufer kann aber Gewahrsam haben, wenn etwa der K die Sache zur Reparatur zurückgibt. Pfänden Gläubiger des Verkäufers (ausnahmsweise), kann K Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) erheben, BGHZ 55, 20, 26 f.; Grundlage ist das Anwartschaftsrecht.

511 Nach hM verliert der K sein Anwartschaftsrecht, denn die Eigentumszuweisung an den Ersterher zerstört als Hoheitsakt das Anwartschaftsrecht des K. Es wird lastenfreies Eigentum übertragen. Diese Lösung ist mit § 161 I 2 BGB kaum vereinbar. Die Bestimmung geht davon aus, dass mit Bedingungseintritt Zwischenverfügungen unwirksam werden, auch solche im Wege der Zwangsvollstreckung.

(3) Forderungsinhaberschaft

512 Auch wenn die Forderung eines anderen gepfändet wurde, kann die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) erhoben werden. Das ist der Fall, obgleich die Wirkungen der Pfändung ins Leere gingen. Es wird nur die „angebliche“ Forderung gepfändet. Durch den Schein der Pfändung wird aber das Recht gefährdet. Der Drittschuldner wird zwar nicht frei, denn § 836 II ZPO gilt nicht. Er trägt aber das Prozessrisiko.

513 Der Drittschuldner kann hinterlegen. Die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) hat Klarstellungsfunktion. Notwendig ist die Drittwiderspruchsklage aber nicht. Der Dritte kann ohne weiteres Klage gegen den Drittschuldner erheben und einziehen.

(4) Treuhand

514 Der Treugeber gibt dem Treuhänder mehr Rechte an dem Treugut, als ihm nach dem Treuzweck und der Treuhandabrede im Innenverhältnis gebührt. Übertragen wird das volle Recht, Eigentum / Forderung. Im Innenverhältnis wird dies schuldrechtlich eingeschränkt.

Beispiel: Inkassozeession: Zessionar erlangt die volle Gläubigerstellung, darf aber die Forderung nur einziehen.

515 Man unterscheidet die eigennützige und fremdnützige Treuhand, auch Sicherungs- und Verwaltungstreuhand genannt.

(a) Verwaltungstreuhand

516 Sie dient den Interessen des Treugebers. Der Treuhänder erhält eine Vergütung.

Beispiel: Inkassobüro.

»Vollrechtstreuhand«. Der Zessionar ist Vollgläubiger. Nach allgemeinen Grundsätzen müsste die Forderung auch für seine Schulden haften.

517 Anders die hM: **Vollstreckt ein Gläubiger des Trenehmers in das Treugut**, so kann sich der Treugeber mit der Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) wehren. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass das Treugut *wirtschaftlich* in das Vermögen des Treugebers gehöre.

518 Die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) ist nur dann begründet, wenn der Treuhänder das Treugut **unmittelbar** vom Treugeber erlangt hat. Damit sollte eine Art Publizität geschaffen werden. Dies wird weiter abgeschwächt: Es reiche aus, wenn der Dritte auf das bei einer Bank geführte Konto zahle, wenn das Konto erkennbar der Verwaltung fremden Geldes diene.

Vollstreckt ein Gläubiger des Treugebers in das Treugut, scheidet die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) aus, denn der Gegenstand haftet nach der wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Vgl. ferner § 392 II HGB. **519**

(b) Sicherungstreuhand

Hauptanwendungsfälle der eigennützigen Treuhand sind die Sicherungsabtretung und die Sicherungsübereignung. **520**

Bei der Vollstreckung gegen den **Sicherungsnehmer**: Der Sicherungsgeber kann Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) erheben. Auch hier schlägt die Zweckbindung auf die dingliche Ebene durch. Dem Gläubiger des Sicherungsnehmers ist zu raten, in die gesicherte Forderung zu vollstrecken. **521**

Bei der Vollstreckung gegen den **Sicherungsgeber**: Der Sicherungsnehmer kann nach hM Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) erheben. Voraussetzung dafür ist, dass die gesicherte Forderung noch nicht getilgt ist. Eine Mindermeinung gibt hier nur das Recht zur Erhebung der Vorzugsklage nach § 805 ZPO. Als Hauptargument wird angeführt, dass der Sicherungseigentümer in der Insolvenz des Sicherungsgebers nur zur Absonderung berechtigt ist (§ 51 Nr. 1 InsO). **522**

Dem Gläubiger des Treugebers / Sicherungsgebers ist zu raten, den zukünftigen Rückgewähranspruch gegen den Sicherungsnehmer zu pfänden und dann gegebenenfalls nach § 267 BGB zu zahlen. **523**

(5) Beschränkte dingliche Rechte

Der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts kann Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) erheben, **wenn** sein Recht durch die Zwangsvollstreckung **beeinträchtigt** wird. **524**

Beispiel: Das Recht des Nießbrauchers an einem Grundstück wird beeinträchtigt, wenn die Zwangsverwaltung angeordnet wird. Denn die Nutzungen gebühren ihm.

Beispiel: Der Gläubiger pfändet Erzeugnisse / Zubehör auf einem hypothekarisch belasteten Grundstück. Hypothekar kann Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) erheben; vgl. BGH WM 1987, 76.

Auch der Inhaber eines Pfandrechts, der mittelbaren oder unmittelbaren Besitz an der Sache hat, kann Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) erheben. Nach einer Mindermeinung steht ihm nur die Vorzugsklage nach § 805 ZPO zu. Dagegen spricht aber § 1232 S. 1 BGB: der vorrangige Pfandgläubiger soll auch den Zeitpunkt der Verwertung bestimmen können. Hat der Pfandgläubiger keinen Besitz (zB § 562 BGB), kann er nur nach § 805 ZPO vorgehen. **525**

Nicht statthaft ist die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO), wenn das Recht *nicht* beeinträchtigt wird. **526**

Beispiel: Die Hypothek wird nicht beeinträchtigt, wenn ein persönlicher Gläubiger oder ein nachrangiger Hypothekar die Zwangsversteigerung betreibt. Grund dafür ist das Übernahmeprinzip, § 52 ZVG.

Die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) ist auch dann nicht statthaft, wenn ein vorrangiger Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt. Zwar erlischt das Recht, § 52 S. 2 ZVG. Der *nachrangige* Hypothekar muss dies aber hinnehmen.

(6) Schuldrechtliche Ansprüche

- 527 Hier ist zwischen Herausgabe- und Verschaffungsansprüchen zu unterscheiden: Die hM erkennt die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) bei schuldrechtlichen **Herausgabeansprüchen** an.

Beispiel: Mieter vermietet Fahrrad an einen Untermieter. Dort wird es gepfändet.

- 528 Sicher kann der Vermieter die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) erheben, wenn er Eigentümer ist. Kann dies aber auch der Mieter? Die hM **bejaht** dies mit dem Hinweis, der Gegenstand gehöre nicht zum Haftungsvermögen. Man kann die hM mit dem Hinweis rechtfertigen, dass der Mieter gegenüber dem Vermieter mietvertraglich haftet und durch die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) die Möglichkeit hat, die Sache zurück zu verlangen. § 47 Fall 2 InsO geht von einem Aussonderungsrecht aus.
Die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) ist nicht möglich, wenn der Schuldner auch Eigentümer ist.

- 529 Bei obligatorischen **Verschaffungsansprüchen** scheidet die Drittwiderspruchsklage aus.

Beispiel: Vermächtnis, Lieferungsanspruch nach § 433 I 1 BGB.

BGH NJW 1994, 128, 129 f.: Das gilt auch dann, wenn der Verschaffungsanspruch durch eine Vormerkung gesichert ist. Dem ist zuzustimmen, denn eine Vormerkung wird in der Zwangsversteigerung ohnehin nicht berührt.

(7) Besitz

- 530 Die hM differenziert folgendermaßen: Bei Grundstücken gibt der Besitz keine Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO), weil der Besitz für die dingliche Rechtslage keine Bedeutung habe, arg. § 891 BGB.
Anders wird für bewegliche Sachen entschieden (BGH NJW 1951, 837). Richtigerweise ist eine Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) aber immer abzulehnen. Der Besitz sagt nichts über die Haftungsordnung aus. Im Übrigen ist die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) für den Besitzer **nicht erforderlich**. Der unmittelbare Besitzer ist über § 809 ZPO geschützt. Der mittelbare Besitzer hat einen Herausgabeanspruch.

(8) Relative Veräußerungsverbote

- 531 Der Geschützte kann mit der Klage nach § 771 ZPO die Verwertung abwenden (vgl. § 772 ZPO).

dd) Einwendungen

Der beklagte Vollstreckungsgläubiger kann Einwendungen erheben:

(1) Anfechtbarer Rechtserwerb („Anfechtungseinrede“)

- 532 Wichtig ist insbesondere der Einwand, der Erwerb des Drittwiderspruchsklägers sei nach dem AnfG **anfechtbar**. Grundlage kann eine Absichtsanfechtung (§ 3 AnfG) oder eine Schenkungsanfechtung sein (§ 4 AnfG). Dann kann der Gläubiger vom Drittwiderspruchskläger/Anfechtungsgegner Herausgabe verlangen, § 11 AnfG. Dies kann er auch **einredeweise** geltend machen, § 9 AnfG.

(2) Eigenhaftung des Dritten für die Titelforderung Gesellschafterhaftung

Dem Gläubiger stehen auch dann Einwendungen zu, wenn der Kläger für die Titelforderung materiellrechtlich mithaftet.

