DIE STRUKTUREN
DES ZIVILRECHTS

HARALD LANGELS

ZIVILPROZESSRECHT

ERKENNTNISVERFAHREN
ZWANGSVOLLSTRECKUNGSRECHT
EINSTWEILIGER RECHTSSCHUTZ

EINE NACH STRUKTURELEMENTEN
GEORDNETE DARSTELLUNG DES
EXAMENSRELEVANTEN ZIVILRECHTS

8. ÜBERARBEITETE UND ERWEITERTE AUFLAGE

ABELS & LANGELS

HARALD LANGELS

ZPO

Erkenntnisverfahren

Zwangsvollstreckungsrecht

Einstweiliger Rechtsschutz

Eine nach Strukturelementen geordnete
Darstellung des examensrelevanten Zivilrechts

**8. überarbeitete und
erweiterte Auflage**

© Harald Langels

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Autors unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.al-online.de

Vorwort zur 1. Auflage

Dieses Buch ist Teil einer Schriftenreihe, die auf der Basis meiner langjährigen Tätigkeit als Repetitor in Berlin, Bochum, Bonn, Hamburg, Kiel, Köln, München, Münster und Tübingen entstanden ist. Diese Schriftenreihe löst dabei einen Zielkonflikt, der im Rahmen der juristischen Ausbildung entstanden ist: Einerseits soll die Stoffmenge überschaubar sein, andererseits soll der gesamte examensrelevante Prüfungsstoff transparent dargestellt werden.

Um dieses Ziel zu erreichen, unterscheidet sich die Art der Darstellung von anderen Lehrbüchern und Skripten: Basierend auf der Methodik des strukturellen Lernens bleibt durch konsequente Datenreduktion auf Kosten nicht endend wollender Meinungsstreitigkeiten die Stoffmenge überschaubar, ohne das Detailwissen zu vernachlässigen, das für das Erreichen eines Prädikatsexamens unerlässlich ist. Dabei werden die Strukturen durch Beispiele erläutert, ohne die Sicht auf die examensrelevanten Probleme durch eine Unzahl von Fällen und Fallabwandlungen zu verstellen, da sich nach meiner Erfahrung das ausschließliche „Lernen am Fall" als Trugschluss erweist: Es provoziert nur die im Examen von Prüfern äußerst negativ bewertete Suche nach einem ähnlich „gelernten" Fall. Da es aber keinen „numerus clausus" von Examensklausuren gibt, besteht Ihre Aufgabe und Chance darin, die innere Struktur des Falles zu erkennen und diesen einer angesichts von grundlegenden Wertentscheidungen des Straf- und Zivilrechts vertretbaren Lösung zuzuführen. Sollten Sie darüber hinaus noch in der Lage sein, das so gefundene Ergebnis von einem anderen dogmatischen Fundament aus zu hinterfragen, wird Ihnen ein Prädikatsexamen sicher sein.

Ein besonderer Synergie-Effekt besteht dabei innerhalb der Examensvorbereitungen in der Verknüpfung der Lehrbücher mit der jeweiligen Lerneinheit unserer Kurse, da beide der Methodik des Strukturdenkens folgen. Die Lehrbücher ermöglichen eine optimale Vor- bzw. Nachbereitung der Lerneinheiten; diese wiederholen noch einmal die Strukturelemente, die anschließend zur Verbesserung der Klausurstrategie auf examenstypische Problemstellungen angewandt werden; auch die zahlreichen Tests und Examensklausuren innerhalb unseres Kursangebotes sind auf dieser Methodik aufgebaut. Andererseits habe ich mich bemüht, die Verweise auf die jeweilige Kursmitschrift so gering als möglich zu halten, um auch außerhalb bzw. im Vorfeld der Kursteilnahme eine stringente Examensvorbereitung zu ermöglichen.

Informationen zum didaktischen Konzept unserer Kurse, die jeweils im April bzw. Oktober eines Jahres beginnen, würden hier den Rahmen sprengen, können aber im jeweiligen kursbetreuenden Büro bzw. für die Kursstädte Hamburg, Berlin, Köln, Bonn, Bochum, Bielefeld, Münster und Osnabrück unter folgender Adresse erfragt werden:

ABELS & LANGELS, Basteistraße 28 b, 53173 Bonn, Tel.: 0228 95 63 403 (9 – 13 Uhr).

Konzept und Inhalt unserer Kurse sind auch auf unserer Homepage unter **www.al-online.de** ausführlich beschrieben. Dort finden Sie ferner als kostenlosen „Download" Leseproben zu all unseren Skripten sowie Muster von Klausuren und Lerneinheiten unserer Kurse.

Bonn, im August 1993

Harald Langels

Vorwort zur 8. Auflage

Die 8. Auflage bringt mein Lehrbuch auf den Stand von November 2017. Neben neuen Entscheidungen und Aufsätzen habe ich zahlreiche Aufbauschemata eingefügt, um die Darstellungsweise in der Klausur zu verdeutlichen.

Ich möchte mich an dieser Stelle für die freundliche Aufnahme der früheren Auflagen sowie die konstruktiven Hinweise meiner Leser bedanken, die allesamt reflektiert und zu einem großen Teil berücksichtigt wurden.

Sollten wir uns im Rahmen meines Individualunterrichts nicht persönlich kennenlernen, so wünsche ich Ihnen jetzt bereits viel Spaß beim Lesen und viel Erfolg im Staatsexamen.

Bonn, im November 2017

Harald Langels

DAS SYSTEM DER ANSPRÜCHE

ABELS & LANGELS

I. VERTRAGLICHE ANSPRÜCHE (IM ENGEREN SINN)

Vertragliche Ansprüche im engeren Sinn setzen einen wirksamen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner voraus. Sie müssen daher zunächst einmal feststellen, ob der Vertrag in dem Augenblick (noch) wirksam ist, in dem der Gläubiger seinen Anspruch geltend macht: Der Vertrag darf nicht von Haus aus nichtig, Angebot bzw. Annahme dürfen nicht rückwirkend wirksam angefochten worden sein.

A. Primäranspruche

Jeder Vertragspartner schließt den Vertrag, damit der Vertrag erfüllt wird. Primäranspruche sind also stets auf **Erfüllung** gerichtet. Wenn die geschuldete Leistung bewirkt wird, erlischt der Primäranspruch gemäß § **362 I** durch Erfüllung

B. Sekundäranspruche

Sekundäranspruche entstehen, wenn die primär geschuldete Leistung aus einem Umstand heraus gestört ist, den der Schuldner zu vertreten hat. Bei diesen **Leistungsstörungen** können wir wie folgt unterscheiden:

1) Ausschluß der Leistungspflicht

Der Anspruch des Gläubigers auf die Leistung ist gemäß § **275** ausgeschlossen, wenn diese unmöglich ist (§ 275 I) oder dem Schuldner wegen eines unzumutbaren Aufwandes (§ 275 II) bzw. aus persönlichen Gründen (§ 275 III) nicht zugemutet werden kann. Hat der Schuldner dieses Leistungshindernis zu vertreten - was gesetzlich vermutet wird -, so haftet er gemäß § **311 a II** bzw. gemäß den §§ **280 I, III, 283**.

2) Nichtleistung trotz Möglichkeit

Ist dem Schuldner (im Gegensatz zu § 275) die Leistung noch möglich, so hat der Gläubiger ein **Wahlrecht**:
Er kann an seinem Erfüllungsanspruch festhalten und gemäß den §§ **280 I, II, 286** Ersatz des Verzögerungsschadens verlangen oder gemäß den §§ **280 I, III, 281** nach erfolgloser Nachfristsetzung **Schadensersatz statt der Leistung** fordern.

3) Lieferung einer mangelhaften Sache

Aus Platzgründen habe ich nur die beiden examensträchtigsten Vertragstypen dargestellt: Hat die gelieferte Sache einen Sach- oder Rechtsmangel, so hat der Schuldner seine Pflichten aus den §§ 433 I 2, 633 I verletzt. Die Rechte des Gläubigers ergeben sich aus den §§ **437** bzw. **634**.

4) Sonstige Pflichtverletzungen

Verletzt der Schuldner anstelle von Nichtleistung und Schlechtleistung eine sonstige Pflicht, so kann der Gläubiger wählen: Er kann an seinem Erfüllungsanspruch festhalten und gemäß § **280 I** Schadensersatz für die reinen Folgen der Pflichtverletzung fordern oder er kann gemäß den §§ **280 I, III, 282** Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn die Pflichtverletzung so gravierend war, daß ihm die weitere Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist.

§ 311 a II
Anfänglicher Ausschluß der Leistungspflicht
1) Wirksamer Vertrag
2) Anfänglicher Ausschluß der Leistungspflicht
   a) § 275 I: Tatsächliche/ rechtliche Unmöglichkeit
   b) § 275 II: Praktische Unmöglichkeit bei unzumutbarer Leistungserschwerung
   c) § 275 III: Unzumutbarkeit bei persönlichen Leistungen
3) Vertretenmüssen (wird nach § 311 a II 2 widerlegbar vermutet)

§§ 280 I, III, 283
Nachträglicher Ausschluß der Leistungspflicht
1) Vertragliches/gesetzliches Schuldverhältnis
2) Leistungspflicht des Schuldners
3) Fälliger und einredefreier Anspruch des Gläubigers
4) Nachträglicher Ausschluß der Leistungspflicht: § 275 I - III
5) Vertretenmüssen des Schuldners (wird nach § 280 I 2 widerlegbar vermutet)

§§ 280 I, II, 286:
Verzögerungsschaden
1) Vertragliches/gesetzliches Schuldverhältnis
2) Leistungspflicht des Schuldners
3) Die Leistung ist noch nicht erbracht, aber nachholbar
4) Fälliger und einredefreier Anspruch des Gläubigers
5) Mahnung: § 286 I 1
   Entbehrlich in folgenden Fällen:
   a) § 286 I 2: Klageerhebung/Mahnbescheid
   b) § 286 II Nr. 1 - 4
   c) § 286 III: Nichtleistung innerhalb von 30 Tagen ab Zugang einer Rechnung
   d) § 242: Selbstmahnung des Schuldners
6) Vertretenmüssen (wird nach § 286 IV widerlegbar vermutet)

§§ 280 I, III, 281:
Schadensersatz statt der Leistung
1) Vertragliches/gesetzliches Schuldverhältnis
2) Leistungspflicht des Schuldners
3) Leistung ist noch nicht erbracht, aber nachholbar
4) Fälliger und einredefreier Anspruch des Gläubigers
5) Pflichtverletzung des Schuldners
   a) Nichtleistung trotz Möglichkeit
   b) Nicht vertragsgemäße Leistung
6) Erfolgloser Ablauf einer angemessenenen Nachfrist (entbehrlich in Fällen der §§ 281 II, 440, 636)
7) Vertretenmüssen des Schuldners (wird nach § 280 I 2 widerlegbar vermutet)

Kaufvertrag
1) **§§ 437 Nr. 1; 439**: Nacherfüllung
2) **§§ 437 Nr. 2, 323 I (§ 326 V)**: Rücktritt
3) **§§ 437 Nr. 2; 441**: Minderung
4) **§ 437 Nr. 3**: Schadensersatz in Verbindung mit:
   a) **§ 311 a II**: Anfängliche Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung
   b) **§§ 280 I, III, 283**: Nachträgliche Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung
   c) **§§ 280 I, III, 281**: Mangelschaden
   d) **§ 280 I**: Mangelfolgeschaden

Werkvertrag
1) **§§ 634 Nr. 1; 635**: Nacherfüllung
2) **§§ 634 Nr. 2; 637**: Ersatzvornahme
3) **§§ 634 Nr. 3, 1. Alt.; 323 (326 V)**: Rücktritt
4) **§§ 634 Nr. 3, 2. Alt.; 638**: Minderung
5) **§ 634 Nr. 4**: Schadensersatz in Verbindung mit:
   a) **§ 311 a II**: Anfängliche Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung
   b) **§§ 280 I, III, 283**: Nachträgliche Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung
   c) **§§ 280 I, III, 281**: Mangelschaden
   d) **§ 280 I**: Mangelfolgeschaden

§ 280 I
1) Schuldverhältnis
   a) vorvertraglich: § 311 II
   b) vertraglich
   c) gesetzlich
2) Pflichtverletzung des Schuldners
   a) Sorgfalts-, Schutz- und Obhutspflichten
   b) Aufklärungs- bzw. Beratungspflichten
   c) Sonstige Nebenpflichten wie z.B. Unterlassungspflichten, Verschwiegenheitspflichten, Mitwirkungspflichten
3) Vertretenmüssen des Schuldners (§ 280 I 2)
4) Schaden
5) Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden

§§ 280 I, III, 282
1) Vertragliches/gesetzliches Schuldverhältnis
2) Nebenpflichtverletzung
3) Vertretenmüssen (§ 280 I 2)
4) Unzumutbarkeit, das Schuldverhältnis fortzusetzen

C. Tertiäranspruche

Sie setzen im Gegensatz zu den Sekundäranspruchen kein Vertretenmüssen des Schuldners voraus.

1) § 255
Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechts Schadensersatz leisten muß, kann von seinem Gläubiger verlangen, daß dieser ihm dessen Ersatzansprüche gegen Dritte abtritt.

2) § 285 I
Hat der Schuldner infolge der Unmöglichkeit einen Ersatzgegenstand oder Ersatzanspruch erlangt, so kann der Gläubiger Herausgabe bzw. Abtretung verlangen.

II. QUASIVERTRAGLICHE ANSPRÜCHE

A. Verletzung vorvertraglicher Pflichten: §§ 311 II, 241 II, 280 I 1

Durch Anbahnung eines geschäftlichen Kontakts oder durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen entsteht ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis. Gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 haftet derjenige, der in diesem Stadium schuldhaft Pflichten verletzt, die bereits vor Vertragsschluß bestehen.

Die Anspruchsvoraussetzungen
1) **Vorvertragliches Schuldverhältnis: § 311 II**
   a) Aufnahme von Vertragsverhandlungen
   b) Anbahnung eines geschäftlichen Kontakts
   c) Dauernde Geschäftsbeziehung
2) **Die Pflichtverletzungen:**
   a) Sorgfaltspflichten
   b) Aufklärungspflichten
   c) Schuldhaft verursachte Nichtigkeit des Vertrags
   d) Unbegründeter Abbruch von Vertragsverhandlungen
3) **Verschulden:**
   a) § 276 } wird gemäß § 280 I 2
   b) § 278 } widerlegbar vermutet
4) **Schaden:**
5) **Kausalität** zwischen Pflichtverletzung und Schaden

B. Geschäftsführung ohne Auftrag: §§ 677 – 687

Führt ein Geschäftsführer (GF) ein fremdes Geschäft, ohne dazu vertraglich bzw. gesetzlich verpflichtet zu sein, so entsteht zwischen ihm und dem Geschäftsherrn (GH) ein gesetzliches Schuldverhältnis. Wir können zwischen 4 Formen der GoA unterscheiden:

Echte, berechtigte GoA
Der GF führt ein fremdes Geschäft für den GH.
Der GH ist mit der Übernahme der Geschäftsführung durch den GF einverstanden.

1) **GH -> GF**
   a) **Primäransprüche:**
      §§ 681, 2; 665: Befolgen von Weisungen
      §§ 681, 2; 666: Auskunft/Rechenschaft
      §§ 681, 2; 667: Herausgabe des Erlangten
   b) **Sekundäransprüche:**
      §§ 280 I, III, 283: Schadensersatz bei Unmöglichkeit der Herausgabe
      §§ 280 I, II, 286: Ersatz des Verzögerungsschadens bei verspäteter Herausgabe
      §§ 280 I, 677: Schadensersatz bei schuldhaft schlechter Ausführung
2) **GF -> GH** **§§ 683, 670:** Aufwendungsersatz

Echte, nichtberechtigte GoA
Der GF führt ein fremdes Geschäft für den GH.
Der GH ist mit der Übernahme der Geschäftsführung durch den GF nicht einverstanden.

1) **GH -> GF: § 678:** Schadensersatz
2) **GF -> GH: §§ 684, 1; 818 ff.:** Herausgabe des durch die unerwünschte Geschäftsführung Erlangten

§ 687 I
Führt der GF ein objektiv fremdes Geschäft als eigenes Geschäft, ohne die Fremdheit des Geschäfts zu erkennen, so sind die Regeln der GoA nicht anwendbar

§ 687 II
Maßt sich der GF ein objektiv fremdes Geschäft bewußt als eigenes an, so steht dem GH gemäß § 687 II 1 ein Wahlrecht zu:

1) **GH -> GF:**
   a) **§§ 687 II 1; 678:** Schadensersatz
   b) **§§ 687 II 1, 681, 2; 667:** Herausgabe des Erlangten, dann aber:
2) **GF -> GH:**
   §§ 687 II 2, 684, 1; 818 ff.: Aufwendungsersatz, soweit der GH durch die angemaßte Geschäftsführung eigene Aufwendungen erspart hat.

C. Haftung wegen veranlaßten Vertrauens

Wer eine unwirksame Willenserklärung abgibt, muß den anderen in Geld so stellen, wie dieser stünde, wenn er niemals auf die Wirksamkeit dieser Willenserklärung vertraut hätte. Der Schuldner muß den Gläubiger aber nicht besser stellen, als dieser bei Wirksamkeit der Willenserklärung stünde.

1) **§ 122:** Nichtigkeit infolge von Anfechtung bzw. Schwererklärung
2) **§ 179 II:** Unwirksamkeit wegen fehlender Vertretungsmacht

III. DINGLICHE ANSPRÜCHE

Dingliche Ansprüche verwirklichen das dingliche Recht: Sie entstehen, wenn das dingliche Recht beeinträchtigt wird und ermöglichen es dem Inhaber des dinglichen Rechts, die ihm zustehenden Befugnisse auszuüben. So ermöglichen z.B. der Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 oder der Unterlassungsanspruch aus § 1004, die Sache umfassend und ungestört zu nutzen. Beachten Sie bei den dinglichen Ansprüchen folgende **Besonderheiten**:
- Dingliche Ansprüche wenden sich gegen jeden, der das dingliche Recht beeinträchtigt.
- Dingliche Ansprüche setzen kein Verschulden voraus.
- Dingliche Ansprüche sollen das dingliche Recht verwirklichen und können daher nicht vom dinglichen Recht getrennt, also nicht isoliert abgetreten werden.
- Wird das dingliche Recht übertragen, so gehen dingliche Ansprüche nicht über, sondern entstehen in der Person des Erwerbers von neuem.

A. Primäranspruche

1) **Herausgabeansprüche**
   a) **Petitorische Ansprüche** (stammen aus einem Recht zum Besitz und ordnen die Besitzlage endgültig)
      aa) **§ 985** Eigentümer -> unrechtmäßiger Besitzer
      bb) **§ 1007 I, II** Früherer -> jetziger Besitzer bei Bösgläubigkeit bzw. Abhandenkommen
      cc) **§§ 1065, 985** Nießbraucher -> unrechtmäßiger Besitzer
      dd) **§§ 1227, 985** Pfandgläubiger -> unrechtmäßiger Besitzer
      ee) **§ 2018** Erbe -> Erbschaftsbesitzer
   b) **Possessorische Ansprüche** (stammen aus dem Besitz und können je nach Recht zum Besitz noch korrigiert werden): **§ 861**
2) **Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche**
   a) **endgültig: §§ 12, 1004; 1027, 1090 II, 1065, 1134 I, 1192 I, 1227 i.V.m. 1004; § 771 ZPO**
   b) **vorläufig: §§ 862 I; 1029, 1090 II**
3) **Duldung der Zwangsvollstreckung: §§ 1147 (1192); 1228**
4) **Mitwirkung / Berichtigung:**
   a) **§§ 888 I** Abgabe der nach § 19 GBO erforderlichen Bewilligung, die zur Eintragung des vorgemerkten
   b) **§ 894** Rechts bzw. zur Grundbuchberichtigung erforderlich ist.

B. Sekundäranspruche

Die Sekundäranspruche sind nichtdingliche Folgeansprüche, die von ihrem Stammrecht getrennt werden, also auch isoliert abgetreten werden können.

1) **Schadensersatz**
   a) **§ 989** Schuldhafte Beschädigung nach Rechtshängigkeit der Herausgabeklage
   b) **§§ 990 I, 989** Schuldhafte Beschädigung durch den bösgläubigen Besitzer
   c) **§§ 990 II, 280 I, II, 286** Verzugshaftung des bösgläubigen *und* verklagten Besitzers
2) **Nutzungen**
   a) **§§ 987 I, II (990 I)** Herausgabe der gezogenen/schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen durch den verklagten/bösgläubigen Besitzer
   b) **§§ 988, 818 ff.** Herausgabe der gezogenen Nutzungen bei unentgeltlichem Besitzerwerb
   c) **§ 2020** Herausgabe der gezogenen Nutzungen durch den Erbschaftsbesitzer
3) **Verwendungsersatz**
   a) **§§ 994 I 1, 996** Ersatz der notwendigen bzw. nützlichen Verwendungen des nicht verklagten/gutgläubigen Besitzers
   b) **§§ 994 II, 683, 670 bzw. 684, 1; 818 ff.** Ersatz der notwendigen Verwendungen nach GoA-Regeln für den verklagten/ bösgläubigen Besitzer
   c) **§ 2022 I, II** Ersatz aller Verwendungen des nicht verklagten, gutgläubigen Erbschaftsbesitzers

C. Tertiäranspruch: §§ 951, 812 I 1, 2. Alt.

Hat der frühere Eigentümer durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung sein Eigentum an den Ausgangsprodukten gemäß den §§ 946 – 950 kraft Gesetzes verloren, so kann er gemäß den §§ 951, 812 I 1, 2. Alt. von demjenigen Ausgleich verlangen, der auf seine Kosten Eigentümer geworden ist.

IV. DELIKTISCHE ANSPRÜCHE

A. Gefährdungshaftung

Unabhängig vom Verschulden haftet derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft, wenn sich die spezifische Gefahr der gefährlichen Sache/Handlung in einem Schaden realisiert, der vom Schutzzweck der Gefährdungshaftung erfaßt wird.

1) **§ 7 I StVG:** Haftung des Halters für beim Betrieb seines Fahrzeugs verursachte Schäden
2) **§ 1 I 1 ProdHaftG:** Haftung des Herstellers/Importeurs für fehlerhafte Produkte
3) **§ 833, 1 BGB:** Haftung des Halters eines Luxustieres
4) Weitere Gefährdungstatbestände: §§ 25 AtomG, 1 UmweltHG, 54 LuftVG, 84 AMG, 22 WHG, 2 HPflG, 32 GenTG

B. Haftung für ein vermutetes, aber widerlegbares Verschulden

Hier kehrt das Gesetz die Beweislast um: Sowohl das Verschulden als auch die Kausalität zwischen schuldhaftem Verhalten und Schadenseintritt werden gesetzlich vermutet, doch räumt man dem Schuldner die Möglichkeit ein, das Gegenteil zu beweisen: entweder fehlendes Verschulden oder, daß der Schaden auch bei sorgfaltsgemäßem Verhalten eingetreten wäre.

1) **§ 831 I 1:** Haftung des Geschäftsherrn bei unerlaubter Handlung durch den Verrichtungsgehilfen
2) **§ 832 I:** Haftung des Aufsichtspflichtigen bei unerlaubter Handlung durch den Beaufsichtigten
3) **§ 18 StVG:** Haftung des Kfz-Fahrers für Unfallschäden

C. Haftung für nachgewiesenes Verschulden

Hier haftet der Schuldner nur, wenn ihm der Gläubiger nachweisen kann, daß er durch sein Verhalten schuldhaft ein Recht oder Rechtsgut des Gläubigers verletzt hat. Dieses Verschuldensprinzip wird aber dadurch eingeschränkt, daß sich das Verschulden nur auf die Rechtsverletzung (§ 823 I) oder auf die Schutzgesetzverletzung (§ 823 II), nicht aber auf den Schaden beziehen muß: Wer schuldhaft ein Recht des Gläubigers verletzt, muß auch einen Schaden ersetzen, den er in diesem Ausmaß nicht vorhersehen konnte.

1) **§ 823 I:** Schuldhafte Verletzung der enumerativ aufgezählten Rechte/Rechtsgüter oder eines sonstigen Rechts
2) **§ 823 II:** Schuldhafte Verletzung eines Schutzgesetzes
3) **§ 826:** Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung

V. BEREICHERUNGSRECHTLICHE ANSPRÜCHE

A. Leistungskondiktionen

Bei einer Leistungskondiktion hat der Gläubiger bewußt und zweckgerichtet das Schuldnervermögen gemehrt und möchte diese Vermögensmehrung aus den folgenden Gründen abschöpfen:

1) **§ 812 I 1, 1. Alt.:** Der Gläubiger hat ohne rechtlichen Grund geleistet.
2) **§ 812 I 2, 1. Alt.:** Der rechtliche Grund ist nachträglich weggefallen.
3) **§ 812 I 2, 2. Alt.:** Der mit der Leistung verfolgte Zweck kann auf Dauer nicht mehr erreicht werden.
4) **§ 813 I 1:** Der Gläubiger hat in Unkenntnis einer dauerhaft wirkenden Einrede geleistet.
5) **§ 817, 1:** Der Schuldner hat durch die Entgegennahme der Leistung gegen die guten Sitten verstoßen.

B. Nichtleistungskondiktionen

Bei der Nichtleistungskondiktion hat der Schuldner ohne rechtlichen Grund einen Vermögensvorteil auf Kosten des Gläubigers erlangt, ohne daß ihm der Gläubiger diesen Vorteil bewußt und zweckgerichtet zugewandt hat.

1) **§ 816 I 1:** Trifft ein Nichtberechtigter eine wirksame Verfügung, so muß er das dadurch Erlangte herausgeben.
2) **§ 816 I 2:** Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so ist der Erwerber zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet.
3) **§ 816 II:** Wird an einen Nichtberechtigten mit befreiender Wirkung geleistet, so ist dieser zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet.
4) **§ 822:** Hat der ursprüngliche Kondiktionsschuldner die Leistung unentgeltlich einem Dritten zugewandt, so ist der Dritte zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet.
5) **§ 812 I 1, 2. Alt.**
   a) **Rückgriffskondiktion:** Der Gläubiger nimmt beim Schuldner Regreß, weil dieser auf Kosten des Gläubigers etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat.
   b) **Verwendungskondiktion:** Der Gläubiger hat auf eine Sache Verwendungen gemacht, die dem Schuldner zugute kommen.
   c) **Eingriffskondiktion:** Der Schuldner hat ohne rechtlichen Grund in den Zuweisungsgehalt eines Gläubigerrechts eingegriffen und muß daher das dadurch Erlangte herausgeben.

© HARALD LANGELS

INFORMATION/VORANMELDUNG: ABELS & LANGELS • Tel 0228/95 63 403 • www.al-online.de

Als farbiges Poster in DIN A 2 erhältlich!

Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Das Erkenntnisverfahren 1

§ 1 Die Funktion und Struktur des Zivilprozesses 1

§ 2 Die verschiedenen Rechtswege 2

§ 3 Die Zulässigkeit des Zivilrechtswegs 3
I. Die Abgrenzung: bürgerliche - öffentlichrechtliche Streitigkeit 3
II. Die Abgrenzung der ordentlichen Zivilgerichte von den Arbeitsgerichten 5

§ 4 Die Zuständigkeit der Zivilgerichte 6
Überblick 6
I. Die sachliche Zuständigkeit 9
II. Die örtliche Zuständigkeit (der Gerichtsstand) 10
III. Die funktionelle Zuständigkeit 11

§ 5 Die Folgen der Unzuständigkeit 12

§ 6 Die Organe der Rechtspflege 13
I. Der Richter 13
1) Der gesetzliche Richter 13
2) Berufsrichter - ehrenamtliche Richter 13
3) Die Unabhängigkeit des Richters 13
4) Die Unparteilichkeit des Richters 13
II. Die Geschäftsstelle 14
IV. Der Rechtsanwalt 14
1) Der Status des Rechtsanwalts 14
2) Das Rechtsverhältnis zum Mandanten 15

§ 7 Die Prozessparteien 17
I. Der formelle Parteibegriff 17
II. Die Parteifähigkeit: § 50 17
1) Natürliche Personen 17
2) Juristische Personen 17
3) Sonderfragen 17
III. Die Prozessfähigkeit 18
1) Natürliche Personen 18
2) Juristische/quasijuristische Personen 19
IV. Die Prozessführungsbefugnis 19
1) Die gesetzliche Prozessstandschaft 20
2) Die gewillkürte Prozessstandschaft 21
V. Die Postulationsfähigkeit 22

§ 8 Die wichtigsten Verfahrensgrundsätze der ZPO 23
I. Das Recht auf Gehör 23
II. Die Dispositionsmaxime 23
1) Die Einleitung des Zivilprozesses 23
2) Der Gegenstand des Zivilprozesses 24
3) Der Grundsatz der Bestimmtheit 24
4) Prozessbeendigung durch Parteihandlungen 24
III. Die Verhandlungsmaxime 25
IV. Der Grundsatz der Öffentlichkeit 28

V. Der Grundsatz der Mündlichkeit ... 28
VI. Die Konzentrationsmaxime ... 29
VII. Die Einheit der mündlichen Verhandlung ... 31
VIII. Die Unmittelbarkeit ... 31

§ 9 Die Klage ... 32
I. Die Arten der Klage ... 32
1) Die Leistungsklage ... 32
2) Die Gestaltungsklage ... 32
3) Die Feststellungsklage ... 33
II. Die Form der Klage ... 36
III. Der Inhalt der Klageschrift ... 36
1) Die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts ... 36
2) Der Klageantrag und Klagegrund ... 37
3) Beweismittel ... 39
4) Streitwert, Übertragung auf Einzelrichter ... 39
5) Gerichtskostenvorschuss, Abschrift ... 39
6) Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils ... 39
7) Kostenentscheid, vorläufige Vollstreckbarkeit ... 39
IV. Exkurs: Der Streitgegenstand ... 39
V. Die Erhebung der Klage ... 41
1) Die Einreichung der Klageschrift bei Gericht ... 41
2) Die Zustellung der Klage ... 44
3) Die Rechtshängigkeit ... 44

§ 10 Die Verteidigung des Beklagten ... 46
I. Der Beklagte verteidigt sich nicht ... 46
1) Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren ... 46
2) Der Beklagte versäumt die Klageerwiderungsfrist ... 46
3) Der Beklagte erkennt den geltend gemachten Anspruch an ... 46
II. Der Beklagte verteidigt sich ... 47
1) Der Beklagte wendet sich gegen die Zulässigkeit der Klage ... 48
2) Der Beklagte verteidigt sich in der Sache ... 49
III. Der Beklagte geht zum „Gegenangriff“ über: Die Widerklage ... 52
1) Der Begriff der Widerklage ... 52
2) Die Zulässigkeit der Widerklage ... 53

§ 11 Die Reaktion des Klägers auf die Klageerwiderung (=Replik) ... 55
I. Die Verweisung an das zuständige Gericht ... 55
1) Der unzulässige Rechtsweg ... 55
2) Das unzuständige Gericht ... 55
II. Die Klageänderung ... 55
III. Die Klagerücknahme ... 57

§ 12 Die richterliche Vorbereitung der Hauptverhandlung ... 58
I. Prozessurteil - Sachurteil ... 58
II. Prüfung von Amts wegen ... 58
III. Die Prozessvoraussetzungen im Einzelnen ... 58
1) Prozessvoraussetzungen, die das Gericht betreffen ... 58
2) Prozessvoraussetzungen, die die Parteien betreffen ... 58
3) Prozessvoraussetzungen, die den Streitgegenstand betreffen ... 59
IV. Die Würdigung der vorgetragenen Tatsachen ... 59
V. Die prozessuale Vorbereitung der Hauptverhandlung ... 60

§ 13 Überblick: Der Gang der mündlichen Verhandlung 61

§ 14 Die Beweisaufnahme 62
I. Der Gegenstand des Beweises 62
II. Die Arten des Beweises 62
1) Volle richterliche Überzeugung – Glaubhaftmachen 62
2) Strengbeweis – Freibeweis 63
3) Hauptbeweis – Gegenbeweis 63
III. Die Beweislast 63
1) Gesetzliche Beweislastregeln 63
2) Gesetzliche Vermutungen 64
3) Versteckte Beweislastregeln 64
4) Der Beweis des ersten Anscheins: prima-facie-Beweis 64
5) Exkurs: Die Produzentenhaftung 64
6) Der Grundsatz der Beweislastverteilung 64
IV. Der Beweisantrag 65
V. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung 65
VI. Die einzelnen Beweismittel 66
1) Der Zeuge 66
2) Der Sachverständige 66
3) Der Augenschein 66
4) Die Urkunden 67
5) Die Parteivernehmung 67

§ 15 Die Beendigung des Prozesses durch Parteihandlungen 68
I. Die Klagerücknahme nach § 269 68
II. Der Klageverzicht nach § 306 68
III. Das Anerkenntnis nach § 307 68
IV. Der Prozessvergleich 68
1) Der Vergleich folgt den Regeln der ZPO 68
2) Der Vergleich folgt den Regeln des BGB 69
3) Die Wirkungen des Prozessvergleichs 69
V. Die Erledigung in der Hauptsache nach § 91 a 69

§ 16 Das Urteil 71
I. Die gerichtlichen Entscheidungen 71
II. Die Arten der Urteile 71
1) Prozessurteil – Sachurteil 71
2) Endurteil – Zwischenurteil 72
3) Versäumnisurteile – kontradiktorische Urteile 72
4) Bedingte Urteile 72
5) Leistungs-, Gestaltungs- und Feststellungsurteile 72
III. Der Erlass des Urteils 73
IV. Die Verkündung des Urteils 73
V. Die Zustellung des Urteils 73
VI. Form und Inhalt des Urteils 73
VII. Die Wirkungen des Urteils 74
1) Tatbestandswirkung 74
2) Innerprozessuale Bindung 74
3) Formelle Rechtskraft 74
4) Die materielle Rechtskraft 75

§ 17 Die Rechtsmittel 79
I. Der Begriff 79
II. Die Funktion der Rechtsmittel 79
III. Das Verbot der reformatio in peius 79
IV. Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Rechtsmittels 79
1) Statthaftigkeit 80
2) Beschwer des Rechtsmittelführers 80
3) Wert des Beschwerdegegenstands 80
V. Die Berufung: §§ 511 - 541 80
VI. Die Revision: §§ 542 - 566 83
VII. Die sofortige Beschwerde: §§ 567 - 573 84
VIII. Die Rechtsbeschwerde : §§ 574 – 577 84
IX. Die Nichtzulassungsbeschwerde: § 544 84

§ 18 Das Versäumnisurteil 85
I. Das Versäumnisurteil gegen den Beklagten 85
1) Zulässigkeit der Klage 85
2) Säumnis des Beklagten 85
3) trotz ordnungsgemäßer Terminbestimmung und Ladung 85
4) Schlüssigkeit der Klage 85
5) Antrag des Klägers 85
II. Das Versäumnisurteil gegen den Kläger 86
III. Der Einspruch gegen das VU 86
IV. Das Zweite Versäumnisurteil 86

§ 19 Das Mahnverfahren 87
I. Die allgemeinen Prozessvoraussetzungen 87
II. Die Zulässigkeit des Mahnbescheides 87
III. Zuständigkeit 87
IV. Der Antrag 87
V. Der Inhalt des Mahnbescheides 87
VI. Der Widerspruch 88
VII. Die Rechtslage nach Widerspruch 88
VIII. Der Vollstreckungsbescheid 88
IX. Der Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid 88
X. Die Rechtskraft 88

§ 20 Der Urkunden- und Wechselprozess: §§ 592 - 605 a 89

§ 21 Der Amtsgerichtsprozess: §§ 495 - 510 b 90

2. Teil: Zwangsvollstreckungsrecht 91

§ 22 Einführung 91
I. Begriff und Funktion des Zwangsvollstreckungsrechts 91
II. Das Verhältnis des Vollstreckungsrechts zum Erkenntnisverfahren 91
III. Die Arten der Zwangsvollstreckung im Überblick 92
1) Wegen einer Geldforderung 92
2) Zur Erwirkung der Herausgabe und Leistung von Sachen 93
3) Zur Erwirkung der Vornahme, Duldung oder Unterlassung 93
4) Zur Erwirkung der Abgabe von Willenserklärungen 93
IV. Die Vollstreckungsorgane 93

§ 23 Die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung 95
I. Die allgemeinen Voraussetzungen des Verfahrens 95
1) Zulässigkeit des Rechtswegs 95
2) Zuständigkeit des Vollstreckungsorgans 95
3) Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit und Prozessführungsbefugnis 95
4) Beantragung der einzelnen Vollstreckungshandlungen 95
II. Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen 95
1) Der Vollstreckungstitel 95
2) Die Vollstreckungsklausel 97
3) Die Zustellung 99
III. Die besonderen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung 99
IV. Vollstreckungshindernisse 99

§ 24 Die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in bewegliches Vermögen 100
I. Vollstreckungsorgan 100
II. Gegenstand der Zwangsvollstreckung 100
III. Die Konsequenzen der Pfändung 103
1) Die öffentlichrechtliche Verstrickung der Pfandsache 103
2) Verfügungsverbot gerichtet an den Vollstreckungsschuldner 104
3) Das Pfändungspfandrecht 104
IV. Die Verwertung der Pfandsache 105
V. Ausgleichsansprüche nach beendeter Zwangsvollstreckung 106
1) Vollstreckung in schuldnerfremdes Vermögen 106
2) Ansprüche des Vollstreckungsschuldners 107

§ 25 Die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in Forderungen 108
I. Die Verfahrensbeteiligten 108
II. Die Zugriffsobjekte 108
III. Die Prinzipien der Rechtspfändung 109
IV. Die Vollstreckung in Geldforderungen 109
1) Der Pfändungsbeschluss 109
2) Der Überweisungsbeschluss 110
3) Die Position des Drittschuldners 111
4) Exkurs: 111

§ 26 Die Vollstreckung in Sachforderungen: §§ 846 ff. 112

§ 27 Die Vollstreckung in sonstige Vermögensrechte: §§ 857 - 863 113

§ 28 Die Vollstreckung in unbewegliches Vermögen 114
I. Die Zwangsversteigerung 114
1) Die Durchführung der Zwangsversteigerung 115
2) Der äußere Ablauf des Versteigerungstermins 116
3) Die Konsequenzen des Zuschlags 116
II. Die Zwangsverwaltung 117
III. Die Eintragung einer Zwangshypothek 117

§ 29 Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen: 118
I. Bewegliche Sachen 118
II. Unbewegliche Sachen 118

§ 30 Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Vornahme, Unterlassung 119
I. Vertretbare Handlungen 119
II. Unvertretbare Handlungen 119
III. Vollstreckungsorgan 119

§ 31 Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Abgabe einer Willenserklärung 120

§ 32 Die Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung 121
I. Die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO 122
1) Begriff und Funktion 122
2) Zulässigkeit 122
3) Begründetheit 124
II. Die sofortige Beschwerde nach § 793 124
III. Der Rechtsbehelf gegen eine Entscheidung des Rechtspflegers 124
IV. Die Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 124
1) Begriff und Funktion 124
2) Zulässigkeit 125
3) Begründetheit 126
4) Wirkungen 128
V. Die Drittwiderspruchsklage des § 771 ZPO 128
1) Begriff und Funktion 128
2) Rechtsnatur 128
3) Zulässigkeit 129
4) Begründetheit 129
5) Die Einwendungen des Beklagten 131
6) Vorläufige Vollstreckbarkeit 131
VI. Die Klage auf vorzugsweise Befriedigung gemäß § 805 ZPO 131
1) Begriff und Funktion 131
2) Zulässigkeit 132
3) Begründetheit 132
VII. Die Durchbrechung der Rechtskraft über § 826 BGB 132

§ 33 Die Einstellung und Aufhebung der Zwangsvollstreckung 134

3. Teil: Vorläufiger Rechtsschutz durch Arrest 135

§ 34 Der Arrestprozess 135
I. Die Zuständigkeit 135
II. Das Arrestgesuch des Gläubigers 135
III. Die gerichtliche Entscheidung 136
IV. Die Vollziehung des Arrestes 136
V. Das Ziel der Vollziehung 136
VI. Die Sicherheitsleistung des Schuldners 137

§ 35 Die einstweilige Verfügung: §§ 935 - 945 138

Index 139

1. Teil: Das Erkenntnisverfahren

§ 1 Die Funktion und Struktur des Zivilprozesses

Das materielle Recht (z.B. das BGB, HGB, GmbHG) regelt die Entstehung, den Untergang, die Durchsetzbarkeit, die inhaltliche Veränderung oder die Übertragung von Rechten. Ein wesentliches Merkmal der Rechtsordnung besteht jedoch in der **zwangsweisen Durchsetzbarkeit bestehender Ansprüche**; so ist ein Schadensersatzanspruch für den Geschädigten nur von Interesse, wenn er ihn auch gegen den Willen des Schädigers zwangsweise durchsetzen kann. Selbsthilfe ist nur in engen Grenzen zulässig (§§ 229 ff., 561, 859 BGB), da sie den Rechtsfrieden stört und auch keine gerechte Entscheidung gewährleistet; der Stärkere würde sich im Zweifel durchsetzen. Im Übrigen wirkt die zwangsweise Durchsetzbarkeit eines Anspruchs sich sicherlich auch positiv auf die Zahlungsmoral säumiger Schuldner aus. Darüber hinaus trägt die Rechtsprechung auch zur Rechtsfortbildung bei; man denke dabei an Rechtsinstitute wie den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte oder die Beweislastverteilung bei der Produzentenhaftung.
Der Staat nimmt dabei für sich das **Justizmonopol** in Anspruch, das Ausfluss des **Gewaltmonopols** ist; als Kehrseite der Monopolstellung des Staates steht dem einzelnen ein **Justizgewährungsanspruch** zu (BVerfG NJW 1997, 312). Der einzelne hat somit einen Anspruch darauf, dass die angerufenen Justizorgane für ihn tätig werden. Bei Verletzung dieser Pflicht können Amtshaftungsansprüche gemäß Art. 34 GG, 839 BGB entstehen, bei denen das Spruchrichterprivileg des § 839 II 1 nicht gilt. Zudem kann der Betroffene nach erfolgloser Verzögerungsrüge gemäß **§ 198 GVG** eine **angemessene Entschädigung bei unangemessen langer Verfahrensdauer** verlangen.

Das nach den Regeln der ZPO ablaufende staatliche Verfahren lässt sich wie folgt unterteilen:

- **Das Erkenntnisverfahren** beschränkt sich auf die richterliche Überprüfung des geltend gemachten Rechts und endet (in der Regel) mit einer verbindlichen Feststellung über die Existenz eines Anspruchs, das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses oder durch konstitutive Gestaltung eines Rechtsverhältnisses.

- Das **Zwangsvollstreckungsverfahren** (§§ 704 - 915) dient der zwangsweisen Durchsetzung bestehender Ansprüche auf eine Leistung. Der dabei erforderliche Vollstreckungstitel kann in einem Urteil bestehen, das das Erkenntnisverfahren abgeschlossen hat, doch existieren noch weitere Vollstreckungstitel i.S.d. § 794, die nicht notwendigerweise die vorherige Durchführung eines Erkenntnisverfahrens voraussetzen.
  Beispiel: Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung gemäß § 794 I Nr. 5.

- Durch **Arrestverfahren** und **einstweilige Verfügung** (§§ 916 - 945) kann zur Sicherung künftiger Rechtsdurchsetzung und zur einstweiligen Regelung eines gefährdeten Rechtsverhältnisses eine vorläufige, sichernde Regelung getroffen werden.
  Beispiel: Käufer K lässt dem Verkäufer V per einstweiliger Verfügung gemäß § 935 verbieten, die an ihn verkaufte Sache erneut an D zu veräußern.

§ 2 Die verschiedenen Rechtswege

Nach Art. 95 GG bestehen insgesamt **fünf Rechtswege**, wobei für jeden Rechtsweg durch den Bund ein oberster Gerichtshof errichtet wird:

- **Die ordentliche Gerichtsbarkeit,** bestehend aus AG, LG, OLG und BGH mit Sitz in Karlsruhe. Diese Gerichte sind zuständig für bürgerlichrechtliche Streitigkeiten und Strafsachen einschließlich der Ordnungswidrigkeiten.

- **Die Arbeitsgerichtsbarkeit,** bestehend aus Arbeitsgericht, Landesarbeitsgericht und Bundesarbeitsgericht mit Sitz in Erfurt. Sie entscheidet Streitigkeiten zwischen Tarifvertragsparteien und zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis.

- **Die Finanzgerichtsbarkeit,** bestehend aus den Finanzgerichten und dem Bundesfinanzhof in München. Finanzgerichte sind nach § 33 FGO vor allem zuständig in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten über Abgaben, die der Gesetzgebung des Bundes unterliegen.

- **Die Sozialgerichtsbarkeit,** bestehend aus Sozialgerichten, Landessozialgerichten und dem Bundessozialgericht in Kassel. Sie ist zuständig in Angelegenheiten der Sozialversicherung, der Arbeitslosenversicherung und Arbeitslosenhilfe, der Arbeitsvermittlung und beruflichen Bildung und dem Kassenarztrecht.

- **Die Verwaltungsgerichtsbarkeit,** bestehend aus Verwaltungsgerichten, den Oberverwaltungsgerichten bzw. den Verwaltungsgerichtshöfen und dem BVerwG mit Sitz in Berlin. Sie ist zuständig für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art, die nicht ausdrücklich den ordentlichen Gerichten zugewiesen sind.

§ 3 Die Zulässigkeit des Zivilrechtswegs

Das vor den staatlichen Gerichten ablaufende Verfahren unterfällt nur dann den Regeln der ZPO, wenn es sich um eine *bürgerliche Streitigkeit i.S.d. § 13 GVG* handelt, die vor den ordentlichen Gerichten ausgetragen wird. **Das vom Kläger angerufene Gericht prüft als Prozessvoraussetzung von Amts wegen, ob die Klage vor das angerufene Gericht gehört, ob der Kläger also den zulässigen Rechtsweg beschritten hat**. Dabei muss, wie oben erwähnt, zwischen den ordentlichen Gerichten (streitige Zivilgerichtsbarkeit, freiwillige Zivilgerichtsbarkeit, Strafgerichtsbarkeit) und den sonstigen Gerichten (Finanzgerichte, Sozialgerichte, Verwaltungsgerichte) unterschieden werden.

Exkurs: Die Unterscheidung zwischen ordentlichen Gerichten und sonstigen staatlichen Gerichten lässt sich nur historisch erklären. **Früher waren Verwaltungs- und Finanzgerichte organisatorisch ein Teil der Verwaltung, so dass nur die ordentlichen Gerichte vom Staat unabhängig waren**. Nur die Verweisung vor ein ordentliches, unabhängiges Gericht konnte damals einen effektiven Rechtsschutz auch gegen staatliches Handeln garantieren. Nach Schaffung des GG wurde durch die Art. 92 und 97 GG jedoch die Rechtsprechung unabhängigen Richtern anvertraut mit der Folge, dass auch die Verwaltungs- und Finanzgerichte organisatorisch aus der Verwaltung ausgegliedert wurden. Somit wird heute durch die Frage nach dem richtigen Rechtsweg nicht mehr darüber entschieden, *ob* man vor ein unabhängiges Gericht gelangt, sondern *vor welches* unabhängige Gericht man kommt.

I. Die Abgrenzung: bürgerliche - öffentlichrechtliche Streitigkeit

1) Die Abgrenzung zwischen einer Zuweisung des Rechtsstreits zu den ordentlichen Gerichten oder den Verwaltungsgerichten ist einfach, wenn das streitige Rechtsverhältnis bereits **ausdrücklich einem bestimmten Rechtsweg zugewiesen** ist.

   - **§ 40 II VwGO:** Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, Aufopferungsansprüche und solche aus ö-r Verwahrung gehören vor die ordentlichen Gerichte.

   - **Art. 14 III 4 GG:** Ansprüche aus Entschädigung für Enteignung und enteignungsgleiche Eingriffe gehören vor ein Zivilgericht.

   - **Art. 34, 3 GG:** Schadensersatzansprüche aus Amtshaftung gemäß § 839 BGB, Art. 34 GG werden vor ordentlichen Gerichten geltend gemacht.

2) **Ist keine ausdrückliche Einzelzuweisung des Rechtsstreits vorgegeben, so muss zwischen bürgerlich-rechtlicher und öffentlich-rechtlicher Streitigkeit unterschieden werden**. Dabei ist nicht jeder Rechtsstreit öffentlich-rechtlich, an der eine juristische Person des öffentlichen Rechts beteiligt ist, da der Staat auch fiskalische Hilfsgeschäfte tätigt (z.B. Computer kauft, Büroflächen mietet), durch die er, wie jeder Privatmann auch, am Zivilrechtsverkehr teilnimmt. **Ob die öffentliche Hand öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich tätig wird, hängt also nicht davon ab, *ob* sie öffentliche Aufgaben erfüllt, sondern *wie* sie dabei vorgeht** (GmS OGB BGH 97, 312):

   - **Das Privatrecht ist dadurch gekennzeichnet, dass sich die beteiligten Personen gleichgeordnet gegenüberstehen**. Gibt daher der Staat Willenserklärungen ab, tätigt Rechtsgeschäfte oder schließt Verträge, so wird er privatrechtlich tätig.

   - **Im öffentlichen Recht ist jedoch der Bürger der staatlichen Gewalt unterworfen**. Das Gestaltungsmittel ist der Verwaltungsakt.

- Außerhalb des Erlasses von Verwaltungsakten kommt jedoch eine schlicht-hoheitliche Tätigkeit in Betracht (z.B. Daseinsvorsorge). Hier darf die Verwaltung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Gestaltung des Rechtsverhältnisses wählen.

- Ist keine ausdrückliche Zuweisung erfolgt und somit der Rechtsweg streitig, so entscheidet die **Rechtsnatur des Streitgegenstandes: Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche und nicht um eine zivilrechtliche Streitigkeit, wenn die streitentscheidende Norm nach dem Sachverhalt, den der Kläger vorträgt, öffentlich-rechtlich ist.**

- Ob die streitentscheidende Norm öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist, kann nach folgenden Theorien entschieden werden:

  - **Interessentheorie** (dient die streitentscheidende Norm öffentlichen Interessen?);

  - **Subordinationstheorie** (Über- Unterordnungsverhältnis von Staat und Bürger);

  - **Modifizierte Subjektstheorie** (ist Berechtigter oder Verpflichteter der Norm zwingend ein Träger hoheitlicher Gewalt? = herrschende Meinung).

  Diese Theorien helfen allerdings nicht weiter, wenn unklar ist, welches die streitentscheidende Norm ist (z.B. öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Unterlassungsanspruch gegen das Läuten von Kirchenglocken). In diesen Fällen muss die **Rechtsnatur der abzuwehrenden Tätigkeit** ermittelt werden (läuten die Glocken öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich?). Die oben genannten Theorien sind zur Klärung dieser Frage unbrauchbar und dürfen daher insofern nicht herangezogen werden.

Problem: Kompetenzkonflikte innerhalb der verschiedenen Gerichtszweige

Haben zwei Gerichte (z.B. Landgericht und Verwaltungsgericht) nacheinander ihre Zuständigkeit bejaht, so entsteht ein **positiver Kompetenzkonflikt** (z.B.: Das LG hatte die Zulässigkeit der Klage bejaht, diese aber als unbegründet abgewiesen; anschließend bejaht das VG die Zuständigkeit bezüglich desselben Streitgegenstandes). Ein **negativer Kompetenzkonflikt** entsteht, wenn beide Gerichte jeweils die Zuständigkeit des anderen Gerichts für gegeben halten. Derartige Kompetenzkonflikte trägt das GVG in den §§ 17 - 17 b GVG aus:

- **§ 17 a I GVG**: **Hat ein Gericht den von ihm beschrittenen Rechtsweg für zulässig erklärt, sind andere Gerichte an dieser Entscheidung gebunden**. Das Gericht kann und muss auf Rüge einer Partei nach § 17 a III GVG seine Zulässigkeit durch **Beschluss** feststellen, gegen den **sofortige Beschwerde** zulässig ist. Danach kann die Entscheidung nicht mehr durch Rechtsmittel mit der Begründung angefochten werden, der Rechtsweg sei unzulässig gewesen, § 17 a V GVG.
  Hat das Gericht seine Zuständigkeit bejaht, so entscheidet es gemäß § 17 II 1 GVG den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten.

- **§ 17 a II GVG**: **Hält das Gericht den Rechtsweg für unzulässig, so erlässt es von Amts wegen nach § 17 a II 1 GVG einen Beschluss, der den Rechtsstreit an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs verweist**. Dieser Beschluss ist gemäß § 17 a II 3 für das Gericht bindend, an das der Rechtsstreit verwiesen wurde. Es kann daher nur wegen sachlicher oder örtlicher Unzuständigkeit weiterverwiesen werden, ebenso an eine 3. Gerichtsbarkeit, aber nicht mehr zurück an das verweisende Gericht. Gegen einen solchen Beschluss kann gemäß § 17 a IV GVG sofortige Beschwerde eingelegt werden.

Ab Rechtskraft der Verweisung wird der Rechtsstreit bei dem Gericht anhängig, an das verwiesen wird. Die Wirkung der Rechtshängigkeit bleibt nach § 17 b I 2 GVG erhalten, so dass z.B. auch die Klage vor den unzulässigen Gerichten die Verjährung des geltend gemachten Anspruchs hemmt.

II. Die Abgrenzung der ordentlichen Zivilgerichte von den Arbeitsgerichten

Die Arbeitsgerichte sind bundesrechtlich bestellte, neben den ordentlichen Zivilgerichten *selbständige Gerichte.* Die Abgrenzung ist daher keine Frage der sachlichen Zuständigkeit, sondern der **Zulässigkeit des Rechtswegs**; es gelten daher auch hier die §§ 17 - 17 b GVG (siehe § 48 ArbGG).

Die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte umfasst z.B. gemäß **§ 2 ArbGG** Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern i.S.d. § 5 ArbGG aus dem **Arbeitsverhältnis** (z.B. Kündigungsschutzklage, Lohnfortzahlung) und den Streit zwischen **Tarifvertragsparteien** (z.B. bei Verletzung der Friedenspflicht) sowie Angelegenheiten aus dem **Betriebsverfassungsgesetz** und sonstigen **Mitbestimmungsregeln**. Im Verfahren gelten die Regeln des **ArbGG** (beachte z.B. im Verhältnis zu § 91 ZPO die anders geartete Kostentragungspflicht des § 12 a ArbGG).

§ 4 Die Zuständigkeit der Zivilgerichte

Überblick

Ein streitiges Gerichtsverfahren kann drei verschiedene Instanzen durchlaufen. Die Zuständigkeitsverteilung der Gerichte und die Besetzung der Spruchkörper sind dabei jeweils im GVG geregelt.

1. Instanz

a) Das **Amtsgericht** entscheidet in den Verfahren, die in den **§§ 23 - 23 b GVG** genannt sind. Am jeweiligen Amtsgericht werden **Abteilungen** gebildet, wobei der **Spruchkörper**, also das erkennende Gericht, aus einem **Amtsrichter** (nicht zu verwechseln mit dem Einzelrichter am Landgericht) besteht.

b) Das **Landgericht** entscheidet in der 1. Instanz in den in **§ 71 GVG** genannten Verfahren: Dies sind zum einen diejenigen, die nicht dem AG ausdrücklich zugewiesen sind, zum anderen jene, in denen das LG ohne Rücksicht auf den Streitgegenstand zuständig ist.

- Am LG werden **Kammern** gebildet. Diese Kammern sind **Kollegialgerichte**, bestehend aus drei Berufsrichtern, von denen einer der **Vorsitzende Richter** ist. Sofern die Kammer den Rechtsstreit nicht durch eines ihrer Mitglieder als **Einzelrichter,** sondern in voller Besetzung entscheidet – was gemäß den §§ 348 und 348 a nicht mehr die Regel, sondern die Ausnahme ist – bereitet der Vorsitzende die mündliche Verhandlung vor, leitet sie und verkündet die Entscheidung. Die Entscheidung der Kammer erfolgt nach geheimer Beratung und Abstimmung gemäß § 196 GVG mit absoluter Mehrheit, wobei auch der Vorsitzende nur eine Stimme hat.

- Sofern der Rechtsstreit durch die Kammer entschieden wird, wird die Entscheidung durch eines ihrer Mitglieder, den **Berichterstatter**, vorbereitet, der in der Beratung einen Entscheidungsvorschlag unterbreitet sowie nach erfolgter Abstimmung den Text der Entscheidung entwirft. Die Person des Berichterstatters wechselt von Fall zu Fall. Wer in welchen Fällen Berichterstatter ist, ist durch einen im Vorhinein durch die Kammer beschlossenen Plan (den **kammerinternen Geschäftsverteilungsplan**) abstrakt festgelegt.

- Die meisten Fälle werden aufgrund der §§ 348 und 348 a durch den **Einzelrichter** entschieden. Einzelrichter ist immer das Mitglied der Kammer, das aufgrund des kammerinternen Geschäftverteilungsplans im Fall einer Entscheidung durch die Kammer in voller Besetzung – also mit drei Richtern – Berichterstatter gewesen wäre. Entscheidet ein Mitglied der Kammer als Einzelrichter, so stellt dieser Einzelrichter in diesem Fall die Zivilkammer im Sinne der ZPO dar.

  Leitbild der §§ 348 und 348 a ist der **originäre Einzelrichter**. Nach § 348 fällt ein Rechtsstreit von Anfang an in die alleinige Zuständigkeit des Einzelrichters (originärer Einzelrichter), es sei denn, es liegt einer der in § 348 I Satz 2 genannten Ausnahmefälle vor. Fällt ein Rechtsstreit von Anfang an in die alleinige Zuständigkeit des originären Einzelrichters, so übernimmt die Kammer (in voller Besetzung) den Rechtsstreit auf Vorlage durch den Einzelrichter durch unanfechtbaren Beschluss, wenn die Sache besondere Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist oder die Sache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 348 III). Nach erfolgter Übernahme durch die Kammer ist eine Zurückübertragung auf den Einzelrichter ausgeschlossen.

  Ist eine originäre Einzelrichterzuständigkeit nach § 348 I nicht gegeben, da einer der in § 348 I genannten Ausnahmefälle vorliegt, so muss die Zivilkammer die Sache durch eine unanfechtbaren Beschluss einem ihrer Mitglieder (dem Berichterstatter) als Einzelrichter (**obligatorischer Einzelrichter**) zur Entscheidung übertragen, wenn die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist, die Rechtssache keine grundsätz-

liche Bedeutung hat und nicht bereits im Haupttermin vor der Zivilkammer zur Hauptsache verhandelt worden ist, es sei denn, dass inzwischen ein Vorbehalts-, ein Teil- oder ein Zwischenurteil ergangen ist (§ 348 a). Eine Rückübertragung auf die Kammer in voller Besetzung ist danach nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 348 a II möglich.

- Die **Kammer für Handelssachen** (KfH) ist zuständig für Handelssachen i.S.d. § 95 GVG. **Die KfH und die Zivilkammer sind gleichrangige Spruchkörper; die Zuweisung zur KfH erfolgt nur, wenn der Kläger es nach § 96 GVG in der Klageschrift oder der Beklagte nach § 98 GVG beantragt**. Eine vorherige diesbezügliche Prorogation i.S.d. § 38 ZPO ist nach § 98 IV GVG nicht möglich.
  Die KfH ist mit einem Berufsrichter und 2 ehrenamtlichen Richtern, den Handelsrichtern, besetzt. Die Handelsrichter stammen aus dem kaufmännischen Bereich und bringen ihre Kenntnis der wirtschaftlichen Zusammenhänge und der Handelsbräuche ein. Sie sind nach § 108 GVG Laienrichter auf Zeit und haben gemäß § 105 II GVG volles Stimmrecht.

2. Instanz

a) **Das LG ist Berufungs- und Beschwerdeinstanz für Entscheidungen des Amtsrichters**, soweit nicht die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts begründet ist (§ 72 GVG). Es entscheidet die Kammer in voller Besetzung (3 Richter), es sein denn, die Kammer hat den Rechtsstreit gemäß § 526 einem ihrer Mitglieder als Einzelrichter zur Entscheidung übertragen. Eine solche Übertragung **kann** – nicht: muss – die Berufungszivilkammer durch unanfechtbaren Beschluss vornehmen, wenn die angefochtene Entscheidung von einem Einzelrichter – gemeint ist auch der Amtsrichter – erlassen wurde, die Sache keinen besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist, die Sache keine grundsätzliche Bedeutung hat und nicht bereits im Haupttermin zur Hauptsache verhandelt worden ist, es sei denn, dass inzwischen ein Vorbehalts-, Teil- oder Zwischenurteil ergangen ist. Eine Rückübertragung auf die Kammer in voller Besetzung ist nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 526 II möglich.

b) **Besonders einprägen sollten Sie sich, dass die Berufungsinstanz einen originären bzw. obligatorischen Einzelrichter nicht kennt.**
Entscheidet die Kammer in voller Besetzung, so kann sie die Sache durch den sogenannten **vorbereitenden Einzelrichter** (§ 527) vorbereiten lassen.

c) **Das OLG ist gemäß § 119 GVG Berufungs- oder Beschwerdeinstanz für**
- Entscheidungen der Landgerichte (erstinstanzliche Urteile und Beschlüsse);
- Entscheidungen der Amtsgerichte
- in den von den Familiengerichten entschiedenen Sachen;
- in solchen Sachen, in denen eine Partei ihren allgemeinen Gerichtsstand im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit in erster Instanz im Ausland hatte;
- in solchen Sachen, in denen das Amtsgericht ausländisches Recht angewendet und dies in den Entscheidungsgründen ausdrücklich festgestellt hat.

Am OLG werden **Senate** gebildet, die gemäß § 122 GVG aus 3 Berufsrichtern bestehen. Für die Durchführung von Berufungsverfahren gilt das zu den Landgerichten Gesagte entsprechend.

3. Revisionsinstanz

In Zivilsachen ist der **BGH** zuständig für die Rechtsmittel der **Revision, der Sprungrevision und der Rechtsbeschwerde (§ 133 GVG).** Ausschließliches Revisionsgericht ist daher der BGH. Die Revision findet gemäß §§ 542, 543 gegen die in der Berufungsinstanz erlassenen Endurteile (der Oberlandesgerichte sowie der Landgerichte) – mit Ausnahme der in § 542 ZPO genannten Fälle – statt,

wenn **das Berufungsgericht sie in dem Urteil zugelassen** hat oder das **Revisionsgericht sie auf eine Beschwerde gegen die Nichtzulassung hin zugelassen** hat. An eine Zulassung durch das Berufungsgericht ist der BGH gemäß § 543 II **gebunden**.

-Klausurtipp: Eine Zulassung ist von den folgenden Zulassungsvoraussetzungen abhängig:

- grundsätzliche Bedeutung der Sache
  oder
- die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert eine Entscheidung des BGH.

Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 566 ist auch eine **Sprungrevision zum BGH** – unter Umgehung der Berufungsinstanz – gegen erstinstanzliche Endurteile der Amts- und Landgerichte möglich. Der BGH bildet **Senate**, von denen jeder mit 5 Berufsrichtern besetzt ist.

Der **Große Senat in Zivilsachen** besteht aus dem Präsidenten des BGH und weiteren 8 Mitgliedern und entscheidet zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung, wenn ein Senat in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Senats abweichen will.

Die **Vereinigten Großen Senate des BGH** bestehen aus dem Präsidenten des BGH und den Mitgliedern der beiden Großen Straf- und Zivilsenate und entscheiden, wenn ein Strafsenat von der Entscheidung eines Zivilsenats abweichen will oder umgekehrt.

Der **Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes** besteht aus Mitgliedern der Obersten Gerichtshöfe des Bundes und sorgt gemäß Art. 95 III GG dafür, dass BGH, BAG, BVerwG, BSG und Bundesfinanzhof einheitlich Recht sprechen.

Bei der Frage nach dem **Rechtsweg** ging es darum, ob ein Zivilgericht diesen Rechtsstreit würde entscheiden können; diese Frage ist nunmehr geklärt. Ist der Zivilrechtsweg eröffnet, so entscheidet die **Zuständigkeit** darüber, **vor welches Zivilgericht** der Streit gelangt. Für die Zuständigkeit kommt es auf das Gericht als Ganzes an (z.B. LG Köln). Welche **Abteilung**, also welcher Spruchkörper entscheidet und in welcher Besetzung, ist keine Frage der Zuständigkeit, sondern der Verteilung nach dem **Geschäftsverteilungsplan**. Dieser soll gewährleisten, dass jeder in seinem Rechtsstreit den **gesetzlichen Richter** erhält, auf den er nach **Art. 101 I 2 GG** einen Anspruch hat. Das Präsidium eines jeden Gerichts erlässt Jahr für Jahr einen mehrheitlichen Beschluss, durch den die Spruchkörper besetzt, Vertreter bestellt und Geschäfte verteilt werden, § 21 e GVG. Für die Verteilung der einzelnen Sachen innerhalb einer Kammer bzw. eines Senats beschließen die Mitglieder der Kammer bzw. des Senats einen **internen Geschäftsverteilungsplan** gemäß § 21 g GVG. So muss bereits vor Eingang der einzelnen Verfahren abstrakt festgelegt werden, wer Einzelrichter bzw. Berichterstatter sein wird. Anhand des Geschäftsverteilungsplans des Gerichts i. V. m. der Aktenordnung wird auch das Aktenzeichen ermittelt, unter dem der Rechtsstreit bei Gericht geführt wird.

Auch der Vorsitzende nimmt nach § 21 g GVG die Geschäftsverteilung innerhalb der Kammer bzw. des Senats nach dem Geschäftsverteilungsplan vor. So muss z.B. die Bestellung zum Berichterstatter bereits vor Beginn des Geschäftsjahres für die einzelnen Verfahren festgelegt werden. Anhand des Geschäftsverteilungsplans wird auch das Aktenzeichen ermittelt, unter dem der Rechtsstreit bei Gericht geführt wird.

Bei der Suche nach dem zuständigen Gericht muss zwischen der sachlichen, der örtlichen und der funktionellen Zuständigkeit differenziert werden.

I. Die sachliche Zuständigkeit

Sie gibt Aufschluss darüber, ob in der 1. Instanz das AG oder LG zu entscheiden hat. Die sachliche Zuständigkeitsverteilung richtet sich nach dem **Streitgegenstand**, den der Kläger durch seinen **Klageantrag** und den **Klagegrund** bestimmt; das Vorbringen des Beklagten ist irrelevant. **Nach Art und Streitwert des geltend gemachten Anspruchs werden die Klagen auf AG und LG gemäß den §§ 23 - 23 b, 71 GVG verteilt**. Die wichtigsten Kriterien lauten dabei wie folgt:

1) Das **AG** ist zuständig gemäß:

- **§ 23 Nr. 1 GVG**: bis zu einem Streitwert bis 5.000,- Euro;
- **§ 23 Nr. 2a GVG**: unabhängig vom Streitwert in Streitigkeiten über Ansprüche aus einem **Mietverhältnis über Wohnraum** oder über den Bestand eines solchen Mietverhältnisses; **diese Zuständigkeit ist ausschließlich**;
- **§ 23 a, b GVG**: in nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten wie Familiensachen, bei denen das Familiengericht als Abteilung des AG zuständig ist. Nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten haben keinen **Zuständigkeitsstreitwert**, sondern nur einen **Kostenstreitwert**, nach dem die Gebühren ermittelt werden.
- Das AG entscheidet auch über nichtvermögensrechtliche Ansprüche, die mit bis zu 5.000,- Euro bewertet werden, wie z.B. Klage auf Unterlassung von Behauptungen im kleineren Personenkreis oder Klagen auf Unterlassung von nachbarschaftlichen Immissionen.

2) Das **LG** ist in 1. Instanz gemäß § 71 GVG zuständig:

- in vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert über 5.000,- Euro;
- unabhängig vom Streitwert in Staatshaftungssachen gemäß § 839, Art. 34 GG;
- für alle übrigen Streitigkeiten nichtvermögensrechtlicher Art wie Unterlassung und Widerruf, die über 5.000,- Euro bewertet werden.

Exkurs: Der Streitwert: §§ 2 - 11 ZPO

In einem Zivilprozess existieren drei Arten von Streitwerten:

1. Der **Zuständigkeitsstreitwert** regelt in vermögensrechtlichen Streitigkeiten die sachliche Zuständigkeit der Eingangsinstanz.

2. Der **Wert der Beschwer** ist die Summe, um die die vom Kläger oder Beklagten in der 2. oder 3. Instanz erstrebte Entscheidung von der Entscheidung abweicht, die mit dem Rechtsmittel angegriffen wird. Der in der Differenz zum Ausdruck kommende Wert der Beschwer entscheidet neben anderen Kriterien darüber, ob der durch die angefochtene Entscheidung Beschwerte Berufung (§ 511 II Nr. 1), oder Beschwerde (§ 567 II) einlegen kann.

3. Der **Kostenstreitwert** bestimmt die Höhe der Gerichts- und Anwaltsgebühren.

Uns interessiert zunächst der **Zuständigkeitsstreitwert**: Hat der Kläger in einem bezifferten Klageantrag auf Zahlung einer Geldsumme geklagt, so wird der Streitwert durch die Summe des geltend gemachten Anspruchs bestimmt. Dabei wird der Streitwert nur durch die Hauptforderung bestimmt. Unselbständige Nebenforderungen wie Nutzungen, Zinsen und Kosten bleiben außer Betracht, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden.
Bei nur ausnahmsweise zulässigen unbezifferten Geldforderungen (z.B. Schmerzensgeld) wird der Streitwert vom Gericht geschätzt, wenn nicht der Kläger einen Mindestbetrag verlangt oder eine bestimmte Größenordnung vorgibt.

- Dreht sich der Streit um Besitz oder Eigentum einer Sache, so entspricht der Streitwert nach § 6 ZPO dem Sachwert.
- Macht der Kläger in einer Klage mehrere prozessuale Ansprüche geltend, so werden nach § 5 ZPO die Einzelwerte addiert; eine mögliche Widerklage bleibt außer Betracht. Durch nach § 264 Nr. 2, 3 ZPO zulässige Erweiterung des Klageantrags kann dabei das ursprünglich zuständige AG unzuständig werden mit der Folge, dass sich das AG auf Antrag einer Partei durch Beschluss gemäß § 506 ZPO für unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das zuständige LG verweist.

AL-Klausurtipp: Gemäß § 513 II ZPO kann eine Berufung jedoch nicht darauf gestützt werden, dass das Gericht des ersten Rechtszuges seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat.

II. Die örtliche Zuständigkeit (der Gerichtsstand)

Hier geht es darum, welches AG oder LG in der 1. Instanz entscheidet (z.B. AG Köln, Bonn, Essen). Dies bestimmt sich beispielsweise nach dem Wohnsitz des Beklagten oder nach dem Ort, an dem sich eine Sache, um die es letztlich geht, befindet. Dabei muss zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Gerichtsstand unterschieden werden.

1) Der **allgemeine Gerichtsstand** der **§§ 12 - 19 ZPO** gilt für alle Klagen gegen eine Person. Schreibt das Gericht keinen ausschließlichen anderen Gerichtsstand vor, so kann der Beklagte hier auch dann verklagt werden, wenn zusätzlich ein weiterer besonderer Gerichtsstand gegeben ist, da der Kläger unter mehreren Gerichtsständen nach **§ 35 ZPO** frei wählen kann. Der allgemeine Gerichtsstand befindet sich am Wohnsitz des Beklagten; da dieser gegen seinen Willen in den Prozess hineingezogen wurde, sollen ihm weite Anfahrtswege erspart bleiben. Die Anfahrtswege des Klägers vergrößern somit dessen Kostenrisiko. Bei juristischen Personen entscheidet nach § 17 ihr Sitz; der Gerichtsstand des beklagten Staates ist gemäß den §§ 18, 19 dort, wo die Behörde sitzt, die den Staat in dieser Angelegenheit vertritt.

2) Der **besondere Gerichtsstand** kann zum allgemeinen hinzutreten und folgt den §§ 20 ff. ZPO, z.B.
   - **§ 21 ZPO**: Der Gerichtsstand der wirtschaftlichen Niederlassung eines Unternehmens;
   - **§ 27 ZPO**: Der Gerichtsstand der Erbschaft liegt am Wohnsitz des Erblassers und erleichtert die Rechtsverfolgung des Erbschaftsbesitzers durch die Erben, da sämtliche Ansprüche auch bei regional verstreuten Nachlassgegenständen hier geltend gemacht werden können.
   - **§ 29 ZPO**: Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes gilt für Streitigkeiten aus einem Vertragsverhältnis (z.B. Erfüllung, Schadensersatz, Gewährleistung, aber auch nach erfolgter Anfechtung). Ergibt sich der Erfüllungsort nicht aus der Natur des Schuldverhältnisses (z.B. Lieferung von Heizöl), so hat der Schuldner dort zu erfüllen, wo er bei Vertragsschluss seinen Wohnsitz hat; dort befindet sich aber auch sein allgemeiner Gerichtsstand.
   - **§ 32 ZPO**: Gerichtsstand der unerlaubten Handlung ist dort, wo entweder die Handlung begangen wurde oder der Erfolg eingetreten ist.

3) **Wird durch das Gesetz (z.B. § 24, 29 a, 802 ZPO) ein ausschließlicher Gerichtsstand festgelegt, so verdrängt er alle anderen (§ 40 ZPO). Auch Gerichtsstandsvereinbarungen sind dann unzulässig.** Ferner sind Gerichtsstandsvereinbarungen auch in solchen Fällen unzulässig, in denen es um nichtvermögensrechtliche Ansprüche geht, die den Amtsgerichten ohne Rücksicht auf den Streitwert zugewiesen sind (§ 40 ZPO).

III. Die funktionelle Zuständigkeit

Sie verteilt die Aufgaben in einem Rechtsstreit auf verschiedene Organe oder Instanzen. Fragen der funktionellen Zuständigkeitsverteilung sind z.B.:

- Das **AG** kann nur als **Eingangsinstanz**, **OLG** und **BGH** nur als **Rechtsmittelinstanz** angerufen werden.
- Die Aufgabenverteilung zwischen **Richter** und **Rechtspfleger** (vgl. § 20 Nr. 17 RPflG); **Prozes**s und **Vollstreckungsgericht** nach § 764 ZPO.
- Das Prozessgericht ersucht einen Amtsrichter, der nicht Mitglied des Prozessgerichts ist, um Amtshilfe in dessen Bezirk. Dieser nimmt als **ersuchter Richter** Erklärungen entgegen und erhebt Beweise.
- Der **beauftragte Richter** als Mitglied des Prozessgerichts nimmt für das Kollegium einzelne Aufgaben wahr, z.B. die Beweiserhebung.
- Der **Berichterstatter** als Mitglied des Kollegialgerichts bereitet die Entscheidungen vor.
- Der **Einzelrichter** stellt in den vom Gesetz bestimmten Fällen die Zivilkammer dar (§§ 348, 348 a).

AL-Klausurtipp: Bei der funktionellen Zuständigkeit handelt es sich um eine ausschließliche Zuständigkeit, die nicht Gegenstand von Vereinbarungen der Parteien sein kann.

Exkurs: Die Zuständigkeitsvereinbarungen der Parteien: § 38 ZPO

Durch Prozessvertrag der Parteien kann ein an sich nach den o.g. Regeln kraft Gesetzes unzuständiges Gericht unter zwei Voraussetzungen zuständig gemacht werden:

- wenn die Vertragsparteien Kaufleute, juristische Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliche Sondervermögen sind, durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung (§ 38 I);

- wenn die Vertragsparteien nicht unter § 38 I fallen, durch ausdrückliche und schriftliche Vereinbarung entweder

  - nach dem Entstehen der Streitigkeit

  oder

  - wenn die Vereinbarung für den Fall geschlossen wird, dass die im Klageweg in Anspruch zu nehmende Partei nach Vertragsschluss ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort aus dem Geltungsbereich der ZPO verlegt oder ihr Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht bekannt ist (§ 38 III).

- unter den Voraussetzungen des § 38 II ZPO.

In allen diesen Fällen sind Vereinbarungen jedoch unzulässig, wenn die Voraussetzungen des § 40 II vorliegen, insbes. wenn für die Klage ein **ausschließlicher Gerichtsstand** begründet ist.

Durch **Prorogation** kann sowohl die sachliche (str.) als auch die örtliche Zuständigkeit geändert werden, aber nicht die funktionelle Zuständigkeit (z.B. durch Vereinbarung, die Berufung gegen Urteile des AG solle zum BGH gehen). Die Vereinbarung muss das streitige Rechtsverhältnis bezeichnen und ein bestimmtes bzw. bestimmbares Gericht benennen.

Ein an sich unzuständiges LG wird gemäß § 39, 1 auch dann zuständig, wenn der Beklagte zur Hauptsache verhandelt, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen. Dies gilt vor dem AG nach § 39, 2 jedoch nur dann, wenn der erforderliche richterliche Hinweis über § 504 gegeben wurde.

§ 5 Die Folgen der Unzuständigkeit

Das Gericht hat die eigene Zuständigkeit als **Sachurteilsvoraussetzung** von Amts wegen zu prüfen. Dies bedeutet aber nicht, dass es die Zuständigkeitsvoraussetzungen auch von Amts wegen festzustellen hätte; es genügt der die Zuständigkeit begründende Tatsachenvortrag des Klägers, der bei bestrittener Zuständigkeit die Beweislast trägt. Da nach § 261 III Nr. 2 die Zuständigkeit erhalten bleibt, genügt es, dass das Gericht zur Zeit der Klageerhebung zuständig war.

Da die Zuständigkeit des Gerichts **Prozessvoraussetzung** ist, muss die Klage bei Unzuständigkeit ohne Entscheidung in der Sache durch **Prozessurteil** als unzulässig abgewiesen werden, wenn nicht der Beklagte durch rügelose Einlassung nach § 39, 1 (siehe oben) die Zuständigkeit herbeigeführt hat. Diese Klageabweisung kann der Kläger bei sachlicher oder örtlicher Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts durch einen **Verweisungsantrag nach § 281 ZPO** vermeiden; dieser Antrag kann bereits hilfsweise in der Klageschrift gestellt werden. Die Verweisung erfolgt durch unanfechtbaren Beschluss und bindet auch das Gericht, an das verwiesen wurde. Das neue Verfahren setzt das alte fort; die prozessualen Wirkungen des bisherigen Verfahrens, vor allem die Rechtshängigkeit, bleiben erhalten, was von besonderer Bedeutung für die Wahrung der Fristen ist.

-Klausurtipp:
Beachten Sie bitte, dass, wie oben erwähnt, die Berufung gegen ein erstinstanzliches Urteil eines unzuständigen Gerichts gemäß § 513 II nicht auf dessen Unzuständigkeit gestützt werden kann.

§ 6 Die Organe der Rechtspflege

I. Der Richter

1) Der gesetzliche Richter

Nach Art. 101 I 2 GG darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden, der bereits vor Prozessbeginn durch **Gesetz** (GVG bezüglich der sachlichen Zuständigkeit, ZPO bezüglich der örtlichen Zuständigkeit) und **Geschäftsverteilungsplan** bestimmt wurde. Dem in diesem Grundrecht Verletzten stehen gemäß den §§ 538, 547 Nr. 1 Berufung und Revision sowie nach § 579 I Nr. 1 die Nichtigkeitsklage zu. Ist der ordentliche Rechtsweg erschöpft, verbleibt die Verfassungsbeschwerde.

2) Berufsrichter - ehrenamtliche Richter

Der Berufsrichter besitzt gemäß § 5 DRiG nach bestandenem 2. Staatsexamen die Befähigung zum Richteramt in jedem Gerichtszweig; der Nachweis spezieller Kenntnisse ist nicht erforderlich. Berufsrichter sind regelmäßig Richter auf Lebenszeit. Dazu werden sie ernannt, wenn sie nach dem Erwerb der Befähigung zum Richteramt mindestens 3 Jahre richterlich tätig waren; in der Vorbereitung darauf sind sie Richter auf Probe. Ehrenamtliche Richter sind regelmäßig Laienrichter, deren Beteiligung durch die §§ 95, 105 GVG auf das Verfahren vor der Kammer für Handelssachen am LG beschränkt wird.

3) Die Unabhängigkeit des Richters

a) Sachliche Unabhängigkeit

Nach Art. 97 I GG sind Richter nur dem Gesetz unterworfen. Jegliche Dienstaufsicht und Weisung hinsichtlich der Prozessführung und Entscheidung ist nach § 26 DRiG unzulässig. Bei seiner Entscheidung ist der Richter bezüglich der Entscheidung von Rechtsfragen nicht an andere richterliche Entscheidungen, auch nicht an höchstrichterliche Entscheidungen gebunden. Eine Ausnahme kann sich aus § 565 II im Rahmen der Revision ergeben, wonach das Gericht an die Rechtsauffassung des Revisionsgerichts gebunden ist, da ansonsten der Streit nicht verbindlich erledigt werden könnte. Dies gilt jedoch nur innerhalb desselben Rechtsstreits.

b) Persönliche Unabhängigkeit

Die persönliche Unabhängigkeit ergibt sich gemäß Art. 97 II GG daraus, dass Richter unversetzbar und unabsetzbar sind, wenn sie hauptamtlich und auf Lebenszeit angestellt sind. Die persönliche Unabhängigkeit wird weiterhin durch eine angemessene Besoldung und durch das Richterprivileg des § 839 II BGB gewährleistet, das sie vor Schadensersatzansprüchen bei Fehlurteilen bewahrt, wenn das Fehlurteil nicht auf einer Straftat des Richters basiert (= Rechtsbeugung gemäß § 336; vgl. dazu meinen StGB BT 2 § 57).

4) Die Unparteilichkeit des Richters

Liegen Gründe in der Person des Richters vor, die eine faire Prozessführung oder ein gerechtes Urteil nicht erwarten lassen, so kann der Richter gemäß § 41 ZPO von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen sein oder auf Ablehnungsantrag einer Partei hin gemäß den §§ 42 ff. ZPO durch gerichtliche Entscheidung ausgeschlossen werden. Dabei ist er nach § 41 von der Prozessführung von vornherein ausgeschlossen, wenn er selbst unmittelbar am Prozess

beteiligt ist (z.B. als Partei oder Zeuge) oder einer der Parteien nahesteht (z.B. Ehemann der Klägerin ist). Gemäß § 42 kann auch eine Partei den Richter wegen Befangenheit ablehnen, wenn sie den Ablehnungsgrund i.S.d. § 44 glaubhaft machen kann. Das Ablehnungsgesuch ist begründet, wenn vernünftige Zweifel an der Objektivität des Richters bestehen. **Zuständig für die Ablehnung eines Richters am AG ist gemäß § 45 II ein anderer Richter des AG**. Eine Entscheidung ist jedoch nicht erforderlich, wenn der abgelehnte Richter das Ablehnungsgesuch für begründet hält.
Für die Ablehnung eines Richters beim Landgericht ist die Kammer zuständig, wobei der abgelehnte Richter bei der Entscheidung durch den geschäftsplanmäßigen Vertreter ersetzt wird. Die Entscheidung ergeht ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss (§§ 46 I, 128 IV). Nach erfolgtem Ablehnungsgesuch darf er den Termin, in dem das Ablehnungsgesuch gestellt wurde, zu Ende führen. Erweist sich das Gesuch später als unbegründet, hat das Gesuch keine Auswirkung; ansonsten muss (nur) der Teil der Verhandlung wiederholt werden, der nach dem Gesuch erfolgte.
Auch der Richter persönlich kann nach § 48 I seine Befangenheit anzeigen, sich aber nicht selbst wirksam als befangen ablehnen.

II. Die Geschäftsstelle

Sie existiert an jedem Gericht und ist mit Beamten des mittleren Dienstes, den **Urkundsbeamten**, besetzt. Diese entlasten den Richter und auch den Rechtspfleger vom routinemäßigen Tagesgeschäft wie z.B. der Führung der Sitzungsprotokolle, der Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften und den amtlichen Zustellungen sowie der Ladung der Prozessbeteiligten.

III.Der Rechtspfleger

Er ist Justizbeamter des gehobenen Dienstes mit einer 3jährigen Ausbildung. Als selbständiges Organ der Rechtspflege nimmt er die ihm in den **§§ 20, 21 RPflG** funktionell zugewiesenen Aufgaben eigenverantwortlich wahr, muss allerdings bestimmte Geschäfte nach § 5 RPflG dem Richter vorlegen, der auch nach § 7 RPflG Kompetenzkonflikte entscheidet. Gegen Entscheidungen des Rechtspflegers ist nach **§ 11 I RPflG** die **Erinnerung** zulässig, auf die ich im Bereich der Rechtsbehelfe gegen die Zwangsvollstreckung ausführlich eingehen werde.

IV. Der Rechtsanwalt

1) Der Status des Rechtsanwalts

Er ist ein **unabhängiges Organ der Rechtspflege**, das einen freien Beruf, jedoch kein Gewerbe ausübt. Jedermann hat das Recht, sich in allen Rechtsangelegenheiten durch ihn beraten und vertreten zu lassen. Der Rechtsanwalt verfügt über die Befähigung zum Richteramt. Der RA bedarf der Zulassung durch die Landesjustizverwaltung, auf die er einen Anspruch hat. Da der Grundsatz der **freien Advokatur** herrscht, kann die Zulassung nur aus den in § 7 BRAO genannten Gründen versagt werden. Er kann frei wählen, bei welchem Gericht er zugelassen werden will. Ist ein Anwalt an einem Amts- oder Landgericht zugelassen, so kann er vor allen Amts- oder Landgerichten auftreten.

2) Das Rechtsverhältnis zum Mandanten

Da der Anwalt als Vertreter seines Mandanten vor Gericht auftritt, muss auch in diesem Vertretungsverhältnis zwischen Innen- und Außenvollmacht unterschieden werden.

a) Das Innenverhältnis

Der zwischen Anwalt und Mandant geschlossene Vertrag ist ein **Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675**, bei dem der Anwalt allerdings nur Dienste i.S.d. § 666, aber keinen prozessualen Erfolg i.S.d. § 631 schuldet. Die Honorierung des Anwalts erfolgt daher unabhängig vom Ausgang des Prozesses, aber auch unabhängig vom Arbeitsaufwand gestaffelt nach dem Streitwert nach des **RVG**. Es kann eine vom RVG abweichende Gebührenvereinbarung getroffen sowie in engen Grenzen gemäß § 4 a RVG ein Erfolgshonorar vereinbart werden (dazu Kilian, NJW 2008, 1905).

- Im Innenverhältnis ist zwar der RA gemäß den §§ 675, 665 den Weisungen seines Mandanten unterworfen, doch gilt das für den RA als Organ der Rechtspflege nur innerhalb der Grenzen des standesrechtlich Zulässigen. Weisungen werden zudem oftmals an der erforderlichen Sachkenntnis des Mandanten scheitern.

- Der RA ist zur sorgfältigen Beratung und Prozessführung verpflichtet; insbesondere muss er den Mandanten über die Erfolgschancen und das Kostenrisiko eines Zivilprozesses aufklären. Dabei ist auch darauf hinzuweisen, dass selbst der erfolgreiche Prozess dem Mandanten nichts nützt, wenn der Schuldner über kein pfändbares Vermögen verfügt. Zudem trägt auch der siegreiche Kläger seine Anwaltskosten und als 2. Kostenschuldner gemäß den §§ 22 I, 29, 31 GKG die Gerichtskosten, wenn der Beklagte ausfällt. Die 30jährige Wirkung des Vollstreckungstitels nach § 197 I Nr. 3 BGB mag da nur ein schwacher Trost sein.

- Hat der Anwalt seine Pflichten aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag schuldhaft verletzt, so schuldet er Schadensersatz über die Regeln des § 280 I 1. Dieser Anspruch verjährt gemäß **§ 51 b BRAO** in 3 Jahren; dies gilt (im Gegensatz zu § 199 BGB) unabhängig davon, ob der Mandant seinen Schaden oder die Pflichtverletzung seines Anwalts kennt. Nach der Rechtsprechung (BGH NJW 1988, 266) muss aber zum Ausgleich der kurzen Verjährung der Anwalt seinen Mandanten auf die Regressmöglichkeit hinweisen. Ein Verstoß gegen diese Pflicht führt erst zum sogenannten **Sekundäranspruch**, der den Anwalt über § 249 BGB verpflichtet, den Mandanten so zu stellen, als sei die Verjährung des Regressanspruchs (= Primäranspruch) nicht eingetreten (BGHZ 94, 380, 385). Dieser Sekundäranspruch hindert somit den Anwalt im Prozess gegen ihn an der Einrede der Verjährung. Der Sekundäranspruch besteht aber nicht, wenn das Mandat beendet ist (BGH NJW -RR- 1990, 459) oder der Mandant mittlerweile anderweitig anwaltlich betreut wird (BGH NJW 1988, 265).

  Konsequenz: Diese Regelung verpflichtet zur Selbstbezichtigung gegenüber dem Mandanten und verlängert die Verjährung bei Ansprüchen gegen Rechtsanwälte und Steuerberater.

b) **Das Außenverhältnis**

Im Außenverhältnis muss der Mandant seinem Anwalt rechtsgeschäftlich eine **Prozessvollmacht** erteilen, damit dieser für ihn wirksame Prozesshandlungen vornehmen und sonstige Erklärungen abgeben kann. Der Umfang der Vollmacht ist durch § 81 vorgegeben und kann nur in den Grenzen des § 83 beschränkt werden. Dabei erstreckt sich die Prozessvollmacht nicht nur auf Prozesshandlungen, sondern auch auf Willenserklärungen, die innerhalb des Prozesses für den Mandanten abgegeben werden wie z.B. Anfechtung, Kündigung, Rücktritt oder Aufrechnung. Üblicherweise wird der Anwalt auch zur Entgegennahme der Hauptleistung bevollmächtigt.

Die Vollmachtserteilung kann zum einen gemäß den §§ 168, 3; 167 I BGB widerrufen werden, zum anderen durch Entzug des Mandats über § 168, 1 erlöschen; andererseits kann auch der Anwalt nach § 627 BGB sein Mandat niederlegen. In zivilprozessualer Hinsicht erlischt die Vollmacht gemäß § 87 I ZPO aber erst durch die Anzeige der Bestellung eines anderen Anwalts, wenn in diesem Verfahren Anwaltszwang herrscht.

§ 7 Die Prozessparteien

I. Der formelle Parteibegriff

Im Gegensatz zu vielen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit setzt der Zivilprozess die Existenz zweier streitender Parteien voraus. Dabei muss nach § 253 II Nr. 1 bereits die Klage die Parteien bezeichnen, so dass bereits bei Beginn des Prozesses die Personen feststehen müssen, die am Rechtsstreit beteiligt sind. Es gilt der **formelle Parteibegriff**, da über die Stellung der Parteien die Bezeichnung in der Klageschrift entscheidet: **Partei ist derjenige, der klagt bzw. verklagt wird** (BGH RR 95, 764). Somit ist die Rolle der Partei vom materiellen Recht völlig unabhängig: Wer vom Kläger als vermeintlicher Käufer auf Kaufpreiszahlung verklagt wird, wird auch dann Partei, wenn er den Kläger in seinem Leben noch nie gesehen hat; auch ist die Klage *zulässig*, wird aber mangels bestehender Forderung durch *Sachurteil* als unbegründet abgewiesen.

II. Die Parteifähigkeit: § 50

Um überhaupt an einem Rechtsstreit teilnehmen zu können, müssen Kläger und Beklagter jeweils parteifähig sein. Dabei entspricht nach § 50 I ZPO die Parteifähigkeit der zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit. **Parteifähig ist demnach, wer Träger von eigenen Rechten und Pflichten sein kann.**

1) Natürliche Personen

Gemäß § 1 BGB beginnt die Rechtsfähigkeit mit der Vollendung der Geburt und endet mit dem Tod.

Exkurs: Eine Erweiterung erfolgt durch die §§ 1912, 1913, so dass sowohl für den bereits erzeugten, aber noch nicht geborenen Menschen als auch für den noch gar nicht gezeugten Nacherben jetzt bereits zur Sicherung ihrer Rechte ein Pfleger bestellt werden kann.
Nach dem Tod einer Partei wird der Prozess durch die Erben weitergeführt. Dieser gesetzliche Parteiwechsel hat folgende Konsequenzen:

- Der Prozess wird nach § 239 unterbrochen bis zur Aufnahme durch den Rechtsnachfolger; war die Partei anwaltschaftlich vertreten, wird der Prozess nach § 246 ausgesetzt.
- Das zwischen den Parteien erstrittene rechtskräftige Urteil wirkt gemäß § 325 I für und gegen die Rechtsnachfolger.
- Da die Rechtsnachfolger die rechtskräftige Entscheidung gegen sich geltend lassen müssen, kann die vollstreckbare Ausfertigung des Titels gemäß § 727 für und gegen den Rechtsnachfolger umgeschrieben werden. Für eine erneute Klage fehlt daher das Rechtsschutzbedürfnis.

2) Juristische Personen

Alle juristischen Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts sind aufgrund ihrer Rechtsfähigkeit auch parteifähig.

3) Sonderfragen

a) **OHG, KG und Partnerschaftsgesellschaft** sind keine juristischen Personen, da das Gesellschaftsvermögen gesamthänderisch gebundenes Sondervermögen der Gesellschafter ist. Sie können jedoch gemäß den **§§ 124, 161 II HGB, 7 II PartGG** unter ihrer Firma klagen und verklagt werden, Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen. Sie sind daher den juristischen Personen so weit angenähert, dass sie parteifähig sind (BGHZ 62, 132).

b) Die **GbR** ist – wenn es sich um eine **Außen-GbR** handelt – **rechtsfähig und somit auch parteifähig gemäß § 50 I**, wie der BGH (NJW 2001, 1056 ff) klargestellt hat. Handelt es sich um eine bloße **Innen-GbR**, so kann diese mangels Rechtsfähigkeit nicht Partei eines Rechtsstreits sein. Vielmehr müssen – wie bisher – alle Gesellschafter klagen bzw. verklagt werden. Die geschäftsführenden Gesellschafter sind keine gesetzlichen Vertreter, sondern nur Prozessbevollmächtigte.

c) Der **nicht rechtsfähige Verein** kann nach § 50 II verklagt werden (er ist passiv parteifähig). Bis zu dem unter Punkt b) zitierten Urteil des BGH bestand Einigkeit darüber, dass der nicht rechtsfähige Verein (mangels Rechtsfähigkeit) nicht selbst klagen konnte, so dass entweder alle Mitglieder klagen und dabei durch den Vorstand vertreten werden mussten oder aber der Vorstand im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft mit Ermächtigung der Mitglieder klagen musste.

d) **Gewerkschaften** sind von der Rechtsprechung (BGHZ 109, 15; 50, 327) als parteifähig anerkannt; im Arbeitsgerichtsverfahren sind Gewerkschaften nach § 10 ArbGG parteifähig.

e) **Politische Parteien** sind – sofern sie als nichtrechtsfähige Vereine organisiert sind – gemäß § 3 ParteienG parteifähig.

f) **AL-Klausurtipp:**
Die **Firma des Kaufmanns** ist nicht parteifähig; Firma ist nach § 17 HGB nur der Name eines Kaufmanns, unter dem er klagen und verklagt werden kann. Partei ist der Kaufmann, der zur Zeit der Klageerhebung (Kaufmann = Kläger) bzw. Klagezustellung (Kaufmann = Beklagter) Inhaber ist. Der Firmeninhaber bleibt auch nach erfolgter Firmenübertragung Partei. Nach § 729 II ist eine Titelumschreibung für und gegen den neuen Firmeninhaber als Rechtsnachfolger möglich, wenn dieser gemäß § 25 I HGB für die rechtskräftig festgestellten Altverbindlichkeiten haftet.

III. Die Prozessfähigkeit

Die Prozessfähigkeit ist die Fähigkeit, in einem Prozess selbst oder durch einen selbst bestellten Vertreter Prozesshandlungen vornehmen zu können. Gemäß § 52 ZPO ist eine Person prozessfähig, sobald sie sich durch Verträge wirksam verpflichten kann, also geschäftsfähig ist.

1) **Natürliche Personen**

a) **Prozessunfähig** sind somit die **Geschäftsunfähigen** i.S.d. § 104 BGB. Für sie handelt der gesetzliche Vertreter, der im Namen der Partei prozessiert. Seine Handlungen wirken für und gegen die Partei.

b) **Minderjährige** werden durch ihre Eltern nach § 1629 BGB, den **Vormund** nach § 1793 BGB oder den **Ergänzungspfleger** nach § 1909 BGB vertreten.

c) Volljährige Geschäftsfähige, die unter **Betreuung** gestellt sind, erhalten gemäß § 53 ZPO einen **Betreuer** nach § 1902 BGB.

d) Für **unbekannte Erben** handelt gemäß den §§ 1960, 1961 BGB der durch das Nachlassgericht bestellt **Nachlasspfleger**.

2) **Juristische/quasijuristische Personen**

Nach h.M. erlangt die **juristische Person** ihre Prozessfähigkeit erst durch ihre vertretungsberechtigten Organe, die für sie prozessieren:

a) e.V., Stiftung, AG und Genossenschaft durch den Vorstand: §§ 26 II, 86 BGB; 78 I AktG; 24 GenG;

b) die GmbH nach § 35 GmbHG durch den Geschäftsführer;

c) Außen-GbR; Partnerschaft, OHG und KG durch den persönlich haftenden Gesellschafter.

3) Eine der beschränkten Geschäftsfähigkeit vergleichbare Parallele einer beschränkten Prozessfähigkeit gibt es nicht. Die schnelle und geregelte Durchführung eines Prozesses erlaubt keine schwebende Unwirksamkeit, wie sie bei § 108 I BGB entstehen kann. Der gesetzliche Vertreter muss daher prozessieren, kann aber die durch den Minderjährigen vorgenommenen, bis dato unwirksamen Prozesshandlungen genehmigen.

Eine Ausnahme ergibt sich aus den §§ 112, 113 BGB: Haben Minderjährige mit Erlaubnis der Eltern ein Arbeitsverhältnis begründet oder mit Erlaubnis des Vormundschaftsgerichts ein Geschäft eröffnet, so sind sie für diesen Bereich geschäftsfähig und prozessfähig = **partielle Prozessfähigkeit**.

4) **AL-Klausurtipp: Das Fehlen von Prozessvoraussetzungen**

Partei- und Prozessfähigkeit sind **Sachurteilsvoraussetzungen**, ohne deren Vorliegen die Klage als unzulässig durch Prozessurteil abgewiesen werden müsste; daher sind diese Voraussetzungen gemäß § 56 I vom Gericht von Amts wegen zu beachten. Der Kläger trägt die Beweislast für die Partei- und Prozessfähigkeit *beider* Parteien, auch für die des Beklagten, wobei aber bei natürlichen Personen zunächst von deren Prozessfähigkeit ausgegangen wird.
Hat sich eine Partei mangels Prozessfähigkeit durch einen gesetzlichen Vertreter vertreten lassen müssen, so wird der Partei das Verschulden des Vertreters dort gemäß § 51 II zugerechnet, wo es im Zivilprozess auf Verschulden ankommt, z.B. bei der unverschuldeten Fristversäumnis i.S.d. § 233 / Wiedereinsetzung oder beim verspäteten Vorbringen i.S.d. § 296 / Präklusion.

IV. Die Prozessführungsbefugnis

Die Prozessführungsbefugnis ist das Recht, im eigenen Namen über eigene oder fremde Rechte zu prozessieren. Sie ist das zivilprozessuale Gegenstück zur zivilrechtlichen Verfügungsbefugnis: **Wer die Verfügungsbefugnis hat, ist auch prozessführungsbefugt** (BGHZ 31, 281). Die Prozessführungsbefugnis dient der **Abwehr von Popularklagen**; bei fehlender Befugnis wird die Klage als unzulässig ohne Entscheidung in der Sache abgewiesen. Da die zivilrechtliche Verfügungsbefugnis grundsätzlich dem Inhaber zusteht (z.B. darf der Eigentümer über sein Eigentum verfügen), ist es i.d.R. unproblematisch, dass eine Partei eigene Rechte im eigenen Namen gerichtlich geltend macht; sie ist daher grundsätzlich prozessführungsbefugt. Eine Ausnahme gilt in Fällen, wo der Rechtsinhaber diese Verfügungsbefugnis an einen Verwalter kraft Gesetzes verloren hat (Testamentsvollstreckung, Insolvenzverwaltung, Nachlassverwaltung, Zwangsverwaltung) oder wo er willentlich diese Befugnis analog § 185 I BGB übertragen hat.

Klagt eine Partei im eigenen Namen fremde Rechte ein, so spricht man von **Prozessstandschaft.** Diese Art der Prozessführungsbefugnis setzt stets voraus, dass sich die Rechtskraft des Urteils auch auf den Rechtsinhaber erstreckt, da der Prozessgegner vor einem erneuten Prozess mit dem Rechtsinhaber bewahrt werden muss. In Fällen amtlicher Verwaltung tritt im Hinblick auf die Verfügungsbefugnis des Verwalters eine **Rechtskrafterstreckung kraft Gesetzes** ein, die allerdings auf das verwaltete Vermögen beschränkt ist. So wirkt beispielsweise ein Urteil, das zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Dritten über ein der Verwaltung unterliegendes Recht ergeht, gemäß § 327 I ZPO für und gegen den Erben.