Beispiel: Der Gläubiger vollstreckt gegen die OHG aus einem Titel gegen sie in einen PKW. Gesellschafter X erhebt Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) mit der Behauptung, der PKW gehöre ihm. Hier schuldet der X nach § 128 HGB auch persönlich. Die hM behandelt es als arglistig, wenn der X sich auf sein Eigentum beruft. Man verzichtet darauf, dass der Gläubiger, der vom X verklagt wird, Widerklage auf Verurteilung aus § 128 HGB erhebt. Dann hätte er einen Titel und könnte gegen den X vollstrecken.

Beachte: Die Streitgegenstände sind unterschiedlich: Ob der Gesellschafter X nach § 128 HGB schuldet, ist im Rahmen der Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) nur Vorfrage. Keine Rechtskraft nach § 322 I ZPO!

Der Gläubiger umgeht die Probleme, wenn er gleich den Gesellschafter (als einfachen Streitgenossen, BGH NJW 1988, 2113) mit verklagt. Das gilt nicht für später eingetretene Gesellschafter. Hier ist auch eine Umschreibung nach § 727 ZPO nicht möglich. 533

Eine Eigenhaftung kommt auch bei der Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) des Bürgen (§ 765 BGB) oder anderer Mithaftender in Betracht. 534

e) Wirkungen des Urteils

Zu den Urteilswirkungen vgl. §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO. Zur Rechtskraft Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 771 Rn. 6: Das Urteil über die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) entscheide verbindlich über das **Bestehen des Gestaltungsgrundes**, etwa das Eigentum des Klägers. 535

Wird die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) abgewiesen, steht auch im späteren Schadensersatzprozess des Eigentümers gegen den Gläubiger **präjudiziell** fest, dass die Vollstreckung rechtmäßig war. Eine Schadensersatzklage ist daher aussichtslos.

Wurde der Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) stattgegeben, so steht nur fest, dass die Zwangsvollstreckung unzulässig war, weil ein Gestaltungsgrund bestand. Alle anderen Voraussetzungen der Schadenshaftung des Gläubigers, wie z.B. das Verschulden, müssen noch geprüft werden.

► Zur Vertiefung **Fall 15: Drittwiderspruchsklage.** 536

3. Klage auf vorzugsweise Befriedigung, § 805 ZPO

a) Überblick

Nach § 805 ZPO kann der Inhaber eines besitzlosen Pfand- oder Vorzugsrechts keine Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) erheben (vgl. Rn. 484). 537

Beispiel: Vermieterpfandrecht.

Vielmehr wird er darauf verwiesen, seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung durch Klage gegen den Gläubiger geltend zu machen.

Hintergrund ist, dass grundsätzlich auch der rangbessere Pfandgläubiger die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) erheben könnte, da sein Pfandrecht mit Ablieferung erlischt (und 538

sich nur am Erlös fortsetzt). **Zweck** des § 805 ist es, dem **besitzlosen Pfandgläubiger** die **Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) aus der Hand zu nehmen**. Mit dieser Klage könnte er die Verwertung verhindern. Dies soll einem *besitzlosen* Pfandgläubiger nicht möglich sein. § 805 ZPO ähnelt **§ 1232 S. 2 BGB**. Danach soll den Verwertungszeitpunkt bestimmen können, wer im Besitz der Pfandsache ist. Wer keinen Besitz hat, soll die Verwertung nicht stoppen können, auch wenn er den besseren Rang hat.

- 539 Stattdessen erachtet man den Pfandgläubiger als hinreichend geschützt, wenn er sein Recht an dem Versteigerungserlös geltend machen kann. Wenn der Pfandgläubiger Besitz hat, ist er über **§ 809 ZPO** geschützt.

b) Voraussetzungen

aa) Statthaftigkeit

- 540 Die Vorzugsklage nach § 805 ZPO ist nur statthaft bei der Zwangsvollstreckung in eine bewegliche Sache (arg. „Pfändung einer Sache“). Sie kommt nur in Betracht, wenn wegen einer Geldforderung vollstreckt wird. Dies ergibt sich aus der systematischen Stellung des § 805 ZPO im zweiten Abschnitt des 8. Buches.

Bei einer Herausgabevollstreckung und bei sonstigen Rechten nach § 857 ZPO ist sie nicht statthaft (arg.: „Besitz“).

Beispiel: S kauft bei G ein Fernsehgerät unter Eigentumsvorbehalt. S verpfändet das Gerät an den gutgläubigen D. Später nimmt S dem D das Gerät heimlich wieder weg. Als S die Raten nicht zahlt, klagt G gegen S auf Herausgabe des Fernsehgeräts. Der Klage wird stattgegeben. Was ist D zu raten?

Materielles Recht: S hat als Nichtberechtigter das Gerät an den D verpfändet. Nach § 1207 BGB hat D das Pfandrecht gutgläubig erworben. Das Pfandrecht ist auch nicht nach § 1253 BGB erloschen, weil keine freiwillige Rückgabe vorliegt.

Prozessual scheidet eine Klage aus § 805 ZPO aus, denn es erfolgte keine Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung. Vielmehr muss der D sein Pfandrecht nach § 771 ZPO geltend machen.

bb) Sachentscheidungsvoraussetzungen

- 541 Die Zuständigkeit richtet sich nach § 805 II ZPO. Die Klage ist nicht mehr zulässig, wenn die Zwangsvollstreckung beendet ist, also der Erlös an den Gläubiger abgeführt wurde. Dann ist der Klageantrag auf das Interesse umzustellen (vgl. § 264 Nr. 3 ZPO).

Der Kläger kann den Anspruch glaubhaft machen, § 805 IV ZPO. Das Gericht ordnet die Hinterlegung des Erlöses an.

cc) Begründetheit

- 542 Kläger muss ein vorrangiges Pfandrecht oder Vorzugsrecht haben. Gesetzliche **besitzlose** Pfandrechte (= Einbringungspfandrechte) bei Vermietung (§ 559 BGB), Verpachtung (§ 592 BGB) und Gastwirt (§ 704 BGB). Zu beachten ist dabei § 563 BGB. Auch **Besitzpfandrechte**, wenn der Gläubiger den Besitz verloren hat (vgl. § 647 BGB). **Vorzugsrechte** sind die in § 51 Nr. 2 und 3 InsO genannten Rechte. Auch hier sind wie bei § 771 ZPO **Einwendungen des Beklagten** möglich, also insbesondere Anfechtungserwerb und Mithaftung.

d) Wirkungen des Urteils

Das Urteil wird durch den Gerichtsvollzieher oder die Hinterlegungsstelle vollzogen. Wird es z.B. dem Gerichtsvollzieher vorgelegt, so zahlt dieser dann zuerst an den Kläger aus.

543

Zur Rechtskraft: Wird die Klage abgewiesen, so steht fest, dass dem Kläger *kein Recht* auf vorzugsweise Befriedigung zusteht. Eine Bereicherungsklage hat keinen Erfolg.

Hinweis: Die frühere bundesweit geltende Hinterlegungsordnung (HinterIO) trat am 1.12.2010 außer Kraft. An ihre Stelle traten im Wesentlichen regelungsgleiche Landesgesetze, in Sachsen das Hinterlegungsgesetz (SächsHintG) vom 11.6.2010 (Sächs-GVBl. 2010, 154).

V. Rechtsschutz nach Beendigung der Zwangsvollstreckung

(nach *Heiderhoff/Skamel*, Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl. 2013, Rn. 628–650)

Literatur: *Büchler*, Klausurrelevante Ansprüche des Dritten nach Zwangsvollstreckung in schuldnerfremde Sachen, JuS 2011, 691 und 779; *Jäckel*, die Rechtsstellung Dritter in der Zwangsvollstreckung, JA 2010, 357.

Fallbearbeitung: *Hess/Vollkommer*, Die gepfändeten Teppiche, Jura 2001, 698; *Wittschier*, Der angeschlagene Reiterverein, JuS 2009, 841.

1. Interessenlage

- 544 Nach beendeter Vollstreckung fehlt einer Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) oder Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) das Rechtsschutzbedürfnis. Denn man kann die Vollstreckung dann nicht mehr „anhalten“; die auf Einstellung der Zwangsvollstreckung gerichteten Klagen würden ins Leere gehen. Werden die materiellen Ansprüche gegen den Gläubiger nach Prozessende eingeklagt, werden die Klagen gleichwohl gelegentlich als „**verlängerte Vollstreckungsabwehrklage**“ oder „**verlängerte Drittwiderspruchsklage**“ bezeichnet.

2. „Verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“

a) Zielrichtung

- 545 Wenn der Schuldner während des Vollstreckungsverfahrens die Klage nach § 767 ZPO nicht eingelegt hat, darf daraus kein materieller Rechtsverlust resultieren. Denn es besteht weder eine Pflicht noch eine Obliegenheit zur Erhebung der prozessualen Gestaltungsklage. Vielmehr kann der Vollstreckungsschuldner seine Ansprüche auch nach dem Ende des Verfahrens noch durch Leistungsklage geltend machen. Da der Schuldner eine Einwendung gegen den Anspruch des Gläubigers hat, erhielt dieser den Erlös ohne rechtlichen Grund. Da der Schuldner nicht geleistet, sondern der Gläubiger den Erlös kraft Hoheitsakts erhalten hat, greift der Tatbestand der Eingriffskondiktion aus § 812 I 1 Fall 2 BGB ein.

Wichtig ist aber, dass der Anspruch auf Herausgabe des Versteigerungserlöses nur dann in Betracht kommt, wenn eine Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO erfolgreich gewesen wäre.

BGH NJW 2009, 1671: Ist eine Vollstreckungsabwehrklage wegen Präklusion des Aufrechnungseinwandes abgewiesen worden, ist eine Klage auf Feststellung, dass die titulierte Forderung durch dieselbe Aufrechnung erloschen sei, unzulässig.

b) Mögliche Anspruchsgrundlagen

aa) Vollstreckungsschuldner gegen Vollstreckungsgläubiger

- 546 Wenn nach dem Ende der Zwangsvollstreckung Ansprüche geltend gemacht werden, kommen zunächst im Grunde alle materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlagen in Betracht. Von der Vertragsverletzung bzw. der Verletzung einer Sonderrechtsbeziehung zwischen Schuldner und Gläubiger über das Bereicherungsrecht bis zum Deliktsrecht scheinen sehr viele Normen zumindest „nahe liegend“. Letztlich gibt es allerdings ganz typische Gründe, die zum Nichteingreifen der Anspruchsgrundlagen führen. Die wesentlichsten davon sollte man parat haben. Sie sind daher im Folgenden überblicksartig zusammengestellt.

- 547 **Vertragliche Ansprüche** des Schuldners gegen den Gläubiger aus §§ 280 I, 241 II BGB kommen stets in Betracht. Denn der Vollstreckungseingriff begründet zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger eine Sonderrechtsverbindung privatrechtlicher Art – also ein Schuldverhältnis iSd. § 280 I BGB (BGH NJW 1985, 3080, 3081). Wenn der Gläubiger weiter vollstreckt,

obwohl er weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass dem Schuldner eine Einwendung gegen den Anspruch zusteht, verletzt er schuldhaft eine Rücksichtnahmepflicht und ist schadensersatzpflichtig.

Deliktische Ansprüche zwischen Gläubiger und Schuldner werden oft schon ausscheiden, weil es an der Rechtsgutsverletzung fehlt. Wenn allerdings die Versteigerung erfolgt, obwohl der Gläubiger bereits wusste, dass dem titulierten Anspruch materiell-rechtliche Einwendungen entgegenstanden, liegt darin eine Eigentumsverletzung. 548

Wenn die hohe Voraussetzung der „vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung“ erfüllt ist, kann ein Anspruch aus § 826 BGB eingreifen. Die Tatsache, dass der Ersteher formaljuristisch rechtmäßig das Eigentum an dem Pfändungsgegenstand erworben hat, schließt die Anwendbarkeit des § 826 BGB nicht aus. Denn die Vorschrift kann auch dann eingreifen, wenn jemand eine formale Rechtsstellung in sittenwidriger Weise missbraucht. Die bloße Bösgläubigkeit alleine begründet jedoch noch keine Sittenwidrigkeit iSd. § 826 BGB. 549

Im **Bereicherungsrecht** kommen Ansprüche aus §§ 812 I und 816 I BGB in Betracht. Bei der näheren Prüfung des § 816 I BGB kommt man allerdings nicht weit, denn nicht der Gläubiger verfügt, sondern der Gerichtsvollzieher. Damit bleibt der Anspruch aus Eingriffskondiktion nach § 812 I 1 Fall 2 BGB, der wie gezeigt im Regelfall durchgreift. 550

bb) Vollstreckungsschuldner gegen den Ersteher

Vertragliche Ansprüche scheiden aus, da zwischen dem Ersteher und dem Vollstreckungsschuldner keine Sonderverbindung entsteht. 551

Auch ein Anspruch aus **§ 985 BGB** kommt nicht in Frage, weil der Ersteher durch die Ablieferung kraft Hoheitsakts Eigentümer geworden ist, und zwar nach ganz hM selbst dann, wenn er bösgläubig war. Die Anwendung des § 1244 BGB scheidet wegen des hoheitlichen Charakters des Eigentumserwerbs ebenfalls aus. Im Falle der Bösgläubigkeit können immerhin deliktische Ansprüche bestehen. 552

Ein Eigentumserwerb erfolgt nur dann nicht, wenn die Sache bei der Versteigerung nicht (mehr) verstrickt war (sehr selten). In einem solchen Fall würde also der Anspruch aus § 985 BGB gegen den Erwerber durchgreifen. 553

► Zur Vertiefung Fall 16: „Verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“. 554

3. „Verlängerte Drittwiderspruchsklage“

a) Zielrichtung

Wenn eine schuldnerfremde Sache verwertet worden ist, kann der Dritte nicht mehr mit der Drittwiderspruchsklage vorgehen. Er hat in aller Regel auch sein Eigentum verloren. Denn wenn eine schuldnerfremde Sache gepfändet und versteigert wird, führt der Zuschlag des Gerichtsvollziehers nach § 817 I ZPO zu einem öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen dem Ersteher und dem Staat (str.). Durch die Ablieferung der Sache beim Ersteher wird dieser durch Hoheitsakt Eigentümer des Gegenstands (§ 817 II ZPO). Auf eine Gut- oder Bösgläubigkeit hinsichtlich der Eigentümerstellung des Vollstreckungsschuldners kommt es daher nicht an. Voraussetzung für den hoheitlichen Eigentumserwerb ist nur die Ablieferung der Sache unter Einhaltung der wesentlichen Verfahrensvorschriften. 555

Auch den Erlös kann der Dritte in der Regel nicht unmittelbar erhalten. Zwar geht man davon aus, dass er zwischenzeitlich wirklich Eigentümer des Erlöses ist. Aber wenn dem Vollstreckungsgläubiger der Erlös ausbezahlt wird, wird der Gläubiger, wiederum kraft Hoheitsakts, Eigentümer des Geldes (parallel § 817 ZPO).

b) Mögliche Anspruchsgrundlagen

aa) Eigentümer (oder sonst nach § 771 ZPO berechtigter Dritter) gegen den Gläubiger

- 556 Auch hier kommt nach der Rechtsprechung ein **vertraglicher Anspruch** aus § 280 I BGB in Betracht, da auch zwischen dem Eigentümer der gepfändeten Sache und dem Gläubiger ein Sonderrechtsverhältnis angenommen wird (BGH NJW 1972, 1048, 1049). Das könnte man wegen des öffentlich-rechtlichen Charakters der Zwangsvollstreckung auch bezweifeln. Die Zwangsvollstreckung wird nicht vom Gläubiger betrieben, sondern von den Vollstreckungsorganen. Aber die Rechtsprechung stützt sich darauf, dass zwischen Gläubiger und Schuldner doch ein Pflichtenverhältnis entsteht. So hat der Eigentümer während des Vollstreckungsverfahrens einen Anspruch auf Beseitigung seiner Eigentumsbeeinträchtigung durch Freigabe des Pfändungsgegenstands.
- 557 Obwohl eine Sonderverbindung besteht, und § 278 BGB somit anwendbar ist, ist der Gerichtsvollzieher nicht Erfüllungsgehilfe des Gläubigers. Er ist Organ der Rechtspflege und hat nicht die Aufgabe, dem Gläubiger bei der Erfüllung seiner Sorgfaltspflichten zu helfen. Wenn der Gerichtsvollzieher ohne Wissen des Gläubigers schuldnerfremde Sachen pfändet und verwertet, kann dies dem Gläubiger deshalb nicht nach § 278 BGB zugerechnet werden. Anders ist es bei dem Handeln des Rechtsanwalts, der ohne weiteres Erfüllungsgehilfe des Gläubigers ist.
- 558 Ansprüche aus **Geschäftsführung ohne Auftrag** in Form der unberechtigten Eigengeschäftsführung (§ 687 II BGB) setzen voraus, dass der Gläubiger weiß, dass schuldnerfremde Sachen verwertet werden.
- 559 **Deliktische Ansprüche** greifen in aller Regel nicht durch, auch wenn es zu einer Rechtsgutverletzung gekommen ist (meist liegt eine Eigentumsverletzung bei dem Dritten vor). Der Gläubiger verletzt das Rechtsgut nicht unmittelbar, und das bedeutet, dass die Rechtswidrigkeit nicht indiziert ist, sondern positiv geprüft werden muss.
Es ist aber rechtswidrig in das Eigentum eines Dritten einzugreifen, und sei es auch in einem ansonsten regelgerechten Vollstreckungsverfahren.
- 560 Wer die Vollstreckung beantragt, handelt aber insofern meist nicht schuldhaft. Ein Verschulden des Gerichtsvollziehers gilt nicht nach § 831 BGB als Gläubigerverschulden, weil der Gerichtsvollzieher nicht als Verrichtungsgehilfe des Gläubigers angesehen werden kann. Das ließe sich mit seiner Position als Organ der Rechtspflege nicht vereinbaren. Nur wenn der Dritte nachweisen kann, dass der Gläubiger oder sein Anwalt die Fremdheit der Sache erkennen mussten (oder gar kannten) greift daher § 823 I BGB durch.
- 561 Ob zwischen dem Dritten und dem Gläubiger ein **Eigentümer-Besitzer-Verhältnis** angenommen werden kann, wenn eine fremde Sache versteigert wird, und somit ein Anspruch aus §§ 989, 990 BGB in Betracht kommt, ist sehr streitig. Teils wird gesagt, § 771 ZPO verhindere dies, denn er verdränge für die Zeit der Vollstreckung den Anspruch aus § 985 BGB.