1) **Die gesetzliche Prozessstandschaft**

a) **Amtliche Verwaltung eines Sondervermögens**

Dem Insolvenzverwalter (§§ 85, 86 InsO), Nachlassverwalter (§ 1984 BGB) und Testamentsvollstrecker (§§ 2212, 2213 BGB) steht kraft amtlicher Verfügungsgewalt die Prozessführung über eine ihnen anvertraute Vermögensmasse zu. Sie prozessieren **im eigenen Namen** und sind selbst **Partei**, doch wirkt die Prozessführung gegen die ihnen anvertraute Vermögensmasse. Endet die amtliche Verwaltung oder gibt der Verwalter den streitbefangenen Gegenstand frei, so fallen Verfügungsmacht und Prozessführungsbefugnis an den Rechtsinhaber zurück.

b) Nach bestrittener, aber überwiegender Ansicht (zum Streitstand Schellhammer Rz. 1223) steht weiter den folgenden Personen eine gesetzliche Prozessstandschaft zu:

aa) **Mitgläubiger** nach **§ 432** und **Miteigentümer** nach **§ 1011**, die auf Leistung an die Gemeinschaft klagen.

bb) Der **Miterbe**, der nach **§ 2039 BGB** auf Leistung an die Erbengemeinschaft klagt.

cc) Der **Pfändungspfandgläubiger**, der eine ihm gemäß den **§§ 829, 835 ZPO** zur Einziehung überwiesene Forderung gegen den Drittschuldner einklagt.

dd) Der bei der Verfügung über das Vermögen im Ganzen i.S.d. **§ 1365 BGB** übergangene **Ehegatte**, der die Unwirksamkeit der Verfügung geltend macht.

ee) Gesellschaftsforderungen von oHG, KG, Partnerschaft und GbR werden von den geschäftsführenden Gesellschaftern im Namen der Gesellschaft gerichtlich geltend gemacht. Kläger ist die Gesellschaft. Dem einzelnen Gesellschafter steht kein Klagerecht im eigenen Namen zu; eine Ausnahme gilt in Fällen der Notgeschäftsführungsbefugnis i.S.d. § 744 II BGB, wenn die Klage notwendig ist, um das Gesellschaftsvermögen zu erhalten. Der Gesellschafter kann sich jedoch unter Mitwirkung der anderen Gesellschafter die Ansprüche der Gesellschaft abtreten lassen oder sich gewillkürte Prozessstandschaft analog § 185 I BGB erteilen lassen. Sozialansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter auf Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsvertrag stehen jedem Mitgesellschafter zu und können von jedem gegen jeden Mitgesellschafter auf Leistung an die Gesellschaft geltend gemacht werden (= **actio pro socio**); vgl. BGHZ 25, 47.

Exkurs: Die Veräußerung der streitbefangenen Sache

- Nach § 265 I schließt die Rechtshängigkeit weder das Recht des Klägers noch das des Beklagten aus, die streitbefangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch abzutreten. Um zu verhindern, dass der Gewinner des ersten Prozesses jetzt

erneut mit dem Rechtsnachfolger prozessieren muss, muss der Rechtsnachfolger die rechtskräftige Entscheidung nach § 325 I gegen sich gelten lassen. Eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils kann nach § 727 für und gegen den Rechtsnachfolger umgeschrieben werden (zu den Grenzen des § 325 I ZPO BGH NJW 2017, 1273).

Beispiel: E klagt gegen B auf Herausgabe eines TV aus § 985 BGB, wobei B das Gerät während des Prozesses an D veräußert.

War D nicht sowohl bezüglich der Eigentumsverhältnisse als auch bezüglich der Streitbefangenheit des TV gemäß § 325 II ZPO gutgläubig, so muss er das Herausgabeurteil gegen sich gelten lassen; der Titel kann gegen ihn umgeschrieben werden.
Rechtsnachfolger ist jeder, der den streitbefangenen Gegenstand durch Rechtsgeschäft (z.B. § 929, 1 oder §§ 929, 1; 932 I 1) Gesetz (z.B. § 1922) **oder Hoheitsakt** (z.B. Zuschlag in der ZV nach § 90 ZVG; Pfändung und Überweisung einer Forderung zur Einziehung) **erwirbt**.

- **Streitbefangen ist eine Sache nur, wenn die Parteien um Eigentum, Besitz oder ein anderes *dingliches* Recht streiten oder ein Anspruch verfolgt wird, der nur dem Eigentümer zusteht oder gegen ihn erhoben werden kann**, nicht aber bei einem rein obligatorischen Anspruch auf Herausgabe oder Leistung. Nur in diesen Fällen beruht die Sachlegitimation der Partei auf einer Beziehung zur Sache selbst und kann sich mit dem Ende dieser Beziehung verändern. Bei der Herausgabeklage nach § 985 BGB verliert z.B. der Kläger seine Aktivlegitimation mit dem Verlust des Eigentums, der Beklagte die Passivlegitimation mit Verlust des Besitzes.

  Hat der Kläger den streitbefangenen Gegenstand veräußert, so verliert er zwar die Rechtsposition, aus der heraus er gegen den Beklagten vorgeht (z.B. das Eigentum), doch wird dadurch die Klage weder unzulässig noch unbegründet. Der Kläger prozessiert nunmehr allerdings im eigenen Namen über das Recht seines Rechtsnachfolgers, der nach § 265 II 2 gegen den Willen der Gegenseite nicht das Recht hat, den Prozess als Partei zu übernehmen. Der Rechtsnachfolger muss daher die Prozessführung seines Vorgängers gegen sich gelten lassen. Der Kläger muss allerdings seinen Klageantrag dahingehend ändern, dass er jetzt Leistung an den Rechtsnachfolger verlangt.

- Hat der Beklagte die streitbefangene Sache veräußert, so muss der Klageantrag nicht geändert werden, da der Erwerber nicht verurteilt wird. Der Vollstreckungstitel kann aber nach § 727 ZPO gegen ihn umgeschrieben werden, so dass einer erneuten Klage des E gegen den Erwerber das Rechtsschutzbedürfnis fehlen würde.

- **Die Erstreckung der Rechtskraft auf den Rechtsnachfolger findet ihre Grenze in der doppelten Gutgläubigkeit des Erwerbers nach § 325 II.** Hat dieser nach materiellem Recht das Recht gutgläubig erworben und kannte er auch die Rechtshängigkeit nicht (weil er von der Klage des E gegen B nichts wusste), so muss er das Urteil nicht gegen sich gelten lassen; die Gutgläubigkeit des Rechtsnachfolgers ändert aber nichts an der Verurteilung des Beklagten.

2) **Die gewillkürte Prozessstandschaft**

Sie ermöglicht es dem Rechtsinhaber, die Prozessführung durch Rechtsgeschäft in fremde Hände zu legen und existiert natürlich nur auf der Klägerseite; der Klagegegner kann seine Beklagtenstellung nicht willkürlich delegieren. **Da jedoch der Rechtsinhaber grundsätzlich seine Rechte selbst geltend machen soll, ist die gewillkürte Prozessstandschaft nur zulässig, wenn der Prozessstandschafter im Prozess ein rechtliches Eigeninteresse am Verfahren geltend**

machen kann, das er als Sachurteilsvoraussetzung nachweisen muss. Dieses rechtliche Eigeninteresse kommt insbesondere in Betracht, wenn die Klage seine eigene Rechtsstellung sichern soll, z.B.:

- Der Mieter macht den Herausgabeanspruch des Eigentümers geltend.

- Der Verkäufer einer Forderung klagt nach Abtretung auf Leistung an den Erwerber, um der Haftung im Fall des Nichtbestehens der Forderung zu entgehen.

  Die Ermächtigung des Rechtsinhabers ist ein einseitiges Rechtsgeschäft analog § 185 I BGB, die im Zweifel nur zur Klage auf Leistung an den Rechtsinhaber ermächtigt. Die Ermächtigung zur Prozessführung ermächtigt nicht automatisch zur Einziehung. Um auf Leistung an sich selbst klagen zu können, benötigt der Kläger eine gesonderte **Einziehungsermächtigung** gemäß den §§ 362 II, 185 I BGB.

Exkurs: Die Prozessstandschaft kann rechtsmissbräuchlich sein, wenn dadurch ein eventueller Kostenerstattungsanspruch der Gegenseite gefährdet wird. Die bloße Vermögenslosigkeit des Prozessstandschafters reicht jedoch nicht aus, sondern es ist eine gezielte Prozessrollenverschiebung erforderlich (z.B. vermögenslose GmbH tritt als Prozessstandschafterin auf, BGH NJW 1986, 850; differenzierend aber BGH NJW 1995, 3186). Ein ähnliches Problem entsteht bei der Rückermächtigung des Schuldners zur Prozessführung durch den Insolvenzverwalter. Dies soll generell zulässig sein, wenn der Schuldner eine natürliche Person ist (BGH NJW 1987, 2018).

V. Die Postulationsfähigkeit

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

- Im **Parteienprozess** können die Parteien selbst auftreten und wirksame Prozesshandlungen vornehmen unbeschadet der Möglichkeit, sich anwaltlich vertreten zu lassen. Der Parteienprozess wird vor dem Amtsgericht geführt, wobei allerdings nach § 78 II vor dem Amtsgericht als Familiengericht in den in § 78 II aufgeführten Angelegenheiten wegen der Bedeutung der Entscheidung Anwaltszwang herrscht.

- Der **Anwaltsprozess** wird nach § 78 ZPO vor dem LG und den dem LG übergeordneten Gerichten geführt. Die dort streitenden Parteien erlangen die Postulationsfähigkeit nur durch einen nach Maßgabe des § 78 zugelassenen Anwalt. Sämtliche Prozesshandlungen müssen durch den Anwalt erfolgen. Die Klage einer nicht anwaltlich vertretenen Partei ist nicht zulässig. Der ohne Anwalt vor Gericht Erschienene ist säumig mit der möglichen Folge eines Versäumnisurteils i.S.d. §§ 330 ff.

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

§ 8 Die wichtigsten Verfahrensgrundsätze der ZPO

I. Das Recht auf Gehör

Das Recht auf Gehör ermöglicht einerseits den Parteien die Geltendmachung prozessualer Rechte, andererseits ist eine sachgerechte Entscheidung nur möglich, wenn auch die Behauptungen der Gegenseite gehört werden („audiatur et altera pars"). Das Recht auf Gehör ist sowohl in **Art. 6 I MRK** als auch in **Art. 103 I GG** statuiert und gilt in sämtlichen Verfahrensarten. **Danach muss grundsätzlich jede Partei vor Erlass einer Entscheidung angehört werden, wobei das Gericht nicht nur zur Ermöglichung einer Stellungnahme verpflichtet ist, sondern auch dazu, die tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen zur Kenntnis zu nehmen und zu reflektieren**. In der gerichtlichen Entscheidung muss nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG (z.B. NJW 1990, S. 3192) zum Ausdruck kommen, dass das Gericht wesentliche Behauptungen der Parteien verarbeitet hat.
Wie weit der Grundsatz auf rechtliches Gehör in der ZPO reicht, zeigt **§ 139**: Nach § 139 I hat das Gericht den Rechtsstreit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mit den Parteien zu erörtern und ggf. Fragen zu stellen. Es hat dafür zu sorgen, dass die Parteien alle erforderlichen Tatsachen vortragen und sachdienliche Anträge stellen. Ferner muss das Gericht die Parteien ggf. darauf hinweisen, dass es einen Gesichtspunkt anders beurteilt als beide Parteien. Die Parteien müssen Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten.
Die erforderlichen Hinweise muss das Gericht so früh wie möglich erteilen und aktenkundig machen. Die Erteilung von Hinweisen kann nur durch den Inhalt der Akten beweisen werden.
Schließlich soll auf den Antrag einer Partei eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme gewährt werden, wenn der Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich ist (§ 139 V).

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

II. Die Dispositionsmaxime

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

1) **Die Einleitung des Zivilprozesses**

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

a) durch Klageerhebung gemäß § 253;

b) durch Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids: §§ 688 ff;

c) durch Antrag auf Erlass eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung: §§ 920, 936.

d) In Ausnahmefällen kann der Rechtsinhaber auch durch den Staat selbst gegen seinen Willen in ein Verfahren hineingezogen werden, wenn ein öffentliches Interesse an richterlicher Entscheidung besteht. In weiten Teilen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt die **Offizialmaxime: Einleitung des Verfahrens und Bestimmung des Verfahrensinhalts erfolgen von Amts wegen.**

Beispiel: Eine ältere Dame soll unter Betreuung gestellt werden.

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

2) **Der Gegenstand des Zivilprozesses**

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

a) Verlangt der Kläger, den Beklagten zur Kaufpreiszahlung zu verurteilen, so darf das Gericht von sich aus ihn nicht bezüglich der Verzugszinsen verurteilen.

b) Verlangt der Unfallgeschädigte nur Ersatz seines Sachschadens, so darf das Gericht ihm kein Schmerzensgeld zubilligen, das er gar nicht beantragt hat. Auf der anderen Seite darf das Gericht dem Kläger aber mehr Schmerzensgeld zusprechen, als er verlangt, ohne gegen § 308 I ZPO zu verstoßen (BGH NJW 1996, 2425)!

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

3) **Der Grundsatz der Bestimmtheit**

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

4) **Prozessbeendigung durch Parteihandlungen**

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

a) Der Kläger kann durch **Klagerücknahme nach § 269** bzw. **Verzicht gemäß § 306** das Verfahren beenden. Dies gilt auch in der Rechtsmittelinstanz für die §§ 516, 565.

b) Der Beklagte kann gemäß **§ 307** anerkennen.

c) Die Parteien können einvernehmlich durch **Erledigungserklärung in der Hauptsache nach § 91 a** oder durch Abschluss eines **Prozessvergleichs** den Rechtsstreit beenden.

d) Durch Säumnis können die Parteien ein **Versäumnisurteil** ermöglichen.

III. Die Verhandlungsmaxime

1) Bei der Frage, wie die streitentscheidenden Tatsachen in den Prozess eingeführt werden, existieren zwei gesetzliche Modelle: Nach dem **Untersuchungsgrundsatz** wird der Tatsachenstoff von Amts wegen ermittelt, nicht durch die Parteien; diese können bezüglich der vorgetragenen Tatsachen das Gericht weder durch Nichtbestreiten noch durch ausdrückliches Zugestehen binden: So führt im Strafprozess das Geständnis des Angeklagten nicht notwendigerweise zu seiner Verurteilung. In Verfahren, in denen der Tatsachenstoff von Amts wegen ermittelt wird, besteht jedoch ein öffentliches Interesse an Inhalt und Ausgang des Verfahrens; daher geht dem Prozess ein amtliches Ermittlungsverfahren voraus.

2) Im Zivilprozess ist jedoch die Öffentlichkeit am Ausgang eines zivilrechtlichen Konflikts nicht interessiert. Es gilt daher der Satz: „**iura novit curia; da mihi facta, dabo tibi ius**“. Die Parteien sind nicht verpflichtet, dem Gericht ihre Rechtsansichten zu unterbreiten oder ihre Ansprüche mit rechtlichen Anspruchsgrundlagen zu untermauern, da die Rechtsfindung allein dem Gericht obliegt. Andererseits findet im Zivilprozess keine Tatsachenaufklärung von Amts wegen statt (anders im Verwaltungs- und Strafprozess: §§ 86 VwGO; 244 II StPO) im Gegenteil: **Das Gericht darf nur diejenigen Tatsachen seiner Entscheidung zugrunde legen, die von den Parteien in der mündlichen Verhandlung zur Sprache gebracht wurden**. Die ZPO geht davon aus, dass die Parteien bereits aus egoistischen Motiven sämtliche streitentscheidenden Tatsachen dem Gericht unterbreiten werden. Verbleibende Zweifel können durch richterlichen Hinweis nach § 139 ZPO geklärt werden.

Die Konsequenzen der Verhandlungsmaxime:

a) **Die Parteien können ihren Tatsachenvortrag bis zur letzten mündlichen Verhandlung erweitern, korrigieren oder ergänzen**. Verletzen sie jedoch durch ihr zögerliches Vorbringen ihre Prozessförderungspflicht, werden sie mit ihrem verspäteten Vorbringen nach § 296 präkludiert.

b) **Nur die von den Parteien vorgetragenen Tatsachen dürfen die Entscheidungsgrundlage bilden**: Privates Wissen darf der Richter nicht verwerten.

c) **Da nur über entscheidungserhebliche und zwischen den Parteien streitige Tatsachen Beweis erhoben wird, beeinflusst die Verhandlungsmaxime auch die Beweisaufnahme**. Gemäß § 138 II hat jede Partei zu den Tatsachenbehauptungen der Gegenseite Stellung zu nehmen; nicht bestrittene Tatsachen gelten gemäß § 138 III als zugestanden. Im Gegensatz zur StPO ist der Zivilrichter an ein Geständnis der Partei nach § 288 gebunden. Beweis wird in beiden Fällen nicht mehr erhoben.

d) **Auf der Basis des klägerischen Tatsachenvortrags muss der Richter die Schlüssigkeit der Klage prüfen, ob also danach der geltend gemachte Anspruch besteht**. Verneint der Richter die Schlüssigkeit, so muss er nach § 139 ZPO den Kläger darauf hinweisen, damit dieser seinen

Tatsachenvortrag notfalls ergänzen kann. Ob das auch dann gilt, wenn der Kläger anwaltlich vertreten ist, ist streitig; nach der Rechtsprechung kann zumindest bei evidenter Unschlüssigkeit oder Rüge des beklagten Anwalts auf den richterlichen Hinweis verzichtet werden (BGH NJW 1989, 171).

e) **Die Verhandlungsmaxime wird beeinflusst durch die Wahrheitspflicht der Parteien**. § 138 I verpflichtet sie zu einem wahren und vollständigen Tatsachenvortrag. Die Wahrheitspflicht beinhaltet allerdings nur eine Verpflichtung zur **subjektiven Wahrhaftigkeit**, also Behauptungen nicht wider besseres Wissen aufzustellen. Die Wahrheitspflicht hindert nicht an der Aufstellung von Behauptungen, über deren Wahrheitsgehalt die Partei sich nicht sicher ist, da oftmals die Partei die Wahrheit nicht kennt, sondern auf Angaben Dritter, vielleicht sogar der Gegenseite, angewiesen ist. Die Verletzung der Wahrheitspflicht kann zu einer Strafbarkeit wegen Prozessbetrugs gemäß § 263 StGB führen und zu einer daraus resultierenden Schadensersatzpflicht gemäß den **§§ 823 II i.V.m. § 263 StGB**. Das Zivilurteil kann nach einer strafrechtlichen Verurteilung mit der **Wiederaufnahmeklage gemäß § 580 Nr. 4 ZPO** angefochten werden.

3) **Der Verhandlungsgrundsatz wird in zwei Fällen durchbrochen**:

a) **In Ehe- und Kindschaftssachen sowie in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt der Untersuchungsgrundsatz**. So erhält der vermeintliche Erbe nicht bereits dann einen Erbschein, wenn er ihn beantragt und niemand widerspricht, sondern erst, wenn das Nachlassgericht von Amts wegen seine Erbenstellung überprüft hat.

b) **Bestimmte Umstände berücksichtigt das Gericht von Amts wegen**, z.B. die Prozessvoraussetzungen und die Zulässigkeit eines Einspruchs nach § 341 ZPO.

4) **Exkurs: Die richterliche Aufklärungspflicht**

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

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

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

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

aa) Der Richter weist den Kläger auf die Unschlüssigkeit der Klage oder den Beklagten auf die Unerheblichkeit seines Vorbringens hin, um den Parteien die Ergänzung des Tatsachenvortrags zu ermöglichen.

bb) Der Richter weist den Kläger darauf hin, dass dieser sein Klageziel nur durch einen anders gearteten Klageantrag erreichen könne.

cc) Das Gericht weist auf eine mögliche Erledigungserklärung der Hauptsache hin.

dd) Das Gericht weist auf fehlende, aber nachholbare Sachurteilsvoraussetzungen hin.

ee) Bei Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts darf der Richter auf einen möglichen Verweisungsantrag nach § 281 hinweisen.

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

aa) einer Partei eine ihr günstige tatsächliche oder rechtliche Behauptung überhaupt erst in die Hand gegeben hat oder auf die Erhebung eines völlig neuen Anspruchs gedrungen hat (BGHZ 24, 278);

bb) die Partei auf Gestaltungsrechte hinweist, die bei ihrer Ausübung das zwischen Kläger und Beklagten bestehende Rechtsverhältnis umgestalten und eine bis dato zulässige und begründete Klage nun unbegründet werden lassen (z.B. durch Anfechtung, Kündigung, Rücktritt, Aufrechnung).

cc) Sehr streitig ist, ob der Richter auf den **Einwand der Verjährung** hinweisen darf. Nach einer Ansicht darf er bei einer nicht anwaltlich vertretenen Partei die Frage der Verjährung „als Hinweis anschneiden“ (?), wenn die Partei erkennbar auch wegen des Zeitablaufs Bedenken gegen die Klage erhebt (Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 139 Rz. 89 m.w.N.); doch darf dieser Hinweis nicht in einen Rat ausarten oder der Partei die Entscheidung über den Verjährungseinwand abnehmen. Nach a.A. (lesenswert: Schneider NJW 1986, 1316) mag es im Zuge der sich stetig verschlechternden Juristenausbildung (das war also schon 1986 der Fall! – schöne Grüße an die älteren Leser!) Fälle geben, in denen der Richter die Partei vor ihrem eigenen Anwalt in Schutz nehmen müsse.

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

IV. Der Grundsatz der Öffentlichkeit

1) Um in Abkehr von der geheimen Kabinettsjustiz früherer Tage eine Kontrolle der Justiz durch die Öffentlichkeit zu erreichen und dadurch das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Justiz zu stärken, sieht § 169 GVG vor, dass Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht (mündliche Verhandlung, Beweisaufnahme) einschließlich der Verkündung der Entscheidungen (Urteile, Beschlüsse) für eine beliebige Anzahl von Zuhörern öffentlich zu erfolgen hat.

2) Eine Ausnahme wird in Fällen gemacht, in denen die Belange der Verfahrensbeteiligten das öffentliche Interesse an der Kontrolle der Justiz überwiegen:

   a) **§ 170 GVG**: Ausschluss der Öffentlichkeit in Familiensachen;

   b) **§ 171 b GVG**: zum Schutz der Privatsphäre, wenn Umstände aus der Intimsphäre veröffentlicht werden müssen;

   c) **§ 172 GVG**: z. B. bei Offenbarung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen; Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit von Zeugen sowie in weiteren Fällen.

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

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

V. Der Grundsatz der Mündlichkeit

1) Er ist unmittelbare Folge des Öffentlichkeitsgrundsatzes, da ein öffentlicher Prozess nach Aktenlage, die der Öffentlichkeit nicht bekannt ist, den Grundsatz der Öffentlichkeit zu einer Farce verkommen lassen würde.
   Verhandlung, Beweisaufnahme und Urteilsverkündung sind daher mündlich. In Anwaltsprozessen wird zwar die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorbereitet, doch kann nach § 128 I Grundlage der Entscheidung nur sein, was in der Verhandlung mündlich vorgetragen wurde. Dem wird dadurch Genüge getan, dass Anwälte in der mündlichen Verhandlung gemäß § 137 III auf ihre vorbereitenden Schriftsätze Bezug nehmen.

2) Der Grundsatz der Mündlichkeit gilt sowohl in der Güteverhandlung (§ 278) als auch im frühen ersten Termin und im Haupttermin. Unerheblich ist, ob vor Gericht streitig verhandelt wurde. Auch bei Anerkenntnis, Verzicht oder Säumnis einer Partei ist der Grundsatz der Mündlichkeit gewahrt.

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

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

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

a) **§ 128 II**: Die Parteien haben auf Mündlichkeit verzichtet.

b) **§ 128 III**: Ist nur noch über die Kosten zu entscheiden, kann die Entscheidung ohne mündlichen Verhandlung ergehen.

c) **§ 128 IV**: Entscheidungen des Gerichts, die nicht Urteile sind, können ohne mündliche Verhandlung ergehen, soweit nichts anderes bestimmt ist.

d) **§ 251 a**: Entscheidung nach Aktenlage bei beiderseitiger Säumnis

e) **§ 331 III**: Versäumnisurteil bei nicht rechtzeitiger Anzeige der Verteidigungsbereitschaft

f) **§ 341:** Verwerfung des Einspruchs durch Urteil ohne mündliche Verhandlung

g) **§ 307, 2:** Anerkenntnis des Beklagten im schriftlichen Vorverfahren

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

VI. Die Konzentrationsmaxime

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

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

a) **§ 272 II**: Er kann in Form einer nicht überprüfbaren Ermessensentscheidung entweder das persönliche Erscheinen der Parteien in einem **frühen ersten Termin gemäß § 275** oder ein **schriftliches Vorverfahren nach § 276** anordnen. Einen frühen ersten Termin wird er anberaumen, wenn keine weitere Tatsachenaufklärung nötig erscheint und eine Vorbereitung der Hauptverhandlung oder sogar eine Erledigung des Streits in diesem frühen ersten Termin erwartet werden kann; bei umfangreichem Sachverhalt und komplexer rechtlicher Materie wird er ein schriftliches Vorverfahren wählen.

b) **§ 273 II**: Der Richter kann den Parteien Ergänzungen ihres Vortrags sowie die Vorlage von Urkunden auferlegen.

c) **§ 358 a**: Ein Beweisbeschluss ist bereits vor mündlicher Verhandlung möglich. Im Hinblick auf die in der Regel durchzuführende Güteverhandlung (§ 278 II) dürften die Voraussetzungen für einen solchen – frühzeitigen – Beweisbeschluss jedoch eher selten gegeben sein.

d) Der Richter kann den Parteien Fristen setzen zur Erwiderung bzw. Ergänzung ihres Vortrags, nach deren Ablauf sie mit ihrem Vorbringen gemäß § 296 I präkludiert sind (z.B. §§ 275, 276: Frist zur schriftlichen Klageerwiderung).

3) **Exkurs: Die Präklusion verspäteten Vorbringens**

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

a) Dabei ist dem Taktieren der Prozessparteien durch § 296 a eine absolute Grenze gezogen: Nach Schluss der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Angriffs- und Verteidigungsmittel werden mit Ausnahme der gemäß §§ 283, 139 V zulässigerweise nachgereichten Schriftsätze bei der Urteilsfindung nicht mehr berücksichtigt.

b) Aber auch was vor Abschluss der letzten mündlichen Verhandlung von den Parteien vorgebracht wird, kann so verspätet sein, dass es den Rechtsstreit verzögern würde und daher vom Gericht nicht mehr berücksichtigt würde.

Nach § 296 muss man dabei zwei Situationen unterscheiden:

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

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

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

- Handelt es sich beim Vorbringen um einen Verstoß gegen § 282?

- Ist dieser Vortrag verspätet, d.h. wird die Berücksichtigung zu einer Verzögerung des Prozesses führen?

- Liegt grobe Fahrlässigkeit, d.h. eine ungewöhnlich grobe Verletzung der Sorgfaltspflicht zu ordentlichem Prozessieren vor?

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

VII. Die Einheit der mündlichen Verhandlung

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

VIII. Die Unmittelbarkeit

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

§ 9 Die Klage

I. Die Arten der Klage

Je nach dem vom Kläger verfolgten Klageziel und der daraus resultierenden Art der begehrten Entscheidung unterscheidet man drei Klagearten:

- Leistungsklage
- Gestaltungsklage
- Feststellungsklage

1) Die Leistungsklage

Sie ist auf den Erlass eines Leistungsurteils gerichtet, das zum einen den Anspruch des Klägers gegen den Beklagten feststellt, zum anderen den Beklagten zur Leistung an den Kläger verurteilt und dem Kläger einen staatlichen **Vollstreckungstitel** für die zwangsweise Durchsetzung seines Anspruchs an die Hand gibt. Nach § 194 BGB bedeutet ein Anspruch, vom anderen ein Tun oder Unterlassen verlangen zu können. Die Leistungsklage zielt daher darauf ab, der Beklagte möge zugunsten des Klägers etwas tun oder nicht tun, z.B.:

- Zahlung einer Geldsumme;
- Herausgabe einer Sache;
- Vornahme einer vertretbaren (z.B. Reparatur eines PKW zum vereinbarten Festpreis) oder unvertretbaren Handlung (z.B. Herstellung eines Kunstwerks);
- Unterlassung oder Duldung einer Handlung (z.B. Duldung der Zwangsvollstreckung aus § 1147 BGB);
- Abgabe einer Willenserklärung (z.B. auf Bewilligung zur Grundbuchberichtigung).

Sämtliche dieser Leistungsklagen führen zu einem vollstreckungsfähigen Titel, mit dem der Kläger seinen Anspruch zwangsweise durchsetzen kann (Ausnahme § 888 III ZPO). Dies ist auch notwendig, da im Gegensatz zum Feststellungs- und Gestaltungsurteil das Urteil an sich dem Kläger noch nichts nutzt.

2) Die Gestaltungsklage

Sie zielt auf die Umgestaltung eines zwischen den Parteien unstreitig bestehenden Rechtsverhältnisses durch konstitutives Urteil. Eine Gestaltungsklage ist zur Umgestaltung eines Rechtsverhältnisses in den Fällen erforderlich, in denen wegen der besonderen Bedeutung des Rechtsverhältnisses die durch privatautonome Gestaltung entstehende Unsicherheit nicht hingenommen werden kann.

Beispiel: So ist eine rechtsgeschäftliche Ehescheidung zwischen Ehegatten im Wege der Privatautonomie wegen der Vielzahl möglicher Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründe nicht möglich. Der Personenstand einer Person muss daher durch Urteil verbindlich geklärt werden.

Da das richterliche Urteil mit konstitutiver Wirkung ein Rechtsverhältnis umgestaltet, ist eine Vollstreckung des Urteils weder nötig noch möglich: Wie auch beim Feststellungsurteil wird nur die Kostenentscheidung vollstreckt.

Gestaltungsklagen finden wir in folgenden Rechtsgebieten:

- **Familienrecht**: z.B.
  - Scheidung: §§ 1564 ff
  - Ehelichkeitsanfechtungsklage: §§ 1594, 1599 BGB
  - Klage auf Aufhebung der Gütergemeinschaft: § 1447

- **Erbrecht**: Erbunwürdigkeitsklage: § 2342 BGB

- **HGB**:
  - Klage auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht: §§ 117, 127 (161 II) HGB
  - Klage auf Auflösung von OHG und KG: § 131 Nr. 4, 133, 161 II HGB
  - Klage auf Ausschluss eines Gesellschafters: §§ 140, 161 II HGB
  - Klage auf Anfechtung eines Beschlusses der Hauptversammlung in einer AG nach § 246 AktG

- **ZPO**:
  - Abänderungsklage: § 323
  - Vollstreckungsgegenklage: § 767
  - Klage gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel: § 768
  - Drittwiderspruchsklage: § 771

3) **Die Feststellungsklage**

Ziel der Feststellungsklage ist die verbindliche richterliche Feststellung, dass zwischen den streitenden Parteien ein Rechtsverhältnis besteht (= **positive Feststellungsklage**) oder nicht besteht (= **negative Feststellungsklage**). Im Gegensatz zur Gestaltungsklage soll also das Urteil die Rechtslage also nicht umgestalten, sondern verbindlich klären. Mit der Gestaltungsklage hat aber die Feststellungsklage gemeinsam, dass das Urteil zwar rechtskräftig wird, aber mit Ausnahme der Kostenentscheidung nicht vollstreckt wird.

a) **Die positive Feststellungsklage**

Definition: Unter einem Rechtsverhältnis versteht man die rechtliche Beziehung zweier Personen untereinander oder zu einem Gegenstand.

Die begehrte Feststellung darf nur auf ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis gerichtet sein (z.B. Klage, dass zwischen Kläger und Beklagtem ein wirksames Arbeitsverhältnis besteht), aber nicht auf ein künftiges Rechtsverhältnis (z.B.: der Sohn klagt auf Feststellung, beim Tod seines Vaters diesen zu beerben; unzulässig).
Unzulässig ist die Klage auf Feststellung von Tatsachen, abstrakten Rechtsfragen oder einzelnen Voraussetzungen des Rechtsverhältnisses (z.B. Klage auf Feststellung, dass eine Kündigung unwirksam sei). Der Antrag kann aber gegebenenfalls ausgelegt werden in Richtung auf die begehrte Feststellung, durch die unwirksame Kündigung sei das Rechtsverhältnis nicht erloschen.

Wie bereits oben erwähnt, führt die Feststellungsklage zu keinem vollstreckbaren Urteil in der Hauptsache, so dass der Kläger gegebenenfalls in einem erneuten Prozess auf Leistung klagen müsste, um zu einem vollstreckungsfähigen Titel zu gelangen. Aus Gründen der Prozessökonomie ist daher die Feststellungsklage mangels Rechtsschutzbedürfnis nicht zulässig, wenn der Kläger sein Ziel bereits mit einer Leistungsklage verfolgen kann.

Eine Feststellungsklage ist daher (nur) in folgenden Fällen zulässig:

- **Es soll das Bestehen eines absoluten Rechts festgestellt werden** (z.B. die Stellung als Eigentümer oder Erbe); durch eine Leistungsklage (z.B. auf Herausgabe) wird nur der aus der Rechtsstellung folgende Anspruch geklärt. Auch nimmt die Feststellung des Rechts nicht an der Rechtskraft des Urteils teil, da sie nicht im Tenor, sondern nur in der Begründung auftaucht (vgl. Zwischenfeststellungsklage, siehe unten).

- **Ein Anspruch soll dem Grunde nach festgestellt werden, wenn die Anspruchshöhe noch nicht eingetretener, aber zu erwartender Schäden noch nicht beziffert werden kann** und daher keine Leistungsklage erhoben werden kann.

- **Trotz möglicher Leistungsklage ist die Feststellungsklage zulässig, wenn auch sie den Streit ohne Vollstreckungstitel endgültig erledigen kann**, z.B.

  - Klage gegen die öffentliche Hand, da man davon ausgeht, der Staat werde auch ohne Vollstreckungstitel dem Feststellungsurteil Folge leisten.

  - Streit unter Erben oder Gesellschaftern um Einzelpositionen bei der Auseinandersetzung.

b) **Die negative Feststellungsklage**

Sie ist auf die richterliche Feststellung gerichtet, dass zwischen Kläger und Beklagtem kein Rechtsverhältnis besteht, wenn der Beklagte sich eines Anspruchs gegen den Kläger berühmt, der ihm nach Ansicht des Klägers nicht zusteht.

aa) **Der Streitgegenstand der negativen Feststellungsklage**

Der Kläger muss das streitige Rechtsverhältnis so genau beschreiben, dass man den Streitgegenstand bestimmen kann.

Beispiel: Feststellung, dass zwischen S und G durch das Schreiben des G vom 10.05.2017 kein Kaufvertrag zustande gekommen sei.

bb) **Das Rechtsschutzbedürfnis**

Das Feststellungsinteresse entfällt und somit ist die Klage unzulässig, wenn der Anspruchsinhaber seinen Anspruch bereits mit einer eigenen Leistungsklage verfolgt. Eine negative Feststellung, der Anspruch bestehe nicht, betrifft den identischen Streitgegenstand und ist daher nur die Kehrseite der Leistungsklage des anderen.

Beispiel: G klagt gegen S eine Kaufpreisforderung ein; S erhebt unzulässige Feststellungsklage dahingehend, der Kaufpreisanspruch bestünde nicht.

Erhebt im Rahmen der negativen Feststellungsklage der Beklagte eine Leistungswiderklage, so wird die Feststellungsklage im Nachhinein unzulässig; zur Vermeidung von Kostennachteilen muss der Feststellungskläger die nachträglich unzulässig gewordene negative Feststellungsklage in der Hauptsache für erledigt erklären.

Beispiel: S klagt auf Nichtbestehen des behaupteten Kaufpreisanspruchs; im Prozess erhebt G Widerklage auf Zahlung.

cc) **Die Beweislast**

Auch bei der negativen Feststellungsklage trägt derjenige, der sich als Anspruchsinhaber ausgibt, die Beweislast für die anspruchsbegründenden Behauptungen. Dies bedeutet, dass hier der Beklagte die Beweislast dafür trägt, dass ihm der behauptete Anspruch zusteht, da sich die Beweislast nicht nach der Parteienstellung (Kläger oder Beklagter), sondern nach dem materiellen Recht richtet. Der Kläger muss daher nur die anspruchsbegründenden Tatsachen bestreiten; kann eine verbindliche Tatsachenfeststellung nicht getroffen werden (= non liquet), so gewinnt er den Prozess.

Wird die negative Feststellungsklage jedoch als unbegründet abgewiesen, so ist der streitige Anspruch des Beklagten damit rechtskräftig festgestellt. Klagt dieser in einem erneuten Prozess seinen behaupteten Anspruch in Form einer Leistungsklage ein, so steht das Bestehen des Anspruchs durch die rechtskräftige Abweisung der Feststellungsklage bereits fest. Die Leistungsklage hat somit Erfolg, ohne dass der Bestand des geltend gemachten Anspruchs noch einmal geprüft wird.

c) **Die Zwischenfeststellungsklage nach § 256 II**

Nach § 256 II können sowohl der Kläger als auch durch Widerklage der Beklagte bis zur letzten mündlichen Verhandlung eine Zwischenfeststellungsklage erheben. Es wird beantragt, ein Rechtsverhältnis bindend festzustellen, das für die Entscheidung (Leistungsklage bzw. Gestaltungsklage) präjudizierend wirkt. **An die Stelle des vorausgesetzten Feststellungsinteresses nach § 256 I tritt jetzt also die präjudizierende Wirkung des festzustellenden Rechtsverhältnisses.** Das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses muss also eine entscheidungserhebliche Vorfrage sein.
Beispiel: Das Bestehen einer Vindikationslage zwischen Kläger und Beklagtem im Falle der Herausgabeklage nach § 985.

Besondere Bedeutung erlangt die Zwischenfeststellungsklage bei der **Reichweite der Rechtskraft**: **Nach § 322 I erstreckt sich die Rechtskraft nur auf den in der Klage geltend gemachten Anspruch, nicht auf die dem Anspruch zugrunde liegenden Tatsachen und Rechtsverhältnisse**. So erwächst bei der Herausgabeklage nach § 985 nur der im Urteilstenor rechtskräftig festgestellte Urteilsspruch über den Herausgabeanspruch in Rechtskraft, nicht aber die Existenz der Vindikationslage, die sich nur aus den Gründen ergibt. Über § 256 II hat jedoch der Kläger des Herausgabeprozesses die Möglichkeit, die Rechtskraft auf das streitige präjudizielle Rechtsverhältnis der Vindikationslage auszudehnen und feststellen zu lassen, dass er Eigentümer und der Beklagte ein unrechtmäßiger Besitzer sei. Da es sich bei dieser Feststellung im Verhältnis zum Herausgabeverlangen um einen neuen Streitgegenstand handelt, ist darin eine Erweiterung des Klageantrags zu sehen, über den durch Teilurteil nach § 301 entschieden werden kann.

Klagt der Kläger später in einem erneuten Prozess eine Schadensersatzforderung gemäß den §§ 989, 990 BGB wegen Beschädigung der Sache ein, so ist das 2. Gericht an das im 1. Urteil rechtskräftig festgestellte EBV zwischen Kläger und Beklagtem gebunden und darf selbständig nur noch die Existenz von Schaden und Verschulden überprüfen.

II. Die Form der Klage

Durch Einreichen der Klageschrift (ggf. in Form eines elektronischen Dokumentes gemäß § 130 a; dazu ausführlich Bacher, NJW 2015, 2753 ff.) bei Gericht wird die Klage erhoben und somit ein gerichtliches Verfahren in Gang gesetzt, so dass es sich um einen **bestimmenden Schriftsatz** handelt. Bestimmende Schriftsätze müssen grundsätzlich eigenhändig unterschrieben bzw. gemäß § 130 a I 2 elektronisch signiert sein, so dass die Klage vor dem LG von einem bei einem Amts- oder Landgericht zugelassenen, also postulationsfähigen Rechtsanwalt unterschrieben bzw. elektronisch signiert sein muss, §§ 130 Nr. 6, 130 a I 2. Die Rechtsprechung lässt allerdings sowohl bei der Klageerhebung als auch bei der Rechtsmitteleinlegung ein Telegramm, ein Fernschreiben oder ein Telefax zu; das Gesetz ermöglicht mittlerweile in § 130 a auch die Klageerhebung durch ein elektronisches Dokument. Darüber hinaus kann die Klage auch durch persönliches Erscheinen (aber nicht telefonisch) beim Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu Protokoll gegeben werden (§ 129 a). Dadurch soll über § 496 gerade bei Parteiprozessen, in denen kein Anwaltszwang herrscht, rechtsunkundigen Personen geholfen werden; gleichzeitig werden durch sachverständige Beratung bei der Abfassung der Klage Form und Inhalt garantiert.

III. Der Inhalt der Klageschrift

Er ergibt sich aus § 253 II. Der die Klage erhebende Schriftsatz muss enthalten:

1) **§ 253 II Nr. 1: Die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts:**

a) **Die Parteien**

Die **Parteien** müssen so bezeichnet werden, dass genau feststeht, wer gegen wen klagt, so dass die Klage dem Beklagten auch zugestellt werden kann. Die Parteienbezeichnung folgt den §§ 253 IV, 130 Nr. 1:

- Parteien werden nach Namen, Gewerbe, Wohnort und Parteistellung bezeichnet.
- Bei Minderjährigen wird der gesetzliche Vertreter, bei Parteien kraft Amtes die verwaltete Vermögensmasse angegeben.
- Ein Kaufmann kann nach § 17 II HGB unter seiner Firma klagen und verklagt werden; Partei ist er als Inhaber persönlich.
- Bei der juristischen Person müssen deren Vertreter, bei OHG und KG die geschäftsführenden Gesellschafter benannt werden.

b) **Das Gericht**

Die Klage wird an das örtlich zuständige Amts- oder Landgericht adressiert, wobei die Kammer nur benannt werden muss, wenn die Kammer für Handelssachen angerufen wird.

2) § 253 II Nr. 2: Der Klageantrag und Klagegrund

a) Der Klageantrag

aa) **Der Klageantrag bestimmt gemeinsam mit dem Klagegrund den Streitgegenstand und begrenzt nach § 308 I die Entscheidungsbefugnis des Gerichts sowie die Reichweite der Rechtskraft nach § 322 I**. Zudem soll dem Beklagten ermöglicht werden, auf die Klage zu erwidern (Recht auf Gehör) und gegebenenfalls bei der Leistungsklage den Vollstreckungsorganen ermöglicht werden, aus dem obsiegenden Urteil die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Dies alles setzt voraus, dass der Kläger sein Klageziel möglichst genau beschreibt:

(1) So sind bei der **Zahlungsklage** die bezifferte Geldsumme, bei der Herausgabeklage der verlangte Gegenstand, bei der Vornahme, Duldung, Unterlassung oder Handlung die Handlung und bei Klage auf Abgabe einer Willenserklärung diese genau zu bezeichnen.

(2) Bei der **Feststellungsklage** muss das streitige Rechtsverhältnis so genau bezeichnet werden, dass das Urteil es rechtskräftig bejahen oder verneinen kann.

(3) Die **Gestaltungsklage** benennt das Rechtsverhältnis und die begehrte Rechtsfolge.

bb) **Exkurs**: Im Rahmen der Leistungsklage wird in bestimmten Fällen vom Erfordernis eines bestimmten Klageantrags abgesehen:

(1) **Die Stufenklage nach § 254 ZPO**

Der Kläger verbindet einen Auskunftsanspruch auf Rechnungslegung mit einem (fakultativen) Anspruch auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung und einem zunächst unbezifferten Klageantrag dergestalt, dass das Gericht bei begründeter Stufenklage stufenweise vorgehen muss: Über den Leistungsanspruch kann und darf nur entschieden werden, wenn der Beklagte Auskunft erteilt hat und er seine Auskunft mit einer eidesstattlichen Versicherung bekräftigt hat.
Diese Vorgehensweise bietet sich an in Fällen, in denen der Kläger nicht über die nötigen Informationen verfügt, um seinen Antrag beziffern zu können. So weiß z.B. der Erbe bei der Klage gegen den Erbschaftsbesitzer gemäß § 2018 oftmals nicht, was zum Nachlass zählt und was der Beklagte an sich genommen hat. Er klagt daher wie folgt:

1. **Stufe: Klage auf Auskunft: § 2027 I BGB**
   Das Gericht entscheidet durch Teilurteil, dass der Erbe einen Anspruch auf Auskunft hat. Der Beklagte wird nach § 888 ZPO unter Androhung von Zwangsmitteln die Auskunft erteilen.

2. **Stufe: (fakultativ) Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung nach § 2028 II BGB**

3. **Stufe: Bezifferter Klageantrag**
   Nunmehr muss der Kläger seinen Klageantrag beziffern und auf Herausgabe bestimmter Gegenstände klagen.

> **AL-Klausurtipp**:
> Der Vorteil der Stufenklage besteht zum einen darin, dass der Kläger den Beklagten mit gerichtlicher Hilfe zur Auskunft zwingen kann, zum anderen darin, dass die Zustellung der Klage auch die zunächst unbestimmte Klage rechtshängig macht und die Verjährung des gesamten Anspruchs hemmt!

(2) **Die unbezifferte Klage**

In manchen Fällen wird dem Kläger eine exakte Bezifferung des begehrten Betrages nicht möglich sein, da dessen Höhe im Ermessen des Gerichts steht oder von sonstigen Faktoren abhängt, die bei Erhebung der Klage noch nicht sicher feststehen. So wird der Kläger beispielsweise bei Erhebung der Klage nicht wissen, welchen Betrag das Gericht als Schmerzensgeld für angemessen hält.
In solchen Fällen wird dem Kläger ausnahmsweise das Stellen eines unbezifferten Klageantrages gestattet, da er im Falle einer exakten Bezifferung Gefahr liefe, im Hinblick auf § 308 I ZPO lediglich den bezifferten Betrag zu erhalten, auch wenn das Gericht diesen für zu niedrig hielte. Daher wird von einem Kläger in einem solchen Fall nur die Angabe der ungefähren Größenordnung des begehrten Betrages bzw. eines Mindestbetrages verlangt, damit eine etwaige Beschwer des Klägers im Falle des Unterliegens ermittelt werden kann.

Durch die Angabe einer ungefähren Größenordnung oder eines Mindestbetrages ist das Gericht jedoch im Falle einer Klage auf Zahlung eines Schmerzensgeldes nicht durch § 308 I gehindert, auch ein deutlich höheres Schmerzensgeld zuzusprechen, wie der BGH (BGH NJW 1996, 2425 ff) ausdrücklich klargestellt hat.

Der unbezifferte Klageantrag wirft eine Fülle von Problemen auf:

- **Wonach richtet sich der Streitwert?**
  Streitwert ist der Mindestbetrag bzw. der höhere Betrag, den das Gericht zuspricht.

- **Wann ist ein Teilunterliegen anzunehmen?**
  Ein Teilunterliegen liegt vor, wenn das Gericht den Mindestbetrag bzw. 80 % des Größenordnungsbetrags unterschreitet.

- **Wie hoch ist die Beschwer?**
  Eine Beschwer liegt bei Unterschreiten des o.g. Betrags vor.

Unbezifferte Klageanträge werden daher nur unter folgenden Voraussetzungen zugelassen:

- Die Höhe des Anspruchs steht im Ermessen des Gerichts: z.B. § 253 II BGB

- Die Höhe des Anspruchs ist gerichtlich zu schätzen, § 287; z.B.: Schadensersatz auf Wertersatz: § 251 I BGB

- Die Höhe des Anspruchs müsste durch Sachverständigengutachten ermittelt werden, das überaus aufwendig ist und als Beweismittel nur mit Zustimmung des Gegners verwandt werden kann.

b) **Der Klagegrund**

Klageantrag und Klagegrund individualisieren den Streitgegenstand. Der Klagegrund ist dabei der Lebenssachverhalt, auf den der Kläger die Klage stützt, nicht aber die materiellrechtliche Anspruchsgrundlage. Dabei muss der Klagegrund so genau bestimmt werden, dass man die Beteiligten und den Sachverhalt zeitlich und örtlich einordnen kann (z.B.: Klage aus Kaufpreiszahlung, resultierend aus Kaufvertrag vom 15.10.2017 über PKW Porsche Cabrio, amtliches Kennzeichen, Fahrgestellnummer, geschlossen zwischen...). Rechtliche Ausführungen sind nicht vonnöten; iura novit curia.

3) **Beweismittel**

Nach den §§ 253 IV, 130 Nr. 5 soll die Klage zudem die Bezeichnung der Beweismittel enthalten, auf die der Kläger seine Behauptungen stützen will. Bezieht sich der Kläger auf Urkunden oder sonstige Schriftstücke, so legt er diese nach den §§ 253 IV, 131 bei (Anlage).

4) **Streitwert, Übertragung auf Einzelrichter: § 253 III**

Über § 253 III soll der Kläger den Zuständigkeitsstreitwert angeben, wenn der Streitgegenstand nicht in einer bezifferten Geldforderung besteht sowie sich dazu äußern, ob einer Entscheidung der Sache durch den Einzelrichter Gründe entgegenstehen.

5) **Gerichtskostenvorschuss, Abschrift**

Der Kläger weist nach, dass er den Gerichtskostenvorschuss bezahlt hat, ohne den die Klage nicht zugestellt werden soll und reicht die für die Zustellung erforderliche Anzahl von beglaubigten Abschriften der Klageschrift ein, es sei denn, die Klageschrift wäre elektronisch eingereicht worden.

6) Ferner kann der Kläger bereits in der Klageschrift gemäß **§ 331 III 2** den Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils stellen, wenn der Beklagte die Notfrist des § 276 versäumt, im schriftlichen Vorverfahren seine Verteidigungsbereitschaft anzuzeigen.

7) **Kostenentscheid, vorläufige Vollstreckbarkeit**

Sowohl über die Verteilung der Kosten (§ 308 II) als auch über die vorläufige Vollstreckbarkeit entscheidet das Gericht ohne Antrag von Amts wegen, so dass nur eine Abweichung vom gesetzlichen Regelfall beantragt werden muss (z.B. § 710: vorläufige Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung des Gläubigers).

IV. Exkurs: Der Streitgegenstand

1) In jedem Prozess muss feststehen, worüber das Gericht verhandelt und entscheidet. So kann im Strafprozess nach § 264 StPO Gegenstand des Urteils nur die in der Anklage bezeichnete Tat sein; weitere Straftaten, die aus anderen Lebensvorgängen stammen, müssen unter Zustimmung des Angeklagten durch Nachtragsanklage in das Verfahren miteinbezogen werden. Im Zivilprozess ist es nicht anders: Auch hier kann als Gegenstand des Zivilurteils der Beklagte nur zur Erfüllung des Anspruchs verurteilt werden, der sich aus Klageantrag und Klagegrund ergibt. Auch hier ist eine Klageänderung nach Rechtshängigkeit durch neuen Antrag nur zulässig, wenn der Beklagte zustimmt bzw. das Gericht die Klageänderung für sachdienlich hält. Es besteht also ein Zusammenhang zwischen dem, worüber *verhandelt* wird und dem, worüber *entschieden* wird, über den prozessual geltend gemachten Anspruch.