In jedem Fall greift der **bereicherungsrechtliche Anspruch** aus § 812 I Fall 2 BGB durch. Es liegt eine Eingriffskondition vor, weil der Gläubiger den Erlös ohne Rechtsgrund erhalten hat. Für die gemischte Theorie ergibt sich dies schon daraus, dass an schuldnerfremden Sachen kein Pfändungspfandrecht entsteht, welches nach dieser Ansicht als Grundlage für das Behaltendürfen des Erlöses anzusehen ist. Nach der öffentlich-rechtlichen Theorie muss vager auf die materiell-rechtliche Rechtslage abgestellt werden, welche aber jedenfalls keinen Rechtsgrund dafür bereithält, dass der Gläubiger den Erlös aus der Verwertung schuldnerfremder Sachen behalten dürfte (→ Rn. 416). § 816 I 1 BGB scheidet mangels rechtsgeschäftlicher Verfügung aus. **562**

bb) Eigentümer gegen den Ersteher

Auch hier kommen Ansprüche des Eigentümers gegen den Ersteher kaum je in Betracht. Der Ersteher hat durch Hoheitsakt Eigentum an dem ersteigerten Gegenstand erhalten. **563**

► Zur Vertiefung Fall 17: „Verlängerte Drittwiderspruchsklage“. **564**

VI. Einstweiliger Rechtsschutz

Literatur: Keller, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Jura 2007, 241, 327; Schreiber, Arrest und einstweilige Verfügung, Jura 2000, 492.

Fallbearbeitung: Wahle, Fälle zum einstweiligen Rechtsschutz, JA 2003, 791; Klees/Wolter, Die misslungene Sequestration, Jura 2007, 864.

1. Gründe für den einstweiligen Rechtsschutz

565 Das Gewaltmonopol des Staates führt zum grundsätzlichen Verbot der Selbsthilfe, § 229 BGB. Zum Ausgleich gibt es ein gerichtliches Verfahren, das zum Titel und zur Zwangsvollstreckung durch Staatsorgane führt. Das zur Titelerlangung erforderliche **Verfahren braucht Zeit**. Schließlich muss das Bestehen des materiellen Rechts mit allen Rechtsschutzgarantien geprüft werden. Der Zeitaspekt begründet die Gefahr, dass zwischenzeitlich das Recht undurchsetzbar wird.

Beispiele: Der Geldschuldner verschleudert sein Vermögen. Der Verschaffungsschuldner verkauft den geschuldeten Gegenstand. Der Konkurrent betreibt unlauteren Wettbewerb. Der Nachbar stört die Nachtruhe. Der Unterhaltsgläubiger droht zu verhungern.

566 Die erforderliche Sicherung der Durchsetzbarkeit des Rechts gewährleistet der einstweilige Rechtsschutz. Geregelt ist er im Buch 8 der ZPO in §§ 916–945 ZPO. Gleichwohl handelt es sich um ein (beschleunigtes) Erkenntnisverfahren. Der einstweilige Rechtsschutz führt zu einem Titel, der vollstreckbar ist.

567 Der Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes ist nur erreichbar, wenn dieses Verfahren schneller durchgeführt werden kann, als das Regelverfahren. Daher ist für dieses Eilverfahren charakteristisch:

- eine **Einschränkung des rechtlichen Gehörs**: nach § 921 S. 1 ZPO kann **ohne mündliche Verhandlung** und ohne Gehör entschieden werden. Man spricht von einem „summarischen Verfahren“. Die Schlüssigkeitsprüfung ist indes unverzichtbar.
- **Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO)** genügt, § 920 II ZPO: die volle richterliche Überzeugung ist nicht erforderlich, nur ein hinreichender Grad an Wahrscheinlichkeit; man spricht von „summarischer Prüfung“.

Beachte: § 945 ZPO sieht eine verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung vor, wenn sich später herausstellt, dass die einstweilige Verfügung zu Unrecht ergangen ist, sie aber vom Antragsteller vollzogen worden war. Der Antragsteller handelt auf **eigene Gefahr**.

Der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz hemmt die **Verjährung** des Hauptsacheanspruchs, § 204 I Nr. 9 BGB.

568 Daneben gibt es **andere Möglichkeiten** beschleunigter Rechtsdurchsetzung:

- vorläufige Vollstreckbarkeit erlaubt eine Vollstreckung vor Eintritt der Rechtskraft
- Vorbehaltsurteile nach §§ 302, 599 ZPO
- Vorpfändung nach § 845 ZPO

2. Formen des einstweiligen Rechtsschutzes

a) Arrest

§ 916 ZPO setzt einen Geldzahlungsanspruch oder einen Anspruch voraus, der in Geld übergehen kann. **Arrestanspruch** kann nur eine Geldforderung, auch eine bedingte oder künftige sein. 569

Der **Arrestgrund** ist geregelt in § 917 ZPO: Vorliegen muss ein Grund, der die „Vollstreckung vereitelt oder wesentlich erschwert“. Wichtige Fälle sind das Beiseiteschaffen von Haftungsgut (ins Ausland) oder die Verschleuderung des Vermögens. 570

Beispiel: K hat gegen S einen Anspruch über 100.000 Euro. Die Geschäfte des S gehen schlecht. S hat noch andere hohe Schulden. Es droht die Zahlungsunfähigkeit. K befürchtet, andere Gläubiger werden ihm zuvorkommen, eventuell gar ein Insolvenzverfahren beantragen. K beantragt den dinglichen Arrest.

Eine schlechte Vermögenslage allein ist kein Arrestgrund. Erforderlich ist die *drohende* (Weiter-)Verschlechterung. Im Beispiel droht Verschlechterung wegen Gläubigerkonkurrenz. Doch ist **Gläubigerkonkurrenz nach hM kein Arrestgrund** (BGH NJW 1996, 321, 324). Die hM stützt sich auf den historischen Gesetzgeber, der eine weitere Verschärfung des Gläubigerwettlaufs vermeiden wollte, der dadurch entstehen kann, dass sich der Antragsteller einen Vorsprung vor den anderen Gläubigern verschaffen könnte; Arrestgründe sollen nur in Handlungen des Schuldners liegen, nicht auch durch Dritte, etwa die Gläubiger, geschaffen werden können. Gegen diese Argumente spricht der schlichte Normwortlaut; daneben besteht vor Insolvenzeröffnung gerade noch kein Bedarf an (der nach Insolvenzeröffnung erstrebten) Gläubigergleichbehandlung; grobe Fehlentwicklungen kann zudem durch die Anwendung des AnfG (und ggf. §§ 129 ff. InsO im Insolvenzverfahren) begegnet werden. 571

Man unterscheidet zwei Formen des Arrests, den **dinglichen Arrest** (§ 917 ZPO) und den **persönlichen Arrest** (Sicherheitsarrest, § 918 ZPO; praktisch sehr selten). 572

b) Einstweilige Verfügung

aa) Voraussetzungen

Eine einstweilige Verfügung ist nicht möglich bei einem Geldanspruch, soweit es um die bloße Haftungssicherung geht (Ausnahme sog. Leistungsverfügung). Bei anderen Ansprüchen als Geldforderungen gibt es zwei Formen der einstweiligen Verfügung: 573

- Sicherungsverfügung, § 935 ZPO
- Regelungsverfügung, § 940 ZPO

Die Abgrenzung von Sicherungsverfügung und Regelungsverfügung ist schwierig. Nach hM ergänzen sich §§ 935, 940 ZPO gegenseitig zu einer umfassenden Generalklausel, was eine nähere (auch terminologische) Differenzierung entbehrlich macht. Daneben erkennt man die Leistungs- oder Befriedigungsverfügung an. 574

bb) Formen der einstweiligen Verfügung

(1) Sicherungsverfügung

Die Sicherungsverfügung dient der Sicherung eines *nicht* auf Geld gerichteten Anspruchs. 575

Beispiel: Anspruch auf Übereignung der Kaufsache.

Voraussetzungen sind auch hier Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund. Als **Verfügungsanspruch** kommen Ansprüche auf Herausgabe von Sachen, Leistung, Vorlage, Abtretung einer Forderung, Handlung oder Unterlassung etc. in Betracht. Der **Verfügungsgrund** ist in § 935 ZPO geregelt. Eine Veränderung des Zustands führt zur Beeinträchtigung der Rechtsverwirklichung.

Beispiel: V hat eine Sache an K verkauft, aber noch nicht übereignet. Jetzt erscheint B und bietet dem V einen höheren Preis; V verläuft an B („Doppelterverkauf“). Wenn V an B übereignet, kann K seine Forderung aus § 433 I 1 BGB gemäß § 275 I BGB nicht mehr durchsetzen. Damit ist das „Recht“ des K aus § 433 I 1 BGB gefährdet; daher ist ein Verfügungsgrund gegeben. Am Verfügungsgrund würde es dagegen fehlen, wenn sich nur die Vermögensverhältnisse des Verkäufers verschlechtern.

- 576 Der **Verfügungsgrund wird unwiderleglich vermutet**, wenn ein Anspruch auf dingliche Rechtsänderung durch eine **Vormerkung** (§ 885 BGB) oder ein Anspruch auf Grundbuchberichtigung durch Eintragung eines **Widerspruchs** (§ 899 BGB) gesichert werden soll, § 855 I 2 BGB bzw. § 899 II 2 BGB. Hier besteht *immer eine Gefährdung* für das zu sichernde bzw. nicht im Grundbuch verlautbarte Recht. Sie sind daher als Sonderfälle anzusehen.
- 577 Der Verfügungsgrund entfällt nicht, wenn der Gläubiger einen vorläufig vollstreckbaren Titel in der Hand hat, wenn er nur *gegen Sicherheitsleistung* vollstrecken kann; anders beim Arrest wegen § 720a ZPO (Sicherungsvollstreckung).
- 578 Der **Inhalt der Sicherungsverfügung** steht nach § 938 ZPO im **Ermessen** des Gerichts. Die **Grenzen** des Ermessens ergeben sich aus:
- **Antrag:** Freilich ist der Richter freier gestellt als im Hauptsacheverfahren. Die erlassene Maßnahme muss sich im Rahmen des Rechtsschutzziels halten. Allerdings kann der Antragsteller die Maßnahme beschränken; der Richter ist nach § 308 ZPO daran gebunden.
 - **Grenzen der Zwangsvollstreckung:** Etwa kann *keine* Haft angeordnet werden, wenn es um eine Herausgabevollstreckung geht, denn dies sieht auch § 883 ZPO nicht vor; vielmehr wäre an den Gerichtsvollzieher herauszugeben.
 - **Keine Vorwegnahme der Hauptsache:** Die nach § 938 ZPO angeordnete Maßnahme muss wieder rückgängig gemacht werden können; etwa darf nicht an den Gläubiger, sondern nur an den Gerichtsvollzieher herausgegeben werden.
- 579 Als **zulässige Anordnungen nach § 938 II ZPO** kommen in Betracht:
- **Sequestration;** Verwahrung und Verwaltung der Sache durch einen Treuhänder. Grundstück kann einem Sequester als Zwangsverwalter unterstellt werden. Erlöse gebühren nicht dem Gläubiger!
 - **Vornahme einer Handlung,** etwa die herauszugebende Maschine in einer Halle unterzustellen.
 - **Verbot einer Handlung,** etwa Bebauungsverbot, Nutzungsverbot (§ 938 II ZPO), Wettbewerbsverbot.

- Spezialfall **Veräußerungsverbot**: Bei der Sicherung von Ansprüchen auf Sachen oder Rechte ergeben sich die Wirkungen aus §§ 135, 136 BGB. Der Dritterwerb ist dem Gläubiger gegenüber relativ unwirksam. Der Schuldner behält die Verfügungsmacht, kann nicht Unvermögen (§ 275 I BGB) einwenden. Freilich ist gutgläubiger Erwerb möglich, § 135 II BGB, jedoch nur soweit, als auch nach materiellem Recht ein redlicher Erwerb stattfindet. Daher sollte man den präsumtiven Erwerber bösgläubig machen durch Zustimmung der einstweilige Verfügung auch an ihn.
- Nach § 941 ZPO kann das Grundbuchamt um die Eintragung des Veräußerungsverbots ersucht werden. Sie zerstört den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, § 892 I 2 BGB.
- Bei Verschaffungsansprüchen hinsichtlich von Grundstücksrechten besteht Konkurrenz mit der Vormerkung. Die Vormerkung ist stärker, etwa auch insolvenzfest (§ 106 InsO). Zum Veräußerungsverbot in der Insolvenz vgl. § 80 II InsO.
- Möglich ist auch ein **Erwerbsverbot**.

Beispiel: G verkauft an S ein Grundstück; man ist sich einig, dass der Kaufpreis 100.000 Euro betragen soll. Um Gebühren zu sparen, vereinbaren sie im notariellen Kaufvertrag nur einen Kaufpreis von 50.000 Euro. Später stellt S den Eintragungsantrag. G reut das Geschäft und er will die Heilung nach § 311b I 2 BGB verhindern.

Die hM (seit RGZ 117, 287) lässt hier eine einstweilige Verfügung mit dem Inhalt eines Erwerbsverbots gegen den Käufer zu. Folge ist sogar eine *Grundbuchsperre*, selbst wenn der Schuldner schon den Eintragungsantrag gestellt hat („Von Amts wegen zu berücksichtigendes Erwerbshindernis“). Der Rechtsgedanke §§ 878, 892 II BGB spricht dagegen. Im Übrigen stellt sich die Frage, welcher Anspruch gesichert werden soll. In Betracht kommt § 812 BGB; aber § 814 BGB kann entgegenstehen.

(2) Regelungsverfügung

Vorgesehen ist die Regelungsverfügung in § 940 ZPO. Sie dient der Erhaltung und Wiederherstellung des Rechtsfriedens. 580

Beispiel: Streit unter Miteigentümern um die Nutzung gemeinsamer Einrichtungen, etwa Waschküche; Streit unter Gesellschaftern um Geschäftsführungsmaßnahmen usw.

Die Abgrenzung zur Sicherungsverfügung ist schwierig, denn auch § 940 ZPO dient der Sicherung von Rechten. In der Praxis werden Sicherungs- und Regelungsverfügung nicht abgegrenzt und gemeinsam auf §§ 935, 940 ZPO gestützt. 581

Auch bei der Regelungsverfügung ist erforderlich ist ein Verfügungsanspruch und ein Verfügungsgrund erforderlich. 582

Der **Verfügungsanspruch** muss sich aus einem streitigen Rechtsverhältnis ergeben. Hier kommen vor allen Dingen Dauerschuldverhältnisse in Betracht, aber auch Eigentum oder anderen absolute Rechte. 583

Nach hM ist auch der **räumlich-gegenständlich Bereich der Ehe** regelbar. 584

Beispiel: einstweilige Verfügung auf Unterlassung des Betretens der Ehewohnung gegen die Geliebte des Mannes; könnte besser auf Mitbesitz an der Ehewohnung gestützt werden

- 585 Der **Verfügungsgrund** liegt in der Abwendung wesentlicher Nachteile, Verhütung drohender Gewalt. Höhere Anforderungen als bei Sicherungsverfügung. Es muss sich um eine **besondere Dringlichkeit** handeln. Daran fehlt es bei der *Selbstwiderlegung*, wenn der Antragsteller das Verhalten längere Zeit hinnimmt.
- 586 Ist die Störung beendet, ist die einstweilige Verfügung nur bei Wiederholungsgefahr möglich. Diese entfällt aber, wenn der Schuldner eine *strafbewehrte Unterlassungserklärung* abgegeben hat. Bedeutung hat dies im Wettbewerbsrecht und bei Immaterialgüterrechten. Wiederholungsgefahr entfällt, weil dann Vertragsstrafe verwirkt wird.
- 587 Auch der **Inhalt der Verfügungsverfügung** unterliegt gewissen Grenzen:
- Antrag § 308 ZPO
 - Allgemeine Grenzen der Zwangsvollstreckung; wichtig bei § 888 II ZPO: Keine einstweilige Verfügung zur Sicherung von Arbeitsleistungen, da nicht vollstreckbar.
 - Keine Abgabe der Willenserklärung, da § 894 ZPO mangels Rechtskraftwirkung nicht anwendbar ist.
 - Keine Feststellungsverfügung, da nicht vollstreckbar.
 - Keine Vorwegnahme der Hauptsache.
 - Das Merkmal ist häufig problematisch, etwa bei Unterlassungsverfügungen.

Beispiel: Unterlassung von Wettbewerb. Dieser kann später nicht mehr nachgeholt werden.

Die hM geht davon aus, dass eine *vorübergehende* Vorwegnahme zulässig ist. Es liege keine Vorwegnahme vor, wenn nach der Aufhebung der einstweiligen Verfügung der *alte Zustand wieder von selbst eintrete*. Daher ist die einstweilige Verfügung zulässig, die Gesellschafter die Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht entzieht, nicht aber der einstweilige Ausschluss aus der Gesellschaft, der endgültige Verhältnisse schafft.

- 588 **Mögliche Anordnungen bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts** etwa durch Beleidigung, üble Nachrede, Eingriff in Privatsphäre: Materiell-rechtlich besteht ein quasi-negatorischer Unterlassungsanspruch aus §§ 1004 analog, 12 BGB. Zur Sicherung ist eine einstweilige Verfügung möglich zur Unterlassung, *nicht* auf Widerruf, weil der die Hauptsache vorwegnimmt. Nach hM auch *nicht einstweiliger* Widerruf. Nach bürgerlichem Recht kann auch ein Gegendarstellungsanspruch bestehen, dessen Durchsetzung mittels einstweiliger Verfügung aber ausscheidet, weil eine Vorwegnahme der Hauptsache eintritt. Jedoch sehen die **Landespressegetze** vor, dass eine Gegendarstellung erzwungen werden kann, vgl. etwa § 10 V SächsPresseG.

(3) Leistungsverfügung

- 589 Durch Leistungsverfügung soll der Gläubiger *befriedigt* werden. Das ist problematisch, weil es zur **Vorwegnahme der Hauptsache** führt. Eine Rechtsgrundlage hierzu fehlt; § 247 FamFG ist eine der wenigen gesetzlichen Ausnahmen. Gleichwohl ist die Leistungsverfügung anerkannt, aber unter hohen Voraussetzungen:
- Existenzgefährdung des Antragstellers, etwa Lebensunterhalt, Gesundheit gefährdet, aber auch bei Unternehmen, etwa Herausgabe von Taxi an Taxiunternehmen
 - Notlage: der Antragsteller braucht sich nicht auf Sozialhilfe verweisen zu lassen.