Dieser prozessuale Anspruch ist jedoch mit dem materiellen Anspruch des Zivilrechts nicht deckungsgleich:

a) Im Zivilrecht versteht man gemäß § 194 BGB unter einem Anspruch das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen verlangen zu können. Dabei können verschiedene zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen zueinander in Anspruchskonkurrenz treten, wobei jeder einzelne Anspruch ein Eigenleben führt. Es bestehen unterschiedliche Anspruchsvoraussetzungen, unterschiedliche Verjährungsfristen, in manchen Fällen Höchstgrenzen der Ersatzpflicht.
Beispiel: Fordert der bei einem Verkehrsunfall durch schuldhaftes Verhalten des Unfallgegners Verletzte Ersatz des Personenschadens, so kann er seine Ansprüche auf folgende Grundlagen stellen:
- § 7 I StVG: Halterhaftung als Gefährdungshaftung mit Haftungshöchstgrenze
- § 18 StVG: Haftung für vermutetes, aber widerlegbares Verschulden mit Haftungshöchstgrenze
- § 823 I BGB: Haftung für nachgewiesenes Verschulden ohne Haftungshöchstgrenze
- § 823 II/229 StGB dito

b) Prozessual handelt es sich bei der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs jedoch nur um *einen* Anspruch. Inhalt und Umfang dieses Anspruchs werden (h.M.: **zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff**) sowohl durch den Klageantrag als auch durch den zur Begründung vorgetragenen Lebenssachverhalt bestimmt. **Der Klageantrag beschreibt die begehrte Rechtsfolge, der Klagegrund den Lebenssachverhalt, aus dem der Anspruch hergeleitet wird.** Der prozessuale Anspruch umfasst alle materiellen Ansprüche, die sich aus dem vorgetragenen Sachverhalt ergeben und vom Klageantrag gedeckt sind.

Da der Kläger Klageantrag und Lebenssachverhalt in seiner Klageschrift vorträgt, bestimmt er allein den Streitgegenstand. Das Vorbringen des Beklagten bleibt außer Betracht.

c) **Die Bestimmung des Streitgegenstandes führt zu einer Fülle praktischer Konsequenzen**:

aa) **§ 260**: Macht der Kläger gegen den Beklagten in einem Prozess durch verschiedene Anträge und verschiedene Lebenssachverhalte verschiedene prozessuale Ansprüche geltend, so handelt es sich um einen Fall objektiver Klagehäufung.
Beispiel: Der Kläger klagt auf Rückzahlung eines Darlehens vom 15.04. und Kaufpreiszahlung aus Kaufvertrag vom 02.05.

bb) **§ 261 III**: Während der Rechtshängigkeit der ersten Klage ist eine zweite Klage mit identischem Streitgegenstand unzulässig.

cc) **§ 263**: Die Änderung des Streitgegenstandes ist eine Klageänderung.

dd) **§ 301**: Ist einer von mehreren Streitgegenständen entscheidungsreif, so kann über ihn durch Teilurteil gemäß § 301 entschieden werden.

ee) **§ 322**: Die materielle Rechtskraft einer Entscheidung steht einer erneuten Klage mit identischem Streitgegenstand entgegen („ne bis in idem“).

e) Die Frage, ob zwei Streitgegenstände identisch oder verschieden sind, ist also von großer Bedeutung. Zwei Streitgegenstände sind identisch, wenn sowohl Antrag als auch Lebenssachverhalt identisch sind; sie sind verschieden, wenn entweder die Anträge oder die Lebenssachverhalte verschieden sind. Dabei muss zwischen folgenden Situationen differenziert werden:

aa) **Der Streitgegenstand ändert sich nicht, wenn der Kläger seinen gleichbleibenden Antrag bei gleichbleibendem Lebenssachverhalt auf eine weitere rechtliche Grundlage stützt.**

Beispiel: Der Geschädigte klagt gegen den Unfallgegner auf Ersatz seines Personenschadens aus § 823 I, beruft sich im Prozess zusätzlich auf § 7 I StVG, weil er erst jetzt erfahren habe, dass der Beklagte auch der Halter des Kfz sei. Da einerseits § 7 I StVG und § 823 I BGB in Anspruchskonkurrenz stehen und andererseits der Kläger zu rechtlichen Ausführungen nicht verpflichtet ist, wird durch die Berufung auf eine zusätzliche Anspruchsgrundlage der Streitgegenstand nicht verändert, da sich weder Antrag (Schadensersatz) noch Lebenssachverhalt (Verkehrsunfall) verändert hat.

bb) **Der Streitgegenstand ändert sich, wenn bei gleichbleibendem Lebenssachverhalt der Antrag verändert wird.**

Beispiel: Der Kläger klagt im Prozess auf Kaufpreisrückzahlung; der Beklagte wendet Anfechtung des Vertrages ein. Nunmehr klagt der Kläger auf Rückübereignung der Ware gemäß § 812 I, 1 1. Alt. BGB. Es handelt sich um einen neuen Antrag und somit um eine Klageänderung nach § 263 ZPO.

cc) **Der Streitgegenstand ändert sich, wenn bei gleichbleibenden Antrag der Lebenssachverhalt wechselt.**

Beispiel nach BGHZ 17, 31: Der Kläger klagt aus einem Wechsel, den der Beklagte für eine Kaufpreisforderung akzeptiert hat. Nachdem vor Gericht Zweifel an der Formwirksamkeit des Wechsels entstehen, verlangt er Kaufpreiszahlung: Es handelt sich um zwei Lebenssachverhalte: Abschluss des Kaufvertrags und Wechselakzept/Klageänderung. Der Kläger muss vom Wechselprozess Abstand nehmen (§§ 602, 596) und erneut auf Kaufpreiszahlung klagen.

V. Die Erhebung der Klage

Einerseits beantragt der Kläger gerichtlichen Rechtsschutz, so dass die Klageschrift an das zuständige Gericht adressiert wird. Andererseits muss auch dem Beklagten rechtliches Gehör gewährt werden, so dass diesem die Klage zugestellt werden muss. Es handelt sich somit um ein zweiaktiges Verfahren: Einreichen der Klageschrift bei Gericht – Zustellung an den Beklagten.

1) Die Einreichung der Klageschrift bei Gericht

a) Nach Eingang der Klageschrift wird anhand des Geschäftsverteilungsplans ermittelt, wer der gesetzliche Richter ist, vor welchen Richter am Amtsgericht oder vor welche Kammer am Landgericht der Rechtstreit gelangt; ferner erhält die Sache ein Aktenzeichen. Der Richter am AG bzw. der Vorsitzende Richter am LG oder der Einzelrichter (§ 348) prüft nun zunächst, ob die **echten Prozessvoraussetzungen** vorliegen, ohne die das Verfahren nicht in Gang kommt und die Klage dem Beklagten nicht zugestellt werden darf bzw. soll:

aa) **Deutsche Gerichtsbarkeit:** Ihr unterfallen unabhängig von der Nationalität alle Personen, die sich innerhalb des deutschen Hoheitsgebiets aufhalten; Ausnahme Exterritoriale.

bb) **Die funktionelle Zuständigkeit**: Sie fehlt z.B., wenn der Kläger eine Kaufpreisforderung erstinstanzlich vor dem OLG einklagt, da das OLG in Zivilsachen nur Rechtsmittelinstanz ist.

cc) Die Klage muss (bei Klage vor dem LG von einem bei einem Amts- oder Landgericht zugelassenen Anwalt) **unterschrieben** sein und den Beklagten so bezeichnen, dass sie zugestellt werden kann.

dd) Die Klage soll nicht zugestellt werden, bevor der Kläger einen **Gerichtskostenvorschuss** bezahlt hat, es sei denn, ihm ist Prozesskostenhilfe gewährt worden.

Zwar sind auch die **Sachurteilsvoraussetzungen** (wie z.B. Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit, Prozessführungsbefugnis etc.) von Amts wegen zu beachten, da ohne deren Vorliegen über die Begründetheit des Anspruchs nicht entschieden werden darf, sondern die Klage als unzulässig durch Prozessurteil abgewiesen werden muss. Die Sachurteilsvoraussetzungen können aber bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung nachgeholt werden; auf deren Fehlen wird der Richter in der mündlichen Verhandlung nach § 139 ZPO hinweisen. Es wird somit die Klage auch bei deren Fehlen zugestellt und ein Verhandlungstermin anberaumt.

b) **Nach § 272 I soll der Rechtsstreit in einem umfassend vorbereiteten Haupttermin erledigt werden. Zur Vorbereitung dieses Haupttermins stehen dem Richter gemäß § 272 II zwei Wege offen**:

- Er bestimmt einen frühen ersten Termin zur mündlichen Verhandlung nach § 275 oder
- er veranlasst ein schriftliches Vorverfahren nach § 276.

Die Beschreitung des einen oder anderen Wegs ist eine unanfechtbare Ermessensentscheidung des Richters. Die besondere Problematik dieser Entscheidung ergibt sich jedoch daraus, dass der Richter sie vor Zustellung der Klage (und damit logischerweise auch vor Klageerwiderung des Beklagten) treffen muss, bevor er also weiß, ob es sich um ein umfangreiches oder leicht zu erledigendes Verfahren handelt.

aa) **Die Bestimmung eines frühen ersten Termins bietet sich an, wenn der Sachverhalt einfach zu ermitteln ist**. Ist die Sache im frühen ersten Termin bereits entscheidungsreif, so kann gemäß **§ 136 IV** in diesem Termin die Instanz durch **Urteil** abgeschlossen werden, da auch dieser frühe erste Termin ein vollwertiger Verhandlungstermin ist. Will der Richter diesen Weg beschreiten, so setzt er nach § 216 II unverzüglich einen Termin fest, zu dem Kläger und Beklagter nach § 274 I geladen werden. Die Ladung des Beklagten erfolgt nach § 274 II gemeinsam mit Zustellung der Klage.

Bei der Terminbestimmung des frühen ersten Termins ist die **Einlassungsfrist** von mindestens zwei Wochen zu beachten, die gemäß § 274 III zwischen Klagezustellung und dem frühen ersten Termin liegen muss.

- Mit Zustellung der Klage wird der Beklagte über **§ 271 II** aufgefordert, einen bei einem Amts- oder Landgericht zugelassenen **Anwalt** zu bestellen, wenn er sich gegen die Klage verteidigen will.
- Dem Beklagten kann nach **§ 275 I** eine **Frist zur Klageerwiderung** gesetzt werden. Andernfalls soll er durch anwaltlichen Schriftsatz vorzubringende Verteidigungsmittel benennen. Die Frist beträgt dabei jeweils mindestens zwei Wochen.

AL-Klausurtipp:
Besonders zu beachten ist, dass gemäß § 278 II der mündlichen Verhandlung zum Zwecke der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits eine **Güteverhandlung** vorauszugehen hat. In dieser Güteverhandlung hat das Gericht die Sache mit den Parteien zu erörtern und die erforderlichen Fragen zu stellen. Das persönliche Erscheinen der Parteien soll in der Regel angeordnet werden. Erscheint eine Partei in der Güteverhandlung nicht oder ist die Güteverhandlung erfolglos, so soll sich die mündliche Verhandlung (der frühe erste Termin) gemäß § 279 unmittelbar anschließen.

Eine Güteverhandlung ist lediglich dann nicht erforderlich, wenn bereits ein Einigungsversuch vor einer außergerichtlichen Gütestelle stattgefunden hat oder die Güteverhandlung erkennbar aussichtslos erscheint. Liegt ein solcher Ausnahmefall nicht vor, so wird das Gericht bei der Festsetzung des Termins zur mündlichen Verhandlung gleichzeitig einen Termin zur – vorgelagerten – Güteverhandlung bestimmen und die Parteien auch zu dieser Güteverhandlung laden.

bb) **Das schriftliche Vorverfahren nach § 276 I**

Der Richter lässt dem Beklagten die Klage zustellen und setzt ihm gemäß den §§ 276 I 1, 2 zwei Fristen:

(1) **§ 276 I 1**: **Anzeige der Verteidigungsabsicht**

Nach § 276 I 1 fordert er den Beklagten auf, innerhalb einer Notfrist (einer Frist, die durch Parteivereinbarung nicht abgeändert werden kann) von 2 Wochen seine Verteidigungsabsicht anzuzeigen. Diese Fristsetzung hat **zwei Funktionen**:

- Zum einen ermöglicht sie bereits in diesem frühen Stadium des Verfahrens ein **Anerkenntnisurteil nach § 307**, wenn die Klage zulässig ist und der Beklagte den Anspruch anerkennt.

- Zum anderen kann jetzt bereits bei Nichteinhaltung der Frist gemäß **§ 331 III** ein **Versäumnisurteil** auf Antrag des Klägers ergehen, wenn die Klage zulässig und schlüssig ist, also die vorgetragenen Tatsachen des Klägers, als wahr unterstellt, den Anspruch rechtfertigen.

(2) **§ 276 I 2**: **Klageerwiderungsfrist**

Ferner wird ihm aufgegeben, innerhalb einer Frist von weiteren zwei Wochen auf die Klage (gegebenenfalls durch anwaltlichen Schriftsatz, § 271 II) schriftlich zu erwidern. Versäumt der Beklagte diese Frist, so wird ein Termin anberaumt, in dem der Beklagte gemäß § 296 I mit seiner verspäteten Klageerwiderung präkludiert wird.

Der Beklagte wird mit der Klagezustellung auf den gegebenenfalls bestehenden Anwaltszwang gemäß § 271 II und auf die Folgen einer möglichen Fristversäumnis nach §§ 296 I, 331 III gemäß den §§ 276 II, 277 II hingewiesen.

Ist die Sache nach einer gegebenenfalls erfolgten Replik des Klägers sowie nach gegebenenfalls erfolgten weiteren Schriftsätzen der Parteien ausgeschrieben (meint der erkennende Richter nunmehr eine Entscheidung fällen zu können) bestimmt er Termin zur mündlichen Verhandlung **(Haupttermin)**. Wenn keiner der oben aufgeführten Ausnahmefälle vorliegt, bestimmt er ferner Termin zur – vorgelagerten – Güteverhandlung.

cc) **Analyse**

Der Unterschied zwischen dem frühen ersten Termin und dem schriftlichen Vorverfahren besteht also darin, dass eine zweistufige Reaktion des Beklagten vorgesehen ist: Anzeige der Verteidigungsabsicht nach § 276 I 1 und der Klageerwiderung nach § 276 I 2 mit der Möglichkeit, bei Nichtanzeige der Verteidigungsabsicht ein Versäumnisurteil und bei Anerkenntnis ein Anerkenntnisurteil **ohne mündliche Verhandlung** zu erlassen.

2) **Die Zustellung der Klage**

a) Sie erfolgt gemäß § 270 I von Amts wegen. Die Geschäftsstelle des Gerichts veranlasst die **Zustellung per Post**, wobei nach § 212 die Zustellung **beurkundet** wird, so dass das Datum feststeht. Zugestellt wird an die beklagte Partei bzw. deren gesetzlichen Vertreter; im Prozess an den Prozessbevollmächtigten nach § 176. Wird an einen Anwalt zugestellt, genügt nach § 212 a das mit Datum und Unterschrift versehene **Empfangsbekenntnis**.

- Gegenstand der Zustellung ist eine **beglaubigte Abschrift**, wobei die Beglaubigung im Anwaltsprozess vom Anwalt selbst vorgenommen wird, § 169 II 2.

- Durch unberechtigte Annahmeverweigerung kann der Beklagte die Zustellung nicht verhindern, der Zusteller hinterlässt nach § 180 das Schriftstück einfach am Ort der Zustellung.

- Wird der Adressat nicht angetroffen, so kann an die in § 178 genannten Personen ersatzweise zugestellt werden.

- Versäumt der Adressat in seiner Abwesenheit eine Notfrist (z.B. § 276), so kann er nach § 233 Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand verlangen und die unterbliebene Handlung nachholen.

b) **Die Konsequenzen der Zustellung**

aa) **§ 261:** Die Zustellung der Klage macht den geltend gemachten Anspruch rechtshängig.

bb) **§§ 339 I, 517, 548**: Die Zustellung des Urteils setzt die Notfristen für Einspruch, Berufung und Revision in Gang.

cc) **§ 750**: Die Zustellung des Vollstreckungstitels ist Voraussetzung der Zwangsvollstreckung.

3) **Die Rechtshängigkeit**

a) Sie wird nach § 261 I grundsätzlich mit Zustellung der Klageschrift an den Beklagten oder Zustellung eines Mahnbescheides gemäß § 700 II herbeigeführt; ausnahmsweise tritt sie für den Fall der Klageergänzung oder Widerklage im laufenden Prozess mit Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung oder Zustellung eines dem § 253 II entsprechenden Schriftsatzes ein. **Rechtshängig wird dabei der prozessuale Anspruch, der Streitgegenstand**. Die Rechtshängigkeit wird nur herbeigeführt durch **Angriffsmittel** (Klage, Zustellung eines Mahnbescheides), nicht durch die Verteidigung des Beklagten (z.B. Aufrechnung mit einer Gegenforderung; der dieser Aufrechnung zugrunde liegende Anspruch wird nicht rechtshängig, nimmt aber nach § 322 II an der Rechtskraft des Urteils teil).

b) **Die Rechtshängigkeit endet erst, wenn der Prozess erledigt ist:**
- durch Urteil
- durch Klagerücknahme
- durch gemeinsame Erledigungserklärung der Hauptsache
- durch Prozessvergleich

c) **Die Rechtshängigkeit hat zahlreiche zivilprozessuale und materiellrechtliche Konsequenzen**:

aa) **Zivilprozessuale Konsequenzen**

- **§ 261 III Nr. 1**: Während der Rechtshängigkeit kann die Streitsache von keiner anderen Partei rechtshängig gemacht werden. Eine dennoch erhobene Klage wäre unzulässig und müsste durch Prozessurteil abgewiesen werden (= Einwand der Rechtshängigkeit). Es soll die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen über denselben Streitgegenstand vermieden werden; das Fehlen der Rechtshängigkeit ist daher eine von Amts wegen zu beachtende negative Prozessvoraussetzung.

- **§ 261 III Nr. 2**: Die bei Klageerhebung geltende Zuständigkeit des Gerichts bleibt erhalten, wenn sich danach die Umstände verändern, die die Zuständigkeit begründet haben (z.B.: Der Beklagte wechselt den Wohnsitz).

- **§ 263**: Nach Eintritt der Rechtshängigkeit ist eine Klageänderung, also eine Änderung des Streitgegenstandes, nur mit Zustimmung des Beklagten oder bei Sachdienlichkeit zulässig.

- **§ 265**: Nach Eintritt der Rechtshängigkeit ändert die Veräußerung der streitbefangenen Sache nichts an der Parteirolle des Veräußerers im Verfahren, wenn auch der Rechtsnachfolger des Veräußerers das Urteil gegen sich gelten lassen muss.

Zum Teil werden die prozessualen Konsequenzen sogar zeitlich vorverlagert:

Soll durch die Klageschrift oder die Beantragung eines Mahnbescheides eine Frist gewahrt oder die Verjährung gehemmt werden, so tritt die fristwahrende Wirkung der Rechtshängigkeit gemäß **§ 167** bereits mit der Einreichung der Klage / Beantragung des Mahnbescheides ein, sofern die Zustellung demnächst erfolgt. Das Tempo, in dem das Verfahren bei Gericht bearbeitet wird, soll nicht zu Lasten des Klägers gehen.

bb) **Materiellrechtliche Konsequenzen der Rechtshängigkeit:**

- **§ 204 BGB**: Die Verjährung von Ansprüchen wird gehemmt. Die Hemmung endet sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder nach der anderweitigen Erledigung des eingeleiteten Verfahrens (§ 204 II BGB; vgl. dazu die Klausur: „Verdamp lang her“);

- **§ 291 BGB**: Anspruch auf Prozesszinsen;

- **§ 292 BGB**: Verschärfte Haftung bei Herausgabepflicht nach EBV-Regeln;

- **§ 987 BGB:** Herausgabepflicht bezüglich aller gezogenen und schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen.

- **§ 989 BGB**: Haftungsverschärfung bei Beschädigung der Sache. Beachte den veränderten Verschuldensmaßstab: Über Vorsatz und Fahrlässigkeit hinaus haftet der Beklagte für jedes zurechenbare freiwillige Verhalten, das nach Rechtshängigkeit zu einer Beschädigung der Sache führt. (Vgl. Sachenrecht § 18 III 3 a).

- **§ 2023 I, II BGB**: Nach Rechtshängigkeit haftet der Erbschaftsbesitzer gegenüber dem Erben auf Nutzungsersatz über § 987 und Schadensersatz über § 989.

§ 10 Die Verteidigung des Beklagten

Da der Zivilprozess von der Dispositions- und der Verhandlungsmaxime beherrscht wird, bestimmen sich Verlauf und Inhalt des Prozesses nach dem Verhalten der Parteien. Der Kläger hat durch seine Klage das Verfahren in Gang gebracht und durch Antrag und Begründung den Streitgegenstand vorgegeben. Dispositions- und Verhandlungsmaxime gelten aber auch für den Beklagten: Es bleibt ihm überlassen, wie er auf die Zustellung der Klage reagiert.

Innerhalb der Fülle denkbarer Möglichkeiten lassen sich 3 grundsätzliche Alternativen herausarbeiten:

- Der Beklagte verteidigt sich gar nicht.
- Der Beklagte verteidigt sich durch Zulässigkeitsrügen, Bestreiten oder Aufrechnung.
- Der Beklagte geht durch Widerklage zum Angriff über.

I. Der Beklagte verteidigt sich nicht

1) **Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren: § 331 III**

Hat der Richter ein schriftliches Vorverfahren anberaumt und zeigt der Beklagte nicht innerhalb der zweiwöchigen Notfrist des § 276 I 1 seine Verteidigungsbereitschaft an, so kann auf Antrag des Klägers ohne mündliche Verhandlung ein **Versäumnisurteil nach § 331 III** ergehen, wenn die **Klage zulässig** (ohne Zulässigkeit kein Urteil in der Sache) und **schlüssig** ist (da ein Versäumnisurteil auf der Fiktion beruht, der Klägervortrag gelte als zugestanden).

2) **Der Beklagte zeigt zwar seine Verteidigungsbereitschaft nach § 276 I 1 an, versäumt aber die Klageerwiderungsfrist des § 276 I 2.**

Hier ergeht kein Versäumnisurteil, da der Beklagte bei Anzeige seiner Verteidigungsbereitschaft im Vorverfahren nicht säumig ist. Es wird ein Termin zur mündlichen Hauptverhandlung anberaumt, wobei zwei Möglichkeiten bestehen:

a) Der Beklagte erscheint nicht oder nicht ordnungsgemäß (Anwaltszwang!) zur mündlichen Hauptverhandlung: Es ergeht ein Versäumnisurteil auf Antrag des Klägers gemäß § 331 I.

b) Der Beklagte erscheint und will auf die Klage erwidern, doch würde die Klageerwiderung den Prozess verzögern: Der Beklagte wird mit der Klageerwiderung nach **§ 296 I** präkludiert mit der Folge, dass bei zulässiger und schlüssiger Klage auf Basis des Klägervortrags über den Anspruch entschieden wird, wenn nicht der Beklagte die Verzögerung entschuldigen kann.
(Beachte aber § 85 II!).

3) **Der Beklagte erkennt im schriftlichen Vorverfahren den geltend gemachten Anspruch an**

a) **Ein Anerkenntnis ist die einseitige Erklärung des Beklagten an das Gericht, dass der Klageanspruch zu Recht besteht**. Im Gegensatz zum Geständnis erstreckt sich das Anerkenntnis nicht nur auf den Tatsachenvortrag, sondern auf den gesamten geltend gemachten Anspruch, so dass sich der Beklagte der Klage völlig unterwirft. Es ergeht daher ein Anerkenntnisurteil, ohne dass die Berechtigung des Anspruchs richterlich überprüft wird. Die Klage muss allerdings zulässig sein, da ein Anerkenntnisurteil ein **Sachurteil** ist. Auf die Schlüssigkeit kommt es infolge der Unterwerfung jedoch nicht an.

b) Da es sich um eine **Prozesshandlung** handelt, müssen deren Wirksamkeitsvoraussetzungen vorliegen. Bei einer Klage vor dem LG muss daher das Anerkenntnis durch anwaltlichen Schriftsatz erfolgen, wobei auch das Anerkenntnis von der Prozessvollmacht des Anwalts nach § 81 gedeckt ist.

c) Das Anerkenntnis ist im Gegensatz zum Geständnis unwiderruflich, § 290 gilt nicht analog. Als Prozesshandlung ist das Anerkenntnis auch nicht anfechtbar.

d) Die Kosten des Verfahrens fallen nach § 91 dem Beklagten zur Last, wenn er nicht gemäß § 93 sofort unter Verwahrung gegen die Kostenlast anerkannt hat und keinen Anlass zur Klageerhebung gegeben hat. Dies setzt bei einer Zahlungsklage allerdings voraus, dass der Beklagte im Termin zahlt, da ansonsten offensichtlich wird, dass der Kläger Grund zur Klage hatte (Thomas/Putzo § 93 Rz. 3b dd: streitig!).

Exkurs: Zahlt der Beklagte vor dem Termin, so muss der Kläger die Hauptsache für erledigt erklären, da ansonsten nunmehr seine Klage als unbegründet abgewiesen würde. Für eine gemeinsame (!) Erledigung braucht er jedoch die Zustimmung des Beklagten, der auch hier der Erledigung unter Verwahrung gegen die Kostenlast zustimmen kann. Im Fall einer übereinstimmenden Erledigungserklärung wird über die Kosten nach billigem Ermessen gemäß § 91a durch Beschluss entschieden. Im Fall einer – nur – einseitigen Erledigungserklärung des Klägers wird – wenn der Beklagte nicht anerkennt – über die Kosten gemäß § 91 entschieden.

II. Der Beklagte verteidigt sich

Zeigt der Beklagte an, dass er sich gegen die Klage zur Wehr setzen will, so kommt es zu einem **kontradiktorischen Verfahren**, bei dem beide Parteien einander widersprechende Anträge stellen. Der Beklagte kann sich bei seiner Verteidigung sowohl gegen die Zulässigkeit der Klage als auch gegen die Begründetheit des Anspruchs wehren und dabei eine andere Sachdarstellung liefern und/oder rechtliche Ausführungen dem Gericht unterbreiten.

Exkurs: **Behaupten / Bestreiten**

Da der Verhandlungsgrundsatz die Partei nur zur Beibringung von Tatsachen verpflichtet (und da sich auch nur bei Tatsachen in allen Fällen der Wahrheitsgehalt ermitteln lässt), erstreckt sich die Beweislast der Parteien nur auf Tatsachen, nicht auf rechtliche Ausführungen („iura novit curia"). Behaupten und Bestreiten sind somit nur auf tatsächliche Vorgänge, nicht auf Rechtsbegriffe oder Normanwendungen bezogen. Dabei versteht man unter Behaupten das Darstellen eines Vorgangs als wahr, unter Bestreiten die Darstellung der gegnerischen Behauptung als unwahr. Ob es sich um eine Behauptung oder ein Bestreiten handelt, ist allerdings weder von der Formulierung noch von der Parteistellung als Kläger oder Beklagter abhängig, sondern von der Beweislastverteilung: **Es muss und kann nur derjenige einen Vorgang als wahr darstellen, der für diese Tatsache die Beweislast trägt.**

Konsequenz: **Behaupten** kann nur derjenige, der für den streitigen Punkt die **Beweislast** trägt; wer nicht die Beweislast trägt, kann die Darstellung des Beweispflichtigen nur bestreiten.

- Der Gläubiger trägt die Beweislast für seine anspruchsbegründenden Tatsachen und muss diese behaupten.
  Beispiel: Der Kläger behauptet, der Kaufvertrag sei geschlossen worden; der Beklagte bestreitet dies.

- Der Beklagte trägt die Beweislast für rechtshindernde, rechtsvernichtende Einwendungen und rechtshemmende Einreden.

Beispiel: Trägt der Beklagte vor, er habe den Kaufvertrag angefochten, so muss er die Wirksamkeit der Anfechtung beweisen.

- Zwar werden rechtshindernde Einwendungen und rechtsvernichtende Einwendungen von Amts wegen berücksichtigt, aber nur, wenn sich ihr Vorliegen aus dem von den Parteien eingebrachten Tatsachenstoff ergibt; es wird jedoch nicht von Amts wegen nach ihnen gefahndet. So bleibt eine Erfüllung der Forderung außer Betracht, wenn sie nicht von einer der Parteien im Prozess vorgetragen wird; dabei spielt allerdings keine Rolle, wer diese Tatsachen in den Prozess einführt. Es ist somit denkbar, dass der Kläger durch seinen eigenen Tatsachenvortrag seine Klage unschlüssig macht.
  Beispiel: V klagt gegen K auf Kaufpreiszahlung und trägt im Prozess vor, K habe zwar rechtzeitig angefochten, doch sei V mit der Anfechtung nicht einverstanden und wolle sein Geld.

- Sowohl beim Behaupten als auch beim Bestreiten von Tatsachen sind die Parteien gemäß § 138 I nur zur subjektiven Wahrhaftigkeit, nicht aber zur objektiven Wahrheit verpflichtet. Da bestimmte Umstände sich der eigenen Kenntnis entziehen können, darf eine Partei behaupten bzw. bestreiten, ohne von der eigenen Darstellung 100%ig überzeugt zu sein. § 138 I verbietet nur die bewusste Lüge.

- Wird im Prozess eine aufgestellte Behauptung bestritten, so muss sie vom Träger der Beweislast bewiesen werden. Dabei ist ein Bestreiten auf 2 Arten möglich:

  - **Einfaches (schlichtes) Bestreiten**: ohne eigene Sachdarstellung stellt der Gegner den Tatsachenvortrag in Abrede („das stimmt doch alles gar nicht“).

  - **Substantiiertes Bestreiten**: der Bestreitende bestreitet nicht nur den Vortrag der Gegenseite, sondern liefert eine eigene abweichende Sachdarstellung („jetzt erzähle ich Ihnen einmal, was wirklich passiert ist, Herr Richter“).

  Dabei muss das Bestreiten umso substantiierter ausfallen, je präziser und schlüssiger die Darstellung des Behauptenden ist. Liefert dieser eine eingehende Darstellung des Vorgefallenen, so reicht das pauschale Bestreiten („Unsinn!“) nicht aus, sondern bewirkt, dass ein nicht ausreichendes Bestreiten ebenso wie fehlendes Bestreiten behandelt wird, dass nämlich nach § 138 III die behaupteten Tatsachen der Gegenseite als zugestanden gelten. Mit schlichtem Nichtwissen darf nach § 138 IV nur bestritten werden, was nicht Gegenstand eigener Wahrnehmung ist („das entzieht sich meiner Kenntnis, weil ich nicht dabei war“).

1) **Der Beklagte wendet sich gegen die Zulässigkeit der Klage**

   a) **Der Beklagte rügt mangelhafte Klageerhebung** (z.B. Zustellungsmängel, fehlende Unterschrift).

   Da eine mangelhafte Klageerhebung durch eine fehlerfreie Neuvornahme geheilt werden kann, hilft dies dem Beklagten nur in Fällen, wo die Klage eine Frist wahren sollte oder er selbst die Klageerwiderungsfrist versäumt hat.

   b) **Der Beklagte rügt das Fehlen von Sachurteilsvoraussetzungen.**

   Diese sind zwar von Amts wegen zu prüfen, doch hat das Prozessgericht zu einer konkreten Prüfung erst Anlass, wenn ein Verdacht auf deren Fehlen vorliegt. Fehlende Sachurteilsvoraussetzungen können zwar bis zur letzten mündlichen Verhandlung nachgeholt werden, doch kann der Beklagte durch sein Bestreiten den für ihr Vorliegen beweispflichtigen Kläger zum Beweis zwingen.

2) **Der Beklagte verteidigt sich in der Sache**

Exkurs: Hat der Beklagte nicht nur zu Zulässigkeitsfragen der Klageerhebung, sondern auch zum Anspruch selbst Stellung genommen, so hat der Beklagte **zur Hauptsache verhandelt**. Dies hat folgende **Konsequenzen**:

- **§ 39**: Durch rügelose Einlassung des Beklagten wird ein an sich unzuständiges LG zuständig (vor dem AG muss er durch das Gericht nach § 504 darüber belehrt worden sein). Dies gilt jedoch gemäß § 40 II 2 nicht, wenn eine ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts gegeben ist.

- **§ 267**: Fand eine Klageänderung statt, so hat der Beklagte diese durch rügelose Einlassung gemäß § 267 fiktiv genehmigt (vgl. unten § 11 II).

- **§ 269**: Nach Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache ist eine Klagerücknahme nur noch mit Einwilligung des Beklagten möglich. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 269 II kann diese Einwilligung fingiert werden.

a) **Der Beklagte stellt durch Geständnis den Tatsachenvortrag des Klägers außer Streit und beschränkt sich auf Rechtsausführungen**

Beispiel: „Der Unfallhergang entspricht zwar dem Klageantrag, doch liegt aus meiner Sicht bei Tempo 200 km/h im Berufsverkehr auf der Autobahn noch kein Verschulden vor."

Folge: Gemäß § 288 stehen die Tatsachenbehauptungen des Klägers fest, ohne dass über sie Beweis erhoben werden müsste. Das Urteil wird auf der Basis des klägerischen Tatsachenvortrags gefällt.

b) **§ 138 III**: Zum gleichen Ergebnis gelangt man über § 138 III, wenn der Beklagte zum Tatsachenvortrag keine Stellung bezieht, bzw. nicht substantiiert bestreitet.

Beispiel: Der Kläger sagt entweder gar nichts zum Unfallhergang oder bestreitet diesen ohne eigene Sachdarstellung zu pauschal: „alles gelogen".

c) **Der Beklagte bestreitet den Tatsachenvortrag des Klägers substantiiert durch eine eigene Sachdarstellung**

Beispiel: „Entgegen der Behauptung des Klägers bin ich nicht 200 km/h gefahren, sondern nur 130 km/h. Es herrschte kein Berufsverkehr, sondern die Fahrbahn war frei und es war auch kein Nebel, sondern völlig freie Sicht."

Der Kläger muss nunmehr seine anspruchsbegründenden Tatsachen beweisen. Klagt er auf Ersatz des Personen- bzw. Sachschadens, so haftet der Beklagte als Halter bereits nach § 7 I StVG; die rechtshindernde Einwendung des § 7 II (= höhere Gewalt) müsste der Beklagte beweisen.

d) **Der Beklagte behauptet eine Einwendung**

Beispiel: „Ich habe Ihnen das Geld vor einem Monat bereits überwiesen."

Für rechtshindernde bzw. rechtsvernichtende Einwendungen (hier § 362 BGB) bzw. rechtshemmende Einreden trägt der Beklagte die Beweislast.

Exkurs: zur terminologischen Unterscheidung: Einreden des BGB / Einreden der ZPO:

Im Zivilprozess spricht man von Einreden, wenn der Beklagte über das bloße Bestreiten des Klägervortrags hinaus („das stimmt doch alles gar nicht“) **zusätzliche Tatsachen vorträgt, die der Inanspruchnahme entgegenstehen** („ich habe angefochten, erfüllt, aufgerechnet“). Diese Tatsachen sind die Einreden der ZPO, für deren Vorliegen der Beklagte die Beweislast trägt. Einreden im Sinne der ZPO sind daher sowohl Einwendungen im Sinne des BGB (rechtshindernde und rechtsvernichtende) als auch Einreden im Sinne des BGB (rechtshemmende).

Sowohl rechtshindernde Einwendungen, die den Anspruch erst gar nicht entstehen lassen (z.B. die §§ 104, 105; 116, 2; 117, 1; 119; 123; 125; 134; 138 I, II; BGB) **als auch rechtsvernichtende Einwendungen, die den ursprünglich wirksamen Anspruch wieder untergehen lassen** (z.B. §§ 362, 275, 326, 346, 387 BGB) **sind im Prozess von Amts wegen zu berücksichtigen; dies gilt aber nur, wenn sich ihr Vorliegen aus dem Tatsachenstoff ergibt, den die Parteien dem Gericht unterbreiten** (**Verhandlungsgrundsatz!)**. Den Richter trifft bezüglich der Einwendungen keine Nachforschungspflicht! Es spielt allerdings keine Rolle, welche Partei die Tatsachen in den Prozess eingeführt hat. Einreden im Sinne des BGB ändern nichts daran, dass der Anspruch entstanden und noch nicht untergegangen ist, sondern geben dem Schuldner nur ein Leistungsverweigerungsrecht. Der Schuldner muss sich jedoch im Prozess auf die Einrede berufen, da diese nicht von Amts wegen berücksichtigt wird; es genügt aber, wenn sich aus dem Tatsachenvortrag ergibt, dass sich der Beklagte bereits vorprozessual darauf berufen hat.

Im Rahmen der Einreden lässt sich wie folgt differenzieren:

- **Peremptorische** Einreden schließen die Inanspruchnahme des Schuldners auf Dauer aus. Die Klage wird als unbegründet abgewiesen, da der Kläger seinen Anspruch auch in Zukunft nicht wird durchsetzen können, z.B.: §§ 214, 438 IV, 643 a IV, 821, 853, dolo agit.

- **Dilatorische** Einreden können die Inanspruchnahme nur zeitweise hindern: §§ 273, 320, 770 I, II, 771, 2014, 2015.

e) **Der Beklagte rechnet mit einer Gegenforderung auf**

Eine Aufrechnung bewirkt nach § 389 BGB, dass beide Forderungen, soweit sie sich decken, bezogen auf die erstmalige Existenz der Aufrechnungslage als erloschen gelten. Es handelt sich um ein **Gestaltungsrecht** des Forderungsinhabers, der dadurch die Forderung der Gegenseite zum Erlöschen bringt (= rechtsvernichtende Einwendung).

aa) Erfolgt die Aufrechnungserklärung bereits vor Prozessbeginn, so handelt es sich ausschließlich um ein **materielles Rechtsgeschäft** des BGB. Kann der Beklagte im Prozess die Existenz seiner Forderung beweisen und steht auch die Klägerforderung außer Streit, so wird die Klage als unbegründet abgewiesen, da der geltend gemachte Anspruch zur Zeit der Klageerhebung nicht mehr bestand.

bb) Erfolgt die Aufrechnung erst während des Prozesses, so handelt es sich nicht nur um ein **materielles Rechtsgeschäft** des BGB, sondern auch um ein Verteidigungsmittel des Beklagten in Form einer **Prozesshandlung**, so dass die Aufrechnung eine **Doppelnatur** hat: Sie folgt sowohl zivilrechtlichen als auch zivilprozessualen Regeln. Daraus folgt:

(1) **Bestimmtheit der Gegenforderung/Rechtskraft des Urteils**

Gemäß § 322 II ZPO erstreckt sich die Rechtskraft des Urteils nicht nur auf die Klageforderung gemäß § 322 I, sondern auch auf die Gegenforderung, soweit das Gericht über ihr Vorliegen entschieden hat. Das Urteil stellt somit fest, dass die Gegenforderung nicht bestand oder ursprünglich bestand, aber infolge der Aufrechnung nach § 389 BGB erloschen ist (= **Verbrauch der Gegenforderung**). Die Gegenforderung ist daher ebenso bestimmt zu bezeichnen, als ob sie selbst eingeklagt werden würde. Dabei muss im Urteil deutlich werden, ob die Klageforderung ursprünglich bestand, da ansonsten der Beklagte nicht weiß, ob er durch die Aufrechnung seine Gegenforderung verloren hat oder ob er diese in einem anderen Prozess gegen seinen Schuldner (= momentaner Kläger) noch geltend machen kann. Es muss also selbst dann über die Klageforderung verhandelt und Beweis erhoben werden, wenn jetzt bereits feststeht, dass die Klage letztendlich abgewiesen werden wird (= **Beweiserhebungstheorie**; BGHZ 80, 99).

(2) **Keine Rechtshängigkeit der Gegenforderung**

Die Aufrechnung ist nur Verteidigungsmittel des Beklagten, keine Widerklage, so dass nach § 322 II nur die **Rechtskraft**, nicht aber die **Rechtshängigkeit** auf die Gegenforderung erstreckt wird. Der Beklagte kann somit auch mit einer Gegenforderung aufrechnen, die bereits rechtshängig ist, ohne dass § 261 III Nr. 1 dem im Wege stünde. Wird bereits bezüglich der Gegenforderung anderweitig gerichtlich prozessiert, so kann das Gericht den Rechtsstreit nach § 148 aussetzen.

(3) **Entscheidungskompetenz des Gerichts**

Da nach § 322 II ZPO verbindlich auch über die Gegenforderung entschieden wird, muss das erkennende Gericht zu einer Entscheidung über diese Forderung grundsätzlich befugt sein. **Dabei ist unschädlich, dass dieses Gericht für diese klageweise Geltendmachung der Gegenforderung nicht zuständig wäre**; sie muss nur der deutschen Gerichtsbarkeit unterfallen und vor ein ordentliches Gericht gehören (z. B. Forderung, die vor das Familiengericht gehören würde). Problematisch ist, ob das Amts- bzw. Landgerichts auch dann über die zur Aufrechnung gestellte Forderung befinden darf, wenn diese zu einem anderen Rechtsweg gehört. Für Forderungen, die zum Bereich der Arbeitsgerichtsbarkeit gehören, ist dies im Hinblick auf § 17 II GVG anerkannt. Ob auch Forderungen, die zur Verwaltungsgerichtsbarkeit gehören würden, in den Anwendungsbereich des § 17 II 1 GVG fallen, ist hingegen streitig (vgl. Musielak, ZPO § 145, Rn 32). Ist indes die zur Aufrechnung gestellte Forderung bereits rechtskräftig festgestellt oder unstreitig, darf das Gericht auf jeden Fall über diese zu einem anderen Rechtsweg gehörende Forderung entscheiden.

Darf das Gericht nicht entscheiden, so ist bei einem anderweitig anhängigen Rechtsstreit das Verfahren gemäß § 149 auszusetzen und ansonsten dem Beklagten eine Frist zur Klageerhebung zu setzen.

(4) **Die Eventualaufrechnung**

Bestreitet der Beklagte die Existenz der klageweise geltend gemachten Forderung auch aus anderen Gründen (weil er den Vertrag angefochten habe, die Forderung verjährt sei etc.), so soll die Aufrechnung nur die ultima ratio sein, da diese Verteidigung ihn seine Gegenforderung kostet. Das Gericht wird daher den Aufrechnungseinwand nur hilfsweise für den Fall berücksichtigen, dass es ansonsten die Klage für begründet hält.

Nach der Beweiserhebungstheorie muss aber dennoch gerichtlich über den Bestand der Klageforderung entschieden werden. Daraus ergeben sich **vier grundsätzliche Möglichkeiten:**

(a) **Besteht die Klageforderung nach Überzeugung des Gerichts nicht**, so wird die Klage abgewiesen, ohne dass auf den Aufrechnungseinwand eingegangen wird. Die Aufrechnung ist nicht erfolgt.

(b) **Die Klageforderung besteht, die Gegenforderung ist streitig**: Stammt die Gegenforderung aus einem anderen Schuldverhältnis, so kann das Gericht bezüglich der Klageforderung gemäß § 302 I zur Vermeidung einer vermeintlichen Prozessverschleppung des Beklagten ein **Vorbehaltsurteil** erlassen. Der Beklagte wird zur Leistung verurteilt, vorbehaltlich der Entscheidung über die Aufrechnung. **Das Vorbehaltsurteil ist vorläufig vollstreckbar, allerdings macht sich der Kläger nach § 302 IV 3 schadensersatzpflichtig, wenn er aus dem Urteil vollstreckt und das Urteil im Nachverfahren aufgehoben wird**. Der Kläger vollstreckt also auf eigenes Risiko (= Gefährdungshaftung).
Der Prozess geht anschließend im **Nachverfahren** weiter, wobei nur über die Aufrechnung entschieden wird. Entweder die Gegenforderung besteht nicht mit der Folge, dass das Vorbehaltsurteil im Nachverfahren bestätigt wird. Bestand die Gegenforderung, so war die Aufrechnung wirksam mit der Folge, dass das Vorbehaltsurteil aufgehoben und die Klage durch Endurteil nach § 302 IV 2 abgewiesen wird.

(c) **Die Klageforderung ist bestritten, die Gegenforderung unstreitig**: Hier muss nach der Beweiserhebungstheorie über den Bestand der Klageforderung Beweis erhoben werden.

(d) **Das Gericht lässt die Aufrechnung nicht zu:**

- wegen eines Aufrechnungsverbots der §§ 390 - 395 BGB oder
- weil es den Beklagten mit seinem Aufrechnungseinwand präkludiert.

Wird die Klageforderung bestritten, so muss Beweis erhoben werden, ansonsten wird der Beklagte verurteilt.

(5) **Die Kostenentscheidung bei der Eventualaufrechnung**

Wurde die Klage nur infolge der hilfsweise erklärten Aufrechnung abgewiesen (hatte also der Beklagte die Existenz der Klageforderung erfolglos bestritten), so liegt selbst bei Klageabweisung ein **Teilunterliegen i.S.d. § 92** vor (Thomas/Putzo § 92 Rz. 1d).

III. Der Beklagte geht zum „Gegenangriff“ über: Die Widerklage

1) Der Begriff der Widerklage

Eine Widerklage ist die Klage des Beklagten gegen den Kläger im rechtshängigen Verfahren.

Beispiel: Der Verkäufer klagt gegen den Käufer auf Kaufpreiszahlung. Der Käufer erhebt Widerklage auf Schadensersatz statt der Leistung.

2) Die Zulässigkeit der Widerklage

a) Neuer Streitgegenstand

Der Streitgegenstand der Widerklage darf nicht mit dem der Klage identisch sein, da andernfalls der Widerklage der Einwand der Rechtshängigkeit nach § 261 III Nr. 1 entgegenstünde. Die zulässige Widerklage muss also mehr enthalten als das Bestreiten der Klageforderung.

Beispiel: E klagt gegen B auf Herausgabe einer Sache aus § 985 BGB. B erhebt Widerklage mit dem Antrag festzustellen, es bestünde keine Vindikationslage: Dies ist unzulässig, da darüber schon durch klageabweisendes Urteil entschieden wird. Zulässig wäre die Feststellungswiderklage mit dem Antrag, festzustellen, dass B der Eigentümer sei, da es sich dabei um einen weitergehenden Antrag handelt, über den im Rahmen der Klageforderung ansonsten nicht verbindlich entschieden werden würde, siehe oben: Zwischenfeststellungsklage.

b) Es müssen die Prozessvoraussetzungen bezüglich der Widerklage vorliegen:

aa) Für Klage und Widerklage muss **dieselbe Prozessart zulässig** sein.

Beispiel: So kann z.B. im Urkunds- und Wechselprozess nicht Widerklage auf Schadensersatz statt der Leistung erhoben werden.

bb) Örtliche Zuständigkeit des Gerichts

(1) Sie ist unproblematisch, wenn Kläger und Beklagter einen gemeinsamen Gerichtsstand haben.

(2) Ist dies nicht der Fall, so kann der Beklagte dennoch gemäß **§ 33** vor dem erkennenden Gericht Widerklage erheben, wenn Klage und Widerklage zusammengehören. Dies gilt allerdings gemäß § 33 II nicht, wenn bezüglich der Widerklage ein ausschließlicher Gerichtsstand vorgesehen ist.

cc) Sachliche Zuständigkeit

Sie richtet sich nach den o.g. Regeln. Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist jedoch zu beachten, dass sich der Zuständigkeitsstreitwert gemäß § 5 ZPO durch die Widerklage nicht erhöht.

Beispiel: Klage in Höhe von 3.500,- Euro und Widerklage in Höhe von 2.000,- Euro werden nach wie vor vor dem AG verhandelt.

Aber: Gemäß § 506 I verweist das AG den gesamten Rechtsstreit an das LG, wenn die Widerklage aufgrund ihres Streitwerts vor das LG gehört.

Beispiel: Klage mit Streitwert von 4.500,- Euro; Widerklage in Höhe von 6.000,- Euro.

Gehören Klage und Widerklage jedoch rechtlich nicht zusammen, so kann das AG die Widerklage nach § 145 II trennen und sie isoliert nach § 281 an das LG verweisen. Zu beachten ist, dass entgegen der hier vertretenen Auffassung die Rechtsprechung in § 33 nicht lediglich die Regelung eines besonderen Gerichtsstandes, sondern in dem Merkmal „im Zusammenhang steht“ vielmehr die Regelung einer besonderen Zulässigkeitsvoraussetzung einer jeden Widerklage sieht. Gegen diese Ansicht spricht jedoch die systematische Stellung des § 33 ZPO.

c) Eine **Eventualwiderklage** ist zulässig für den Fall, dass der primär gestellte Antrag auf Klageabweisung keinen Erfolg hat.

d) **Das Urteil**

Zwar soll über Klage und Widerklage in einem Urteil entschieden werden, doch handelt es sich nach wie vor um zwei verschiedene Streitgegenstände (sonst ist die Widerklage ja auch gar nicht zulässig), so dass sowohl über Klage als auch über Widerklage bei Entscheidungsreife durch Teilurteil nach § 301 entschieden werden kann.

e) **Die Vorteile der Widerklage**

- § 33 gewährt dem Widerkläger einen besonderen Gerichtsstand; er kann an seinem Wohnort Widerklage erheben, wenn er dort verklagt wurde, auch wenn seine Forderung eigentlich andernorts geltend gemacht werden müsste; Grenze: § 33 II.

- Die Widerklage wird bereits durch Antrag in der mündlichen Verhandlung nach § 261 II rechtshängig.

- Über Klage und Widerklage wird einheitlich verhandelt und entschieden.

- Der Widerkläger muss keinen Prozesskostenvorschuss leisten.

- Die Prozesskosten werden begrenzt, da es billiger ist, in einem Prozess über Klage und Widerklage einheitlich zu verhandeln als zwei getrennte Prozesse zu führen. Es wird zwar der Gebührenstreitwert (nicht der Zuständigkeitsstreitwert, § 5 ZPO) addiert, doch steigen die Gebühren nicht linear, sondern degressiv. Es ist daher billiger, ein Verfahren mit einem Streitwert von 50.000,- Euro zu führen als zwei Verfahren mit einem Streitwert von jeweils 25.000,- Euro.

- Mit der Erhebung der Widerklage kann der Beklagte gemäß den §§ 282, 296, 530, 531 nicht präkludiert werden, da es sich nicht um ein Verteidigungsmittel, sondern um ein Angriffsmittel handelt. Allerdings ist die Erhebung einer Widerklage (erst) in der Berufungsinstanz nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 533 zulässig.

§ 11 Die Reaktion des Klägers auf die Klageerwiderung (=Replik)

Sie richtet sich nach dem Inhalt der Klageerwiderung. Der Kläger kann fehlende Prozessvoraussetzungen nachholen, bei Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts einen Verweisungsantrag stellen oder durch Veränderung des Streitgegenstandes die Klage ändern. Ist die Klage aussichtslos geworden (z.B. weil der Beklagte den Verjährungseinwand erhoben hat), so wird der Kläger den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklären oder – sollte dies keinen Erfolg versprechen – aus Kostengründen die Klage zurücknehmen.