3. Verfahren

Das Verfahren von Arrest und einstweiliger Verfügung ist in den Grundzügen gleich geregelt. § 936 ZPO verweist auf das Arrestverfahren. **590**

Arrest- und Verfügungsverfahren sind **Erkenntnisverfahren**. Alle Entscheidungsvoraussetzungen müssen gegeben sein, insbesondere die Partei-, Prozessfähigkeit usw.

a) Zuständigkeit

- Arrest, §§ 919, 943 ZPO: Gericht der Hauptsache oder Amtsgericht, in dessen Bezirk sich mit Arrest zu belegende Gegenstand oder vom persönlichen Arrest betroffene Person befindet **591**
- Einstweilige Verfügung, § 937 ZPO: Gericht der Hauptsache
- **ausschließliche Zuständigkeit, § 802**: § 40 II ZPO untersagt Gerichtsstandsvereinbarung nur für das Verfügungsverfahren oder Zuständigkeitsbegründung durch rügelose Einlassung.

b) Glaubhaftmachung

Voraussetzungen müssen nicht bewiesen, sondern nur glaubhaft gemacht werden, § 920 II ZPO. Was das bedeutet, sagt § 294 ZPO. **592**

Glaubhaftmachung gilt sowohl für den Bestand des Rechts als auch für den Arrest- und Verfügungsgrund. Beachte § 12 II UWG: Hier ist die einstweilige Verfügung auch ohne Glaubhaftmachung möglich. Ähnliches gilt nach § 885 I 2 BGB für die Eintragung der Vormerkung.

Nach § 921 ZPO kann **ohne mündliche Verhandlung**, grundsätzlich auch ohne Anhörung entschieden werden. Wird eine Schutzschrift hinterlegt, muss das Gericht diese beachten. Durch § 945a ZPO idF. vom 1.1.2016 werden Schutzschrift und Schutzschriftenregister erstmals prozessrechtlich geregelt. **593**

4. Wirkungen

a) eingeschränkte Rechtskraft

Die Anordnung von Arrest oder einstweiliger Verfügung bezieht sich **nicht** auf den zu sichernden **Hauptanspruch**. Es handelt sich um einen anderen Streitgegenstand: Es geht um die Frage der Zulässigkeit der Sicherung des Anspruchs und nicht um das Bestehen des Anspruchs. **594**

Wurde Arrest/einstweilige Verfügung erlassen, kann im Hauptverfahren immer noch das Bestehen des Anspruchs verneint werden.

b) eingeschränktes Wiederholungsverbot

Grundsätzlich ist **kein erneuter Antrag** statthaft, wenn Arrest/einstweilige Verfügung abgelehnt wurde. Ausnahme: Es liegen neue Tatsachen bzgl. Anordnungsanspruch und -grund vor (entspricht allgemeinen Grundsätzen über Rechtskraftgrenzen). **595**

Beispiel: Gefährdung des Rechts konnte beim ersten Antrag nicht festgestellt werden, ist jetzt aber gegeben.

Problematisch sind neue Mittel der Glaubhaftmachung im Hinblick auf alte Tatsachen. Wäre nach allgemeinen Rechtskraftgrundsätzen (Präklusion) nicht möglich. Gleichwohl *bejaht* die hM eine hierauf gestützte Wiederholung des Rechtsschutzgesuchs. Begründung: Wegen der

Eilbedürftigkeit sei es dem Antragsteller oft nicht möglich, zuvor alle Beweismittel zusammenzutragen. Aber nicht, soweit das Mittel der Glaubhaftmachung bereits bekannt war (so Stein/Jonas/*Grunsky*, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 916 Rn. 16).

5. Rechtsbehelfe

- 596 Wurde Arrest oder einstweilige Verfügung erlassen, so richtet sich der Rechtsbehelf danach, ob aufgrund mündlicher Verhandlung oder ohne mündliche Verhandlung entschieden wurde.
- Wenn **keine mündliche Verhandlung** stattfand, ergeht Entscheidung durch Beschluss (§ 922 ZPO); hiergegen Widerspruch (§ 924 ZPO); Entscheidung über Widerspruch ergeht durch Endurteil (§ 925 ZPO); hiergegen Berufung; keine Revision gegen Berufungsurteil, § 542 II 1 ZPO.
 - Wenn **mündlicher Verhandlung** stattfand, ergeht ein Urteil, wogegen die Berufung stattfindet.
- 597 Weitere Behelfe sind:
- **§ 926 ZPO:** Antrag auf Anordnung der Klageerhebung; um eine Entscheidung über die Hauptsache herbeiführen
 - **§ 927 ZPO:** Antrag auf Aufhebung wegen veränderter Umstände, etwa wenn der Unterhaltsgläubiger eine Erbschaft macht
- 598 Wird der Antrag zurückgewiesen, findet hiergegen die sofortige Beschwerde, § 567 I Nr. 2 ZPO statt.

6. Vollzug, §§ 928 ff. ZPO

- 599 Im Arrestvollzug kann gepfändet, nicht aber verwertet werden, vgl. § 930 ZPO. § 929 II ZPO sieht eine Vollziehungsfrist von einem Monat vor; der Antragsteller soll nicht „auf Vorrat“ Arreste/einstweilige Verfügungen sammeln.
- 600 Für die Vollziehung genügt es, wenn der Gläubiger den Vollziehungsantrag stellt. Bei Geboten oder Verboten ist vollzogen, wenn die Entscheidung auf Betreiben des Gläubigers **zugestellt** wurde (Stein/Jonas/*Grunsky*, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 938 Rn. 30). Man muss also nicht erst einen Verstoß abwarten, um dann nach § 890 ZPO zu vollstrecken.

7. Schadensersatzpflicht, § 945 ZPO

- 601 Haftungsgrund des § 945 ZPO ist die **Risikohaftung**. Der Gläubiger darf vollstrecken, obgleich materielles Recht nicht feststeht. Er handelt aber auf eigene Gefahr. Ähnliche Bestimmungen finden sich in §§ 717 II 1, 302 IV 3, 600 II, § 799a ZPO.
- 602 **Voraussetzung** des Schadensersatzes ist, dass sich die einstweilige Verfügung als „von Anfang an ungerechtfertigt“ erweist.

Beispiel: Verfügungsanspruch besteht nicht; aber auch, wenn zu keiner Zeit ein Verfügungsgrund bestand, wenn also das Gericht zu Unrecht von einer Rechtsgefährdung ausging.

Beispiel zum Begriff der Vollziehung: Erstkäufer A erreicht gegen G eine einstweilige Verfügung, worin diesem verboten wird, ein Gemälde an X zu veräußern. Das Urteil wird dem G von Amts wegen zugestellt (§ 317 I ZPO). Da A das Risiko der Schadenshaftung scheut, sieht er von einer Vollziehung nach § 890 ZPO ab. G seinerseits verkauft das

Gemälde nicht an X, der dafür einen guten Preis geboten hatte. Später verlangt G von A Schadensersatz nach § 945 ZPO.

§ 945 ZPO erfasst nur den aus der „Vollziehung“ entstandenen Schaden. Hier liegt keine „Vollziehung“ vor. Es fehlt die Strafandrohung (BGH NJW 1993, 1076). Erst der „spezifisch vollstreckungsrechtliche Druck“, der vom *Gläubiger* ausgeht, rechtfertigt die Schadensersatzhaftung.

► Zur Vertiefung Fall 18: Arrest und einstweilige Verfügung.

Anhang: Besprechungsfälle

604 Fall 1: Schlüssigkeit und Erheblichkeit, Darlegungs- und Beweislast

K erwirbt im Fachgeschäft des V auf Ratenzahlung einen Elektroherd, der von V im Haus des K angeschlossen wird. Nachdem der Herd zwei Monate unbeanstandet seinen Dienst tat, schlägt er gerade am Geburtstag des K Flammen und zerstört nicht nur den Geburtstagskuchen, sondern die gesamte Kucheneinrichtung. Als K Schadensersatz verlangt, wendet V ein, dass K noch nicht einmal den Kaufpreis vollständig gezahlt hat; ferner sei die Fehlfunktion auf eine fehlerhafte Bedienung des Herdes durch K zurückzuführen; im Übrigen werde es K nie gelingen, ein Verschulden des V zu beweisen. Hat eine Klage des K Aussicht auf Erfolg?

605 Fall 2: Rechtswegzuständigkeit

S ist bei der Gemeinde D als Mitarbeiter im Kommunalen Bauhof beschäftigt. G hat gegen S einen Vollstreckungsbescheid über € 6.000 erwirkt. Er vollstreckt in die Arbeitslohnansprüche des S. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss wird D am 1.2. zugestellt. Der pfändbare Teil des Einkommens des S beträgt monatlich € 1.000. G verlangt von D am 1.3. Zahlung von € 2.000. Zahlung erfolgt nicht.

G klagt vor dem Arbeitsgericht die Forderung gegen D in Höhe von € 3.000 ein. Die Klage wird am 1.4. zugestellt. D rügt die Statthaftigkeit des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten, weil G nicht Arbeitnehmer sei. Das Arbeitsgericht verweist den Rechtsstreit daraufhin durch Beschluss vom 15.4. an das Amtsgericht. Am 1.5. erweitert G die Klage auf € 4.000. In der mündlichen Verhandlung am 15.5. weist D zutreffend darauf hin, dass Lohnforderungen nach dem maßgeblichen Tarifvertrag nicht abtretbar sind. Auch habe D den Lohn regelmäßig am Fälligkeitstag an S überwiesen. Hilfsweise rechnet D mit einer gemeindlichen Abgabeforderung in Höhe von € 1.500 auf, die ihr gegen G zusteht, und die mit Gebührenbescheid vom 15.4. festgestellt ist. Wie wird das Amtsgericht entscheiden?

606 Fall 3: Sachliche und örtliche Zuständigkeit I

K mit Wohnsitz in Leipzig kauft bei Kunsthändler V mit Sitz in Dresden ein Gemälde für sein Wohnzimmer. V erklärt auf Nachfrage des K vor dem Vertragsschluss ausdrücklich, dass das Gemälde von dem berühmten Maler M stamme. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die V dem Vertrag zugrunde legt, enthalten folgende Klauseln: „(...)

5. Eine Haftung aus allen Rechtsgründen für die Echtheit der verkauften Kunstgegenstände wird ausgeschlossen. (...)

9. Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus dem Vertrag ist Dresden.“

V liefert dem K das Gemälde nach Leipzig. Ein Kunsthistoriker stellt alsbald fest, dass es sich um eine geschickte Fälschung handelt. K verlangt den Kaufpreis von € 10.000 von V zurück. V beruft sich auf den Ausschluss der Haftung. K erhebt gegen V vor dem Landgericht Leipzig Klage auf Zahlung von € 10.000. V weist auf die Unzuständigkeit des Gerichts hin und beantragt Klageabweisung.

Abwandlung 3a: K klagt in Leipzig gegen V auf Zahlung von € 15.000 Schadensersatz. Zur Begründung trägt er vor, dass das echte Gemälde von Kunstkennern mit € 15.000 bewertet worden wäre. Das gelieferte Bild könne V bei K abholen.

Abwandlung 3b: K erklärt die Anfechtung des Kaufvertrages und klagt in Leipzig auf Rückzahlung des Kaufpreises.

Wie wird das Landgericht Leipzig jeweils entscheiden? (Gehen Sie davon aus, dass die Parteien ordnungsgemäß vertreten sind.)

Fall 4: Sachliche und örtliche Zuständigkeit II

607

P aus Halle (Saale) steigt am Leipziger Hauptbahnhof in das Taxi des Leipziger Taxiunternehmers H und bittet um eine Fahrt nach Halle. Noch in Leipzig ereignet sich ein Verkehrsunfall, bei dem der Koffer des P zerstört wird. Er hatte einen Wert von € 3.000. Vor dem Amtsgericht Halle erhebt P Klage gegen H auf Schadensersatz. H wendet zutreffend ein, in trafe an dem Unfall kein Verschulden. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Fall 5: Parteifähigkeit, Prozessführungsbefugnis, Prozessstandschaft

608

V hat ein mit einem Bürohaus bebautes Grundstück an M vermietet. Rechtsanwälte A und B, die sich unter dem Namen „A&B Anwaltskanzlei“ zur gemeinsamen Berufsausübung zusammengeschlossen haben, wollen das Grundstück erwerben. V kündigt den Mietvertrag mit M formgerecht und wirksam und verkauft das Grundstück an die „A&B Anwaltskanzlei“. M räumt das Gebäude nicht. V erklärt A und B, als künftige Eigentümer sollten sie die Räumung durchsetzen; zugleich ermächtigt er sie, die ausstehenden Mietzinsraten einzuziehen. Die „A&B Anwaltskanzlei“ klagt daraufhin vor dem zuständigen Landgericht gegen M auf Räumung und Herausgabe des Grundstücks an V und auf Zahlung des Mietzinses an die „A&B Anwaltskanzlei“. In der mündlichen Verhandlung erscheinen A und B sowie der M. Die Parteien stellen die sachdienlichen Anträge. Wie wird das Gericht entscheiden?

Abwandlung 5a: A und B wollen vollstrecken. Sie müssen aber feststellen, dass das Gebäude während des Prozesses von M an U untervermietet worden war. Wie werden A und B vorgehen?

Abwandlung 5b: Die „A&B Anwaltskanzlei“ stellt den Antrag, sie als Eigentümerin in das Grundbuch einzutragen. Wie wird das Grundbuchamt entscheiden?

Abwandlung 5c: Angenommen, die Klage der „A&B Anwaltskanzlei“ ist rechtskräftig abgewiesen worden. M fragt, ob er wegen der Kosten einen Ersatzanspruch habe und gegen wen er ihn durchsetzen könne.

Fall 6: Partei kraft Amtes, Prozessführungsbefugnis, Parteiwechsel

609

K tritt im Jahre 2010 eine Werklohnforderung in Höhe von € 50.000 gegen B zur Sicherheit an die Sparkasse S ab. Im Jahr 2011 erhebt K Klage gegen B. 2012 stellt ein Gläubiger gegen K Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. V wird als vorläufiger Insolvenzverwalter eingesetzt; zugleich erlässt das Insolvenzgericht ein allgemeines Verfügungsverbot gegen K (§ 21 II Nr. 1, 2 InsO). V erklärt schriftsätzlich, er führe den Prozess des K fort; der Schriftsatz wird B zugestellt. Später wird die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt (§ 26 InsO). Das Insolvenzgericht hebt die einstweiligen Maßnahmen auf. B hatte jetzt von der Sicherungsabtretung erfahren und rügt die Prozessführungsbefugnis und die Aktivlegitimation des K. Daraufhin ermächtigt S den K zur Prozessführung; K stellt den Klageantrag

auf Leistung an S um. Im Jahre 2013 verstirbt K und wird von E beerbt. Ist die Klage in den verschiedenen Stadien des Verfahrens zulässig?

610 Fall 7: Feststellungsklage, Widerklage

K hat mit B einen Kommissionsvertrag geschlossen und fordert B zur Zahlung einer noch offenen Forderung in Höhe von € 60.000 auf. B zahlt €10.000 und meint, mehr schulde er nicht. Daraufhin tritt K einen Teil der Forderung in Höhe von € 20.000 treuhänderisch an D ab und teilt B die Abtretung mit. Anschließend erhebt K gegen B Klage auf Zahlung von € 30.000. B erhebt Widerklage mit dem Antrag:

„Es wird festgestellt, dass

1. K ein Anspruch auf € 30.000 nicht zusteht und
2. kein Vertrag besteht, aus dem K € 30.000 fordern darf.“

In derselben Klageschrift erhebt B Feststellungswiderklage gegen D mit dem Antrag:

„Es wird festgestellt, dass die an D abgetretene Forderung nicht besteht.“

Wie wird das Gericht entscheiden?

611 Fall 8: Prozessvergleich

A hat B und C testamentarisch als Erben eingesetzt. In einem später verfassten handschriftlichen Zusatz heißt es: „Mein Haus soll aber K bekommen.“ Alsbald nach dem Tod des A entsteht zwischen K und B Streit über die Wirksamkeit des Zusatzes. K klagt, vertreten durch Rechtsanwalt R, gegen B auf Übereignung und Übergabe des Hausgrundstückes. Eine Klage gegen C unterbleibt zunächst, da C gewillt zu sein scheint, der Forderung des K nachzukommen. B wendet im Prozess ein, das Grundstück sei unterdessen an M vermietet worden; im Übrigen sei der Zusatz im Testament formnichtig.

In der mündlichen Verhandlung, zu der R und der Rechtsanwalt des B erschienen sind, schlägt das Gericht folgenden Vergleich vor: „Die Parteien vergleichen sich wie folgt:

1. B und C erklären hiermit die Auflassung des Grundstückes (...), bewilligen die Eintragung und stellen den Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt. K nimmt die Erklärung an.
2. B und C werden das Grundstück räumen und übergeben. Sie verpflichten sich, nach dem Eigentumserwerb des K alle Ansprüche gegen M auf Mietzahlung an K abzutreten.
3. K verpflichtet sich zur Zahlung von € 200.000 an die Erbengemeinschaft.“

Die Rechtsanwälte von K und B erklären sich mit dem Vergleich einverstanden. Auch C, der der Verhandlung im Zuschauerraum beigewohnt hatte, erklärt seine Zustimmung. Der Vergleich wird protokolliert.

Alsbald entsteht wieder Streit. K fragt den Rechtsanwalt R, ob er zahlen müsse und wie er ggf. seine Rechte aus dem Vergleich geltend machen könne.

Abwandlung 8a: Der Vergleich enthält eine weitere „Ziffer

4. Die Beteiligten können den Vergleich bis zum 1.5. durch einen bei Gericht einzureichenden Schriftsatz widerrufen.“

Am 29.4. geht bei B ein schriftlicher Widerruf des R namens des K ein. Am 15.5. stellt R namens des K den Antrag bei Gericht, das Verfahren fortzuführen und B antragsgemäß zu verurteilen. Wie wird das Gericht entscheiden?

Fall 9: Prozessaufrechnung

612

G tritt seine Forderung gegen S in Höhe von 10.000 Euro an die Bank B zur Sicherheit ab. B erteilt G Einziehungs- und Prozessführungsermächtigung. S verweigert Zahlung. G klagt gegen S auf Zahlung in Höhe von 10.000 Euro. S rechnet in der mündlichen Verhandlung hilfsweise mit einer Gegenforderung über 15.000 Euro auf, die ihm gegen G zusteht.

Alle Forderungen bestehen.

1. Wie wird das Gericht entscheiden?
2. Angenommen, das Gericht weist die Klage des G wegen der Aufrechnung ab. Kann S seine Forderung über 15.000 Euro gegen G einklagen?