I. Die Verweisung an das zuständige Gericht

1) **Der unzulässige Rechtsweg**

Hat der Kläger den falschen Rechtsweg eingeschlagen, so wird bereits von Amts wegen nach § 17 a II GVG der Rechtsstreit an das zuständige Gericht abgegeben. Eine Klageabweisung wegen des falschen Rechtswegs durch Prozessurteil ist somit nicht möglich.

2) **Das unzuständige Gericht**

Hat der Kläger zwar den richtigen Rechtsweg gewählt, jedoch vor einem sachlich oder örtlich unzuständigen Gericht geklagt, so kann er die Klageabweisung nur durch einen Verweisungsantrag gemäß § 281 ZPO vermeiden. Zwar wird die Zuständigkeit des Gerichts von Amts wegen geprüft, doch im Gegensatz zu § 17 a II GVG wird bei örtlicher oder sachlicher Unzuständigkeit nicht von Amts wegen verwiesen.
Das verweisende Gericht entscheidet nach § 281 II 2 durch unanfechtbaren Beschluss, der nach § 281 II 4 auch für das Gericht bindend ist, an das verwiesen wurde (kein „Hin und Her“). Dabei wird der Rechtsstreit mit Eingang der Akten dort anhängig.

Das Verfahren vor und nach der Verweisung bildet eine Einheit, so dass auch die durch die ursprünglich unzulässige Klage entstandene Rechtshängigkeit ebenso wirksam bleibt wie die vor dem unzuständigen Gericht vorgenommenen Prozesshandlungen.

II. Die Klageänderung: §§ 263 - 268 ZPO

Der Streitgegenstand setzt sich nach dem **zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff** aus **Klageantrag** und dem **Lebenssachverhalt** zusammen, auf den der Kläger die Klage gründet. Eine Klageänderung erfolgt somit durch Änderung des Klageantrags oder Änderung des Klagegrundes.

Hatte der Kläger in seiner Klage einen falschen Klageantrag gestellt (durch den er sein Klageziel nicht erreichen kann) oder einen Lebenssachverhalt vorgetragen, der den Antrag nicht stützt, so kann er den drohenden Prozessverlust nur durch Änderung des Antrags bzw. Sachverhalts vermeiden. Da sich dadurch der Streitgegenstand verändert, handelt es sich stets um eine Klageänderung. Lässt man die nachträgliche Möglichkeit der Klageänderung zu, so vermeidet man zwar einen erneuten Prozess über den veränderten Streitgegenstand, doch nimmt man dem Beklagten die Aussicht, infolge der bis dato bestehenden Prozesssituation ein klageabweisendes Urteil zu erhalten. Die nachträgliche Klageänderung ist daher nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, die man in folgender Reihenfolge prüfen sollte:

1) **Liegt überhaupt eine Klageänderung vor, d.h., wurde der Streitgegenstand verändert?**
(Vgl. dazu die Darstellung zum Streitgegenstand.)

2) **Wenn ja: Handelt es sich um einen gesetzlich zugelassenen Fall der Klageänderung i.S.d. § 264 Nr. 2 oder Nr. 3?**

☞ Beachte: Durch die gesetzliche Zulassung wird das Nichtvorliegen einer Klageänderung fingiert!

a) Der Kläger darf seine Klageforderung erweitern oder beschränken, z.B. die Klagesumme erhöhen oder ermäßigen.

b) Der Kläger darf statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung das Surrogat oder das Interesse verlangen.
Beispiel: Wird dem Beklagten die durch Klageantrag begehrte Leistung schuldhaft unmöglich, so darf der Kläger nunmehr Schadensersatz statt der Leistung beantragen.

§ 264 Nr. 3 wird nach h.M. auch auf veränderte Umstände vor Klageerhebung ausgedehnt, die der Kläger ohne Verschulden nicht kannte.

3) **Wenn es sich um eine Klageänderung handelt, die nicht unter § 264 fällt: Hat der Beklagte widersprochen?**

Verhandelt der Beklagte zur Sache, ohne die Klageänderung des Klägers zu rügen, so liegt darin gemäß § 267 eine vermutete Einwilligung in die Klageänderung (= fiktive Zustimmung).

4) **Wenn der Beklagte der Klageänderung widerspricht: Ist die Klageänderung i.S.d. § 263 sachdienlich?**

Dies ist der Fall, wenn die Klageänderung einen zweiten Prozess über den veränderten Streitgegenstand überflüssig macht und den rechtshängigen Prozess nicht unnötig verzögert, wobei eine geringfügige Verzögerung aus Gründen der Prozessökonomie unbeachtlich ist. Die Grenze der Sachdienlichkeit ist jedoch dort erreicht, wo die ursprüngliche Klage entscheidungsreif ist, die Klageänderung umfangreiche neue Beweiserhebungen nötig machen würde.

Widerspricht der Beklagte der Klageänderung, so kann das Gericht durch **Zwischenurteil nach § 303** entscheiden:

- Hält das Gericht die Klageänderung für unzulässig, so weist es die neue Klage durch **Prozessurteil** ab, da eine Sachurteilsvoraussetzung für eine Entscheidung über den neuen Streitgegenstand fehlt. Da aber bei unzulässiger Klageänderung die ursprüngliche Klage noch rechtshängig ist, muss der Richter im Rahmen seiner Hinweispflicht nach § 139 ZPO deren Schicksal klären: Will der Kläger sie zurücknehmen nach § 269, den Rechtsstreit diesbezüglich nach § 91 a für erledigt erklären lassen oder hält er nach wie vor an diesem Antrag fest?

- Lässt das Gericht die Klageänderung zu, so tritt die neue Klage an Stelle der alten; deren Rechtshängigkeit wird beseitigt. Der neue Anspruch wird mit mündlicher Erklärung in der Hauptverhandlung oder mit Zustellung der Klageänderung an den Beklagten gemäß § 261 II rechtshängig.

III. Die Klagerücknahme gemäß § 269

1) Bis zu einer formell rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung hat der Kläger die Möglichkeit, durch Rücknahme der Klage den Prozess ohne Urteil zu beenden. Allerdings bedarf er dazu der Zustimmung des Beklagten, wenn dieser bereits zur Hauptsache verhandelt hat, d.h. über die Zulässigkeit der Klage hinaus zur Begründetheit des Anspruchs Stellung genommen hat. Im Gegensatz zum Verzichtsurteil verzichtet der Kläger nicht auf die Geltendmachung des gesamten Anspruchs, sondern **beseitigt (nur) mit rückwirkender Kraft die Rechtshängigkeit**. Ist nach Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache eine Einwilligung in die Klagerücknahme erforderlich und reicht der Kläger einen eine Klagerücknahme enthaltenden Schriftsatz ein, so ist dieser dem Beklagten zuzustellen. Widerspricht der Beklagte der Rücknahme nicht innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, so gilt seine Einwilligung als erteilt, wenn er zuvor auf diese Folge hingewiesen worden ist (§ 269 II).

2) Da der Prozess ohne Urteil endet, wird (im Gegensatz zum Klageverzicht nach § 306) keine Entscheidung gefällt, die in Rechtskraft erwachsen könnte, so dass der Kläger jederzeit die Möglichkeit hat, den Anspruch erneut gerichtlich geltend zu machen, wenn er zuvor die ihm auferlegten Kosten erstattet hat.

3) Prozesstaktisch wird der Beklagte seine erforderliche Einwilligung nicht erteilen, wenn nach dem momentanen Sach- und Streitstand eine Klageabweisung durch Urteil erfolgen wird, da dieses Urteil in Rechtskraft erwächst und den Kläger an einer erneuten Geltendmachung dieses Anspruchs hindert (identischer Streitgegenstand – ne bis in idem). Er wird auf einen Klageverzicht mit folgendem Verzichtsurteil nach § 306 drängen.

4) Andererseits wird der Kläger versuchen, die Hauptsache nach § 91 a für erledigt erklären zu lassen, wenn er der Auffassung ist, die Klage sei erst im Nachhinein unbegründet geworden (z.B.: weil der Beklagte erst nach Prozessbeginn gezahlt hat), um diesem durch Beschluss nach § 91 a die Verfahrenskosten auferlegen zu lassen. Verweigert der Beklagte die Zustimmung ausdrücklich, so wird der Erledigungsantrag des Klägers in eine zulässige Klageänderung umgedeutet mit dem Ziel, das Gericht möge feststellen, dass sich die ursprünglich zulässige Klage nach Rechtshängigkeit erledigt hat.
   Sollte der Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers nicht innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen widersprechen, so gilt sein Schweigen als Zustimmung, wenn er vom Gericht auf die Rechtsfolgen seines Schweigens hingewiesen wurde. Wird die Notfrist versäumt, gelten die §§ 233 ff.

5) Nimmt der Kläger die Klage vor Rechtshängigkeit zurück, weil der Anlass zur Klageerhebung vor Rechtshängigkeit weggefallen ist, so muss das Gericht gemäß § 269 III 3 unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes über die Kostenverteilung entscheiden.

§ 12 Die richterliche Vorbereitung der Hauptverhandlung

I. Prozessurteil - Sachurteil

Soll der Rechtsstreit, wie es § 272 vorsieht, in einem Haupttermin erledigt werden, so bedarf dieser Termin auch von Seiten des Richters einer umfangreichen Vorbereitung. Dabei wird der Richter sein Augenmerk zunächst einmal auf die Voraussetzungen des Prozesses lenken, ohne deren Vorliegen er weder zur Sache verhandeln noch in der Sache entscheiden darf: die **Sachurteilsvoraussetzungen**. Zwar wird auch bei deren Fehlen ein Prozesstermin anberaumt, da auch über das Fehlen von Sachurteilsvoraussetzungen nur nach mündlicher Verhandlung entschieden werden kann, doch kann das Gericht in der Sache selbst nicht entscheiden, wenn diese Voraussetzungen nicht bis zur letzten mündlichen Verhandlung vorliegen. Fehlt auch nur eine dieser Sachurteilsvoraussetzungen, so wird nicht durch *Sachurteil*, sondern durch **Prozessurteil** die Klage als unzulässig abgewiesen.

Selbst wenn die Prüfung der Sachurteilsvoraussetzungen sehr aufwendig sein sollte, die Klage aber auf jeden Fall unbegründet wäre, muss das Gericht zunächst über die Zulässigkeit der Klage befinden und darf diese Frage selbst bei evidenter Unbegründetheit nicht offen lassen, da die Rechtskraft des Urteils nur soweit reicht, wie durch Urteil entschieden wurde. Ist jedoch die Klage bereits als unzulässig abgewiesen worden, so ist der Kläger nicht gehindert, die Zulässigkeitsvoraussetzung zu erfüllen und erneut zu klagen. Die Rechtskraft der Klageabweisung stünde dem nicht entgegen.

II. Prüfung von Amts wegen

Zwar müssen die Sachurteilsvoraussetzungen analog § 56 auch ohne Rüge der Partei von Amts wegen zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens überprüft werden, doch bedeutet dies nicht, dass das Gericht diesbezüglich eigene Ermittlungen anstellt, sondern nur begründeten Zweifeln nachgeht, die auf der Basis des Tatsachenvortrags entstanden sind, den die Parteien in den Prozess eingeführt haben (= **Verhandlungsgrundsatz**!). Die Besonderheit der amtlichen Prüfung besteht jedoch darin, dass, von der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit abgesehen, die Parteien durch Zugestehen, Nichtbestreiten oder rügeloses Verhandeln das Gericht nicht binden. In den Augen des Richters streitige Prozessvoraussetzungen müssen auch gegen den Willen beider Parteien geprüft werden.

III. Die Prozessvoraussetzungen im Einzelnen

Die Sachurteilsvoraussetzungen können dabei folgenden drei Kategorien zugeordnet werden:

1) **Prozessvoraussetzungen, die das Gericht betreffen**

   a) Deutsche Gerichtsbarkeit §§ 18 - 20 GVG
   b) Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Zivilgerichten: § 13 GVG (siehe oben § 3)
   c) Sachliche Zuständigkeit (siehe oben § 4 I)
   d) Örtliche Zuständigkeit (siehe oben § 4 II)
   e) Funktionelle Zuständigkeit (siehe oben § 4 III)

2) **Prozessvoraussetzungen, die die Parteien betreffen** (siehe oben § 7)

   a) Parteifähigkeit (§ 7 II)
   b) Prozessfähigkeit (§ 7 III)
   c) Prozessführungsbefugnis (§ 7 IV)

Die Postulationsfähigkeit ist keine Prozessvoraussetzung insofern, als dass bei fehlender Postulationsfähigkeit die Klage erst gar nicht zugestellt worden ist. War die Klageerhebung einwandfrei und fehlt die Postulationsfähigkeit erst in der Hauptverhandlung, so ist die Partei säumig mit der Folge eines Versäumnisurteils. Dabei handelt es sich aber um ein Sachurteil.

3) **Prozessvoraussetzungen, die den Streitgegenstand betreffen**

a) Mindestinhalt der Klageschrift: § 253 II: bestimmter Klageantrag und Klagegrund (vgl. oben § 9 III 2)

b) Keine anderweitige Rechtshängigkeit: § 261 III Nr. 1 (siehe oben § 9 IV 3)

c) Keine entgegenstehende rechtskräftige Entscheidung über den Streitgegenstand: § 322

d) Rechtsschutzbedürfnis:

aa) Bei der Leistungsklage ist ein Rechtsschutzbedürfnis stets gegeben, da der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel zur zwangsweisen Durchsetzung seines Anspruchs benötigt. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt nur, wenn ein anderer Weg als der der Klageerhebung einfacher und billiger wäre (z.B. Titelumschreibung gemäß § 727 ZPO).

bb) Bei Gestaltungsklagen liegt ein Rechtsschutzbedürfnis bereits deshalb vor, weil die Umgestaltung des Rechtsverhältnisses nur durch konstitutives Urteil erfolgen kann.

cc) Bei Feststellungsklagen bedarf der Kläger nach § 256 I eines besonderen Interesses an der Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses. Aus prozessökonomischen Gründen fehlt es dann, wenn der Kläger zum jetzigen Zeitpunkt bereits auf Leistung klagen kann (siehe oben § 9 I 3).

dd) Gemäß § 15 EGZPO kann durch Landesgesetz bestimmt werden, dass die Erhebung der Klage in den in § 15 a EGZPO genannten Fällen erst zulässig ist, nachdem die Parteien vor einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten **Gütestelle** vergeblich versucht haben, sich zu einigen. Gemäß § 15 a III EGZPO zählen darüber hinaus auch einvernehmliche Einigungsversuche vor sonstigen Gütestellen. Von § 15 a EGZPO werden insbesondere geringwertige vermögensrechtliche Streitigkeiten sowie diverse Streitigkeiten aus dem Nachbarrecht erfasst. Die näheren Einzelheiten regeln die einzelnen Landesgesetze (nachzulesen in Schönfelder, Deutsche Gesetze, § 15 a EGZPO).
Besonders zu beachten ist, dass § 15 a I EGZPO keine Anwendung findet, wenn es um Klagen wegen vollstreckungsrechtlicher Maßnahmen geht oder wenn im Urkunden- oder Wechselprozess geklagt wird.

IV. Die Würdigung der vorgetragenen Tatsachen

1) Ist der Rechtsstreit in tatsächlicher Hinsicht durch Geständnis gemäß § 288 oder Nichtbestreiten nach § 138 III des Beklagten außer Streit gestellt, so entscheidet das Gericht ohne Beweiserhebung auf der Basis des Tatsachenvortrags.

2) Liefern Kläger und Beklagte unterschiedliche Sachdarstellungen, so muss das Gericht in folgender Reihenfolge vorgehen:

a) **Schlüssigkeit des Klägervortrags**

Dieser ist schlüssig, wenn der geltend gemachte Anspruch auf der Basis des klägerischen Tatsachenvortrags bestehen würde. Besteht der Anspruch selbst auf der Basis des Klägervortrags nicht, so wird die Klage ohne Beweiserhebung als unbegründet abgewiesen.

Beispiel: Der Kläger klagt eine Forderung aus Spiel oder Wette ein. Selbst wenn er das Spiel oder die Wette gewonnen haben sollte, könnte er daraus gemäß § 762 BGB keine Ansprüche herleiten.

b) **Erheblichkeit des Beklagtenvorbringens**

Die Verteidigung des Beklagten ist erheblich, wenn unter Zugrundelegung seiner Darstellung der Anspruch nicht besteht. Dies ist zum einen der Fall, wenn der Beklagte anspruchsbegründende Tatsachenbehauptungen des Klägers bestreitet, zum anderen, wenn er Tatsachen für rechtshindernde oder rechtsvernichtende Einwendungen bzw. rechtshemmende Einreden ins Feld führt.

Beispiel: Der Kläger klagt eine Darlehensforderung ein. Der Beklagte wendet ein, der entsprechende Geldbetrag sei vom Kläger niemals ausgezahlt worden oder er habe das Geld bereits zurückgezahlt.

c) Ist der **Klägervortrag schlüssig**, das **Beklagtenvorbringen erheblich**, so muss über die streitige Tatsache **Beweis** erhoben werden.

V. Die prozessuale Vorbereitung der Hauptverhandlung

Der Vorsitzende bestimmt den Termin und trifft fakultativ nach § 273 folgende Anordnungen:

- Die Parteien oder Dritte sollen Urkunden und andere Unterlagen, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegen.
- Die Parteien (die sich grundsätzlich von ihren Anwälten vor Gericht vertreten lassen können) mögen persönlich erscheinen.
- Zeugen und Sachverständige werden geladen, wobei die Ladung von der Zahlung eines Auslagenvorschusses durch die Partei abhängig gemacht werden kann, die den Zeugen benannt hat.

§ 13 Überblick: Der Gang der mündlichen Verhandlung

Nach § 136 I eröffnet und leitet der Vorsitzende (entscheidet der Einzelrichter, so ist er der Vorsitzende) die mündliche Verhandlung. Er erteilt nach § 136 II das Wort, schließt die Verhandlung und verkündet Urteile und Beschlüsse des Gerichts. Innerhalb der Verhandlung erörtert er den Sach- und Streitstand mit den Parteien und kommt der richterlichen Aufklärungspflicht nach § 139 nach. Der Vorsitzende vernimmt die Zeugen, gestattet aber gemäß § 396 III jedem Mitglied des Gerichts, Fragen zu stellen.

- Die mündliche Verhandlung beginnt mit dem **Aufruf der Sache** nach § 220 I. Im Anschluss daran stellt der Vorsitzende fest, ob die Prozessbeteiligten (Parteien und deren Anwälte) sowie ggf. die geladenen Zeugen bzw. Sachverständige erschienen sind.

- Gemäß § 278 II, 139 erörtert der Vorsitzende mit den Parteien die Sach- und Rechtslage. Dabei hat die abweichende Darstellung der Partei Vorrang vor dem Inhalt des anwaltlichen Schriftsatzes.

- Die streitige Verhandlung beginnt mit der **Stellung der Anträge**, wobei regelmäßig auf die jeweiligen Schriftsätze verwiesen wird. Soll ein neuer Antrag gestellt werden, so wird nach § 297 I 2 dieser schriftlich zu den Akten gegeben. Zwar sieht § 137 II vor, dass die Parteien bzw. deren Anwälte das Streitverhältnis in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht würdigen, doch wird auch hier regelmäßig auf die in den Schriftsätzen enthaltene Argumentation verwiesen. Unklarheiten und streitige rechtliche Vorfragen werden durch richterlichen Hinweis gemäß § 139 zur Sprache gebracht.

- Nach der streitigen Verhandlung folgt die **Beweisaufnahme**. Im Anschluss an die Beweisaufnahme wird der Sach- und Streitstand erneut mit den Parteien erörtert.

- Wird der Rechtsstreit nicht durch Prozesshandlungen der Parteien erledigt (z.B. Klagerücknahme bzw. Klageverzicht des Klägers, Anerkenntnis des Beklagten, Erledigung in der Hauptsache oder Vergleich), so wird die Verhandlung geschlossen. Die **Urteilsverkündung** kann gemäß § 310 I entweder **sofort** erfolgen oder in einem gesonderten **Verkündungstermin**, der sofort anberaumt wird. Die Verkündung erfolgt in der Form des § 311, eine Anwesenheit der Parteien ist nach § 312 nicht erforderlich.

§ 14 Die Beweisaufnahme

Um dem Kläger den mit der Klage geltend gemachten Anspruch zusprechen zu können, muss das Gericht vom Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen überzeugt sein. Dabei ist der Kläger verpflichtet, die anspruchsbegründenden Tatsachen vorzutragen, da ansonsten seine Klage nicht schlüssig ist. Werden diese jedoch nicht durch Geständnis nach § 288 oder durch Nichtbestreiten außer Streit gestellt, sondern vom Beklagten bestritten, so muss über das Vorliegen der streitentscheidenden Tatsachen Beweis erhoben werden**. Die Beweisaufnahme ist zwar Teil des Haupttermins, aber nicht der mündlichen Verhandlung, so dass sie nicht von den Parteien, sondern vom Gericht durchgeführt wird**. Die Parteien haben jedoch die Möglichkeit, die Beweisaufnahme durch **Beweisanträge** zu beeinflussen.

I. Der Gegenstand des Beweises

1) Aufgrund der Verhandlungsmaxime sind die Parteien für den Tatsachenstoff verantwortlich. Rechtsausführungen können, aber müssen vor Gericht nicht geltend gemacht werden: „iura novit curia“. Die Beweisaufnahme erstreckt sich daher ausschließlich auf Tatsachen, also auf Vorgänge, die dem Wahrheitsbeweis zugänglich sind. Diese Tatsachen müssen von streitentscheidender Bedeutung sein. Dies setzt voraus, dass der Klägervortrag schlüssig ist (unter Zugrundelegung seiner Sachdarstellung der Anspruch besteht), das Beklagtenvorbringen erheblich ist (der Anspruch nicht oder nicht mehr besteht bzw. nicht durchgesetzt werden kann).
Beispiel: Der Kläger klagt auf Rückzahlung eines Darlehens. Der Beklagte wendet ein, das Geld nie erhalten zu haben. Da es sich bei der Auszahlung der Darlehensvaluta um eine streitentscheidende Tatsache handelt, muss darüber Beweis erhoben werden.

2) **Nicht beweisbedürftig sind nach § 291 die streitentscheidenden Tatsachen, die offenkundig sind:**

   a) Dies sind zum einen **allgemeinkundige Tatsachen**, die jeder aus frei zugängigen Quellen (Fernsehen, Presse, örtliche Gegebenheiten) in Erfahrung bringen kann.

   b) **Gerichtskundig** ist eine Tatsache, die das Gericht in einem früheren Prozess in Erfahrung gebracht hat oder die es gerichtseigenen Unterlagen entnehmen kann.

   Diese Tatsachen dürfen auch ohne Antrag vom Gericht (!) eingeführt werden, doch muss den Parteien dazu rechtliches Gehör gewährt werden.

II. Die Arten des Beweises

1) **Volle richterliche Überzeugung – Glaubhaftmachen**

   Das Gericht muss vom Vorliegen oder Nichtvorliegen der streitentscheidenden Tatsachen in vollem Umfang überzeugt sein. Die bloße Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit ihres Vorliegens reicht nicht aus. Eine volle richterliche Überzeugung liegt vor, wenn die behauptete Tatsache derart wahrscheinlich ist, dass an ihrem Vorliegen es keinen vernünftigen Zweifel geben kann (BGHZ 53, 255).

   In bestimmten Fällen lässt das Gesetz einen geringeren Grad an richterlicher Überzeugung ausreichen, wenn das Vorliegen eines Umstandes als wahrscheinlich dargestellt wird. Dieses **Glaubhaftmachen** reicht allerdings nur dort aus, wo es gesetzlich zugelassen ist.
   Beispiele: Ablehnungsgründe bei der Richterablehnung; unverschuldete Fristversäumnis bei der Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gemäß § 236 II 1 oder dem Versäumen einer richterlich gesetzten Frist / Präklusion gemäß § 296 IV.

2) **Strengbeweis – Freibeweis**

Materiellrechtliche Behauptungen, die zu einer Sachentscheidung führen sollen, müssen mit den Mitteln des Strengbeweises bewiesen werden. Diese sind in der ZPO umfassend geregelt und auch abschließend aufgezählt = **numerus clausus** der zulässigen Beweismittel:
- Augenschein: §§ 371 ff.;
- Zeugen: §§ 373 ff.;
- Sachverständiger: §§ 402 ff.;
- Urkunden: §§ 415 ff.;
- Vernehmung der Prozessparteien: §§ 445 ff.

Das Verfahren des Freibeweises ist ein formloses Verfahren, das den Richter nicht an feste Beweisregeln und nicht an bestimmte Beweismittel bindet; es obliegt dem Richter, auf welche Art ein Umstand bewiesen werden soll. Im Freibeweisverfahren würde z.B. das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen überprüft.

3) **Hauptbeweis – Gegenbeweis**

a) Der **Hauptbeweis** ist vom **Träger der Beweislast** zu erbringen, der durch den Hauptbeweis die volle richterliche Überzeugung vom Vorliegen eines Umstands herbeiführen will.
Beispiel: So muss z.B. der Kläger, der auf Darlehensrückzahlung klagt, den Richter in vollem Umfang von einem Abschluss des Darlehensvertrags, Auszahlung der Darlehensvaluta und der Fälligkeit des Rückforderungsanspruchs überzeugen; ansonsten verliert er den Prozess.

b) Es ist Sache des Gegners, den **Gegenbeweis** zu führen. Dieser ist aber bereits dann erfolgreich, wenn die Überzeugung des Richters erschüttert wird, so dass dieser noch nicht oder nicht mehr überzeugt ist. Der Gegenbeweis ist also bereits erfolgreich, wenn dadurch der Hauptbeweis des Beweislastpflichtigen nicht erbracht werden kann, da dieser nach Beweislastregeln den Prozess verliert!

c) Vom Gegenbeweis streng zu trennen ist der **Beweis des Gegenteils i.S.d. § 292 ZPO**. Stellt das Gesetz eine Vermutung auf, die für eine Partei günstig ist, so muss die Gegenseite in Form eines **Hauptbeweises** die volle richterliche Überzeugung vom Gegenteil herbeiführen.
Beispiel: Klagt A gegen B auf Schadensersatz wegen schuldhafter Beschädigung seines Eigentums, so spricht für den Besitzer A die Vermutung des § 1006 I, er sei Eigentümer. B muss daher den Richter vom Gegenteil überzeugen.

III. Die Beweislast

Darunter ist die Last der Partei zu verstehen, für eine streitige entscheidungserhebliche Tatsache den Beweis erbringen zu müssen, um den Prozess nicht nach Beweislastregeln zu verlieren. Der Beweislastpflichtige muss dabei den **Hauptbeweis** führen, also den Richter in vollem Umfang überzeugen. Die Beweislastregeln bestimmen dabei, zu wessen Lasten es geht, wenn weder das Vorliegen noch das Nichtvorliegen einer Tatsache gerichtlich festgestellt werden kann (= **non liquet**).

1) **Gesetzliche Beweislastregeln**

Die Verteilung der Beweislast ist in einigen Fällen bereits durch das materielle Recht ausdrücklich vorgegeben:

a) **§ 179 I BGB**: Der Vertreter ohne Vertretungsmacht haftet, wenn er (!) seine Vertretungsmacht nicht nachweisen kann.

b) **§ 280 I 2 BGB**: Ist streitig, ob der Schuldner eine Pflichtverletzung zu vertreten hat, so trifft ihn die Beweislast.

2) **Gesetzliche Vermutungen**

In anderen Fällen wird die Beweislast durch gesetzliche Vermutungen verteilt, z.B.: **§§ 891, 1006, 1155, 1362 BGB**. Das Gesetz lässt aber den Beweis des Gegenteils i.S.d. § 292 ZPO zu (= Hauptbeweis).

3) **Versteckte Beweislastregeln**

Weiterhin gibt das Gesetz durch die Formulierung der Norm zu verstehen, wer die Beweislast trägt (z.B.: „Es sei denn"; „sofern nicht"), z.B.:

- **§ 181 BGB**: Der Vertreter muss die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens nachweisen.

- **§ 932 I 1 BGB**: Die Bösgläubigkeit des Erwerbers muss von demjenigen bewiesen werden, der den Gutglaubenserwerb bestreitet. Er muss in Form eines Hauptbeweises den Richter in vollem Umfang von der Bösgläubigkeit überzeugen.

4) **Der Beweis des ersten Anscheins: prima-facie-Beweis**

Keine komplette Umkehr der Beweislast, aber eine Beweiserleichterung ist der Beweis des ersten Anscheins. **Wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit der Behauptung des Beweisführers spricht, dieser aber den vollen Nachweis nicht führen kann, so geht die Rspr. davon aus, dass auch im konkreten Fall auf eine konkrete Tatsache geschlossen werden darf**. Der Träger der Beweislast muss also nur einen Sachverhalt vortragen, der nach allgemeiner Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache hindeutet. Hat das Gericht diesen Sachverhalt festgestellt und einen derartigen Erfahrungssatz zugrunde gelegt, so ist der Beweis geführt. Da es zu keiner Beweislastumkehr kommt, lässt sich dieser Beweis schon durch den Nachweis entkräften, im konkreten Fall komme eine andere Möglichkeit ernsthaft in Betracht. Ist dieser Nachweis geführt, so ist der prima-facie-Beweis erschüttert, der Träger der Beweislast muss nunmehr den vollen Beweis führen.
Beweis: Es handelt nach dem ersten Anschein schuldhaft, wer mit dem Pkw auf die Gegenfahrbahn gerät, gegen einen Baum fährt, auf den Vordermann auffährt, mit einem Vorfahrtsberechtigten zusammenstößt.

5) **Exkurs: Die Produzentenhaftung (ausführlich dazu Schuldrecht BT 4 § 31 A)**

Im Bereich des Deliktsrechts hat sich im Rahmen der Produzentenhaftung ein abgestuftes System von Beweiserleichterungen entwickelt. Bei einem Konstruktions- oder Fabrikationsfehler muss der Verbraucher nachweisen, dass das von ihm erworbene Produkt bereits zur Zeit der Herstellung fehlerhaft war und er durch den Fehler in einem seiner Rechtsgüter verletzt wurde. Dabei kann er sich auf den prima-facie-Beweis stützen. Kann anschließend der Hersteller diesen Anscheinsbeweis nicht erschüttern, so wird bezüglich der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht und des Verschuldens die Beweislast vollständig umgekehrt: Es wird vermutet, dass der Hersteller schuldhaft seine Verkehrssicherungspflicht verletzt hat, bis er das Gegenteil nachweisen kann.

6) **Der Grundsatz der Beweislastverteilung**

Ist eine Beweislastverteilung weder durch materielles Recht noch durch Richterrecht vorgezeichnet, so wird auf den Grundsatz der Beweislastverteilung zurückgegriffen: **Jede Partei muss die tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtsnorm beweisen, auf die sie sich beruft**.

Daraus folgt:

a) Wer von einem anderen eine Leistung verlangt, muss die anspruchsbegründenden Voraussetzungen der Norm nachweisen. So muss der Kläger nachweisen, dass es durch Angebot und Annahme zu einem Vertragsschluss gekommen ist.

b) Dagegen müssen die Voraussetzungen von rechtshindernden, rechtsvernichtenden Einwendungen oder rechtshemmenden Einreden von demjenigen bewiesen werden, der sich auf ihre Existenz beruft.
Beispiel: So muss z.B. der Beklagte nachweisen, er habe den Vertrag wirksam angefochten, erfüllt oder aufgerechnet oder der Anspruch sei bereits verjährt.

IV. Der Beweisantrag

1) Der Träger der Beweislast beantragt, das Gericht möge über eine streitige Tatsache Beweis erheben und benennt das **Beweisthema** (= der streitige Umstand) und das **Beweismittel** (z.B. Zeuge, Urkunde). Im Rahmen der Beweisaufnahme ist jedoch der Verhandlungsgrundsatz insofern durchbrochen, als nach § 373 nur noch der Zeugenbeweis durch Beweisantrag der Parteien geführt wird. Andere Beweismittel können auch von Amts wegen herbeigeschafft werden.

2) Der Beweisantrag einer Partei kann zum einen wegen Verspätung nach § 296 ZPO präkludiert werden, zum anderen nur unter den engen Voraussetzungen des § 244 StPO abgelehnt werden, der hier analog angewandt wird:

- **Bloßer Beweisermittlungsantrag**, dem entweder das Beweisthema oder das Beweismittel fehlt.
- **Unerheblicher Beweis**, der die behauptete Tatsache nicht untermauert.
- **Überflüssiger Beweis**, weil das Gericht von der Wahrheit der Tatsache bereits überzeugt ist.
- **Wertloser Beweis**, der von vornherein als Beweis ungeeignet ist.

3) Die Beweisaufnahme erfolgt grundsätzlich vor dem erkennenden Gericht (Grundsatz der Unmittelbarkeit). Eine Beweisaufnahme durch einen beauftragten oder ersuchten Richter ist nur in Ausnahmefällen zulässig. Die Anordnung der Beweisaufnahme erfolgt durch formlosen Beschluss, wenn der Beweis sofort erhoben werden kann. Ansonsten gemäß § 358 durch förmlichen Beweisbeschluss, der nach § 358 a auch schon vor der Verhandlung ergehen kann.

V. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung: § 286 I

Im Gegensatz zu den festen Regeln des gemeinen Zivilprozesses gilt heute die freie Beweiswürdigung durch den Richter auf der Basis der gesamten Hauptverhandlung. Das Gericht entscheidet über die Wahrheit einer Behauptung nach freier Überzeugung. Jede vernünftige und plausible Erklärung ist unangreifbar, auch wenn diese Beweiswürdigung von anderen Richtern nicht geteilt wird. Die Würdigung muss aber gemäß § 286 I 2 im Urteil nachvollzogen werden, damit die Partei und das Revisionsgericht sie kontrollieren können.

Die o.g. gesetzlichen Vermutungen (z.B. §§ 891, 1006 BGB) sind nur Beweislastregeln, beeinflussen aber nicht die Beweiswürdigung. Feste Beweislastregeln existieren nur noch in Ausnahmefällen, z.B. §§ 415 - 418: Bindung an öffentliche Urkunden.

VI. Die einzelnen Beweismittel

1) Der Zeuge

Zeuge ist jeder, der Angaben über vergangene, sinnliche Wahrnehmungen machen kann, unabhängig vom Alter, Geisteszustand oder Beziehung zu den streitenden Parteien. Im Rahmen des Verhandlungsgrundsatzes wird der Zeuge nicht von Amts wegen, sondern nach § 373 nur auf Beweisantrag einer Partei geladen, in dem der Zeuge namentlich benannt wird. Den Zeugen treffen folgende Pflichten:

a) **Erscheinungspflicht**: Bei Nichterscheinen werden ihm nach § 380 die durch Säumnis entstandenen Kosten sowie ein Ordnungsgeld auferlegt.

b) **Aussagepflicht**:
- zur Person immer;
- grundsätzlich auch zur Sache, es sei denn, ihm stünde aus persönlichen (§ 383) oder sachlichen (§ 384) Gründen ein Aussageverweigerungsrecht zu. Bei unberechtigter Weigerung werden ihm die Kosten und ein Ordnungsgeld auferlegt, ersatzweise Ordnungshaft.

c) **Eidespflicht: § 391**

Der Zeuge wird durch formlosen Brief zum Termin geladen, wobei ihm in der Ladung bereits das Beweisthema mitgeteilt wird. Er wird in der Hauptverhandlung vom Vorsitzenden über seine Zeugenpflichten belehrt und vernommen und soll sich umfassend zum Beweisthema äußern. Erst nach seiner Sachdarstellung haben die Parteien ein Fragerecht, um die Aussage zu ergänzen. Zeugen werden einzeln und in Abwesenheit nachfolgender Zeugen vernommen, damit sie sich nicht wechselseitig beeinflussen. Nach Abschluss der Zeugenaussage wird dem Zeugen das Verhandlungsprotokoll vorgelesen bzw. der Tonträger vorgespielt, damit er seine Aussage i.S.d. § 162 genehmigt.

2) Der Sachverständige: §§ 402 ff

Er ist aufgrund besonderer Sachkunde ein Gehilfe des Gerichts, der über eine streitentscheidende Tatsache ein Gutachten erstellt. Im Gegensatz zum Zeugen sagt er nichts über seine vergangene sinnliche Wahrnehmung aus, sondern vermittelt Fachwissen und zieht Schlussfolgerungen. Er kann auch ohne Beweisantrag einer Partei von Amts wegen bestellt werden, wozu das Gericht bei fehlender Sachkunde auch verpflichtet ist. Die Auswahl des Sachverständigen erfolgt nicht durch die Parteien, sondern durch das Gericht. Der vom Gericht bestellte Sachverständige kann ebenso wie ein Richter nach § 406 von den Parteien abgelehnt werden. Das Gutachten des Sachverständigen wird entweder schriftlich vor dem Haupttermin erstellt oder dort mündlich vorgetragen. Es hat aufgrund des Sachverstandes und der Neutralität des Sachverständigen einen höheren Beweiswert als die Aussage des Zeugen.

3) Der Augenschein: §§ 371 - 372 a

Unter Augenschein versteht man über die optische Wahrnehmung hinaus **jede sinnliche Wahrnehmung des Gerichts** (z.B.: Besichtigung der Unfallstelle, Abhören von Tonträgern, Wahrnehmung störender Gerüche etc). Der Augenschein kann auf Beweisantrag hin oder von Amts wegen erfolgen und auf einen beauftragten oder ersuchten Richter übertragen werden.

4) **Die Urkunden: §§ 415 - 444**

Eine Urkunde ist **jede Gedankenerklärung in schriftlich fixierter Form**. Dabei muss zwischen öffentlichen und privatschriftlichen Urkunden unterschieden werden:

a) **Öffentliche Urkunden** werden von Behörden oder Personen ausgestellt, die mit besonderem öffentlichem Glauben versehen sind (z.B. Notar, Gerichtsvollzieher, Standesbeamter). Aufgrund deren Neutralität und Sachverstand (z.B. Notar) kommt den öffentlichen Urkunden besondere Beweiskraft zu:

- Sind Erklärungen öffentlich beurkundet (z.B. §§ 311 b 1; 925, 2276 BGB; Prozessvergleich gemäß § 794 I Nr. 1 ZPO), so kann die Beweiskraft nur mit dem Nachweis falscher Beurkundung erschüttert werden.

- Sind tatsächliche Vorgänge beurkundet worden (z.B.: Grundbuchauszug, Zustellungsurkunde), so kann auch hier der Beweiswert nur durch den Nachweis falscher Beurkundung nach § 418 II zerstört werden.

b) **Privaturkunden:** Auch unterschriebene Privaturkunden erbringen nach § 416 vollen Beweis dafür, dass die in ihnen erteilten Erklärungen von den Ausstellern abgegeben wurden. Die Beweiskraft erstreckt sich zwar nicht auf den Inhalt der Erklärung, doch hat auch eine Privaturkunde die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für sich. Der Gegner des die Urkunde vorlegenden Beweisführers hat sich nach § 439 I zur Echtheit der Urkunde zu erklären. Die Echtheit gilt als zugestanden, wenn sie nicht ausdrücklich bestritten wird.

5) **Die Parteivernehmung: §§ 445 ff.**

Im Gegensatz zur bloßen Anhörung der Partei, die dadurch ihren Vortrag nur ergänzt oder korrigiert, kann eine Partei auch als Beweismittel fungieren, wobei die Partei wie ein Zeuge vernommen wird; sie muss im Zusammenhang berichten und die Wahrheit sagen. Die Aussage der Partei unterliegt der freien Beweiswürdigung; ist das Gericht von der Wahrheit oder Unwahrheit der Aussage noch nicht überzeugt, kann es die Beeidigung der Aussage nach § 452 I 1 anordnen. Im Gegensatz zum Zeugen ist allerdings die Partei weder zur Aussage noch zur Eidesleistung verpflichtet, doch kann das Gericht die Aussage- bzw. Eidesverweigerung frei würdigen.

In praktischer Hinsicht kommt eine Parteivernehmung nur in Betracht, wenn der Beweislastpflichtige den Nachweis eines Umstandes nicht anders führen kann (z.B.: mündlicher Darlehensvertrag; Beklagter behauptet, das Geld nie erhalten zu haben); doch wird vermutlich auch das Risiko eines Meineides die Partei nicht schrecken: Kann die Darlehensgewährung nicht bewiesen werden, so kann auch eine potentielle Falschaussage nicht bewiesen werden. Liefert die vernommene Partei eine abweichende Sachdarstellung, so wird der Prozess nach Beweislastregeln entschieden.

Exkurs: Das selbständige Beweisverfahren

Nach § 485 kann bereits vor Prozessbeginn ein Augenscheins-, Zeugen- oder Sachverständigenbeweis erhoben werden, wenn der Gegner zustimmt oder ein Beweisverlust droht, wobei das Ergebnis der Beweisaufnahme nach § 493 später im Prozess benutzt werden kann. Zu beachten ist ferner, dass bereits der Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens die kurze Verjährung der Gewährleistungsansprüche (z. B. § 438 BGB) gemäß § 204 I Nr. 7 BGB hemmt, Zuständig ist das Gericht, das in der Hauptsache zuständig wäre bzw. bei dem der Rechtsstreit bereits anhängig ist, § 486.

§ 15 Die Beendigung des Prozesses durch Parteihandlungen

Aufgrund der im Zivilprozess grundsätzlich geltenden **Dispositionsmaxime** können die Parteien mit für das Gericht bindender Wirkung über den Streitgegenstand bestimmen. Sie haben daher auch die Möglichkeit, das Verfahren zu beenden und damit den Richter an einer abweichenden Sachentscheidung zu hindern.

I. Die Klagerücknahme nach § 269 (ausführlich dazu bereits oben § 11 III)

Vor Erlass eines rechtskräftigen Urteils hat der Kläger die Möglichkeit, die Klage zurückzunehmen und die Rechtshängigkeit rückwirkend (!) zu beseitigen. Da kein Urteil ergeht, steht einer erneuten Klage mit identischem Streitgegenstand nichts im Weg; nach Einlassung des Beklagten zur Hauptsache bedarf es daher der Zustimmung des Beklagten. Die Kosten werden in der Regel dem Kläger nach § 269 III 2 auferlegt. Etwas anderes gilt gemäß § 263 III 3, wenn der Kläger die Klage vor Rechtshängigkeit wegen Erledigung der Hauptsache zurücknimmt: Hier entscheidet das Gericht nach billigem Ermessen nach dem bisherigen Sach- und Streitstand, wer die Kosten zu tragen hat.

II. Der Klageverzicht nach § 306

Im Gegensatz zur Klagerücknahme wird die Rechtshängigkeit nicht beseitigt, sondern der Kläger verzichtet in der mündlichen Verhandlung auf die Geltendmachung dieses Anspruchs mit der Folge, dass auf Antrag des Beklagten ein Verzichtsurteil zu Lasten des Klägers ergeht, das nach Rechtskraft den Kläger an einer erneuten Klage hindert. Die Kosten trägt der Kläger als Verlierer des Prozesses nach § 91.

III. Das Anerkenntnis nach § 307 (vgl. oben § 10 I 3)

Der Beklagte erkennt den vom Kläger geltend gemachten Anspruch an, so dass bei Zulässigkeit der Klage (= Sachurteil), aber ohne Schlüssigkeitsprüfung ein Anerkenntnisurteil zu Lasten des Beklagten ergeht.

IV. Der Prozessvergleich

In Verfahrensarten, die von der Dispositionsmaxime beherrscht werden, können die Parteien auch dadurch über den Streitgegenstand verfügen, dass sie den Prozess ohne Urteil durch Abschluss eines Prozessvergleichs beenden. Auf eine derartige gütliche Beilegung des Streits soll nach § 278 I auch das Gericht hinwirken. Der Prozessvergleich hat eine Doppelnatur, da er sich aus einer Prozesshandlung und einem materiellrechtlichen Vertrag zusammensetzt:

1) **Der Vergleich als Prozesshandlung folgt den Regeln der ZPO.**

Der Vergleich wird vor einem Gericht geschlossen und beendet einen Streit zwischen Anhängigkeit und rechtskräftiger Entscheidung. Es müssen die allgemeinen Prozessvoraussetzungen vorliegen, insbesondere die Parteien im Anwaltsprozess auch bei Abschluss des Vergleichs anwaltlich vertreten sein. Der Vergleich wird in der Regel bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien vor dem Richter gemäß den §§ 160 III Nr.1; 162 zu Protokoll gegeben, wobei nach § 127 a BGB die richterliche Protokollierung die notarielle Beurkundung ersetzt. Es können daher im Wege des Vergleichs vor Gericht Verträge geschlossen werden, die ansonsten der notariellen Beurkundung bedurft hätten (z.B. §§ 311 b; 925 I 3, 2276 BGB). Das Vergleichsprotokoll wird den Parteien vorgelesen, von diesen genehmigt

und vom Richter gemäß § 163 unterschrieben. Der Unterschrift der Parteien bedarf es nicht. Ein gerichtlicher Vergleich kann auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen. Das Gericht stellt dann das Zustandekommen und den Inhalt des geschlossenen Vergleichs durch Beschluss fest.

2) **Der Vergleich als materielles Rechtsgeschäft folgt den Regeln des BGB.**

Nach § 779 BGB erfordert der Vergleich ein gegenseitiges Nachgeben, wobei nicht erforderlich ist, dass beide Parteien „gleich viel" nachgeben. Auch die Stundung oder Gestattung der Ratenzahlung der eingeklagten Kaufpreisforderung stellt z.B. aus Sicht des Verkäufers ein Nachgeben dar. Der Vergleich kann aufgrund von Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründen (z.B. §§ 104, 108 I, 119 I, 123 BGB) nichtig sein oder angefochten werden oder, wie in Anwaltsprozessen häufig, unter eine aufschiebende Bedingung gestellt werden; der Vergleich wird erst dann wirksam und als Vollstreckungstitel nach § 794 I Nr. 1 ZPO vollstreckbar, wenn die Widerrufsfrist ungenutzt verstrichen ist. Dieser Widerruf ist keine Prozesshandlung, sondern materielles Rechtsgeschäft. Er ist daher formlos möglich und wird wirksam gemäß § 130 I 1 BGB mit Zugang beim Gegner.

3) **Die Wirkungen des Prozessvergleichs**

a) Der Vergleich beendet den Prozess ohne Urteil, die Rechtshängigkeit erlischt. Bereits ergangene Entscheidungen (z.B.: Teilurteil, Versäumnisurteil) werden durch den Vergleich ersetzt. Er ist ein Vollstreckungstitel nach § 794 I Nr. 1, wenn er einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat. Daher muss die vollstreckbare Leistung genau umschrieben werden.

b) Bezüglich der Kosten können die Parteien eine Entscheidung nach § 91 a beantragen, ansonsten können die Kosten nach § 98 gegeneinander aufgehoben werden.

c) Ist der Prozessvergleich unwirksam, so bleibt der Prozess rechtshängig und muss weiter geführt werden. Ist die Unwirksamkeit bestritten, so muss sie im alten Prozess geltend gemacht werden:

aa) Hält der Kläger den Vergleich für unwirksam, so stellt er seinen alten Klageantrag; negative Zulässigkeitsvoraussetzung ist jedoch dann die Unwirksamkeit des Vergleichs, die vorab festgestellt werden muss.

bb) Der Beklagte beantragt festzustellen, dass der Vergleich infolge Unwirksamkeit den Streit nicht erledigt hat; der Kläger hält dann entweder am aus seiner Sicht wirksamen Vergleich fest oder hält seinen alten Klageantrag aufrecht.

AL-Klausurtipp: Der Prozessvergleich ist zwar ein Vollstreckungstitel, doch hat er nicht die Rechtskraft eines Urteils: Die Präklusionswirkung des § 767 II gilt beim Prozessvergleich nicht. Im Wege der Vollstreckungsgegenklage können daher Einwendungen und Einreden geltend gemacht werden, deren Entstehung zeitlich vor Abschluss des Prozessvergleichs liegt.

V. Die Erledigung in der Hauptsache nach § 91 a

Ausgangsfall: K klagt gegen Werkunternehmer W auf Reparatur seines Pkw Zug um Zug gegen Zahlung eines vereinbarten Festpreises. Nach Prozessbeginn wird der Pkw bei K von Unbekannten gestohlen.

1) **Soweit die Dispositionsmaxime reicht, können beide Parteien übereinstimmend den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklären mit der Folge, dass ohne richterliche Prüfung der Prozess ohne Urteil endet** und nur durch Beschluss über die Kostenverteilung entschieden

wird. Wird die Klage nach Prozessbeginn unzulässig oder unbegründet, so vermeidet der Kläger dadurch die Klagerücknahme mit der entsprechenden Kostenfolge des § 269 III 2.

2) **Anwaltszwang ist für die Erledigungserklärung selbst vor dem LG nach § 78 III nicht vonnöten**. Auch die übrigen Prozessvoraussetzungen bis auf die Prozesshandlungsfähigkeit sind verzichtbar, so dass auch eine unzulässige Klage für erledigt erklärt werden kann.

3) **Die Rechtshängigkeit erlischt ohne richterliche Prüfung, ob und seit wann die Hauptsache tatsächlich erledigt ist**. Dies folgt aus der Dispositionsmaxime, dass die übereinstimmende Feststellung der Parteien den Richter bindet. Noch nicht rechtskräftige Urteile verlieren ihre Wirkung; dies kann durch richterlichen Beschluss analog § 269 IV festgestellt werden. Bei Erledigungserklärung nach Rechtsmitteleinlegung wird das Rechtsmittel unzulässig.

4) **Das Gericht entscheidet nur noch über die Kosten und verteilt sie nach billigem Ermessen durch Beschluss nach dem bisherigen Sach- und Streitstand**. Sie werden der Partei auferlegt, die nach Einschätzung des Gerichts den Prozess hypothetisch verloren hätte. Lässt sich dies noch nicht absehen, so werden die Kosten gegeneinander aufgehoben.

5) **Gegen die Kostenentscheidung steht der insoweit unterlegenen Partei nach § 91 a II die sofortige Beschwerde zu**. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn der Streitwert der Hauptsache den in § 511 genannten Betrag (600,- Euro) nicht übersteigt (§ 91 a II 2), da den Parteien gegen einen Beschluss nach § 91 a nicht mehr Rechtsmittel zustehen sollen, als Ihnen in der Hauptsache zugestanden hätten. Selbst wenn jedoch eine Beschwerde grundsätzlich möglich ist, muss gemäß § 567 II der Wert des Beschwerdegegenstandes 100,- Euro übersteigen, da die Beschwerde ansonsten zwar statthaft, aber unzulässig ist.

6) **Auch nach erfolgter Erledigung der Hauptsache ist eine erneute Klage noch möglich**, da über den Streitgegenstand keine rechtskräftige Entscheidung gefällt wurde, doch kann einer erneuten Klage der Einwand des Rechtsmissbrauchs aus § 242 BGB entgegenstehen.

Problem 1: Einseitige Erledigungserklärung des Klägers

Beispiel: W widerspricht der Erledigungserklärung mit der Behauptung, der Werkvertrag sei nie geschlossen worden; die Klage sei daher von vornherein unbegründet gewesen.

Der Kläger allein kann einseitig die Hauptsache nicht für erledigt erklären, die Rechtshängigkeit bleibt somit erhalten. Es handelt sich jedoch um eine nach § 264 Nr. 2 zulässige **Klageänderung**: Der Kläger lässt den alten Antrag fallen und beantragt Feststellung, dass die Hauptsache erledigt sei. Das Gericht prüft nun, ob die Hauptsache durch Erfüllung oder ein anderes Ereignis erledigt wurde. Die Hauptsache ist aber nur dann erledigt, wenn die Klage erst nach Klageerhebung unzulässig oder unbegründet wurde:

- **War die Klage bis zum erledigenden Ereignis zulässig und begründet, so wird im Urteil (!) festgestellt, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist**. Die Kosten werden nicht nach § 91 a, sondern gemäß **§ 91** dem verlierenden Beklagten auferlegt, der bezüglich der Feststellung der Erledigung unterlegen ist.

- **War die Klage bis zur Klageänderung des Klägers unzulässig oder unbegründet, so wird nicht die Erledigung festgestellt, sondern die Klage wird durch Urteil abgewiesen**, die Kosten dem Kläger nach § 91 auferlegt.

Problem 2: Die Erledigung trat vor Klageerhebung ein

Beispiel: V verklagt K auf Kaufpreiszahlung. K hatte jedoch ohne Wissen des V den Betrag bereits überwiesen; der Geldbetrag wird dem Konto des V vor Klageerhebung noch gutgeschrieben.

Nur die erhobene Klage kann sich erledigen, da erst durch Klageerhebung ein Prozessrechtsverhältnis zwischen Kläger und Beklagtem entsteht. Da die Klage bereits bei ihrer Erhebung unbegründet war, müsste sie bei unverändertem Klageantrag abgewiesen werden. Der Kläger kann die Klage aber gemäß § 269 III 3 zurücknehmen mit der Folge, dass das Gericht nach bisherigem Sach- und Streitstand über die Verteilung der Kosten entscheidet. § 269 III 3 spricht zwar nur davon, dass sich die Klage vor Rechtshängigkeit, also vor der Zustellung erledigt hat, doch sollte man § 269 III 3 auch auf den Fall anwenden, dass die Erledigung vor der Klageerhebung erfolgte (Knauer/Wolf, NJW 2004, 2858 m.w.N.).

§ 16 Das Urteil

I. Die gerichtlichen Entscheidungen

1) **Urteile** ergehen grundsätzlich (Ausnahme §§ 128 II, III, 307, 2; 331 III) aufgrund einer mündlichen Verhandlung nach erfolgter Beratung und Abstimmung in der Form des § 313. Das Gericht ist an seine Entscheidung nach § 318 gebunden und darf sie nicht mehr abändern. **Urteile erledigen den Rechtsstreit durch verbindliche Entscheidung über den Streitgegenstand**. Sie können mit Berufung und Revision angegriffen werden.

2) **Beschlüsse sind Entscheidungen des Gerichts, die gemäß § 128 IV ohne mündliche Verhandlung ergehen können, soweit nichts anderes bestimmt ist.** Gegen Beschlüsse findet gemäß § 567 die sofortige Beschwerde statt, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist oder es sich um eine ohne mündliche Verhandlung mögliche Entscheidung handelt, durch die ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden ist.

3) **Verfügungen** sind prozessleitende Maßnahmen des Vorsitzenden.

II. Die Arten der Urteile

1) Prozessurteil – Sachurteil

Ein **Prozessurteil** weist die Klage ohne Sachentscheidung wegen fehlender Prozessvoraussetzungen als *unzulässig* zurück (z.B. bei fehlender Prozessführungsbefugnis). Ein **Sachurteil** entscheidet dagegen über die **Begründetheit** der Klage. Der Unterschied liegt vor allem in der Wirkung der Rechtskraft: Während bei rechtskräftigem Sachurteil eine Klage mit identischem Streitgegenstand unzulässig ist, kann bei einem ergangenen Prozessurteil unter Vermeidung des damaligen Fehlers erneut geklagt werden.

Beispiel: Der Kläger hatte zunächst im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft geklagt, doch hatte das Gericht die Klage unter Hinweis auf ein fehlendes Eigeninteresse des Klägers am Ausgang des Verfahrens als unzulässig abgewiesen. Der Kläger klagt erneut und behauptet, ihm sei jetzt der zuvor bereits geltend gemachte Anspruch vom früheren Inhaber abgetreten worden.

2) **Endurteil – Zwischenurteil**

Das **Endurteil erledigt den Streitgegenstand** ganz (= **Vollurteil**) oder einen davon abtrennbaren Teil (= **Teilurteil**).
Beispiel: K klagt gegen den B in einem Prozess sowohl 4.000,- Euro aus einem Kaufvertrag als auch weitere 3.000,- Euro aus einem Werkvertrag ein. Ist der Teil des Streites, der sich auf den Anspruch aus dem Kaufvertrag bezieht, bereits zur Entscheidung reif, der andere Teil hingegen nicht (weil z.B. noch Beweis erhoben werden muss), so kann über den ersten Teil durch Teilurteil entschieden werden.

Das **Zwischenurteil** entscheidet grundsätzlich nicht über den Streitgegenstand, sondern über **prozessuale Zwischenfragen**. So wird z.B. über die Zulässigkeit der Klage oder der Klageänderung durch Zwischenurteil nach § 303 entschieden.

Das Zwischenurteil kann ausnahmsweise nach § 304 auch den Streitgegenstand betreffen: Ist ein Anspruch nach Grund und Höhe streitig, so kann durch Zwischenurteil vorab über den Grund entschieden werden. Dieses **Grundurteil** ist selbständig mit Rechtsmitteln nach § 304 anfechtbar. Danach wird im **Betragsverfahren** nur noch über die Höhe gestritten.

3) **Versäumnisurteile – kontradiktorische Urteile**

Ein **Versäumnisurteil** ergeht, wenn eine Partei ihre Verteidigungsabsicht schriftlich im Vorverfahren nicht anzeigt oder in der mündlichen Verhandlung nicht erscheint, nicht ordnungsgemäß erscheint (Anwaltszwang) oder nicht zur Sache verhandelt. **Kontradiktorisch** hingegen sind alle Urteile, die keine Versäumnisurteile sind unabhängig davon, ob überhaupt streitig durch widersprechende Sachanträge verhandelt wurde.

4) **Bedingte Urteile**

Zwar wird in einer für den Kläger günstigen Weise über den Streitgegenstand entschieden, doch hängt der endgültige Bestand des Urteils von einer noch folgenden gerichtlichen Entscheidung ab:

a) **Vorbehaltsurteile**: §§ 302 I, 599: Der Beklagte wird vorbehaltlich seiner im **Nachverfahren** zu prüfenden Einwendungen verurteilt. Das Nachverfahren endet durch Endurteil.

b) Auflösend bedingt sind auch die Urteile, die vor Rechtskraft der Zwischenurteile nach den §§ 280 oder 304 ergehen.

5) **Leistungs-, Gestaltungs- und Feststellungsurteile**

a) **Leistungsurteile** enthalten einen vollstreckbaren Befehl, zugunsten des Klägers eine bestimmte Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen (z.B. Geldzahlung, Unterlassungserklärung).

b) **Gestaltungsurteile** gestalten mit Rechtskraft des Urteils konstitutiv ein zwischen den Prozessparteien bestehendes Rechtsverhältnis um.
Beispiel: Ehescheidung gemäß den §§ 1564 ff BGB; Klage auf Ausschluss eines Gesellschafters bei oHG und KG nach den §§ 140, 161 II HGB.

c) **Feststellungsurteile** entscheiden, ob zwischen Kläger und Beklagtem ein Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht.

III. Der Erlass des Urteils

Gemäß § 309 dürfen nur die Richter das Urteil erlassen, die an der letzten mündlichen Verhandlung teilgenommen haben (**Unmittelbarkeitsgrundsatz**). Kollegialgerichte fällen Urteile – wenn nicht der Einzelrichter entscheidet – nach geheimer Beratung und Abstimmung gemäß den §§ 192 ff. GVG. Der Vorsitzende leitet die Beratung nach § 194 GVG, die mit einem Aktenvortrag des Berichterstatters beginnt, der den streitigen Sachverhalt zusammenfasst und einen Entscheidungsvorschlag unterbreitet. Wird keine Einigung erzielt, so erfolgt eine Abstimmung, bei der die Richter nach dem Dienstalter abstimmen; als letzter stimmt der Vorsitzende, der jedoch nur über eine Stimme verfügt. Es entscheidet die **absolute Mehrheit** der Stimmen.

IV. Die Verkündung des Urteils

Das Urteil wird durch den Vorsitzenden gemäß § 173 GVG öffentlich entweder noch im Haupttermin oder einem gesonderten Verkündungstermin nach § 310 verkündet. Dies geschieht grundsätzlich durch Verlesen der Urteilsformel bzw. durch Bezugnahme auf die Urteilsformel (§ 311). Die mündliche Begründung ist fakultativ. Mit Verkündung ist das Gericht an seine Entscheidung gebunden und kann diese nur noch unter den engen Voraussetzungen der §§ 319 ff ZPO, z.B. wegen eines Schreibfehlers, abändern.

V. Die Zustellung des Urteils

Sie erfolgt von Amts wegen und setzt die 14tägige Einspruchsfrist (Versäumnisurteil/§ 339 I) bzw. die einmonatige Rechtsmittelfrist von Berufung gemäß § 517 und der Revision gemäß § 548 in Gang. Ab Zustellung darf der Gläubiger gemäß § 750 ZPO vollstrecken.

VI. Form und Inhalt des Urteils: §§ 311 I, 313 I

1) **Überschrift:** Im Namen des Volkes

2) **Urteilseingang** (= Rubrum = lateinisch „rot“, weil es früher mit roter Tinte geschrieben wurde): letzte mündliche Verhandlung, Gericht und Besetzung, Parteien, Vertreter

3) **Urteilsformel** (= Tenor): Er enthält das Ergebnis des Prozesses.
   - die Entscheidung in der Hauptsache;
   - die Kostenentscheidung;
   - die vorläufige Vollstreckbarkeit.

4) **Tatbestand:** = tatsächliche Grundlage der Entscheidung aufgrund des Parteienvortrags:
   - Unstreitiger Sachverhalt;
   - streitiger Tatsachenvortrag des Klägers plus Klageantrag;
   - Beklagtenvorbringen plus Antrag des Beklagten;
   - Hinweis auf erfolgte Beweisaufnahme.

5) **Entscheidungsgründe**: kurze Zusammenfassung der richterlichen Erwägungen, Beweiswürdigung

6) **Unterschrift der Richter**

VII. Die Wirkungen des Urteils

1) **Tatbestandswirkung**

Ist das Urteil Tatbestandsvoraussetzung einer materiellen Norm, so treten die Folgen automatisch ein, z.B.:

a) **§ 197 I Nr. 3 BGB**: Das Urteil setzt eine neue Verjährungsfrist in Gang.

b) **§ 1991 III BGB**: Die Verurteilung des Erben steht der Erfüllung der Nachlassverbindlichkeit gleich.

2) **Innerprozessuale Bindung**

End- und Zwischenurteile binden das Gericht gemäß § 318 nach Verkündung des Urteils während des Verfahrens an die eigene Entscheidung:

a) Das Endurteil und das Teilurteil dürfen nur noch durch das Rechtsmittelgericht abgeändert werden.

b) Das Zwischenurteil bindet bezüglich prozessualer Vorfragen (z.B. Zulässigkeit der Klage), das Grundurteil bezüglich der Existenz des Anspruchs dem Grunde nach.

c) Änderungen sind nur noch in den Grenzen der §§ 319 - 321 zulässig.

3) **Formelle Rechtskraft**

a) Sie tritt ein, wenn eine gerichtliche Entscheidung mit den fristgebundenen Rechtsbehelfen wie Einspruch gegen ein VU, Berufung, Revision oder Beschwerde nicht mehr angegriffen werden kann. Ein Urteil wird rechtskräftig mit:

aa) **Verkündung**, wenn es seiner Art nach unanfechtbar ist, die Einlegung eines Rechtsmittels also nicht statthaft wäre, z.B. Revisionsurteile des BGH.

bb) **Entscheidung des Rechtsmittelgerichts, wenn hiergegen keine Rechtsmittel gegeben sind**:
- Zurückweisung der Berufung durch unanfechtbaren Beschluss wegen offensichtlicher Erfolglosigkeit;
- Verwerfung der Revision als unzulässig.

cc) **beiderseitigem Rechtsmittelverzicht** der Parteien gegenüber dem Gericht.

dd) **Ablauf der Rechtsmittelfrist**.

b) **Die formelle Rechtskraft bewirkt, dass das Urteil**

aa) Gestaltungswirkung entfaltet (z.B. ist die Ehe mit Rechtskraft des Urteils nach § 1564 BGB geschieden);

bb) ohne Sicherheitsleistung vollstreckt werden kann, wenn es zuvor nur gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar war;

cc) materiell rechtskräftig wird.

4) Die materielle Rechtskraft

Ist ein Urteil formell rechtskräftig geworden, so kann es nicht mehr überprüft und in Zweifel gezogen werden. Die materielle Rechtskraft führt zu einer Bindung an den rechtskräftigen Urteilsausspruch über den prozessualen Anspruch, den Streitgegenstand; die Entscheidung wird von ihrem Inhalt her verbindlich. Die Parteien müssen die rechtskräftige verbindliche Entscheidung über den Streitgegenstand hinnehmen und dürfen nicht mehr erneut über ihn prozessieren (ne bis in idem). Andere Gerichte sind bei Entscheidungen, bei denen die rechtskräftige Entscheidung von Bedeutung ist, an den Urteilsspruch gebunden.

a) Das Wesen der Rechtskraft

Nach der h.M. (= **prozessuale Theorie**) hat die materielle Rechtskraft keinen Einfluss auf die materielle Rechtslage.
Beispiel: Klagt E gegen B auf Herausgabe aus § 985 und gibt das Gericht der Klage statt, so ist nur der Herausgabeanspruch verbindlich festgestellt; war E nicht der Eigentümer, so wird er es auch nicht durch das Urteil.

Das festgestellte Recht entsteht also nicht durch Urteil, doch ist der Richter eines erneuten Prozesses an diese Feststellung gebunden. Es bindet daher auch das falsche Urteil, weil nach der inhaltlichen Richtigkeit infolge der Rechtskraft nicht mehr gefragt werden darf!

b) Die Wirkungen der Rechtskraft

aa) Ne bis in idem

Soll in einem neuen Rechtsstreit über den identischen Streitgegenstand erneut gestritten werden, so steht dem die materielle Rechtskraft als Prozesshindernis entgegen. Die erneut erhobene Klage ist aufgrund eines „erst-recht-Schlusses“ aus § 261 III Nr. 1 unzulässig: Darf schon nicht bei *Rechtshängigkeit* anderweitig geklagt werden, dann erst recht nicht bei *Rechtskraft.* Die der Klage entgegenstehende Rechtskraft wird als von den Parteien nicht heilbarer Verfahrensmangel von Amts wegen beachtet.

bb) Die rechtskräftige Entscheidung wirkt präjudizierend.

Wird in einem erneuten Prozess über einen anderen Streitgegenstand prozessiert, so ist die Klage zulässig. Die Entscheidung in der Sache kann dabei von einer Rechtsfolge abhängig sein, die im ersten Prozess verbindlich entschieden wurde. Dabei muss das zweite Gericht die rechtskräftige Entscheidung des ersten Gerichts ohne eigene Sachprüfung als verbindlich hinnehmen. Die festgestellte Rechtsfolge ist somit für spätere Prozesse verbindlich und unangreifbar; die spätere Entscheidung darf sich dazu nicht in Widerspruch setzen (beachte aber die zeitliche Grenze der Rechtskraft, vgl. unten).

c) Die Grenzen der Rechtskraft

aa) Die objektive Grenze der Rechtskraft

betrifft den Umfang der Bindungswirkung an die rechtskräftige Entscheidung. Das Gericht hat über den vom Kläger geltend gemachten prozessualen Anspruch entschieden, so dass der prozessuale Anspruch, den der Kläger durch Klageantrag und Klagegrund bestimmt, die Reichweite der Bindungswirkung vorgibt. Rechtskräftig wird also nicht das gesamte Urteil, sondern nur die Entscheidung über den Streitgegenstand. **Nur die festgestellte Rechtsfolge ist verbindlich, nicht die streitentscheidenden Tatsachen, nicht die Urteilsgründe und Rechtsverhältnisse**.

(1) **Tatsachenfeststellungen** werden somit nicht rechtskräftig, da sie nicht im Urteilsausspruch, sondern nur in den Gründen enthalten sind.
Beispiel: Ist im Rahmen einer Kaufpreisklage die Klage wegen erfolgter Anfechtung abgewiesen worden, so kann die Wirksamkeit der Anfechtung in einem anderen Prozess (z.B. § 812 I 1, 1. Alt.) in Zweifel gezogen werden.

(2) Selbst **präjudizierende Rechtsverhältnisse**, von deren Existenz die Entscheidung abhängt, nehmen an der Rechtskraft der Entscheidung nicht teil.
Beispiel: Klagt E gegen B auf Herausgabe, so nimmt die in den Urteilsgründen enthaltene Feststellung, E sei Eigentümer, nicht an der Rechtskraft teil. Die Eigentümerstellung des E kann in einem erneuten Prozess über einen anderen Streitgegenstand (z.B. Schadensersatz nach § 989 BGB) in Zweifel gezogen werden. Therapie für den Kläger: Zwischenfeststellungsklage nach § 256 II.

(3) **Einwendungen** und **Einreden** des Beklagten werden nicht rechtskräftig. Dies ergibt sich aus dem Umkehrschluss aus § 322 II: Die Aufrechnung ist das einzige Verteidigungsmittel, über das rechtskräftig entschieden wird, wenn die Aufrechnung im Prozess zugelassen wird.

Problem 1: Die Teilklage

Hat der Kläger aus Kostengründen zunächst nur einen Teil seiner Forderung eingeklagt, so erstreckt sich die Rechtskraft auch nur auf den Teil der Forderung, über den das Gericht entscheiden durfte (§ 308 I!).

Zusammenfassung

Die objektive Reichweite der Rechtskraft erstreckt sich nur auf den Streitgegenstand, also den geltend gemachten Anspruch, wie er sich aus Klageantrag und Lebenssachverhalt ergibt. Ist über den Streitgegenstand verbindlich entschieden, tritt eine Bindungswirkung an diese Entscheidung ein.

Problem 2: Die Anspruchskonkurrenz

Standen dem Kläger aufgrund eines Lebenssachverhalts konkurrierende vertragliche und deliktische Schadensersatzansprüche (z.B. § 831 I 1) zu und hat das Gericht nur über die deliktischen Ansprüche entschieden (z.B. § 831 I 1 aufgrund der Exkulpation abgelehnt), so kann der Kläger nicht erneut klagen, da über den Streitgegenstand (= Antrag und Lebenssachverhalt) *falsch*, aber *verbindlich* entschieden wurde.

bb) **Die zeitliche Grenze** wird der Rechtskraft durch den Schluss der letzten mündlichen Verhandlung gezogen. Die materielle Rechtskraft erstreckt sich auf den Streitgegenstand, der durch Antrag und Lebenssachverhalt in der letzten mündlichen Verhandlung vorgegeben wurde. Nur die damaligen Tatsachen konnten Entscheidungsgrundlage sein. In einem späteren Prozess dürfen die Parteien keine Tatsachenbehauptungen aufstellen, die sie im ersten Prozess hätten objektiv (zu den Problemen vgl. § 767 ZPO) vorbringen können, da sie damit wegen der Rechtskraft der Entscheidung präkludiert werden.

Die im rechtskräftigen Urteil festgestellte Rechtsfolge kann sich aber auch durch Vorgänge nach Rechtskraft des Urteils verändern:

- Der festgestellte Anspruch erlischt.
  Beispiel: Der verurteilte Schuldner zahlt nach Rechtskraft an den Gläubiger. Geht der Gläubiger trotz erfüllter Forderung weiter aus dem Titel vor, so kann der Schuldner Vollstreckungsgegenklage nach § 767 I ZPO erheben.

- Der verneinte Anspruch entsteht.
  Beispiel: E klagt gegen B auf Herausgabe aus § 985 BGB mit der Behauptung, das Eigentum an der Sache durch Erbfall erlangt zu haben. Nach rechtskräftiger Klageabweisung klagt er erneut und behauptet nunmehr, das Eigentum nach dem Urteil durch Rechtsgeschäft erlangt zu haben.

In beiden Fällen können jedoch nur die Tatsachenbehauptungen gerichtlich überprüft und verwertet werden, die nach Rechtskraft des Urteils lagen. So wird im ersten Fall im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage nicht mehr der ursprüngliche Stand der Forderung überprüft, im zweiten Fall wird nur der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb als Beweis zugelassen.

cc) **In subjektiver Hinsicht** wirkt das Urteil nur für und gegen die streitenden Parteien und nach § 325 gegenüber denjenigen, die nach Rechtshängigkeit deren Rechtsnachfolger geworden sind (BGH NJW 2017, 1273, 1274). Rechtsnachfolger ist jeder, der den streitbefangenen Gegenstand durch Rechtsgeschäft (z.B. § 929, 1 BGB) Gesetz (z.B. § 1922 BGB) oder Hoheitsakt (z.B. § 817 II ZPO analog) erwirbt.

Für den Rechtsnachfolger wirkt das Urteil immer. Gegen ihn wirkt es gemäß § 325 II ZPO dann nicht, wenn er das Recht sowohl nach materiellrechtlichen Regeln gutgläubig erworben hat und auch keine Kenntnis von der Rechtshängigkeit hatte.

Das erforderliche Maß der Gutgläubigkeit wird dabei durch die jeweilige materiellrechtliche Gutglaubensvorschrift bestimmt; so scheitert § 932 BGB bereits bei grober Fahrlässigkeit, § 892 nur bei positiver Kenntnis. Erforderlich ist jedoch stets, dass der Nachfolger das Recht überhaupt gutgläubig erwerben konnte (was z.B. bei nicht verbrieften Forderungen grundsätzlich nicht der Fall ist).

(Zur Veräußerung der streitbefangenen Sache und zu den daraus resultierenden Problemen der Prozessführungsbefugnis/ gesetzliche Prozessstandschaft wiederholen Sie bitte § 7 IV 1.)

d) **Die Durchbrechung der Rechtskraft**

Da das wesentliche Ziel der Rechtskraft die Gewährung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden ist, darf eine rechtskräftige Entscheidung nur in eng begrenzten Ausnahmefällen durchbrochen werden:

aa) **Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand: § 233**

War eine Partei unverschuldet daran gehindert, eine Notfrist oder die Frist zur Begründung von Berufung, Revision, Nichtzulassungsbeschwerde, Rechtsbeschwerde oder Beschwerde nach §§ 621 e, 629 a II einzuhalten und ist dadurch formelle Rechtskraft eingetreten, so kann sie nach beantragter und gewährter Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand die versäumte Handlung nachholen.

bb) **Abänderungsklage gemäß § 323**

Ist der Schuldner verurteilt worden, an den Gläubiger ständig wiederkehrende Leistungen zu erbringen (z.B. Unterhalts- und Rentenansprüche), so kann jede Partei eine Abänderung des Vollstreckungstitels verlangen, wenn nach der letzten mündlichen Verhandlung eine wesentliche Veränderung der äußeren Verhältnisse stattgefunden hat. Die Höhe der titulierten Forderung beruht auf den Verhältnissen zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung: Zwar soll das Gericht die künftige Entwicklung berücksichtigen, doch gestattet § 323 als Ausnahme zu § 322, die Rechtskraft zu durchbrechen, wenn sich die Prognose als falsch erwiesen hat.

cc) **Nichtigkeits- und Restitutionsklage: §§ 578 - 591**

Zwar tritt, wie oben gesehen, auch eine Bindung an ein rechtskräftiges Fehlurteil ein, doch können besonders schwere prozessuale Mängel und Mängel in der Urteilsgrundlage durch Wiederaufnahme des Verfahrens beseitigt werden. Die Wiederaufnahmeklage hat weder Suspensiveffekt (§ 584) noch Devolutiveffekt (§ 587), da das angefochtene Urteil ja rechtskräftig ist.

(1) Die **Nichtigkeitsklage des § 579** soll schwere Verfahrensmängel geltend machen - unabhängig davon, ob der Mangel die Entscheidung beeinflusst hat, z.B.: vorschriftswidrige Besetzung, Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters.

(2) Die **Restitutionsklage des § 580** betrifft Mängel in der Urteilsgrundlage, z.B.: Meineid oder Urkundenfälschung haben zum Fehlurteil geführt; Auffinden einer Urkunde, die im Prozess eine günstigere Entscheidung ermöglicht hätte.

Die Wiederaufnahmegründe sind in den §§ 579, 580 enumerativ aufgezählt. Beide Klagen sind befristet und müssen in einer **Notfrist von einem Monat nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes gemäß § 586** erhoben werden.

dd) **Die mögliche Durchbrechung der Rechtskraft durch § 826 BGB** sehen wir uns im Rahmen der Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung an.

§ 17 Die Rechtsmittel

I. Der Begriff

Die ZPO bietet den Parteien eine Fülle von Möglichkeiten, gerichtliche Entscheidungen noch einmal überprüfen zu lassen, z.B. Einspruch gegen VU, Abänderungsklage nach § 323 ZPO, Nichtigkeits- und Restitutionsklage gemäß den §§ 579, 580. Im Unterschied zu diesen **Rechtsbehelfen** kennt die ZPO **fünf Rechtsmittel***:* **Berufung**, **Revision, sofortige Beschwerde, Nichtzulassungsbeschwerde oder Rechtsbeschwerde,** die sich von den allgemeinen Rechtsbehelfen durch zwei Merkmale unterscheiden:

- **Devolutiveffekt:** Die angefochtene Entscheidung wird von einer höheren Instanz überprüft.

- **Suspensiveffekt:** Der Eintritt der formellen Rechtskraft wird gemäß § 705, 2 (Berufung und Revision) bzw. Gemäß § 544 V (Nichtzulassungsbeschwerde) gehemmt. Dennoch kann aus der angefochtenen Entscheidung mit oder ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckt werden, wenn nicht das Rechtsmittelgericht die einstweilige Einstellung der Vollstreckung nach § 719 anordnet.

II. Die Funktion der Rechtsmittel

Die Möglichkeit, gerichtliche Entscheidungen von einer höheren Instanz noch einmal überprüfen zu lassen, liefert eine verstärkte Garantie für die inhaltliche Richtigkeit der Entscheidung und zwingt die erkennenden Gerichte zur sorgfältigen Begründung. Darüber hinaus wird gerade im Revisionsverfahren eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung sowie eine Rechtsfortbildung bewirkt. Die Nachteile bestehen in einer Verzögerung und Verteuerung des Verfahrens sowie in einer verstärkten Belastung der Gerichte. Daher wird die Zulässigkeit eines Rechtsmittels unter anderem davon abhängig gemacht, dass ein bestimmter Beschwerdewert erreicht wird, um endlosen Streit um Bagatellen zu verhindern.

III. Das Verbot der reformatio in peius

Das Rechtsmittelgericht entscheidet wie auch die Eingangsinstanz nur über den Antrag desjenigen, der das Gericht anruft, hier des **Rechtsmittelführers**. Auch hier entscheidet das Gericht aufgrund der **Dispositionsmaxime** nur über das, was von den Parteien beantragt wird; in Ergänzung zu § 308 I (ne ultra petita) bestimmt daher § 528, dass das Urteil des ersten Rechtszugs im Rahmen der Berufung nur soweit abgeändert werden darf, wie der Rechtsmittelführer es beantragt. Das angefochtene Urteil darf daher nicht zum Nachteil des Rechtsmittelführers abgeändert werden (**Verbot der Verschlechterung**). Im schlimmsten Fall bleibt somit das Rechtsmittel erfolglos. Anders liegt der Fall jedoch, wenn auch die Gegenseite sich dem Rechtsmittel anschließt und **Anschlussberufung** gemäß § 524 I oder **Anschlussrevision** nach § 554 einlegt; da nunmehr beide Parteien Rechtsmittelführer sind, gilt das Verbot der reformatio in peius nicht mehr. Die Anschlussrechtsmittel verlangen keine Beschwer; daher kann in der Berufungsinstanz vom Kläger Anschlussberufung eingelegt werden mit dem Ziel, den Klageantrag zu erweitern oder Widerklage zu erheben.

IV. Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Rechtsmittels

Sie werden vom Rechtsmittelgericht von Amts wegen geprüft, so dass nur bei ihrem Vorliegen über die Begründetheit des Rechtsmittels entschieden wird; bei ihrem Fehlen wird das Rechtsmittel gemäß den §§ 522 I, 552 als unzulässig verworfen. Dabei ist streng zwischen Zulässigkeit der Klage in der 1. Instanz und Zulässigkeit des Rechtsmittels zu unterscheiden: Ob die 1. Klage zulässig war, wird bei

der Begründetheit des zulässigen Rechtsmittels geprüft. Ist z.B. der Beklagte trotz unzulässiger Klage erstinstanzlich verurteilt worden, so ist die Revision begründet.

1) **Statthaftigkeit**

Das Rechtsmittel muss seiner Natur nach gegen die angefochtene Entscheidung eingelegt werden können:
- § 511: Berufung gegen Endurteile des ersten Rechtszugs
- § 513 II: Berufung gegen Zweites Versäumnisurteil
- § 542: Revision gegen in der Berufungsinstanz erlassene Endurteile

Eine Beschwerde gegen ein Endurteil oder Berufung gegen das erste Versäumnisurteil wäre somit nicht statthaft und von vornherein unzulässig.

2) **Beschwer des Rechtsmittelführers**

Nur die durch das Urteil rechtlich benachteiligte Partei kann ein Rechtsmittel einlegen. Die Beschwer kann dabei nur im Urteilsausspruch, nicht in den Urteilsgründen liegen.

a) Der Kläger ist in der 1. Instanz durch das Urteil **formell beschwert**, wenn die ergangene Entscheidung von seinem zuletzt gestellten Klageantrag abweicht.
Beispiel: Der Kläger klagt auf 5.000,- Euro Schadensersatz, erhält aber wegen des festgestellten Mitverschuldens nur 2.500,- Euro zugesprochen.

b) Der Beklagte ist **materiell beschwert**, wenn die ergangene Entscheidung für ihn rechtlich nachteilig ist.
Beispiel: Im o.g. Fall wird der Beklagte zur Zahlung von 2.500,- Euro verurteilt, obwohl er Klageabweisung beantragt hatte.

3) **Wert des Beschwerdegegenstands**

In vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist die Einlegung eines Rechtsmittels mitunter davon abhängig, dass der Wert des Beschwerdegegenstandes eine bestimmte Summe überschreitet:
- § 511 II / Berufung: 600,- Euro
- § 567 II / sofortige Beschwerde: 50,- Euro bzw. 100,- Euro

Der Wert des Beschwerdegegenstandes kann, muss aber nicht mit dem Wert der Beschwer identisch sein.
Beispiel: O klagt gegen S auf Schadensersatz in Höhe von 5.000,- Euro; infolge des festgestellten Mitverschuldens werden ihm nur 2500,- Euro zugesprochen. Er ist in Höhe von 2.500,- Euro beschwert, da in dieser Höhe das Urteil hinter seinem Antrag zurückbleibt. Fordert er in der Berufung nur weitere 1.000,- Euro (z.B. weil er das Mitverschulden nicht widerlegen kann), so beträgt der Beschwerdewert 1.000,- Euro. Bestreitet er ein Mitverschulden und fordert den Differenzbetrag von 2.500,- Euro, so ist der Beschwerdewert mit dem Wert der Beschwer identisch.

4) Das Rechtsmittel wurde **form- und fristgerecht** eingelegt.

5) Die Parteien haben **nicht** gemäß den §§ 515, 565 nach Erlass des Urteils **auf Rechtsmittel verzichtet.**

V. Die Berufung: §§ 511 - 541

1) **Statthaft** ist die Berufung gemäß § 511 gegen Endurteile des AG und gegen erstinstanzliche Urteile des LG sowie gegen Zwischenurteile, die über die §§ 280, 304 II den Endurteilen gleichgestellt werden.

Die Berufung ist gemäß § 511 II zulässig, wenn

der Wert des Beschwerdegegenstandes 600,- Euro übersteigt
oder
das Gericht des ersten Rechtszuges die Berufung im Urteil zugelassen hat.

Das Gericht des ersten Rechtszuges lässt die Berufung zu, wenn

die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat
oder
die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung

eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert.

Das Berufungsgericht ist an eine erfolgte Zulassung gebunden (§ 511 IV 2).

2) Die Berufung wird gemäß § 519 eingelegt durch **Einreichung einer Berufungsschrift am Berufungsgericht** (= *iudex ad quem* im Gegensatz zur StPO: *iudex a quo*: § 314 StPO).

a) Das **Berufungsgericht** ist für Endurteile des AG grundsätzlich gemäß § 72 GVG das LG, wenn nicht gemäß § 119 III GVG ein Landesgesetz die Zuständigkeit des OLG anordnet. Handelt es sich um ein Urteil des Familiengerichts, so ist gemäß § 119 I GVG stets das OLG das Berufungsgericht.
Ferner entscheidet das OLG gemäß § 119 I GVG stets über Berufungen gegen Urteile des Amtsgerichts in solchen Fällen, in denen

- eine Partei im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit ihren allgemeinen Gerichtsstand im Ausland hatte
  oder
- das AG ausländisches Recht angewendet und dies in den Entscheidungsgründen ausdrücklich festgestellt hat.
- Über Berufungen gegen ein erstinstanzliches Urteil des LG entscheidet das OLG gemäß § 119 I Nr. 2 GVG.

b) Die **Berufungsschrift**

aa) Sie erfordert einen anwaltlichen Schriftsatz eines postulationsfähigen Rechtsanwalts (§ 78 I) mit dem Inhalt des § 519 II: Bezeichnung des Urteils und Berufungserklärung.

bb) Die Berufungsfrist ist eine **Notfrist** und beträgt nach § 517 einen Monat ab Zustellung des Urteils.

cc) Die Berufung muss innerhalb von zwei Monaten ab Zustellung des Urteils entweder in der Berufungsschrift selbst oder in einer gesonderten **Berufungsbegründung** begründet werden, sonst ist sie nach § 522 unzulässig. Die Begründung muss nach § 522 III enthalten:
- einen Berufungsantrag;
- die Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt;
- die Bezeichnung konkreter Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten;

- die Bezeichnung der neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel sowie der Tatsachen, aufgrund derer die neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel nach § 531 II zuzulassen sind.

Ferner soll die Berufungsbegründung Angaben zu den in § 520 IV genannten Punkten erhalten.

c) Der **Gegenstand der Berufung** wird infolge der Dispositionsmaxime durch den Klageantrag bestimmt, der jedoch durch die in der Berufung gestellten Anträge begrenzt wird, §§ 528, 529. Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszuge zu Recht zurückgewiesen worden sind, bleiben gemäß § 531 ausgeschlossen. Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sind gemäß § 531 II nur zuzulassen, wenn sie
- einen Gesichtspunkt betreffen, der vom Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist,
- infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht wurden oder
- im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht.

d) **Das Berufungsverfahren**

Wird die Berufung nicht **durch Beschluss als unzulässig verworfen oder als unbegründet zurückgewiesen (§ 522),** so entscheidet das Berufungsgericht gemäß § 523 über die Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter. Sodann wird unverzüglich Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt.

e) **Die Entscheidung**

aa) Die **unzulässige Berufung** wird nach § 522 I **ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss oder nach mündlicher Verhandlung durch Urteil verworfen**. Gegen einen entsprechenden Beschluss findet die **Rechtsbeschwerde** statt (§ 522 I 4).

bb) Die zulässige, aber **unbegründete Berufung** wird grundsätzlich nach mündlicher Verhandlung durch ***Urteil* zurückgewiesen**. Meint das Berufungsgericht jedoch einstimmig, dass die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert, so weist es die Berufung unverzüglich **durch einstimmigen Beschluss ohne mündliche Verhandlung** zurück. Ein solcher Beschluss ist unanfechtbar (§ 522 II, III).

cc) Die Berufung ist **begründet**, wenn das angefochtene Urteil nach der Sach- und Rechtslage zur Zeit der Berufungsverhandlung (!) so nicht hätte ergehen dürfen. Neues Vorbringen kann hierbei lediglich in dem von § 531 vorgegebenen Rahmen berücksichtigt werden. Das Berufungsgericht hat nun zwei Möglichkeiten:

- **§ 528 II**: Das Gericht trifft eine eigene Sachentscheidung auf der Basis der Berufungsanträge und ändert die angefochtene Entscheidung.

- **§ 538 II**: Das Berufungsgericht hebt das angefochtene Urteil bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 538 II auf und verweist den Rechtsstreit an die erste Instanz zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurück.

VI. Die Revision: §§ 542 - 566

Sie ist keine 3. Tatsacheninstanz, sondern beschränkt auf die Überprüfung in rechtlicher Hinsicht. Sie dient zum einen dem Interesse der Parteien an inhaltlicher Überprüfung der Einzelentscheidung, zum anderen aber auch der Rechtsvereinheitlichung, da die Revisionen beim BGH konzentriert sind und auch gewährleistet ist, dass die verschiedenen Senate des BGH einheitliche Sachverhalte nach einheitlichen Kriterien entscheiden.

1) **Statthaft** ist die Revision grundsätzlich gegen die **in der Berufungsinstanz erlassenen Endurteile** nach Maßgabe der §§ 542 – 543. Unter den Voraussetzungen des § 566 können ausnahmsweise **auch erstinstanzliche Endurteile** mit der Revision angegriffen werden **(Sprungrevision)**. Gemäß § 542 II findet gegen Urteile, durch die über die Anordnung, Abänderung oder Aufhebung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung entschieden worden ist, die Revision nicht statt. Dasselbe gilt für Urteile über die vorzeitige Besitzzuweisung im Enteignungsverfahren oder im Umlegungsverfahren. In allen anderen Fällen gilt folgendes:

   a) **Zulassungsrevision gegen Endurteile der Berufungsinstanz**

   Die vormals mögliche **Wertrevision** ist durch das Zivilprozessreformgesetz **abgeschafft** worden. Nunmehr gibt es nur noch die **Zulassungsrevision**. Gemäß § 543 findet die Revision nur statt, wenn sie das **Berufungsgericht in dem Urteil** oder das **Revisionsgericht auf Beschwerde** gegen die Nichtzulassung **(Nichtzulassungsbeschwerde)** zugelassen hat. Die Revision ist zuzulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder aber wenn die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. Das Revisionsgericht ist an die Zulassung durch das Berufungsgericht gebunden.

   b) **Sprungrevision: § 566**

   Ausnahmsweise findet gegen die im ersten Rechtszug erlassenen Endurteile, die ohne Zulassung der Berufung unterliegen (Wert des Beschwerdegegenstandes übersteigt 600,- Euro) auf Antrag einer Partei unter Umgehung der Berufungsinstanz unmittelbar die Revision **(Sprungrevision)** statt, wenn der Gegner in die Umgehung der Berufungsinstanz einwilligt und das Revisionsgericht die Sprungrevision zulässt. Die Sprungrevision ist bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 566 IV zuzulassen.

2) Die **Einlegung der Revision** erfolgt nach § 549 **durch Einreichung einer Revisionsschrift beim Revisionsgericht**, dem **BGH**. Sie muss die Bezeichnung des Urteils enthalten sowie eine Revisionserklärung und innerhalb der einmonatigen Notfrist des § 548 erfolgen. Die nach § 551 erforderliche **Revisionsbegründung** muss spätestens zwei Monate nach Zustellung des Urteils – jedenfalls aber sieben Monate nach der Verkündung des Urteils – erfolgen und Revisionsantrag und -begründung enthalten. Dabei kann in Form einer **Sachrüge** die Verletzung materiellen Rechts gerügt werden, wobei die Umstände bezeichnet werden müssen, aus denen sich die Rechtsverletzung ergeben soll.

3) Bei der **Verfahrensrüge** muss die verletzte Norm nachgewiesen werden sowie die Kausalität zwischen Verfahrensverstoß und angefochtener Entscheidung (§ 551 II Nr. 2 b), wobei bei den absoluten Revisionsgründen des § 547 diese Kausalität unwiderlegbar vermutet wird. Gemäß § 557 III ist das Revisionsgericht an die geltend gemachten Revisionsgründe nicht gebunden. Auf Verfahrensmängel, die nicht von Amts wegen zu berücksichtigen sind, darf das angefochtene Urteil aber nur geprüft werden, wenn die Mängel nach den §§ 551 und 554 III gerügt worden sind (§ 557 III). Auch hier ist dabei die Kausalität des Rechtsverstoßes für die angefochtene Entscheidung erforderlich.

4) **Der Gegenstand des Revisionsverfahrens** wird bestimmt durch die Revisionsanträge. Es findet keine 3. Tatsacheninstanz statt, sondern eine **rein rechtliche Überprüfung**. Entscheidungsgrundlage ist das Parteivorbringen in der Berufungsverhandlung, wie es aus dem Berufungsurteil und dem Protokoll hervorgeht.

5) **Die Entscheidungsalternativen**

a) Die **unzulässige Revision** wird durch Beschluss oder Urteil gemäß § 552 **verworfen**.

b) Die **zulässige Revision** wird als **unbegründet zurückgewiesen**, wenn kein Rechtsfehler festgestellt werden konnte oder der Fehler das Ergebnis der Entscheidung nicht beeinflusst hat.

c) Die Revision ist **begründet**, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewandt wurde (§ 546) *und* das Urteil auf der Rechtsverletzung gemäß § 545 beruht, was aber bei absoluten Revisionsgründen nach § 547 vermutet wird. Das angefochtene Urteil wird aufgehoben.

aa) Die Sache wird nach § 563 I an das Berufungsgericht **zurückverwiesen**, so dass neues Vorbringen dort möglich ist; das Berufungsgericht ist nur in dieser Sache (!) an die Rechtsansicht des BGH gemäß § 563 II gebunden. Die Zurückweisung kann an einen anderen Spruchkörper erfolgen.

bb) Das Revisionsgericht trifft jedoch nach § 563 III eine **eigene Sachentscheidung**, wenn die Urteilsgrundlage in tatsächlicher Hinsicht geklärt, die Sache entscheidungsreif ist. Es gilt jedoch das Verbot der reformatio in peius.

VII. Die sofortige Beschwerde: §§ 567 - 573

Gegen in erster Instanz ergangene Entscheidungen der Amts- und Landgerichte findet die **sofortige Beschwerde** statt, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist oder es sich um eine eine mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidung handelt, durch die ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden ist (§ 567). Die sofortige Beschwerde muss innerhalb einer **Notfrist von zwei Wochen** eingelegt werden (§ 569). Das Gericht, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat, kann der sofortigen Beschwerde abhelfen, sonst muss das übergeordnete Gericht entscheiden. Aufschiebende Wirkung hat die sofortige Beschwerde mit Ausnahme der in § 570 genannten Fälle nicht. Jedoch wird in jedem Fall die formelle Rechtskraft gehemmt **(Suspensiveffekt)**. Wird der sofortigen Beschwerde nicht durch das Gericht, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat, abgeholfen, so wird die Sache dem Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt **(Devolutiveffekt)**.

VIII. Die Rechtsbeschwerde: §§ 574 – 577

In den in § 574 genannten Fällen findet die **Rechtsbeschwerde** statt. Das diesbezügliche Verfahren ist in den §§ 574 – 577 geregelt.

IX. Die Nichtzulassungsbeschwerde: § 544

Hat das Berufungsgericht die Revision nicht zugelassen, so ist gegen diese Entscheidung die Nichtzulassungsbeschwerde möglich, mit der die Zulassung der Revision durch den BGH erstrebt werden kann.

§ 18 Das Versäumnisurteil

Die Parteien haben zwar ein Recht auf Gehör, aber nicht die Pflicht, davon Gebrauch zu machen. Die Parteien sind somit nicht verpflichtet, vor Gericht zu erscheinen oder zu verhandeln, doch droht ihnen dann der Verlust eigener Rechte. Die Säumnis ist daher eine *Obliegenheitsverletzung*; es droht der Erlass eines Versäumnisurteils.

I. Das Versäumnisurteil gegen den Beklagten: §§ 331 ff.

Die Voraussetzungen

1) **Zulässigkeit der Klage**

Da es sich um ein **Sachurteil** handelt, müssen die **allgemeinen Prozessvoraussetzungen** vorliegen. Fehlt es daran, wird die Klage trotz Säumnis des Beklagten als unzulässig abgewiesen. Dieses **unechte VU, das nicht auf der Säumnis einer Partei beruht**, ist mit den Rechtsmitteln von Berufung und Revision angreifbar.

2) **Säumnis des Beklagten**

a) Der Beklagte hat entgegen § 276 I 1 im schriftlichen Vorverfahren nicht in der 2wöchigen Notfrist seine Verteidigungsbereitschaft angezeigt oder

b) im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Prozessgericht

aa) ist der Beklagte nicht erschienen oder

bb) ist er im Anwaltsprozess nicht durch einen beim Prozessgericht zugelassenen Anwalt erschienen oder

cc) hat er nicht zur Sache verhandelt.

3) **trotz ordnungsgemäßer Terminbestimmung und Ladung**

Die Klage wurde wirksam zugestellt, der Verhandlungstermin bestimmt, die Einlassungsfrist gemäß § 274 II und die Ladungsfrist nach § 218 wurden beachtet.

4) **Schlüssigkeit der Klage**

Der geltend gemachte Anspruch besteht, wenn man den Klägervortrag als wahr unterstellt; aufgrund der Geständnisfiktion des § 331 I 1 ist nur das tatsächliche Vorliegen zugestanden. Ist die unzulässige Klage nicht schlüssig, so wird sie als unbegründet abgewiesen trotz Säumnis des Beklagten (= **unechtes VU**, das nicht gegen die säumige Partei ergeht).

5) **Antrag des Klägers** (**Dispositionsmaxime**)

Der Kläger kann gemäß § 331 a zwischen Erlass eines VU und einer Entscheidung nach Aktenlage wählen. Im letztgenannten Fall wird die Instanz durch ein Urteil beendet, das nicht mit einem Einspruch anfechtbar ist. Dadurch kann eine Prozessverschleppung verhindert werden. Allerdings ist eine Entscheidung nach Aktenlage nur zulässig, wenn die Parteien vor der Säumnis

bereits einmal mündlich streitig verhandelt haben, §§ 331 a, 251 a II 1.
Das Versäumnisurteil bietet dem Kläger den Vorteil, dass es ihm sofort einen **Vollstreckungstitel** an die Hand gibt, der zudem nach **§ 708 Nr. 2 ohne Sicherheitsleistung vollstreckbar** ist. Allerdings haftet der Vollstreckungsgläubiger in Form einer **Gefährdungshaftung** ohne Verschulden auf Schadensersatz nach **§ 717 II**, wenn nach erfolgter Vollstreckung das Urteil später aufgehoben wird.

II. Das Versäumnisurteil gegen den Kläger

Erscheint der Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht, so ergeht auf Antrag des Beklagten ein VU gegen den Kläger nach § 330, wenn die Klage zulässig war. Ansonsten wird sie durch Prozessurteil als unzulässig abgewiesen.

III. Der Einspruch gegen das VU: § 338

1) Der Einspruch hat zwar nach § 705, 2 **Suspensiveffekt**, da er die formelle Rechtskraft hemmt. Er hat aber **keinen Devolutiveffekt**, da nach § 342 der Prozess in die Lage vor der Säumnis versetzt wird und keine höhere Instanz entscheidet; der Einspruch ist daher ein **Rechtsbehelf, kein Rechtsmittel**. Die vorläufige Vollstreckbarkeit des VU muss durch gesonderten Antrag nach **§ 719 I 2** gegen Sicherheitsleistung aufgehoben werden.

2) Der Einspruch muss schriftlich in der Form des § 340 innerhalb der **zweiwöchigen Notfrist des § 339** erfolgen, die mit Zustellung des VU beginnt. Der nicht form- oder fristgerechte Einspruch wird nach § 341 I 2, II **durch Urteil**, das ohne mündliche Verhandlung ergehen kann, als unzulässig verworfen. Bei unverschuldeter Fristversäumnis kann aber nach § 233 Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand beantragt werden.

3) Wird der Einspruch nicht als unzulässig verworfen, so wird nach § 341 a ein **Termin zur mündlichen Verhandlung über Einspruch und Hauptsache** anberaumt. Stimmt die Entscheidung in der neuen Verhandlung mit dem VU überein, so wird es aufrechterhalten. Ansonsten wird das VU im neuen Urteil aufgehoben; selbst dann trägt jedoch die letztlich obsiegende Partei nach § 344 die Kosten, die durch ihre Säumnis entstanden sind.

IV. Das Zweite Versäumnisurteil: § 345 ZPO

Ist nach erstmaliger Säumnis die Partei auch in dem auf ihren Einspruch hin anberaumten Termin wiederum säumig (also zweimal nacheinander säumig!), so verwirft das Gericht den Einspruch. Es ergeht ein **Zweites VU**, das nicht mehr mit *Einspruch*, sondern nur mit *Berufung* angegriffen werden kann, die aber gemäß § 514 II 1 nur darauf gestützt werden darf, im zweiten (!) Fall habe keine Säumnis vorgelegen. So kann die Bestimmung eines Termins zur mündlichen Verhandlung über den Einspruch gegen ein VU und die Hauptsache erst nach Eingang des Einspruchs erfolgen. In einem vorsorglich für den Fall des Einspruchs bestimmten Termin kann mangels ordnungsgemäßer Terminbestimmung und deshalb fehlender Säumnis kein 2. VU gegen die säumige Partei ergehen (BGH NJW 2015, 3661).

§ 19 Das Mahnverfahren

Macht ein Gläubiger gegen einen Schuldner eine Geldforderung geltend, so hat er in prozessualer Hinsicht die Wahl zwischen Klageerhebung und der Beantragung eines Mahnbescheides, um zu einem Vollstreckungstitel zu gelangen. Dabei bietet das Mahnverfahren im Verhältnis zum langwierigen Klageverfahren **drei Vorteile**:

- Es ist **schneller**, weil es von der Beantragung des Mahnbescheides bis zum Erlass des Vollstreckungsbescheides ausschließlich schriftlich erfolgt. Die Geldforderung muss weder begründet werden noch wird ihr Bestand gerichtlich überprüft; es wird weder ein Termin anberaumt noch Beweis erhoben.