Fall 10: Rechtskraft bei Teilklage und Aufrechnung

613

K meint, gegen B eine Schadensersatzforderung wegen (fahrlässiger) Eigentumsverletzung in Höhe von € 17.000 zu haben und klagt davon € 12.000 ein. B bestreitet, der Schädiger gewesen zu sein, und rechnet hilfsweise mit einer Gegenforderung von € 6.000 auf. K bestreitet die Gegenforderung. Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme ist das Gericht von der Täterschaft des B überzeugt; allerdings kann ein Schaden des K nur in Höhe von € 8.000 bewiesen werden. Auch die Gegenforderung des B besteht nach der Überzeugung des Gerichts nur in Höhe von € 4.000. Das Urteil wird rechtskräftig. Später klagt K die „Restforderung“ von € 5.000 ein. B bestreitet erneut seine Täterschaft und rechnet wiederum hilfsweise mit der „insoweit noch nicht verbrauchten“ Gegenforderung in Höhe von € 2.000 auf. K verweist auf die Feststellungen des ersten Urteils. Wie wird das Gericht den zweiten Prozess entscheiden?

Fall 11: Rechtskrafterstreckung, Titelumanschreibung

614

K hat bei E dessen Lkw gemietet und vermietet ihn an B weiter. Später kündigt er das Mietverhältnis mit B. Die Rückgabe verzögert sich, weshalb K für € 10.000 einen Ersatzwagen anmieten muss. K klagt gegen B auf Herausgabe des Lkw und Zahlung von € 10.000 Schadensersatz. Bereits vor Klageerhebung hatte K von seiner (vermeintlichen) Forderung gegen B € 3.000 an Z abgetreten. Während des Prozesses gegen B tritt K weitere € 4.000 an die Sparkasse S zur Sicherheit ab. Zugleich übereignet K der S zur Sicherheit den Lkw. S geht dabei davon aus, dass K Eigentümer des Lkw sei und ist über die Herausgabeklage des K gegen B informiert. B erfährt von alledem nichts. Das Gericht verurteilt B zur Herausgabe des Lkw und – weil ein höherer Schaden nicht festgestellt werden konnte – zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von € 5.000; im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

1. Welches Vorgehen ist Z wegen der Forderung gegen B zu empfehlen?
2. Welches Vorgehen ist S wegen der Forderung gegen B zu empfehlen?
3. Welches Vorgehen ist S wegen des Lkw zu empfehlen?

Fall 12: Zwangsvollstreckung in eine unter Eigentumsvorbehalt erworbene Sache

615

Gläubiger G vollstreckt gegen Schuldner S aus einem rechtskräftigen Zahlungstitel in Höhe von € 7.000. Die einzig werthaltige Sache, die der Gerichtsvollzieher bei S auffindet, ist ein unter Eigentumsvorbehalt von E erworbener Pkw im Wert von € 10.000, den S bis auf die letzte Kaufpreisrate bereits bezahlt hat. Wie sollte G vorgehen?

Fall 13: Zwangsversteigerung von Grundstück und Zubehör

616

Schuldner S betreibt auf seinem Grundstück eine Gaststätte. Er besorgt sich eine neue Zapfanlage, die er in der Gaststätte aufstellt, ohne sie individuell anzupassen. Zu Gunsten von

H wird eine Hypothek an dem Grundstück eingetragen. Nach Eintragung der Hypothek lässt Gläubiger G die Zapfanlage vom Gerichtsvollzieher durch Anlegen eines Pfandsiegels pfänden. Ist die Pfändung wirksam?

617 Fall 14: Vollstreckungsabwehrklage

K kauft von V einen Sportwagen. Beide vereinbaren, dass K diesen in Raten bezahlen soll. Als K die Raten schuldig bleibt, erwirkt V gegen K einen Mahnbescheid und, da K keinen Widerspruch erhebt, später auch einen Vollstreckungsbescheid. Nachdem die Einspruchsfrist abgelaufen ist, betreibt V die Zwangsvollstreckung. K rechnet mit einer Schadensersatzforderung auf, die schon bei Ergehen des Mahnbescheides bestand. Wie kann K sich gegen die Zwangsvollstreckung wehren?

Abwandlung 14a:

Wie wäre es, wenn K die Anfechtung wegen einer ihm erst jetzt bekannt gewordenen arglistigen Täuschung nach § 123 BGB erklären wollte?

618 Fall 15 (Drittwiderrspruchsklage; verbundenes Geschäft)

V handelt mit Oldtimern. A und B wollen gemeinsam einen Wagen aus dem Jahre 1930 erwerben. Da sie den Kaufpreis von 60.000 Euro nicht zur Verfügung haben, verweist V beide an die Bank X, mit der V bei der Finanzierung regelmäßig zusammen arbeitet. X ist bereit, den Teilbetrag von 40.000 Euro zu finanzieren. A und B unterwerfen sich wegen der Rückzahlung des Darlehens der sofortigen Zwangsvollstreckung. V erhält den Betrag von X ausbezahlt und liefert unter Eigentumsvorbehalt an A und B. Als bald wird das Fahrzeug zu V zur Reparatur gebracht und dort vom Gläubiger G des V gepfändet. B ist auf einer längeren Auslandsreise.

1. Frage: Welche Möglichkeit hat A, gegen die Zwangsvollstreckung durch G vorzugehen?

Später steht das Fahrzeug wieder in der Garage, die A und B zu diesem Zweck angemietet haben. Ein Gläubiger Z des A vollstreckt in die Sache.

2. Frage: a) Was kann B nach seiner Rückkehr gegen die Pfändung durch Z unternehmen?
b) Wie wird Z wohl reagieren?

Nachdem A und B das Darlehen nicht zuverlässig zurückzahlen und trotz Ablaufs einer dreiwöchigen Nachfrist mit vielen Raten in Verzug sind, überstürzen sich die Ereignisse: X betreibt die Zwangsvollstreckung und lässt den Wagen pfänden, der als bald vom Gerichtsvollzieher zur Zwangsversteigerung gebracht wird.

3. Frage: Was können A und B jetzt noch unternehmen?

619 Fall 16: „Verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“

S stand mit der Bank B in einer ständigen Geschäftsbeziehung, die jedoch beendet wurde, nachdem S der B eine falsche Jahresbilanz vorgelegt hatte. Nach Beendigung der Geschäftsbeziehung wurde S vom OLG rechtskräftig zur Zahlung von € 200.000 an B verurteilt. Erstmals in der Berufungsinstanz hatte er vorgebracht, diesen Betrag nicht zu schulden, da B das Kontokorrent fehlerhaft geführt habe. Die B hatte dies bestritten und das OLG den Vortrag des S wegen §§ 529, 531 ZPO unberücksichtigt gelassen.. Erst nach Rechtskraft des Urteils und erfolgreich durchgeführter Zwangsvollstreckung wurde bei einer Innenrevision der B festgestellt, dass in der Tat das Kontokorrent falsch geführt worden war und der B kein entsprechender Anspruch gegen S mehr zugestanden hatte. Hätte eine Klage des S gegen B auf Zahlung von € 200.000 Aussicht auf Erfolg?

Fall 17: „Verlängerte Drittwiderspruchsklage“

620

Der Gerichtsvollzieher pfändet für Gläubiger G in der Wohnung des Schuldners S ein wertvolles Notebook, obwohl S gegen die Pfändung mit der Begründung protestiert, das Notebook gehöre seiner zurzeit im Urlaub weilenden Ehefrau F. Als F aus dem Urlaub wiederkommt, wurde das Notebook bereits an den Ersteher E zum Preis von € 1.200 versteigert und abgeliefert. Die Versteigerungskosten betragen € 200. Die Differenz in Höhe von € 1.000 wurde bereits an G ausgezahlt.

Abwandlung 17a: F hatte das Notebook durch ein anfechtbares Rechtsgeschäft von S erlangt.

Abwandlung 17b: G ersteigerte das Notebook selbst. F fragt jeweils nach ihren Rechten.

Fall 18: Arrest und einstweilige Verfügung

621

T ist verstorben. G meint, aufgrund eines Vermächnisses vom Erben S die Übereignung eines Gemäldes verlangen zu können; ferner steht ihm nach dem Testament des T eine Geldzahlung von € 10.000 zu. S ist durch die schlechte konjunkturelle Entwicklung in erhebliche finanzielle Schwierigkeiten geraten; er hat dem Nachlass bereits Mittel entzogen, ohne dass alle Nachlassgläubiger befriedigt worden sind. G stellt gegen S einen Arrestantrag zur Sicherung seiner Forderung. Er trägt vor, der Nachlass sei wohl bald überschuldet, und der S habe sehr wenig Vermögen; mit dem Arrest wolle er anderen Gläubigern zuvorkommen. Ferner stellt der G gegen den S einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, weil er befürchtet, S werde das Gemälde „zu Geld machen“. Wie wird das Gericht über die Anträge entscheiden?

Abwandlung 18a: Der Arrest wird antragsgemäß erlassen. Weil andere Gläubiger von dem Arrest und den damit verbundenen finanziellen Problemen des S erfahren, kündigen sie Kredite, woraus S erheblicher Schaden entsteht. Auf Antrag des G ergeht aufgrund des Arrestbeschlusses ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluss hinsichtlich der Forderung des S gegen DS. DS wird von G zur Erfüllung aufgefordert und zahlt € 10.000 an den G. Die einstweilige Verfügung wird als Veräußerungsverbot erlassen und S zugestellt. Gleichwohl übereignet S das Gemälde zur Sicherheit an K; das Gemälde soll aber weiter bei S verbleiben. Auf Widerspruch des S werden der Arrest, die einstweilige Verfügung und die Vollziehung insgesamt aufgehoben.

1. S verlangt von DS Zahlung und von G Schadensersatz wegen des ungerechtfertigten Vorgehens. Zu Recht?
2. Kann G von S Übereignung des Gemäldes verlangen?