- Es ist **einfacher**, da nach § 703 c das Mahnverfahren maschinell bearbeitet wird und es sich somit um ein standardisiertes Verfahren handelt, bei dem der Rechtspfleger nur die Formalien überprüft.

- Es ist **billiger** als die Klage, da unabhängig vom Streitwert kein Anwaltszwang besteht und im Gegensatz zur Klage keine ganze, sondern nur eine halbe Gerichtsgebühr anfällt.

Andererseits macht das Mahnverfahren nur Sinn, wenn mit Einwendungen des Gegners nicht zu rechnen ist, da dieser durch Einlegung eines Widerspruchs die Erlangung eines Vollstreckungstitels auf diesem Weg zunichte macht.

I. Die allgemeinen Prozessvoraussetzungen

Sie müssen auch in diesem gerichtlichen Verfahren gegeben sein, jedoch herrscht unabhängig vom Streitwert **kein Anwaltszwang**.

II. Die Zulässigkeit des Mahnbescheides

Es muss eine **Geldforderung in inländischer Währung** geltend gemacht werden, **die nicht oder nicht mehr von einer Gegenleistung abhängt**, § 688 II Nr. 2.

III. Zuständigkeit: Sachlich und örtlich zuständig ist unabhängig vom Streitwert nach § 689 II 1 das **AG am Wohnsitz des Antragstellers**; beachte **§ 689 III**: In NRW ist das AG Euskirchen (OLG-Bezirk Köln) bzw. Hagen (OLG-Bezirke Hamm, Düsseldorf), in Hamburg das AG Altona, in Berlin das AG Wedding örtlich zuständig. Funktionell zuständig ist nach § 20 I RPflG der **Rechtspfleger**.

IV. Der **Antrag** muss die Parteien, ihre gesetzlichen Vertreter sowie den Anspruch unter Angabe der verlangten Leistung so beziffern, dass man ihn von anderen Geldforderungen unterscheiden kann (z.B.: Kaufvertrag vom 05.02.2017 über Pkw Porsche Cabrio, Fahrgestell Nr. ...).
Gemäß § 690 III kann der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides nur in einer maschinell lesbaren Form übermittelt werden. **Wird der Antrag von einem Rechtsanwalt oder einer registrierten Person des Rechtsdienstleistungsgesetzes gestellt, so ist gemäß § 690 III 2 nur diese Form der Antragstellung zulässig**.

V. Der Inhalt des Mahnbescheides ergibt sich aus § 692:

1) Der Gegner wird darauf hingewiesen, dass das Gericht den Anspruch nicht inhaltlich überprüft hat. Der Rechtspfleger überprüft nicht einmal die Schlüssigkeit des Vorbringens, es sei denn, dass die Forderung offensichtlich nicht besteht (z.B.: Forderung aus Spiel und Wette).

2) Der Antragsgegner wird aufgefordert, innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung die Forderung zu erfüllen nebst Zinsen und Kosten des Mahnbescheides oder gegen den Mahnbescheid **Widerspruch** einzulegen; ansonsten könne ein Vollstreckungsbescheid erlassen werden, aus dem die Zwangsvollstreckung betrieben werden könne.

VI. Gegen den Mahnbescheid kann der Antragsgegner gemäß **§ 694 I** schriftlich **Widerspruch** einlegen, wobei die 2-Wochen-Frist des § 692 I Nr. 3 keine Ausschlussfrist ist, da der Widerspruch solange zulässig ist, wie der Vollstreckungsbescheid das Gericht noch nicht verlassen hat. Auch der **verspätete Widerspr**uch ist nicht wirkungslos, sondern wird nach **§ 694 II** als **Einspruch gegen den bereits ergangenen Vollstreckungsbescheid** behandelt.

VII. Wird rechtzeitig Widerspruch erhoben und beantragt der Antragsteller die Durchführung eines streitigen Verfahrens (was regelmäßig bereits im Mahnbescheid beantragt wird), so gibt das Gericht, das den Mahnbescheid erlassen hat, den Rechtsstreit gemäß **§ 696 I 1** von Amts wegen an das Gericht ab, das im Mahnbescheid als zuständiges Gericht bezeichnet wird. Mit Eingang der Akten ist der Rechtsstreit dort anhängig. Der Antragsteller wird von der Geschäftsstelle aufgefordert, binnen 2 Wochen eine Schrift einzureichen, die den Erfordernissen einer Klageschrift entspricht und den Anspruch begründet. Wurde der Rechtsstreit an das LG abgegeben, herrscht nunmehr Anwaltszwang nach § 78. Nach Eingang der Anspruchsbegründung folgt das Verfahren gemäß § 697 II den Regeln der Klage.

VIII. Hat der Antragsgegner keinen oder einen verspäteten Widerspruch eingelegt, so ergeht ein Vollstreckungsbescheid auf der Grundlage des Mahnbescheides. Dieser Vollstreckungsbescheid ist nach **§ 794 I Nr. 4** ein **Vollstreckungstitel** und steht in seiner Wirkung gemäß § 700 I einem für vorläufig vollstreckbaren VU gleich. Der Vollstreckungsbescheid wird dem Gegner von Amts wegen zugestellt. Nach erfolgter Zustellung darf der Gläubiger vollstrecken.

IX. Gegen den Vollstreckungsbescheid kann der Antragsgegner gemäß den **§§ 700 I, 338, 339 Einspruch** innerhalb der zweiwöchigen Notfrist einlegen mit der Folge, dass die formelle Rechtskraft nach § 705 gehemmt wird und der Rechtspfleger den Rechtsstreit von Amts wegen an das Prozessgericht nach **§ 700 II** abgibt. Das Verfahren folgt nun den Regeln des Verfahrens nach Einlegung des Widerspruchs gegen den Mahnbescheid. Die vorläufige Vollstreckbarkeit muss durch gesonderten Antrag nach **§ 719 I** beseitigt werden.

Über den Einspruch entscheidet das Prozessgericht nach den Regeln, die für den Einspruch gegen ein VU gelten. Der unzulässige Einspruch wird verworfen; bei zulässigem Einspruch wird der Vollstreckungsbescheid bestätigt oder aufgehoben durch Klageabweisung.

Zu beachten ist, dass der Vollstreckungsbescheid als 1. VU gilt: Ist daher der Beklagte im Einspruchstermin säumig, so wird der Einspruch durch 2. VU nach § 345 verworfen, wenn die Klage zulässig und schlüssig ist.

X. Nach erfolglosem Ablauf der Einspruchsfrist wird der Vollstreckungsbescheid nach § 705, 2 formell rechtskräftig und somit endgültig vollstreckbar. Obwohl keine gerichtliche Überprüfung des Anspruchs stattgefunden hat, wird der Vollstreckungsbescheid auch materiell rechtskräftig. § 796 II präkludiert im Rahmen der Vollstreckung sämtliche Einwendungen bis auf diejenigen, deren Gründe nach Zustellung entstanden und die durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden konnten. In **Ausnahmefällen** lässt aber hier der BGH (z.B. BGHZ 40, 130) eine **Durchbrechung der Rechtskraft über § 826 BGB** zu.
(Vgl. dazu die Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung; 2. Teil, § 33).

§ 20 Der Urkunden- und Wechselprozess: §§ 592 - 605 a

Kann der Kläger bei Geltendmachung einer Geldforderung streitentscheidende Tatsachen mit einer Urkunde belegen, so liefert ihm die ZPO ein **schleuniges summarisches Verfahren**, um zu einem Vollstreckungstitel zu gelangen. Der Kläger kann entweder das ordentliche Klageverfahren wählen oder den Urkundsprozess, muss dies dann aber in der Klageschrift deutlich machen.

Der Urkundsprozess besteht aus zwei Teilen eines einheitlichen Prozesses:

1) Im Vorverfahren wird ein **Urkundsprozess** geführt, der unter folgenden Voraussetzungen zulässig ist:

   a) **§ 593**: Die Klageschrift enthält die Erklärung, dass im Urkundsprozess geklagt werden soll.

   b) Die **allgemeinen Prozessvoraussetzungen** liegen vor (sonst: Klageabweisung durch Prozessurteil).

   c) **§ 592**: Der Kläger macht die **Zahlung einer Geldsumme** oder die Leistung vertretbarer Sachen geltend und kann sämtliche anspruchsbegründenden streitigen Tatsachen mit präsenten Urkunden beweisen (sonst: Klage im Urkundsprozess nicht statthaft, Abweisung im Prozessurteil).

   d) **Schlüssigkeit der Klage** (sonst: Abweisung durch Sachurteil nach § 597 I)

   Im Urkundsprozess sind somit die **Beweismittel beschränkt**. Auch die Einwendungen des Gegners müssen durch Urkunden oder Parteivernehmung gemäß § 595 II bewiesen werden.

   Konnte der Kläger sämtliche anspruchsbegründenden Voraussetzungen durch Urkunden belegen und der Beklagte die Einwendungen nicht durch Urkunden beweisen, so ergeht gemäß § 599 ein **Vorbehaltsurteil**, wenn der Beklagte dem geltend gemachten Anspruch widersprochen hat. Es handelt es sich um ein auflösend bedingtes Sachurteil; dem Beklagten wird die Ausführung seiner Rechte im Nachverfahren vorbehalten; bis dahin kann jedoch aus dem Vorbehaltsurteil nach § 708 Nr. 4 bereits vollstreckt werden.

2) Im **Nachverfahren** entfällt die Beschränkung der Beweismittel, so dass jetzt auch die Einwendungen des Beklagten berücksichtigt werden, mit denen er im Vorverfahren nicht gehört wurde. Dabei kann das Vorbehaltsurteil unter Wegfall des Vorbehalts aufrechterhalten werden oder es wird das Vorbehaltsurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Hatte der Kläger aus dem Vorbehaltsurteil bereits vollstreckt, so hat er sich gemäß den §§ 600 II, 302 IV schadensersatzpflichtig gemacht.

   Für den **Wechsel- und Scheckprozess** als Unterfälle des Urkundsprozesses gelten die Sonderregeln der §§ 602 - 605 a. Es handelt sich um Ansprüche aus dem Papier, bei denen das Gesetz den Beweis erleichtert (§ 605 I) und die Ladungsfrist nach § 604 II, III verkürzt.

§ 21 Der Amtsgerichtsprozess: §§ 495 - 510 b

Wie bereits § 495 zeigt, hat die ZPO ihre Systematik dem LG-Prozess zugrunde gelegt, dessen Regeln nach § 495 auch für den AG-Prozess gelten mit nachstehenden Besonderheiten:

- In Bagatellverfahren mit einem Streitwert bis 600,- Euro kann der Richter nach § 495 a sein Verfahren nach billigem Ermessen bestimmen und muss nur auf Antrag mündlich verhandeln.

- Vor dem AG wird grundsätzlich ein **Parteienprozess** geführt. Anwaltszwang besteht nur in Ehe- und bestimmten Familiensachen.

- Ein örtlich oder sachlich unzuständiges AG wird nur durch rügelose Einlassung des Beklagten zuständig, wenn der Amtsrichter dem Beklagten dies erklärt hat: §§ 504; 39, 2.

- Bei Widerklage oder Klageerweiterung kann das AG sachlich unzuständig werden. Nach § 506 verweist das AG den Streit dann an das LG.

2. Teil: Zwangsvollstreckungsrecht

§ 22 Einführung

I. Begriff und Funktion des Zwangsvollstreckungsrechts

1) Das Recht der Zwangsvollstreckung stellt dem Vollstreckungsgläubiger, der über einen vollstreckbaren Titel verfügt, zur Vermeidung privater Selbsthilfe ein von staatlichen Organen (Gerichtsvollzieher, Vollstreckungsgericht) durchgeführtes Verfahren zur Verfügung für den Fall, dass der Schuldner nicht freiwillig leistet. Gesetzliche Grundlage bilden die ZPO, das ZVG für Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung von Immobilien sowie das RPflG, das insbesondere die funktionelle Zuständigkeit des Rechtspflegers regelt.

2) Das Verfahren kommt zwar aufgrund der Dispositionsmaxime erst durch einen **Antrag des Gläubigers** in Gang, doch handelt es sich um ein **staatliches Verfahren**, bei dem staatliche Organe hoheitliche Gewalt ausüben und nicht im privaten „Auftrag" des Gläubigers tätig werden.
   Der Vorteil des staatlichen Verfahrens besteht darin, dass staatliche Maßnahmen erhöhten strafrechtlichen Schutz bieten: So macht sich der Vollstreckungsschuldner strafbar, wenn er gegenüber dem Vollstreckungsorgan Widerstand leistet (§ 113 StGB), die durch die Pfändung bewirkte öffentlichrechtliche Verstrickung verletzt (§ 136 I / Verstrickungsbruch, z.B. die Pfandsache beschädigt, zerstört oder der Verstrickung entzieht), das Pfandsiegel ablöst (§ 136 II / Siegelbruch) oder die Zwangsvollstreckung dadurch vereitelt, dass er pfändbare Sachen beiseiteschafft (§ 288 / Vollstreckungsvereitelung).
   Andererseits haftet der Staat für Pflichtverletzungen der Vollstreckungsorgane gemäß den §§ 839 BGB, Art. 34 GG.

3) **Die Funktion des Vollstreckungsrechts besteht darin, dem Gläubiger die zwangsweise Durchsetzung seines materiellrechtlichen titulierten Anspruchs gegen den Schuldner zu ermöglichen**. Sowohl der Anspruch selbst als auch dessen gerichtliche Feststellung wären wertlos, wenn der Anspruch nicht zwangsweise würde durchgesetzt werden können. Darüber hinaus wird auch die Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung die Zahlungsmoral des Schuldners verbessern.

II. Das Verhältnis des Vollstreckungsrechts zum Erkenntnisverfahren

Grundsätzlich sind beide Verfahrensarten sowohl organisatorisch als auch vom Verfahrensablauf voneinander getrennt.

1) **Die Zwangsvollstreckung ist grundsätzlich anderen Organen übertragen**
   (Gerichtsvollzieher, Vollstreckungsgericht).

2) **Nicht jedes Erkenntnisverfahren endet mit einer Zwangsvollstreckung:**
   So sind Feststellungs- und Gestaltungsurteile nur bezüglich der Kostenentscheidung vollstreckbar.

3) **Nicht jeder Vollstreckungstitel setzt ein vorheriges gerichtliches Erkenntnisverfahren voraus**
   (z.B.: vollstreckbare Urkunde / § 794 I Nr. 5).

4) **Vollstreckungsverfahren und Erkenntnisverfahren können zeitlich nebeneinander herlaufen**:
So kann ein Vollstreckungstitel gemäß den §§ 708 ff. für vorläufig vollstreckbar erklärt werden und gleichzeitig der Vollstreckungsschuldner ein Rechtsmittel eingelegt haben, das den Eintritt der formellen Rechtskraft hemmt.

5) **Das Vollstreckungsverfahren ist als formalisiertes Verfahren vom Erkenntnisverfahren abgelöst**.
Materiellrechtliche Fragen werden ausgeklammert und gesonderten Verfahren zugeordnet (z.B. § 767). **Grundlage der Zwangsvollstreckung ist der Titel, nicht der Anspruch** (BGHZ 85; 110, 113). Der Vollstreckungstitel erspart dem Vollstreckungsorgan die rechtliche Überprüfung des Anspruchs, die Vollstreckungsklausel die Prüfung der Vollstreckbarkeit.
Auch der Fortbestand des Anspruchs wird nicht überprüft. Nur wenn der Vollstreckungsschuldner durch Urkunden beweisen kann, dass er die titulierte Forderung erfüllt hat, wird die Zwangsvollstreckung nach § 775 Nr. 4, 5 eingestellt.

6) **Die Formalisierung des Verfahrens erfasst auch die Zugriffsobjekte**:
Zwar darf nur in Vermögenswerte des Schuldners vollstreckt werden, doch überprüfen die Vollstreckungsorgane nicht die Eigentumsverhältnisse, sondern orientieren sich an für sie überschaubaren Kriterien: Grundbuch bei der Immobiliarzwangsvollstreckung, Gewahrsam des Vollstreckungsschuldners bei Mobilien.

7) **Die Formalisierung zeigt sich letztlich auch bei der Verwertung**:
Der Eigentumserwerb des Erstehers in der Zwangsversteigerung erfolgt unabhängig von der materiellen Rechtslage durch Hoheitsakt.

III. Die Arten der Zwangsvollstreckung im Überblick

Da staatliche Zwangseingriffe strengen Gesetzmäßigkeiten unterliegen müssen, herrscht **Typenzwang**. Gleichzeitig sind die Vollstreckungsmaßnahmen eine in sich abgeschlossene Regelung = **numerus clausus.**

Das Zwangsvollstreckungsrecht unterscheidet dabei nach Anspruchszielen und Zugriffsobjekten:

1) **Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung: §§ 803 - 882 a**

a) **In bewegliches Vermögen: §§ 808 - 863**

aa) Pfändung von beweglichen Sachen durch den Gerichtsvollzieher: §§ 808 - 827
bb) Pfändung von Forderungen und anderen Vermögensrechten durch das Vollstreckungsgericht: §§ 828 - 863

b) **In unbewegliches Vermögen: §§ 864 - 882 a**

aa) Eintragung einer Zwangshypothek von Seiten des Grundbuchamtes: §§ 864 - 868
bb) Zwangsversteigerung durch das Vollstreckungsgericht: §§ 864 - 869 ZPO; 1 - 145 ZVG
cc) Zwangsverwaltung durch das Vollstreckungsgericht: §§ 864 - 869 ZPO; 146 - 161 ZVG

2) **Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe und Leistung von Sachen: §§ 883 - 886**

a) Der Gerichtsvollzieher nimmt die Sache dem Vollstreckungsschuldner oder einem zur Herausgabe bereiten Dritten weg.

b) Ist ein Dritter Gewahrsamsinhaber und nicht zur Herausgabe bereit, so muss der Gläubiger den Herausgabeanspruch des Vollstreckungsschuldners gegen den Dritten durch das Vollstreckungsgericht gemäß § 886 pfänden und sich überweisen lassen.

3) **Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Vornahme, Duldung oder Unterlassung von Handlungen: §§ 887 - 890**

a) **Vertretbare Handlungen/§ 887**: Das Prozessgericht ermächtigt den Gläubiger, nach Fristablauf die Handlung auf Kosten des Schuldners durch einen Dritten vornehmen zu lassen.

b) **Unvertretbare Handlung/§ 888**: Das Prozessgericht setzt eine Beugestrafe gegen den Schuldner für den Fall der Weigerung fest.

c) **Duldung oder Unterlassung/§ 890**: Das Prozessgericht verurteilt den Schuldner zu einer Geld- oder Haftstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung.

4) **Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Abgabe von Willenserklärungen**

Gemäß § 894 ZPO wird mit Rechtskraft des Urteils die Willenserklärung als abgegeben fingiert.

IV. Die Vollstreckungsorgane

1) Der **Gerichtsvollzieher** ist ein für Zustellungen und Vollstreckungen zuständiger Beamter des mittleren Dienstes. Seine Tätigkeit ist in der Gerichtsvollzieherordnung (GVO) und der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher (GVGA) geregelt. Dabei handelt es sich um bundeseinheitliche Verwaltungsvorschriften ohne Gesetzeskraft, deren Verletzung jedoch Amtshaftungsansprüche aus § 839 BGB auslösen kann.

Der Gerichtsvollzieher wird nach § 753 ZPO als Vollstreckungsorgan funktionell zuständig, sofern die Maßnahmen nicht den Vollstreckungsgerichten zugewiesen sind. Er handelt selbständig und eigenverantwortlich gegenüber den Parteien, ist also nicht Beauftragter i.S.d. § 662 BGB. Er unterliegt der **Sachaufsicht des Gerichts**, so dass gegen sein Vorgehen **Erinnerung nach § 766** eingelegt werden kann. Zwar wird er aufgrund der **Dispositionsmaxime** nur **auf Antrag des Gläubigers** tätig, doch unterliegt er nicht dessen Weisung, sondern übt hoheitliche Gewalt aufgrund einer amtlichen Tätigkeit aus. Bei Pflichtverletzungen des Gerichtsvollziehers haftet daher auch in der Regel nicht der Gläubiger, sondern der Staat über § 839 BGB, Art. 34 GG. Der Staat haftet jedoch gemäß § 839 III BGB nicht, wenn der Geschädigte den Schadenseintritt durch Einlegung eines Rechtsmittels (z.B. durch Erinnerung nach § 766 ZPO oder durch Drittwiderspruchsklage gemäß § 771 ZPO) hätte abwenden können.

Bei der Entgegennahme der vom Schuldner freiwillig erbrachten Leistung wird der Gerichtsvollzieher allerdings als Vertreter des Gläubigers tätig (h.M., str.), so dass der Schuldner bei Verlust oder Veruntreuung der Sache durch den Gerichtsvollzieher kein 2. Mal leisten muss.

2) Das **Vollstreckungsgericht** ist grundsätzlich das **AG, in dessen Gerichtsbezirk die jeweilige Vollstreckungshandlung vorgenommen werden soll**. Es ist mit den örtlichen Gegebenheiten in der Regel besser vertraut als das ggf. entferntere Prozessgericht oder Rechtsmittelgericht und auch schneller in der Lage, zu handeln oder den Parteien rechtliches Gehör zu gewähren. Regelmäßig zuständig ist nach § 20 Nr. 15 - 17 RPflG der **Rechtspfleger**; nur über die Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung entscheidet der Richter.

   Das **Vollstreckungsgericht** wird somit zum einen als Kontrollorgan des Zwangsvollstreckungsverfahrens im Rahmen des § 766 tätig, zum anderen als **Vollstreckungsorgan**:

   - Bei der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in Forderungen: §§ 828 ff.;

   - bei der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in Immobilien im Rahmen der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

3) Das **Prozessgericht der 1. Instanz** wird in dreifacher Weise tätig:

   a) Es ist **Vollstreckungsorgan** im Rahmen der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Vornahme, Duldung oder Unterlassung von Handlungen. Ausschließlich zuständig ist der Richter.

   b) Das Prozessgericht ist zuständig für die **Vollstreckungsgegenklage** nach § 767 und die **Vollstreckungsabwehrklage** des Erben nach § 785, mit der der Erbe die Haftung auf den Nachlass beschränken kann. Die Zuständigkeit des Prozessgerichts ergibt sich hierbei aus dem Sachzusammenhang zum vorangegangenen Rechtsstreit.

   c) Das Prozessgericht wird auch bei der **Erteilung der Vollstreckungsklausel** tätig. Die Klausel wird durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erteilt. Über die Erinnerung gegen die Erteilung der Klausel nach § 732 sowie über die Klage auf Erteilung nach § 731 und gegen die Erteilung der Klausel nach § 768 entscheidet der Richter. Das Prozessgericht wird hier nicht als Vollstreckungsorgan tätig, sondern bereitet die Vollstreckung erst vor.

4) Das **Grundbuchamt** trägt bei Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen eine Zwangshypothek ein, da dort das Grundbuch geführt wird. Es handelt der Rechtspfleger.

§ 23 Die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung

Da die Zwangsvollstreckung ein Teil des Zivilprozesses ist, müssen auch hier zunächst die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen (I) vorliegen; sodann existieren allgemeine Voraussetzungen einer jeden Zwangsvollstreckung (II) sowie besondere Voraussetzungen einzelner Vollstreckungsarten (III). Schließlich dürfen der Zwangsvollstreckung keine Vollstreckungshindernisse (IV) entgegenstehen.

I. Die allgemeinen Voraussetzungen des Verfahrens

1) **Zulässigkeit des Rechtswegs**

Der zu vollstreckende Titel muss in den §§ 704, 794 genannt sein oder nach besonderen Regeln der ZPO unterworfen sein.

2) **Zuständigkeit des Vollstreckungsorgans**

a) **Örtlich zuständig** ist das Vollstreckungsorgan, in dessen Bezirk die Vollstreckungshandlung vorgenommen werden soll.

b) Die **funktionelle Zuständigkeit** verteilt die Vollstreckungshandlungen auf die einzelnen Organe. So ist für die Pfändung einer beweglichen Sache der Gerichtsvollzieher, für die Pfändung einer Geldforderung das Vollstreckungsgericht funktionell zuständig.

3) Sowohl Vollstreckungsgläubiger als auch Vollstreckungsschuldner müssen **parteifähig, prozessfähig** und **prozessführungsbefugt** sein.

4) Da auch in der Zwangsvollstreckung die **Dispositionsmaxime** gilt, muss der Vollstreckungsgläubiger jede einzelne Vollstreckungshandlung einzeln beantragen.

II. Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen

1) **Der Vollstreckungstitel: §§ 704, 794 ZPO**

Ein Vollstreckungstitel ist eine öffentliche Urkunde, aus der sich ein vollstreckbarer Anspruch ergibt. Der Vollstreckungstitel gibt dem Vollstreckungsgläubiger das Recht, von staatlichen Organen die Zwangsvollstreckung verlangen zu können. Er begründet und begrenzt die staatliche Vollstreckung und muss daher den Anspruch nach Art und Umfang genau benennen. Der Titel benennt die beteiligten Personen, so dass die Zwangsvollstreckung nur zwischen dem im Titel bezeichneten Gläubiger und Schuldner stattfindet und auch für und gegen Rechtsnachfolger wirkt, soweit die Klausel auf sie erteilt ist und sie erkennen lässt (§§ 727 - 729). Eine Zwangsvollstreckung gegen Personen, die im Titel nicht genannt werden, ist unzulässig.
Beispiel: Bei einem Titel gegen die OHG darf nicht gegen den persönlich haftenden Gesellschafter vollstreckt werden, wenn dieser nicht mit verklagt wurde.

a) **§ 704: Vollstreckbare Endurteile**

aa) **Die Zwangsvollstreckung findet statt aus Endurteilen i.S.d. § 300, die formell rechtskräftig sind** (weil sie mit förmlichen Rechtsbehelfen nicht mehr angegriffen werden können) oder für vorläufig vollstreckbar erklärt wurden. Vollstreckbar sind auch **Teilurteile gemäß § 301**,

Anerkenntnisurteile nach § 307, Versäumnisurteile nach § 331 und **Vorbehaltsurteile gemäß den §§ 302 III, 599 III**.

bb) **Die Vollstreckbarkeit rechtskräftiger Urteile bleibt erhalten, bis sie aufgrund der Wiedereinsetzung gemäß § 233, der Wiederaufnahme gemäß den §§ 578 ff. oder der Abänderungsklage beseitigt ist**; formell rechtskräftige Vorbehaltsurteile sind rechtskräftig bis zur Aufhebung im Nachverfahren. Wird ein formell rechtskräftiges Urteil angegriffen, so hat dies jedoch keine die Vollstreckbarkeit aufschiebende Wirkung; das Gericht kann jedoch nach § 707 die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstellen. Es entscheidet das Prozessgericht auf der Basis einer Prognose über die Erfolgschancen des Rechtsmittels.

cc) **Ist das Urteil noch nicht formell rechtskräftig, so kann es noch in der Rechtsmittelinstanz aufgehoben werden**. Dennoch wird es unter den in den §§ 708 ff. genannten Voraussetzungen zum Schutz des Gläubigers mit oder ohne dessen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt. **Der Gläubiger vollstreckt jedoch auf eigenes Risiko, weil er nach § 717 II verschuldensunabhängig auf Schadensersatz wegen erfolgter Vollstreckungsmaßnahmen haftet, wenn das Urteil in der Rechtsmittelinstanz aufgehoben wird (= Gefährdungshaftung, vgl. auch die §§ 302 IV 3, 600 II ZPO)**. Hat der unterlegene Beklagte gegen das Urteil Einspruch gemäß § 340 oder Berufung eingelegt, so entscheidet das Prozessgericht auf seinen Antrag hin über die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß den §§ 719, 707.

b) **§ 794: Weitere Vollstreckungstitel**

Von den in § 794 genannten Vollstreckungstiteln sind folgende besonders hervorzuheben:

aa) Der **Prozessvergleich des § 794 I Nr. 1** ist ein Vollstreckungstitel, da erst die Vollstreckbarkeit dem Kläger einen Anreiz gibt, den Prozess zu beenden und teilweise nachzugeben. Zu seiner Wirksamkeit muss der Prozessvergleich vor einem deutschen Gericht oder einer anerkannten Gütestelle zur Beilegung eines bereits anhängigen, aber noch nicht beendeten Rechtsstreits geschlossen und nach § 160 III Nr. 1 ordnungsgemäß protokolliert sein. Die materielle Wirksamkeit des Vergleichs wird hingegen weder bei der Klauselerteilung noch bei der Vollstreckungshandlung geprüft.
Der Vollstreckungsschuldner kann die materielle Unwirksamkeit auf zwei Wegen geltend machen: Entweder er beantragt die Fortführung des Prozesses und die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 769 oder er erhebt Vollstreckungsgegenklage gemäß den §§ 795, 767.

bb) **Kostenfestsetzungsbeschlüsse: § 794 I Nr. 2**

cc) **Vollstreckungsbescheide gemäß § 794 I Nr. 4**, die auf der Basis des Mahnbescheides ergehen.

dd) **Vollstreckbare Urkunden gemäß § 794 I Nr. 5**, in denen sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung ohne Prozess und Urteil unterworfen hat, so dass der Gläubiger ohne langwieriges Verfahren einen sofortigen Titel erhält. Die **Unterwerfungserklärung** muss vor einem Notar abgegeben und protokolliert werden. Die vollstreckbare Urkunde wird über eine bestimmte oder konkret bestimmbare Geldforderung errichtet, ohne dass der Anspruch materiell überprüft wird. Verändert sich der Anspruch der Höhe nach, so bleibt dadurch die Vollstreckbarkeit der Urkunde unberührt. Hat sich die Forderung verringert, so muss dies der Schuldner mit der **Vollstreckungsgegenklage gemäß den §§ 797, 767** geltend machen. § 767 II gilt dabei nicht.

Besondere Bedeutung erlangt die vollstreckbare Urkunde im **Kreditsicherungsrecht**, wobei der Eigentümer eines durch Hypothek, Grund- oder Rentenschuld belasteten Grundstücks sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, ohne dass der Gläubiger nach § 1147 auf Duldung der Zwangsvollstreckung klagen müsste. Diese Unterwerfungserklärung kann auch zu Lasten des jeweiligen Rechtsnachfolgers abgegeben werden, wenn diese weitergehende dingliche Wirkung nach **§ 800 ZPO** im Grundbuch eingetragen ist.

Um eine überraschende Zwangsvollstreckung zu vermeiden, muss der Vollstreckungstitel dem Eigentümer allerdings gemäß § 798 eine Woche vor Beginn der Vollstreckung zugestellt werden.

Beachte: Gemäß § 794 I Nr. 5 können nicht nur Geldansprüche, sondern auch Ansprüche auf sonstige Leistungen in einer vollstreckbaren Urkunde festgelegt werden. Diese Ansprüche müssen in der Unterwerfungserklärung konkret bestimmt sein und dem Verfügungsrecht des Vollstreckungsschuldners unterliegen. § 794 I Nr. 5 gilt jedoch nicht für Ansprüche auf Abgabe einer Willenserklärung und auch nicht für Ansprüche, die den Bestand von Wohnraummietverhältnissen betreffen.

2) **Die Vollstreckungsklausel**

a) Sie ist das **amtliche Zeugnis über das Bestehen und die Vollstreckbarkeit des Titels** und wird unter die vollstreckbare Ausfertigung des Urteils mit dem Wortlaut des § 725 gesetzt, von der erteilenden Person unterschrieben und mit dem Amtssiegel versehen. Erst durch die Erteilung der Klausel wird der Titel vollstreckbar. Das Erfordernis ihrer Erteilung beruht auf der organisatorischen Trennung von Erkenntnisverfahren und Vollstreckungsverfahren und hat **zwei Funktionen**:

aa) **Die Vollstreckungsklausel erspart dem Vollstreckungsorgan die Nachprüfung, ob der Titel wirksam und vollstreckbar ist**. Das Vollstreckungsorgan ist auch nach außen hin durch die Klausel zur Vollstreckung legitimiert.

bb) **Die Klausel schützt auch den Schuldner insofern, als dass sie nur einmal erteilt werden darf**; der Schuldner wird dadurch vor mehrfacher Vollstreckung aus mehreren Titeln bewahrt. Die Erteilung der Klausel wird gemäß § 734 auf der Urschrift des Titels vermerkt. Nach Befriedigung des Gläubigers wird dem Vollstreckungsschuldner die vollstreckbare Urkunde ausgehändigt. Teilleistungen werden auf der vollstreckbaren Ausfertigung vermerkt und dem Schuldner quittiert.

b) **Die Klausel wird unter folgenden Voraussetzungen erteilt**:

aa) Es liegt ein formgültiger vollstreckbarer Titel vor, der entweder formell rechtskräftig ist oder für vorläufig vollstreckbar erklärt wurde.

bb) Der Titel enthält einen vollstreckungsfähigen und bestimmten Inhalt.

cc) Die Personen des Titels und des Vollstreckungsverfahrens sind identisch.

c) **Die titelübertragende Klausel der §§ 727 - 729**

Gemäß § 750 darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner im Titel benannt sind. Ist es entweder auf der Gläubiger- oder

auf der Schuldnerseite zu einer Veränderung im Wege der Rechtsnachfolge gekommen, so kann durch eine **Umschreibung der Vollstreckungsklausel** für und gegen den Rechtsnachfolger ein erneuter Prozess vermieden werden. Die titelübertragende Klausel bezeichnet mit konstitutiver Wirkung den neuen Gläubiger oder den neuen Schuldner. Voraussetzung ist jedoch der Nachweis der Rechtsnachfolge durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde (z.B. Erbschein).

aa) **Zugunsten des Gläubigers** kann die Klausel in jedem Fall der Rechtsnachfolge (z.B.: Erbschaft, Übereignung, Abtretung) nach Prozessbeginn oder Entstehung eines anderen Titels erfolgen.

bb) **Gegen den Rechtsnachfolger** ist die Titelumschreibung in den Grenzen des § 325 möglich. Dabei sind jedoch folgende Besonderheiten zu beachten:

(1) Der Einwand der Gutgläubigkeit nach § 325 II wird bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht berücksichtigt. Der Schuldner muss aufgrund der behaupteten Gutgläubigkeit die Erteilung der Klausel über § 732 oder § 768 angreifen.

(2) Ein Titel gegen die OHG oder KG kann nach § 129 IV HGB nicht gegen den Gesellschafter umgeschrieben werden. Der Gesellschafter ist nicht der Rechtsnachfolger der Gesellschaft.

(3) Der Erbe ist zwar Rechtsnachfolger des Schuldners, doch kann gemäß § 779 auch ohne Titelumschreibung in den Nachlass vollstreckt werden, wenn die Vollstreckung zu Lebzeiten des Erblassers bereits begonnen hatte. Ansonsten kann vor Annahme der Erbschaft durch den Erben nur in den Nachlass vollstreckt werden, wenn ein Titel gegen Nachlasspfleger, Nachlassverwalter oder Testamentsvollstrecker besteht oder gegen sie umgeschrieben ist. Nach Annahme der Erbschaft kann der Titel nach **§ 727** auf den Erben umgeschrieben werden.

Zuständig für die Erteilung der Klausel ist der **Urkundsbeamte der Geschäftsstelle**, in Fällen der §§ 726 - 729 der **Rechtspfleger**.

d) **Exkurs: Die Rechtsbehelfe bei der Klauselerteilung**

aa) **Die Rechtsbehelfe des Gläubigers bei verweigerter Erteilung**

(1) **Erinnerung** nach § 576 ZPO bei Weigerung des Urkundsbeamten

(2) **Rechtspflegererinnerung** bei Verweigerung der qualifizierten Klausel durch den Rechtspfleger in Fällen der §§ 726 ff.. Hier kann der Richter abhelfen oder die Erinnerung dem Beschwerdegericht vorlegen (= **Durchgriffserinnerung**).

(3) **Klauselklage** nach § 731 ZPO, wenn der nach den §§ 726 - 729 erforderliche Nachweis durch öffentliche Urkunde nicht geführt werden kann.

bb) **Die Rechtsbehelfe des Schuldners gegen die Erteilung**

(1) **Erinnerung nach § 732** bei Fehlen der Voraussetzungen der Klauselerteilung, (z.B.: Fehlen eines vollstreckbaren Titels, fehlender Nachweis der Rechtsnachfolge). In diesem Fall kann das Gericht nach § 732 II vorläufige Anordnungen treffen, z.B. die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstellen.

(2)**Klage gegen Vollstreckungsklausel** nach § 768 bei materiellen Einwendungen gegen die Titelergänzung oder Titelumschreibung (z.B. § 325 II ZPO).

3) **Die Zustellung nach § 750**

Der Vollstreckungstitel muss nach § 750 I bereits zugestellt sein oder gleichzeitig mit Beginn der Vollstreckung zugestellt werden. Die Zustellung erfolgt an den Schuldner oder seinen Prozessbevollmächtigten. Dabei werden Urteile von Amts wegen oder gemäß § 750 I 2 auch im Parteibetrieb durch den Gläubiger über den Gerichtsvollzieher zugestellt mit der Folge, dass der Gläubiger den Schuldner mit der Vollstreckung überraschen kann.

III. Die besonderen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung ergeben sich aus Sondersituationen und sind wie folgt gesetzlich geregelt:

1) **§ 751 I**: Ist die Zwangsvollstreckung vom Eintritt eines Datums abhängig, so darf sie vorher nicht - erfolgen.

2) **§ 751 II**: Muss der Gläubiger Sicherheit leisten, so darf die Zwangsvollstreckung erst erfolgen, wenn die Sicherheitsleistung durch öffentliche Urkunde nachgewiesen wurde.

3) **§ 756**: Ist der Schuldner zur Zug-um-Zug-Leistung verurteilt, so muss der Gerichtsvollzieher dem Schuldner die Gegenleistung gemäß § 756 I anbieten, wenn nicht durch öffentliche Urkunde der Nachweis der Befriedigung des Schuldners geführt ist. Nach § 756 II darf der Gerichtsvollzieher mit der Zwangsvollstreckung beginnen, wenn der Vollstreckungsschuldner erklärt, dass er die angebotene Leistung nicht annehmen werde.

IV. Vollstreckungshindernisse

1) **Das Gericht hat die Zwangsvollstreckung eingestellt**:

a) **§ 707**: Bei Wiedereinsetzung i.S.d. § 233 oder Wiederaufnahme nach § 578, da zwar die formelle Rechtskraft durchbrochen werden kann, aber die vorläufige Vollstreckbarkeit durch Rechtsmitteleinlegung noch nicht aufgehoben ist.

b) **§ 719**: Einstweilige Einstellung bei Einlegung eines Rechtsmittels (Berufung/Revision) und Einspruch nach § 340 gegen ein Versäumnisurteil.

c) **§ 765 a**: Schuldnerschutz bei unbilliger Härte der Vollstreckung.

d) **§ 769**: Einstellung bei Vollstreckungsgegenklage oder Klauselklage.

2) **§ 89 InsO: Der Schuldner ist insolvent geworden**. Der Gläubiger darf keine Einzelzwangsvollstreckung mehr betreiben, sondern muss sich als Insolvenzgläubiger am Insolvenzverfahren beteiligen (Argument: Gleichbehandlung der Gläubiger in der Insolvenz widerspricht dem Prioritätsprinzip der Einzelzwangsvollstreckung).

§ 24 Die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in bewegliches Vermögen

Vorbemerkung

Die Zwangsvollstreckung erfolgt durch Pfändung und Verwertung der Sache. Die Pfändung ist ein hoheitlicher Akt, der die Sache zur Befriedigung des Gläubigers in Beschlag nimmt, der Verfügungsgewalt des Schuldners entzieht und zur Befriedigung des Gläubigers bereitstellt.

I. **Vollstreckungsorgan** ist der **Gerichtsvollzieher**, der in seinem Bezirk auf Antrag des Gläubigers tätig wird.

II. **Gegenstand der Zwangsvollstreckung** ist das pfändbare bewegliche Vermögen des Schuldners, das sich in dessen Gewahrsam befindet oder im Gewahrsam eines Dritten, der zur Herausgabe der Sache an den Gerichtsvollzieher bereit ist.

1) **Der Pfändung unterworfen** sind alle beweglichen Sachen i.S.d. §§ 90 ff. BGB mit Ausnahme des Grundstückszubehörs und dessen Bestandteilen, die nach § 865 in den Haftungsverband der Hypothek fallen.

   a) Diese beweglichen Sachen können gepfändet werden, wenn sie **im Gewahrsam des Schuldners** stehen. Dabei gilt der Begriff des Gewahrsams im Sinne einer tatsächlichen Sachherrschaft und ist mit dem unmittelbaren Besitz gleichzustellen. Folge: Besitzdiener, Erbenbesitzer und mittelbare Besitzer haben keinen Gewahrsam.

      Da eine Überprüfung der materiellen Eigentumslage durch den Gerichtsvollzieher vor Ort oft undurchführbar ist, knüpft die Zwangsvollstreckung als formalisiertes Verfahren an äußere, leicht feststellbare Sachverhalte an, wobei auch der Gewahrsam in einer dem § 1006 entsprechenden Weise das Eigentum vermuten lässt. Der Gerichtsvollzieher darf sich auch nicht durch die Behauptung, ein anderer sei Eigentümer, von der Vollstreckung abhalten lassen. Sollte die Sache tatsächlich einem anderen gehören, bleibt dieser auf die **Drittwiderspruchsklage des § 771 ZPO** verwiesen. Eine Ausnahme gilt in Fällen, in denen die Sache offensichtlich nicht dem Vollstreckungsschuldner gehört (z.B. die zu reparierenden Uhren in der Werkstatt des Uhrmachers).

   b) Nach **§ 809, 2. Alt.** kann die Sache auch bei einem **zur Herausgabe bereiten Dritten** gepfändet werden. Dritter ist dabei jeder, der nach dem Titel weder Gläubiger noch Schuldner ist und auch nicht für diese als Organ, Vertreter oder Besitzdiener Gewahrsam hat oder ausübt.

   c) Ist der **Dritte nicht zur Herausgabe bereit**, so darf sich der Gerichtsvollzieher nicht über dessen entgegenstehenden Willen hinwegsetzen und pfänden, da der Vollstreckungstitel nicht gegen den Dritten gerichtet ist und diesem gegenüber keine Zwangsbefugnisse gewährt. Dies gilt selbst dann, wenn der besitzende Dritte nach materiellem Recht zur Herausgabe an den Vollstreckungsschuldner verpflichtet ist oder die Sache sogar in kollusivem Zusammenwirken mit dem Schuldner besitzt, um sie zumindest vorübergehend der Zwangsvollstreckung zu entziehen. Gegen eine dennoch erfolgte Pfändung ist eine **Erinnerung nach § 766** möglich.

      Der Gläubiger muss in diesen Fällen über die **§§ 846, 847 den Herausgabeanspruch des Vollstreckungsschuldners gegen den Dritten pfänden** und sich überweisen lassen, um anschließend gegebenenfalls gegen den Besitzer auf Herausgabe zu klagen und in die Sache vollstrecken zu können.

d) **Problem: Gewahrsam unter Ehegatten / Partnern einer eingetragenen Lebenspartnerschaft**

aa) Um eine Pfändung gegen einen verheirateten Vollstreckungsschuldner nicht an § 809, 2. Alt. scheitern zu lassen, spricht **§ 739 die grds. unwiderlegbare Vermutung aus, dass der Vollstreckungsschuldner alleiniger Gewahrsamsinhaber derjenigen Gegenstände ist, die ihm nach § 1362 BGB vermutlich gehören**. Dies gilt bei Partnern einer eingetragenen Lebenspartnerschaft über **§ 8 I LPartG**.

§ 739 gilt für den gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft und für die Gütertrennung. Bei der Gütergemeinschaft gilt § 739 nur dann, wenn feststeht, dass die Sache nicht zum Gesamtgut der Eheleute zählt, was aber zunächst vermutet wird.

Der andere Ehegatte kann nur **Drittwiderspruchsklage gemäß § 771** erheben und die Zwangsvollstreckung in diesen Gegenstand für unzulässig erklären lassen. Dabei muss aber der klagende Ehegatte die Eigentumsvermutung des § 1362 I 1 BGB widerlegen und sein Eigentum bzw. Miteigentum beweisen.

Die Eigentums- und Gewahrsamsvermutung der §§ 1362 BGB, 739 ZPO gilt aber in drei Fällen nicht:

- **Die betroffenen Objekte gehören offensichtlich dem anderen Ehegatten**.

- **Wenn die Eheleute getrennt leben, ist § 739 nicht anwendbar**. Soweit keine Arglist vorliegt, kann der nicht haftende Ehegatte gemäß § 809 der Pfändung der Sachen widersprechen, die sich in seinem Gewahrsam befinden. Dies gilt auch dann, wenn der haftende Ehegatte Eigentümer dieser Sachen ist. Der Gläubiger kann dann nur den Herausgabeanspruch des haftenden Ehegatten gegen den besitzenden Ehegatten pfänden und sich überweisen lassen.

- **Sachen zum alleinigen persönlichen Gebrauch** können nicht zugunsten der Gläubiger des anderen Ehegatten gepfändet oder heraus verlangt werden. Das Gesetz vermutet hier in § 1362 II BGB, dass sie allein demjenigen gehören, für dessen Gebrauch sie bestimmt sind.

bb) **§ 739 ZPO gilt nach h.M. bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften nicht analog**. Im formalisierten Verfahren der Pfändung kann der Gerichtsvollzieher die rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen des Zusammenlebens beider Partner nicht prüfen. Eine der Ehe vergleichbare Vermengung der Vermögenswerte findet innerhalb der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in der Regel nicht statt. § 1362 trägt demgegenüber dem Gedanken Rechnung, dass nach § 1353 das BGB von der lebenslangen Dauer der Ehe ausgeht und eine Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft besteht, so dass es nach Jahren oder Jahrzehnten schwierig ist, Gegenstände dem einzelnen zuzuordnen. Ein solcher Bindungswille lässt sich bei Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft i.d.R. nicht feststellen. Gerade die Unsicherheit über die Dauer der Beziehung verhindert eine Vermengung des persönlichen Eigentums.

Soweit darin eine gegen Art. 6 I GG verstoßende Diskriminierung der Ehegatten gesehen wird (z.B. Brox FamRZ 1981, 1125), kann daraus nicht gefolgert werden, dass diese Ungleichbehandlung durch eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft behoben werden kann (OLG Köln NJW 1989, 1737).

Auch bei sonstigen Wohngemeinschaften kann die fehlende Bereitschaft des Mitbewohners zur Herausgabe nach § 809, 2. Alt. die Pfändung hindern, es sei denn, dass die Wohnung so räumlich aufgeteilt ist, dass der Vollstreckungsschuldner Alleingewahrsam an bestimmten Räumen hat.

e) Vom **Umfang** her unterliegt das gesamte Vermögen des Vollstreckungsschuldners der Zwangsvollstreckung. Zum Schutz des Vollstreckungsschuldners existieren aber Pfändungsbeschränkungen, deren Verletzung mit der Erinnerung nach § 766 ZPO angegriffen werden kann.

aa) **§ 803 I 2**: Die Pfändung darf nach § 803 I 2 nicht weiter reichen, als zur Befriedigung des Gläubigers und Deckung der Vollstreckungskosten erforderlich ist.

bb) **§ 803 II**: Die Pfändung muss unterbleiben, wenn bei einer Verwertung der Pfandsache vermutlich nur die Kosten der Zwangsvollstreckung gedeckt werden können.

cc) **§ 811**: Bestimmte Gegenstände sind der Pfändung nicht unterworfen. Um dem Vollstreckungsschuldner und seiner Familie eine angemessene bescheidene Lebensführung zu ermöglichen, sichern die Ziffern 1-4 das Existenzminimum (Kleidung, Nahrung, Haushaltsgegenstände). Zum Schutz existenzsichernder Einkünfte sind unmittelbare Arbeitsmittel (z.B. Pkw des Taxifahrers) unpfändbar.
In Fällen der Ziffern 1, 5 und 6 ist jedoch eine **Austauschpfändung** nach § 811 a denkbar, bei der der Gläubiger ein erforderliches Ersatzstück (z.B.: alter Fernseher gegen neuwertiges Spitzenmodell) beschaffen oder den entsprechenden Geldbetrag zur Verfügung stellen muss, wobei der Wert des Ersatzstückes dem Vollstreckungsgläubiger als Kosten der Zwangsvollstreckung erstattet wird.

Der Vollstreckungsschuldner kann nicht im Voraus auf die Vollstreckungsschutzvorschriften verzichten. § 811 ist von Amts wegen zu beachten. Die dennoch erfolgte Pfändung führt zwar ein Verfügungsverbot und eine Verstrickung der Sache herbei, lässt aber *kein Pfändungspfandrecht* entstehen. Bis zur Verwertung kann der Schuldner **Erinnerung gemäß § 766** einlegen. Nach erfolgter Verwertung stehen ihm Ausgleichsansprüche gegen den Gläubiger über die §§ 823 ff.; 812 ff. BGB zu.

2) **Die Vornahme der Pfändung**

§ 808 bietet für die Pfändung beweglicher Sachen 2 Möglichkeiten:

a) **§ 808 I**: Der Gerichtsvollzieher nimmt dem Vollstreckungsschuldner die Sachen weg und entzieht sie dadurch dessen Zugriff. Er muss die weggenommene Sache ordentlich aufbewahren (z.B. in einer Pfandkammer), wobei die Wegnahme regelmäßig nur bei Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten erfolgt, deren Wert im Verhältnis zu ihrem Umfang sehr groß ist (z.B. teurer Schmuck).

b) **§ 808 II**: Andere Sachen belässt der Gerichtsvollzieher beim Vollstreckungsschuldner, wenn dadurch die Befriedigung des Gläubigers nicht gefährdet ist. Der Gerichtsvollzieher macht jedoch die Pfändung durch **Anlegung eines Pfandsiegels** so kenntlich, dass die Pfändung bei Anwendung ordentlicher Sorgfalt erkennbar ist. Durch Siegelanlegung tritt **öffentlichrechtliche Verstrickung** ein, so dass der Gegenstand der Verfügungsgewalt des Schuldners entzogen ist. Der Fortbestand der Verstrickung hängt aber nicht davon ab, dass die Pfändung weiterhin erkennbar ist; auch die Ablösung des Pfandsiegels ändert nichts an der Verstrickung. Da der Gerichtsvollzieher im Rahmen des § 808 II nur mittelbarer Besitzer wird und der Vollstreckungsschuldner unmittelbarer Fremdbesitzer ist, kommt die Pfandsache bei einer Ver-

äußerung durch den Vollstreckungsschuldner nicht i.S.d. § 935 I BGB abhanden. Das durch die Verstrickung eingetretene Verfügungsverbot kann somit durch gutgläubigen Erwerb gemäß den §§ 135, 136, 932 BGB überwunden werden mit der Folge, dass der Erwerber gutgläubig lastenfreies Eigentum erwirbt.

Der Gerichtsvollzieher errichtet bei jeder Pfändung ein **Protokoll**, das auch den Wert der gepfändeten Sache enthält.

Problem 1: Die Mehrfachpfändung

Bewegliche Sachen können mehrfach gepfändet werden. Gehen mehrere Aufträge mehrerer Gläubiger beim Gerichtsvollzieher ein, so wird die Sache einmal für mehrere Gläubiger gepfändet; ansonsten erfolgt nach bereits erfolgter Pfändung eine **Anschlusspfändung**. Die Verwertung regelt § 827: Der erstpfändende Gerichtsvollzieher verwertet die Sache für alle Gläubiger und verteilt den Erlös nach § 804 III in der Reihenfolge der Pfändungen (**Präventionsprinzip**), gegebenenfalls anteilig nach § 827 III. Der Streit um die Verteilung findet nach den §§ 827 II, 872 in einem besonderen **Verteilungsverfahren** statt.

Problem 2: Der erweiterte Schuldnerschutz der §§ 813 a, b

Hat der Gläubiger eine Ratenzahlung des Schuldners nicht ausgeschlossen, so kann der Gerichtsvollzieher gemäß **§ 813 a** die Verwertung der gepfändeten Gegenstände aufschieben, wenn sich der Schuldner verpflichtet, den geschuldeten Betrag und die Kosten der Vollstreckung innerhalb eines Jahres zu zahlen.

Ferner kann auch das Vollstreckungsgericht nach **§ 813 b** auf Antrag des Schuldners die Verwertung gepfändeter Sachen unter Anordnung von Zahlungsfristen aussetzen, wenn dies nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Schuldners und der Art der Schuld angemessen erscheint.

III. Die Konsequenzen der Pfändung

Eine in jeder Hinsicht fehlerfreie Pfändung zieht 3 Konsequenzen nach sich:

1) **Die öffentlichrechtliche Verstrickung der Pfandsache**

Die Pfändung lässt ein besonderes **öffentlichrechtliches Gewaltverhältnis** bezüglich der Pfandsache entstehen, das die Sache der Verfügungsbefugnis des Schuldners entzieht und durch § 136 StGB strafrechtlich geschützt ist. **Verstrickung ist daher die staatliche Sicherstellung des Vollstreckungsobjekts**.
Die Verstrickung entsteht unabhängig davon, ob der Vollstreckungsschuldner Eigentümer der Pfandsache ist; da sie nicht akzessorisch ist, entsteht sie auch, wenn dem Gläubiger keine Forderung gegen den Vollstreckungsschuldner zusteht. Die Pfändung schuldnerfremden Vermögens macht die Verstrickung jedoch ebenso angreifbar wie der Verstoß gegen Vollstreckungsvorschriften (z.B. Pfändung unpfändbarer Gegenstände). Die Verstrickung bleibt aber erhalten, bis sie auf einen Rechtsbehelf des Betroffenen hin aufgehoben wird (z.B. im Wege der Drittwiderspruchsklage nach § 771).

Die Verstrickung entsteht nur nicht in Fällen schwerster Verfahrensmängel: Es fehlt der Vollstreckungstitel oder es pfändet das funktionell unzuständige Organ.

Beispiel: Der Gerichtsvollzieher pfändet eine Forderung; keine Zustellung des Pfändungsbeschlusses bezüglich der Forderung an den Drittschuldner nach § 828 III; Pfändung einer Sache ohne Inbesitznahme oder Siegelanlegung.

2) **Verfügungsverbot gerichtet an den Vollstreckungsschuldner**

Durch Immobiliarvollstreckung (§ 23 ZVG) und Rechtspfändung (§§ 829, 846) entsteht ein *gesetzliches*, durch Pfändung beweglicher Sachen ein *behördliches* Verfügungsverbot, wenn es sich um schuldnereigenes Vermögen handelt. Dadurch wird eine rechtsgeschäftliche Verfügung gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger relativ unwirksam; diesem gegenüber gehört die Sache immer noch seinem Vollstreckungsschuldner und kann daher noch verwertet werden. Die Verfügungsbeschränkung kann aber durch Gutglaubenserwerb gemäß den §§ 135 II, 136, 932 BGB überwunden werden.

3) **Das Pfändungspfandrecht**

a) Nach § 804 erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstand, das ihm die Rechte eines vertraglich bestellten Pfandrechts gewährt.

b) Die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts ist streitig. Nach der h.M. gilt die **gemischte privatrechtlich-öffentlichrechtliche Theorie**: Das Pfändungspfandrecht ist neben dem vertraglich bestellten Pfandrecht der §§ 1204 ff. BGB und den gesetzlichen Pfandrechten der §§ 562, 647, 704 BGB die 3. Art eines privatrechtlichen Pfandrechts, so dass grundsätzlich die Regeln des BGB Anwendung finden.

Auch das Pfändungspfandrecht ist daher **akzessorisch** und somit abhängig vom Bestehen einer Forderung des Vollstreckungsgläubigers gegen den Vollstreckungsschuldner. **Es entsteht also nicht, wenn die titulierte Forderung nicht besteht oder wenn die Sache dem Vollstreckungsschuldner nicht gehört, da dann ja kein Titel gegen den Eigentümer existiert**. Auch die Verletzung vollstreckungsrechtlicher Vorschriften lässt kein Pfändungspfandrecht entstehen, es sei denn, dass es sich um bloße Ordnungsvorschriften gehandelt hätte.
Andererseits erfolgen sowohl Beschlagnahme als auch Verwertung durch staatliche Organe unter Ausnutzung hoheitlicher Gewalt. **Die Grundlage der Verwertung liegt daher in der öffentlichrechtlichen Verstrickung, die nur eine wirksame Beschlagnahme voraussetzt. Das Pfändungspfandrecht entscheidet lediglich über die Verteilung des Erlöses, ob also der Gläubiger den an ihn ausgekehrten Betrag behalten darf**.

c) **Die Konsequenzen der privatrechtlich-öffentlichrechtlichen Theorie**

aa) Die Verwertung schuldnerfremden Vermögens ist wirksam, wenn die gepfändeten Gegenstände wirksam verstrickt waren. Es wäre Sache des Eigentümers gewesen, im Wege des § 771 gegen die Verstrickung mit einer Drittwiderspruchsklage vorzugehen. Dem Eigentümer stehen jedoch nach erfolgter Verwertung Ausgleichsansprüche zu, da an schuldnerfremdem Vermögen kein Pfändungspfandrecht entstehen konnte.

bb) Der Ersteigerer erwirkt in der Zwangsversteigerung auch an schuldnerfremdem Vermögen Eigentum, da bei bestehender Verstrickung die Verwertung auch ohne Pfändungspfandrecht frei von Verfahrensfehlern ist. Der Gerichtsvollzieher überträgt kraft Hoheitsakt das Eigentum auf den Ersteher analog § 817 II ZPO.

cc) In der Insolvenz des Schuldners begründet das Pfändungspfandrecht ein Absonderungsrecht des Gläubigers gemäß § 170 I 2 InsO.

IV. Die Verwertung der Pfandsache

1) Gepfändetes Bargeld wird nach § 815 I unter Abzug der Kosten der Zwangsvollstreckung vom Gerichtsvollzieher dem Gläubiger übergeben; es wird jedoch hinterlegt, wenn ein Dritter ein nach § 771 die Veräußerung hinderndes Recht i.S.d. § 294 glaubhaft machen kann. Erfolgt keine Hinterlegung, so gilt bereits die Pfändung des Geldes durch den Gerichtsvollzieher als befreiende Leistung des Schuldners. **Nach § 815 III 1 geht die Gefahr (z.B. des Verlustes oder der Veruntreuung durch den Gerichtsvollzieher) auf den Gläubiger über. Eigentümer wird der Gläubiger jedoch erst mit der Ablieferung des Geldes; dadurch erlischt eine bestehende Forderung nach § 362 BGB**. Der Eigentumserwerb bezüglich des Geldes ist dabei unabhängig davon, ob das Geld dem Vollstreckungsschuldner gehörte oder die titulierte Forderung bestand.

2) **Sonstige Gegenstände werden i.d.R. öffentlich versteigert, wobei der Gerichtsvollzieher als staatliches Organ tätig wird**. Das dabei einzuhaltende Verfahren ist in den **§§ 816 ff.** ausführlich geregelt. Nach § 816 I, II erfolgt die Versteigerung dort, wo die Sache gepfändet wurde, nach Ablauf einer einwöchigen Frist, wobei Zeit und Ort öffentlich bekannt gegeben werden. Auch Gläubiger und Schuldner können über die §§ 816 IV ZPO, 1239 BGB bei der Versteigerung mitbieten, nicht aber der Gerichtsvollzieher, um Interessenskollisionen zu verhindern.

   In der Zwangsvollstreckung werden für die Pfandsache **Gebote** abgegeben, wobei der Zuschlag gemäß **§ 817 a** nur erfolgen darf, wenn mindestens die **Hälfte des gewöhnlichen Verkaufspreises** erreicht wird (vgl. § 85 a ZVG bei Immobilien). Wird dieser Betrag nicht erreicht, so kann eine erneute Versteigerung anberaumt werden oder eine anderweitige Verwertung, z.B. Verkauf durch den Gerichtsvollzieher, erfolgen.
   Exkurs: Gemäß § 825 kann der Gerichtsvollzieher auf Antrag des Gläubigers oder des Schuldners die gepfändete Sache in anderer Art und Weise oder an einem anderen Ort verwerten.

   Ein Gebot erlischt, wenn ein höheres Gebot erfolgt. Gemäß § 817 I wird dem Meistbietenden der **Zuschlag** nach dreimaligem Aufruf erteilt. Da es sich um ein staatliches Vollstreckungsverfahren handelt, gilt nicht das Kaufrecht des BGB; es handelt sich vielmehr um einen **öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Staat und Ersteher**. Das Gebot des Versteigerers ist als Prozesshandlung (im Gegensatz zur Willenserklärung!) bedingungsfeindlich und nicht anfechtbar. **Gewährleistungsrechte gelten nach § 806 ZPO nicht**. Der mit dem Zuschlag entstehende öffentlich-rechtliche Vertrag verschafft dem Ersteigerer noch kein Eigentum, ist aber der Rechtsgrund für die nachfolgende Übereignung.

   Die Übereignung erfolgt nach § 817 II nur gegen bare Zahlung. Zahlt der Meistbietende nicht bis zum Ende des Versteigerungstermins, so wird die Sache anderweitig verwertet, wobei der Bieter für die Differenz eines minderen Erlöses haftet. Gegen Barzahlung wird ihm die tatsächliche Sachherrschaft verschafft zum Zwecke der Eigentumsübertragung durch hoheitlichen Akt. Der Gerichtsvollzieher ist zur Eigentumsübertragung durch die öffentlichrechtliche Verstrickung legitimiert; da es sich um ein formalisiertes Verfahren handelt, ist er zu einer Prüfung der Eigentumsverhältnisse nicht verpflichtet.

Der Ersteigerer erwirbt somit unabhängig von seiner Gutgläubigkeit oder einem möglichen Abhandenkommen das Eigentum auch dann, wenn die Sache dem Vollstreckungsschuldner nicht gehörte, durch Hoheitsakt in Form der Ablieferung und zweier übereinstimmender Willenserklärungen (von Seiten des Gerichtsvollziehers als Vertreter des Staates und des Erstehers), wenn die Sache öffentlichrechtlich verstrickt war und die wesentlichen Versteigerungsbedingungen eingehalten wurden. Bei schweren Verstößen jedoch oder mangelnder Verstrickung nützt auch die Gutgläubigkeit des Ersteigerers nichts. § 1244 BGB gilt nicht analog.

Andererseits: Bei wirksamer Verstrickung geht auch dann das Eigentum auf den Ersteher über, wenn:

- der Vollstreckungsschuldner nicht Eigentümer war,
- die titulierte Forderung in Wahrheit nicht besteht oder wenn
- der Ersteigerer wusste, dass die Sache dem Vollstreckungsschuldner nicht gehörte.

Der **Versteigerungserlös** tritt mit Entgegennahme durch den Gerichtsvollzieher analog § 1247, 2 BGB im Wege **dinglicher Surrogation** an die Stelle der Pfandsache. **Der bisherige Eigentümer der Pfandsache wird daher automatisch Eigentümer des Erlöses, an dem sich Verstrickung und Pfändungspfandrecht fortsetzen**. Der Erlös wird durch öffentlichrechtlichen Vertrag ohne Berücksichtigung der materiellen Rechtslage und Bösgläubigkeit des Gläubigers diesem übereignet, ein verbleibender Überschuss steht dem früheren Eigentümer der Pfandsache zu. Mit Auskehrung des Erlöses ist die Zwangsvollstreckung beendet.

V. Ausgleichsansprüche nach beendeter Zwangsvollstreckung

Die Rechtsbehelfe der Zwangsvollstreckung wie die §§ 766, 767, 771, 805 haben sich nach Abschluss der Zwangsvollstreckung erledigt. Die Zwangsvollstreckung hat jedoch den Erlös noch nicht verbindlich verteilt, so dass materiellrechtliche Ausgleichsansprüche auch noch nach Beendigung des Verfahrens bestehen können.

1) **Vollstreckung in schuldnerfremdes Vermögen**

a) **Amtshaftungsansprüche** gegen den Staat nach § 839 BGB, Art. 34 GG setzen eine schuldhafte Amtspflichtverletzung des Gerichtsvollziehers voraus. Die Prüfungskompetenz des Gerichtsvollziehers erstreckt sich aufgrund des formalisierten Verfahrens aber nicht auf die Eigentumslage (Ausnahme Evidenz, s.o.).

b) **Ausgleichsansprüche gegen den Ersteigerer** bestehen grundsätzlich nicht, da dieser mit rechtlichem Grund (öffentlichrechtlicher Vertrag) durch staatlichen Hoheitsakt wirksam das Eigentum erlangt hat. Eine Ausnahme gilt in Fällen des § 826 BGB, wenn der Ersteigerer genau wusste, dass die Sache dem Vollstreckungsschuldner nicht gehörte.

c) Ansprüche gegen den **Vollstreckungsschuldner** bestehen i.d.R. nicht, da dieser als Gewahrsamsinhaber die Pfändung auch nicht unter Hinweis auf fehlendes Eigentum verhindern kann. Ein bereicherungsrechtlicher Ausgleich über § 812 I 1, 2.Alt. BGB entfällt, da der Vollstreckungsschuldner infolge fortbestehender Verpflichtung gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger nicht von einer Verbindlichkeit befreit wurde.
Eine Ausnahme gilt in Fällen, in denen der Vollstreckungsschuldner es schuldhaft unterlassen hat, den Eigentümer über die erfolgte Pfändung zu informieren, so dass dieser die an sich mögliche Drittwiderspruchsklage versäumt hat: Hier haftet der Schuldner über die **§§ 280 I, III, 283 BGB** wegen schuldhaft verursachter Unmöglichkeit der Rückgabe aus dem jeweiligen Schuldverhältnis, das der Besitzüberlassung zugrunde liegt; ferner für die darin liegende Eigentumsverletzung nach § 823 I BGB.

d) Der **Vollstreckungsgläubiger** schuldet gemäß den §§ 823, 826 BGB Schadensersatz bei schuldhaftem Verhalten. Eine teilweise in der Literatur befürwortete Haftung aus §§ 989, 990 BGB hätte den Vorteil, dass der Vollstreckungsgläubiger für Hilfspersonen (z.B. seinen Anwalt) über die §§ 166 I/ Bösgläubigkeit bei Besitzerwerb; 278/Zurechnung von Verschulden ohne Exkulpation einzustehen hätte.

Der Vollstreckungsgläubiger haftet auf jeden Fall über Bereicherungsrecht, da er mangels eines Pfändungspfandrechts den Erlös ohne Rechtsgrund erlangt hat. Die richtige Anspruchsgrundlage ist nicht § 816 I 1, da der Hoheitsakt des Gerichtsvollziehers keine Verfügung ist. Es gilt aber **§ 812 I 1, 2. Alt. BGB**, da der Vollstreckungsgläubiger in den Zuweisungsgehalt fremden Eigentums eingegriffen hat (**der Erlös gehörte infolge dinglicher Surrogation analog § 1247, 2 BGB dem Alteigentümer der Pfandsach**e, s.o.).

Sämtliche Ausgleichsansprüche sind ausgeschlossen, wenn der Eigentümer mit einer Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO vor der Versteigerung der Pfandsache rechtskräftig abgewiesen wurde, da diese Entscheidung zu seinen Ungunsten das Nichtbestehen von Ausgleichsansprüchen präjudiziert.

2) **Ansprüche des Vollstreckungsschuldners**

Auch nach Abschluss der Zwangsvollstreckung kann der Schuldner gemäß § 767 II Einwendungen vorbringen, die nach der letzten mündlichen Verhandlung über den titulierten Anspruch entstanden sind. Besteht der titulierte Anspruch nicht oder nicht mehr, so kann der Schuldner in den Grenzen der Präklusion nach § 812 I 1, 2. Alt. BGB vorgehen, wenn der Gläubiger den Erlös mangels Pfändungspfandrecht ohne Rechtsgrund erlangt hat (vgl. die Ausführungen zu § 767 ZPO; § 812 BGB als Fortsetzung des § 767 ZPO).

Bei Vollstreckungsmängeln ist ebenfalls kein Pfändungspfandrecht entstanden, doch kann hier der Vollstreckungsgläubiger einer Inanspruchnahme aus den §§ 823 oder 812 I 1, 2. Alt. BGB den titulierten Anspruch entgegenhalten und nach § 387 BGB aufrechnen.

§ 25 Die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in Forderungen und andere Rechte: §§ 828 - 863

Vorbemerkung

Bewegliche Sachen sind körperlich fassbar und können vom Gerichtsvollzieher weggenommen und verwertet werden; Forderungen und sonstige Rechte können hingegen nur durch eine gerichtliche Entscheidung beschlagnahmt werden. Funktionell zuständig ist nach den §§ 828 I, 846, 847 das **AG als Vollstreckungsgericht**, bei dem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Für das Vollstreckungsgericht handelt nach § 20 Nr. 17 RPflG der **Rechtspfleger**.

Das Zwangsvollstreckungsrecht unterscheidet zwischen drei Verfahrensbeteiligten (I) und drei verschiedenen Zugriffsobjekten (II).

I. Die Verfahrensbeteiligten

1) Der **Vollstreckungsgläubiger** ist Inhaber eines titulierten Anspruchs gerichtet auf Zahlung einer Geldsumme.

2) Der **Vollstreckungsschuldner** ist der Schuldner des Vollstreckungsgläubigers; gleichzeitig steht ihm eine Forderung oder ein sonstiges Recht zu.

3) Der **Drittschuldner** ist der Schuldner des Vollstreckungsschuldners.

II. Die Zugriffsobjekte sind die Vermögenswerte, die dem Vollstreckungsschuldner zustehen und in die der Gläubiger vollstrecken möchte.

1) **Geldforderungen** sind alle Forderungen des Vollstreckungsschuldners, die auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet sind, unabhängig vom Schuldgrund. Die Pfändbarkeit dieser Forderung setzt grundsätzlich voraus, dass die Forderung bereits in der Person des Vollstreckungsschuldners entstanden ist und übertragen werden kann, § 851 I 1 ZPO. Zudem wird die Pfändbarkeit von Geldforderungen durch **Pfändungsschutzvorschriften** zugunsten des Schuldners gemäß den §§ 850 a - i eingeschränkt, um diesem eine angemessene Lebensführung zu ermöglichen und gerade bei Arbeitseinkommen nicht jeden Anreiz zur Arbeit zu nehmen.
   Auch **künftige Forderungen** können gepfändet werden, doch muss hier im Gegensatz zur antizipierten Forderungsabtretung die Person des Drittschuldners bereits feststehen, damit diesem gemäß § 829 I, III der Pfändungsbeschluss zugestellt werden kann.

2) **Sachforderungen (§§ 846 ff.)** sind schuldrechtliche oder dingliche Ansprüche des Schuldners auf Herausgabe oder Leistung von Sachen. Dem Vollstreckungsgläubiger steht jedoch kein Anspruch auf die Sache selbst zu, sondern nur ein Pfandrecht, das zur Verwertung berechtigt. Dementsprechend wird die Sache nicht an ihn, sondern an den Gerichtsvollzieher herausgegeben, der sie verwertet und aus dem Erlös den Gläubiger befriedigt. Diese Art der Verwertung setzt aber voraus, dass die Sache selbst gepfändet werden kann: Ist die Sache selbst (z.B. wegen § 811) unpfändbar, so ist es auch der auf sie gerichtete Anspruch.

3) **Andere Vermögensrechte (§§ 857 - 863)** sind geldwerte Positionen, die weder Geld- noch Sachforderungen sind (z.B. Gesellschaftsanteile, Anwartschaftsrechte). Das Recht muss aber selbständig übertragbar sein, um gepfändet werden zu können, was z.B. bei Gestaltungsrechten oder akzessorischen Rechten nicht der Fall ist.

III. Unabhängig vom Zugriffsobjekt gelten folgende Prinzipien:

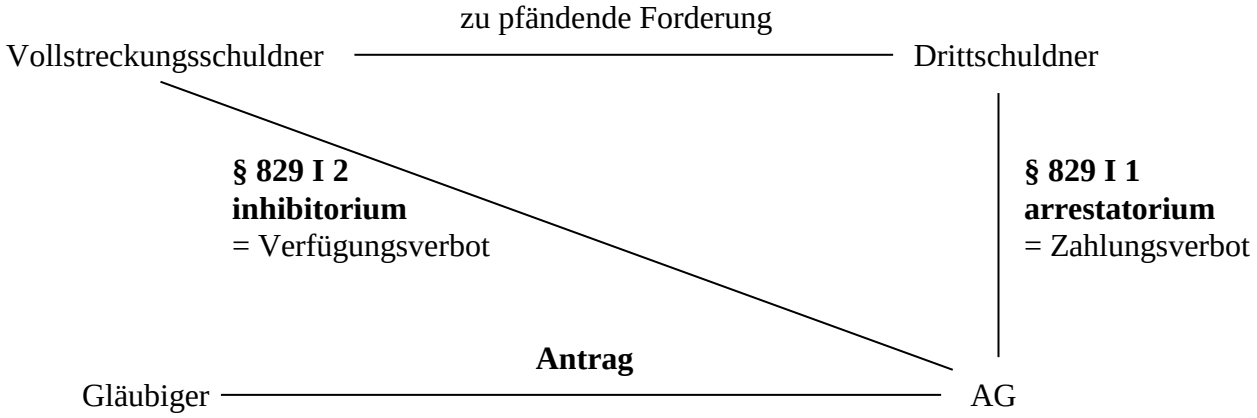
1) Aufgrund der Dispositionsmaxime wird das Vollstreckungsgericht nur auf Antrag des Vollstreckungsgläubigers tätig. Dieser Antrag muss das zu pfändende Recht nach Gläubiger, Vollstreckungsschuldner und Drittschuldner sowie Art und Schuldgrund so individualisieren, dass die Identität des Anspruchs bestimmt werden kann.

2) Das Vollstreckungsgericht entscheidet durch Pfändungsbeschluss, wobei nach § 834 der Vollstreckungsschuldner vorher nicht gehört wird, um die Vollstreckung nicht zu gefährden.

3) Das Vollstreckungsgericht stellt nur die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen (Titel, Klausel, Zustellung) fest und prüft, ob der Anspruch seiner Rechtsnatur nach bestehen kann (= Schlüssigkeitsprüfung). Es prüft nicht, ob die Forderung überhaupt besteht oder ob sie gerade dem Vollstreckungsschuldner persönlich zusteht. Ist dies nicht der Fall, so geht die Vollstreckung ins Leere.

IV. Die Vollstreckung in Geldforderungen

Sie erfolgt gemäß den §§ 829, 835 durch einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des Vollstreckungsgerichts.



1) **Der Pfändungsbeschluss**

Das Vollstreckungsgericht spricht durch den Pfändungsbeschluss zwei Verbote aus:

§ 829 I 1 = arrestatorium: Dem Drittschuldner wird verboten, an den Vollstreckungsschuldner zu zahlen.

§ 829 I 2 = inhibitorium: Dem Vollstreckungsschuldner wird verboten, über die gepfändete Forderung anderweitig zu verfügen.

a) **Der Pfändungsbeschluss wird bereits mit Zustellung an den Drittschuldner wirksam**. Ab diesem Zeitpunkt ist die **Forderung verstrickt**, ein **Verfügungsverbot** zu Lasten des Vollstreckungsschuldners ergangen und ein **Pfändungspfandrecht** zugunsten des Vollstreckungsgläubigers an der Forderung entstanden, wenn diese bestand und dem Vollstreckungsschuldner zustand. Verbotswidrige Verfügungen wie Einziehung oder Abtretung sind gegenüber dem Gläubiger unwirksam; insofern ist ein gutgläubiger Erwerb eines Dritten ausgeschlossen.

b) **Der Drittschuldner darf nicht an den Vollstreckungsschuldner leisten**. Tut er es dennoch, so ist dies dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber unwirksam; die Forderung ist also nicht durch Erfüllung nach § 362 BGB erloschen. Der Drittschuldner ist nach § 840 gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger zur Auskunft verpflichtet, ob und inwieweit er die Forderung anerkennt und ob andere Personen die Forderung beanspruchen, damit der Vollstreckungsgläubiger die Chancen der Realisierung der Forderung einschätzen kann.

c) Der **Umfang der Pfändung** richtet sich nach der Pfändungsanordnung, wobei der gepfändete Anspruch auch für Zinsen und Kosten des Verfahrens haftet. Übersteigt der gepfändete Anspruch die titulierte Forderung, so erfolgt eine Teilpfändung. Mit der gepfändeten Forderung gehen auch akzessorische Sicherheiten nach § 401 BGB über.

d) Bei **mehrfacher Pfändung** der Forderung entscheidet gemäß § 804 III die zeitliche Reihenfolge der beim Drittschuldner eingegangenen Pfändungsbeschlüsse. Der Drittschuldner kann in diesem Fall den Betrag mit nach § 378 BGB befreiender Wirkung hinterlegen.

e) Schon vor Erlass des Pfändungsbeschlusses kann der Vollstreckungsgläubiger durch den Gerichtsvollzieher dem Schuldner und dem Drittschuldner die Benachrichtigung der bevorstehenden Pfändung zukommen lassen. Diese **Vorpfändung** bewirkt bereits die Verstrickung, ein **Verfügungsverbot** und ein **Pfändungspfandrecht** (**Präventionsprinzip**, § 804 III) mit dem Rang der Vorpfändung, wenn eine gerichtliche Pfändung binnen 3 Wochen nach Zustellung bewirkt wird.

f) In § 829 I 3 wird die Pfändung mehrerer Geldforderungen des Vollstreckungsschuldners gegen verschiedene Drittschuldner durch einen einheitlichen Beschluss geregelt.

g) Die Pfändung der Lohnforderung erstreckt sich gemäß § 833 II - gerade bei saisonbedingten Arbeitsverhältnissen - auch auf die Forderung aus dem neuen Arbeitsverhältnis, wenn dies innerhalb von 9 Monaten neu begründet wird. Der Gläubiger muss also nicht bei jeder erneuten Anstellung eines Saisonarbeiters durch einen identischen Arbeitgeber einen erneuten Pfändungs- und Überweisungsbeschluss beantragen.

2) **Der Überweisungsbeschluss**

Durch Beschluss des Vollstreckungsgerichts wird die gepfändete Forderung dem Vollstreckungsgläubiger überwiesen, damit dieser aus der Forderung gegen den Drittschuldner vorgehen kann. Der Überweisungsbeschluss erfolgt regelmäßig formularmäßig mit dem Pfändungsbeschluss. Das Gesetz sieht 2 Arten der Überweisung vor:

a) **Die Überweisung an Zahlungs Statt**

Diese Form der Überweisung wirkt wie eine Abtretung. Der Vollstreckungsgläubiger wird neuer Inhaber der Forderung und gilt, wenn sie besteht, im Verhältnis zum Vollstreckungsschuldner als in Höhe des Nennwertes befriedigt. Der Vollstreckungsgläubiger trägt somit das Insolvenzrisiko des Drittschuldners. Die Forderung geht mit sämtlichen Nebenrechten (§ 401 BGB) auf den Gläubiger über. Dieser Weg bietet sich somit nur an, wenn das Insolvenzrisiko des Drittschuldners sehr gering ist oder der Vollstreckungsgläubiger gegenüber dem Drittschuldner aufrechnen kann.

b) **Die Überweisung zur Einziehung**

Sie ist formularmäßig vorgesehen und daher der Regelfall, wenn der Gläubiger nichts anderes beantragt. **Der Vollstreckungsschuldner bleibt Inhaber der Forderung, doch ist der**

Gläubiger nunmehr nach § 836 I berechtigt, die Forderung im eigenen Namen geltend zu machen und gegebenenfalls im Wege der gesetzlichen Prozessstandschaft einzuklagen. Verweigert der Dritte die Zahlung, so kann der Vollstreckungsgläubiger nicht unmittelbar vollstrecken, da er gegen den Drittschuldner keinen Vollstreckungstitel besitzt. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss ist hier keine Hilfe, da er vom Vollstreckungsgericht ohne materielle Überprüfung des gepfändeten Anspruchs erlassen wird.

Der Gläubiger wird zu allen Handlungen ermächtigt, die zur Realisierung der Forderung notwendig sind. Er kann noch nicht fällige Forderungen kündigen, Leistungen an Erfüllung Statt annehmen oder den Drittschuldner in Verzug setzen.

Der Gläubiger hat nach § 836 III einen Anspruch auf Auskunft und Aushändigung sämtlicher Urkunden, die zur Durchsetzung der Forderung erforderlich sind. Notfalls werden diese durch den Gerichtsvollzieher im Wege der Hilfspfändung dem Vollstreckungsschuldner weggenommen, wobei der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss als Vollstreckungstitel fungiert.

3) **Die Position des Drittschuldners**

Der Drittschuldner muss zwar an den Vollstreckungsgläubiger zahlen, doch soll sich seine Position nicht verschlechtern:

a) Zahlt der Drittschuldner an den Gläubiger, so erlöschen sowohl die gepfändete als auch die titulierte Forderung in Höhe des gezahlten Betrages.

b) Ist der Überweisungsbeschluss unwirksam, so leistet der Drittschuldner nach **§ 836 II** an den Gläubiger mit befreiender Wirkung.

c) Der Drittschuldner behält seine ihm gegen den Vollstreckungsschuldner zustehenden Einwendungen in entsprechender Anwendung des **§ 404 BGB** auch gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger.
Beispiel: Der Drittschuldner kann z.B. geltend machen, die Forderung bestünde nicht oder nicht mehr, sei verjährt oder stünde nicht dem Vollstreckungsschuldner zu. Er kann auch mit einer Forderung gegenüber dem Vollstreckungsschuldner aufrechnen, wenn diese zur Zeit des Überweisungsbeschlusses der gepfändeten Forderung bereits aufrechenbar gegenüber stand.

d) Der Drittschuldner kann aber keine Einwendungen gegen die titulierte Forderung erheben. Diese Einwendungen verbleiben dem Vollstreckungsschuldner, der sie über § 767 geltend machen kann. Der Drittschuldner ist ausreichend dadurch geschützt, dass er mit befreiender Wirkung leistet.

4) **Exkurs:**

a) Die **Pfändung einer hypothekarisch gesicherten Forderung** setzt neben dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss gemäß den §§ 830, 837 noch die Übergabe des Hypothekenbriefes an den Gläubiger bzw. bei der Buchhypothek die Eintragung der Pfändung ins Grundbuch voraus.

b) **Forderungen aus Wechseln, Schecks oder anderen indossablen Wertpapieren** werden durch Sachpfändung des Papiers nach § 831 und Überweisungsbeschluss der Forderung nach § 835 verwertet.

c) **Inhaberpapiere** werden nach § 808 gepfändet und durch freihändigen Verkauf nach § 821 verwertet.

d) **Einfache Legitimationspapiere** werden dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss im Wege der Hilfspfändung nach § 836 III gepfändet.

§ 26 Die Vollstreckung in Sachforderungen: §§ 846 ff.

Die Vollstreckung in Herausgabeansprüche folgt den §§ 828 ff. mit den Modifikationen der §§ 847 ff.. Diese ergeben sich daraus, dass der Vollstreckungsgläubiger einen Anspruch auf eine Geldleistung hat, nicht aber einen Anspruch auf die Sache, die der Drittschuldner besitzt; der Vollstreckungsgläubiger hat lediglich ein Verwertungsrecht. Das Vollstreckungsgericht ordnet daher durch Pfändung des Herausgabeanspruchs an, dass der besitzende Drittschuldner die Sache an einen Gerichtsvollzieher herausgeben müsse. Der Drittschuldner leistet an den Gerichtsvollzieher als Vertreter des Vollstreckungsschuldners (= Gläubiger des Drittschuldners) mit befreiender Wirkung.

Mit Herausgabe an den Gerichtsvollzieher geht also der Herausgabeanspruch durch Erfüllung unter, jedoch entsteht kraft **dinglicher Surrogation** ein Pfändungspfandrecht an der Sache, so dass der Gerichtsvollzieher sie verwerten und den Gläubiger aus dem Ertrag befriedigen darf. Auf die Verwertung finden nach § 847 II die Vorschriften über die Verwertung von Pfandsachen Anwendung.

§ 27 Die Vollstreckung in sonstige Vermögensrechte: §§ 857 - 863

Über § 857 I gelten die §§ 828 ff. entsprechend, so dass die Vollstreckung durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluss von Seiten des Vollstreckungsgerichts erfolgt. Drittschuldner kann jeder sein, der außer dem Vollstreckungsschuldner an dem Recht beteiligt ist, z.B. der Miterbe, Miteigentümer, Mitgesellschafter.

I. **Die Pfändung von Gesamthandsanteilen** (z.B. Gesellschaftsanteilen) erfolgt nach § 859.
Dabei ist der Anteil des Gesamthänders an einzelnen Gegenständen des Gesamthandsvermögens nicht pfändbar, sondern nur der Anteil im Ganzen. Der Gläubiger eines BGB-Gesellschafters kann daher gemäß den §§ 857, 859 I, 829 dessen Gesellschaftsanteil pfänden und sich überweisen lassen; dadurch erlangt er alle pfändbaren, weil übertragbaren Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis. Er kann somit Gewinnausschüttung verlangen oder das Auseinandersetzungsguthaben, da er nach erfolgter Kündigung die Auseinandersetzung betreiben kann. Drittschuldner sind die anderen Gesellschafter, wobei Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den oder die geschäftsführenden Gesellschafter genügt.

II. Die **Pfändung eines OHG- / oder KG-Anteils** unterliegt den Regeln der GbR, doch erfordert § 135 HGB die Einhaltung einer Kündigungsfrist und setzt den erfolglosen Versuch der Vollstreckung in das Privatvermögen des schuldenden Gesellschafters voraus.

III. Der **GmbH-Anteil** ist nach § 15 I GmbHG übertragbar und dadurch nach § 851 I 1 pfändbar.
Die GmbH ist Drittschuldnerin. Allerdings hat der Vollstreckungsgläubiger keine Kündigungsmöglichkeit, sondern muss sich gemäß den §§ 844, 857 um eine anderweitige Verwertung bemühen, z.B. durch Versteigerung oder freihändigen Verkauf des Anteils.

IV. Auch die **Pfändung eines Miterbenanteils** folgt den Regeln der §§ 857, 829; Drittschuldner sind die übrigen Miterben.
Die Verwertung erfolgt nach § 857 V durch Veräußerung des Anteils oder durch Überweisung, nach der der Gläubiger die Auseinandersetzung über die §§ 2042 ff. BGB betreiben kann. Das Pfändungspfandrecht setzt sich dann kraft **dinglicher Surrogation** am Auseinandersetzungsguthaben fort, wobei dieses Guthaben zur Befriedigung des Gläubigers gemäß den §§ 847, 848 ZPO verwertet wird.

V. Ein **Anwartschaftsrecht** des EV-Käufers wird nach der h.M. im Wege der **Doppelpfändung** gepfändet:
Die Sache selbst wird gemäß den §§ 808 ff im Wege der Sachpfändung, die Rechtsposition durch Rechtspfändung gemäß den §§ 857 I, 829 gepfändet; der Verkäufer ist Drittschuldner. Nach Zustellung des Beschlusses kann der Vollstreckungsgläubiger durch Zahlung an den Verkäufer den Bedingungseintritt herbeiführen, wobei dieser die Zahlung nicht ablehnen darf. Anschließend kann der Gläubiger die nunmehr dem Vollstreckungsschuldner gehörende Sache verwerten (ausführlich dazu Langels, Sachenrecht I § 11 VI).

§ 28 Die Vollstreckung in unbewegliches Vermögen

Vorbemerkung

Die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen ist einerseits in den §§ 864 - 871 ZPO, andererseits im Gesetz über Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (ZVG) von 1897 geregelt; dessen Existenz erklärt sich daraus, dass es bei der Schaffung der ZPO im Jahre 1877 noch kein einheitliches Immobiliarsachenrecht gab. **§ 869 ZPO** stellt jedoch klar, dass das ZVG Bestandteil der ZPO ist und daher auch im Verfahren des ZVG die **Regeln der ZPO** gelten. Dies gilt z.B. für die **Vollstreckungsvoraussetzungen** (Titel, Klausel, Zustellung), aber auch für die **Rechtsbehelfe** (z. B. §§ 771, 805).

1) Die **Zugriffsobjekte** regeln die §§ 864, 865. Es haften

   a) **§ 864 I/Grundstücke** mit ihren wesentlichen oder unwesentlichen Bestandteilen sowie **grundstücksgleiche Rechte** (z.B. Wohnungseigentum).

   b) **§ 864 II/Miteigentumsanteile** an Grundstücken

   c) **§ 865 I**: Gegenstände, die nach § 1120 BGB in den **Haftungsverband der Hypothek** fallen.

2) **Die Arten der Zwangsvollstreckung: § 866 I**

   Das Vollstreckungsrecht sieht einen 3fachen Zugriff voraus:

   a) **Zwangsversteigerung**

      Das Grundstück wird durch das Vollstreckungsgericht versteigert, der Gläubiger aus dem Erlös befriedigt.

   b) **Zwangsverwaltung**

      Das Vollstreckungsgericht setzt einen amtlichen Verwalter ein, der den Gläubiger aus den Erträgen befriedigt. Die Zwangsverwaltung kann auch neben der Zwangsversteigerung angeordnet werden, um dem Gläubiger bis zur Beendigung der Zwangsversteigerung den Zugriff auf die Erträge zu ermöglichen.

   c) **Eintragung einer Zwangshypothek**

      Sie ist als Sicherungshypothek bloßes Sicherungsmittel und wahrt nur den Rang der Hypothek, führt aber noch zu keiner Befriedigung. Vollstreckungsorgan ist das AG als Grundbuchamt gemäß § 867.

I. Die Zwangsversteigerung

Sie wird auf Antrag des Gläubigers vom Vollstreckungsgericht durch den Rechtspfleger angeordnet. Der Antrag soll das Grundstück, den Eigentümer, den Anspruch und den Titel benennen. Das Vollstreckungsgericht ordnet die Zwangsversteigerung durch Versteigerungsbeschluss an, der mit Zustellung an den Schuldner nach § 22 ZVG wirksam wird. Die Anordnung der Zwangsversteigerung wird im Grundbuch eingetragen. **Der Versteigerungsbeschluss wirkt als Beschlag-**

nahme des Grundstücks und der nach § 1120 BGB mithaftenden Gegenstände nach § 20 ZVG und führt zu einem Verfügungsverbot für den Schuldner.
(Die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs gemäß den §§ 135 II, 936 BGB gehört ins Grundstücksrecht und wird in Sachenrecht § 39 II ausführlich erläutert, ebenso die Enthaftung des Zubehörs.)

Das Vollstreckungsgericht bestimmt gemäß den §§ 35 ff. ZVG einen **Versteigerungstermin**, der öffentlich bekanntgemacht wird. Zum Schutz des Schuldners sollen sechs Wochen zwischen Bekanntmachung und Durchführung liegen.

1) **Die Durchführung der Zwangsversteigerung erfolgt nach folgenden Prinzipien:**

a) **§ 44 I ZVG / Deckungsprinzip / geringstes Gebot**

Die Zwangsversteigerung durch den betreibenden Gläubiger darf nicht Rechte beeinträchtigen, die dem Recht des Vollstreckungsgläubigers im Rang vorgehen (vgl. § 10 ZVG). Das Grundstück darf daher nur versteigert werden, wenn ein Gebot diese vorrangigen Rechte und die Kosten des Verfahrens übersteigt (§ 44 ZVG/geringstes Gebot); ansonsten kommt der Vollstreckungsgläubiger ja auch nicht zu seinem Geld.

b) **§ 52 ZVG / Übernahmeprinzip**

Die im geringsten Gebot enthaltenen Rechte müssen nicht durch Barzahlung abgelöst werden, - sondern werden vom Ersteigerer unter Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen. Dabei übernimmt der Ersteigerer mit für den Altschuldner (= Eigentümer des versteigerten Grundstücks) befreiender Wirkung nach den §§ 53 ZVG, 416 BGB dessen persönliche Schuld, die durch das übernommene Grundpfandrecht gesichert ist. Rechte, die dem betreibenden Gläubiger im Rang nachfolgen, erlöschen nach § 52 ZVG.

Da die im geringsten Gebot enthaltenen Rechte übernommen werden, müssen nur die Kosten des Verfahrens und das Mehrgebot, der über das Mindestgebot hinausgehende Differenzbetrag, im Versteigerungstermin bar bezahlt werden.
Bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks bestehen jedoch **Risiken**, die allein durch das geringste Gebot nicht beseitigt werden können.

Beispiel: An einem Grundstück des E sind 3 Hypotheken zugunsten von H1 - H3 eingetragen. Betreibt der erstrangige Hypothekar H1 die Zwangsversteigerung, so besteht folgende Gefahr:

- **Das Grundstück wird zu einem Preis zugeschlagen, der nicht einmal H1 befriedigen kann.** H1 kann dieser Gefahr dadurch entgehen, dass er selbst mitbietet; dadurch treibt er entweder den Preis in die Höhe und wird befriedigt oder er ersteigert das Grundstück selbst. Dadurch fällt er zwar teilweise mit seiner Hypothek aus; da aber die nachrangigen Rechte nach § 52 ZVG erlöschen, hätte er zu einem „Spottpreis“ ein hypothekenfreies Grundstück erworben.

- **Fallen nachrangige Gläubiger bei der Erlösverteilung aus**, so befinden sich diese wie der Schuldner in einer misslichen Lage:

  - Einerseits können die Gläubiger ihren persönlichen Schuldner nach wie vor aus der persönlichen Schuld in Anspruch nehmen, doch besteht für diese Forderung nunmehr keine Sicherheit mehr.

- Andererseits hat der Schuldner sein Eigentum am Grundstück verloren, haftet gegenüber dem nachrangigen Gläubiger aber weiterhin.

  Um diese aus der Verschleuderung des Grundstücks resultierende Gefahren zu vermeiden, muss das Gebot mindestens den halben Verkehrswert erreichen, der vom Vollstreckungsgericht festgesetzt wird; andernfalls wird gemäß § 85 a ZVG das Grundstück nicht zugeschlagen. Weiterhin können gemäß den §§ 74 a, b ZVG Berechtigte, die mit nachfolgenden Rechten leer ausgehen würden, beantragen, dass der Zuschlag versagt wird, wenn nicht mindestens 7/10 des Verkehrswerts erreicht werden. Beide Regeln gelten aber nur im 1. Versteigerungstermin.

2) **Der äußere Ablauf des Versteigerungstermins zerfällt in 3 Abschnitte**:

a) Zunächst wird nach Aufruf der Sache das Grundstück, der betreibende Gläubiger und dessen Ansprüche, der Wert des Grundstücks und die erfolgte Anmeldung von Rechten (s.o. §§ 85 a, 74 a) aufgeführt. Das geringste Gebot wird festgesetzt und es werden die Versteigerungsbedingungen erläutert.

b) Anschließend fordert der Rechtspfleger zur Abgabe von Geboten auf. Diese Gebote sind nach h.M. privatrechtliche Willenserklärungen, die Geschäftsfähigkeit voraussetzen und bis zur Rechtskraft des Zuschlags angefochten werden können. Jedes Gebot muss das Mindestgebot und das vorangegangene Gebot übersteigen und erlischt bei erneutem Mehrgebot.

c) Nach erfolgter Anhörung der Beteiligten über den Zuschlag ergeht gemäß § 81 ZVG an den Meistbietenden der Zuschlag durch Beschluss.

3) **Der Zuschlag hat folgende Konsequenzen**:

a) **Durch den Zuschlag erwirbt der Ersteigerer das Eigentum am Grundstück gemäß § 90 I ZVG sowie an den Gegenständen, auf die sich die Versteigerung gemäß den §§ 90 II, 55, 20 II ZVG, 1120 BGB erstreckt hat**; dies sind alle noch beschlagnahmten Gegenstände und die im Besitz des Schuldners befindlichen Zubehörstücke. Dies gilt nach § 55 II ZVG auch, wenn diese im Eigentum eines Dritten stehen. Der Eigentumserwerb erfolgt durch Hoheitsakt.

b) **Der Eigentumserwerb erfolgt ohne Eintragung im Grundbuch durch Zuschlag**; nach Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses gemäß § 130 ZVG wird das Grundbuch berichtigt.

c) **Der Ersteigerer erwirbt das Grundstück auch dann, wenn es dem Vollstreckungsschuldner nicht gehörte**. Der Erwerb ist auch unabhängig vom guten Glauben des Ersteigerers.

d) **Eine Gewährleistung wegen Rechtsmängeln ist daher überflüssig**: der Ersteigerer wird auf jeden Fall Eigentümer. Da nachfolgende Rechte gemäß § 52 ZVG erlöschen, ist das erworbene Eigentum auch frei von Rechten Dritter. Gewährleistung wegen Sachmängeln wäre zwar denkbar, ist aber nach § 56 ZVG ausgeschlossen.

e) **Durch den Zuschlag erlöschen nach § 52 ZVG alle Rechte, die nicht in das geringste Gebot gefallen sind und daher vom Ersteigerer übernommen wurden**. An die Stelle des erlöschenden Rechts tritt bei Grundpfandrechten durch dingliche Surrogation der Anspruch auf Verteilung des Erlöses, soweit er reicht.

f) **Aus dem Zuschlagsbeschluss kann gegen jeden Besitzer des Grundstücks oder der mitversteigerten Sachen die Zwangsvollstreckung auf Räumung oder Herausgabe nach § 93 I 1 ZVG erfolgen**. Die Rechte des Mieters bleiben zwar nach § 57 ZVG zunächst bestehen, doch hat der Ersteigerer nach § 57 a ZVG das Recht, das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen auf den ersten zulässigen Termin zu kündigen.

g) **Der Versteigerungserlös wird in einem Versteigerungstermin anhand eines gesonderten Verteilungsplanes ausgekehrt**.

II. Die Zwangsverwaltung

Sie erfolgt nach den Regeln der §§ 146 ff. ZVG durch einen amtlichen Verwalter, der vom Vollstreckungsgericht eingesetzt ist. Er ist Partei kraft Amtes der dem Eigentümer durch gerichtliche Entscheidung entzogenen Vermögensmasse. Die Anordnung der Zwangsverwaltung hat die Folge einer Beschlagnahme, die das Grundstück und alle der Hypothekenhaftung unterfallenden Gegenstände erfasst. Der Verwalter ist berechtigt und verpflichtet zu allen Handlungen, die das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestand erhalten. Er macht die Ansprüche geltend, auf die sich die Verwaltung erstreckt, zieht z.B. die Mieteinnahmen ein. Der Verwalter bestreitet zunächst die Kosten der Verwaltung und die öffentlichen Abgaben aus den Erträgen; der verbleibende Ertrag wird nach einem Verteilungsplan an die Gläubiger ausgezahlt.

III. Die Eintragung einer Zwangshypothek: § 866 III

Sie ist eine streng akzessorische Sicherungshypothek, die durch das AG als Grundbuchamt eingetragen wird. Sie führt noch nicht zur unmittelbaren Befriedigung, sondern wahrt nur den Rang. Um die Übersichtlichkeit des Grundbuchs zu gewährleisten, kann sie gemäß § 866 III 1 nur für Geldforderungen ab 750,- Euro eingetragen werden. Besteht die Forderung nicht, entsteht aufgrund der Akzessorietät eine Eigentümergrundschuld.

Gemäß § 867 III genügt für die Zwangsvollstreckung in das Grundstück bereits der vollstreckbare Titel, auf dem die Eintragung vermerkt ist. Eine erneute Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung gemäß § 1147 BGB ist dadurch überflüssig geworden.

§ 29 Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen: §§ 883 - 886

I. Bewegliche Sachen

Die Zwangsvollstreckung erfolgt durch den Gerichtsvollzieher, der nach § 883 dem Vollstreckungsschuldner die Sache wegnimmt und sie dem Gläubiger übergibt. Die Vollstreckungsschutzvorschriften der §§ 811 ff. gelten nicht, da die herauszugebende Sache nicht gepfändet wird. Dies gilt auch bei der Herausgabevollstreckung einer zur Sicherheit übereigneten unpfändbaren Sache.

Der Gerichtsvollzieher kann die Sache nur wegnehmen, wenn sie sich nach § 886 im Gewahrsam des Schuldners befindet oder im Gewahrsam eines Dritten, der nach § 809 ZPO analog zur Herausgabe an den Gerichtsvollzieher bereit ist.

Problem 1:
Findet der Gerichtsvollzieher die Sache beim Vollstreckungsschuldner nicht vor, so hat dieser gegenüber dem Gerichtsvollzieher nach § 883 II auf Antrag des Gläubigers eine **eidesstattliche Versicherung** über den Verbleib der Sache abzugeben.

Problem 2:
Ist der **Dritte als Gewahrsamsinhaber nicht zur Herausgabe bereit**, so kann der Gläubiger gemäß § 886 den Herausgabeanspruch des Vollstreckungsschuldners gegen den Dritten pfänden und sich überweisen lassen. Anschließend ist der Dritte zur Herausgabe an den Vollstreckungsgläubiger verpflichtet; dieser kann seinen Herausgabeanspruch durch Leistungsklage und Vollstreckung gemäß den §§ 883 ff. gegen den Dritten durchsetzen.

II. Unbewegliche Sachen

Hat der Schuldner eine unbewegliche Sache herauszugeben, bewirkt der Gerichtsvollzieher Herausgabe oder Räumung nach § 885 I, indem er den Vollstreckungsschuldner aus dem Besitz setzt (notfalls gewaltsam nach § 758 III) und den Gläubiger einweist.

Problem: Räumung von Wohnungen

- Sind mehrere Personen Mieter, so ist ein Vollstreckungstitel gegen alle Mieter erforderlich.

- Ist nur einer der Bewohner Mieter, so wirkt der Räumungstitel analog § 885 II gegen alle Mitbewohner. Dies gilt nicht bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft (str.; dazu Thomas/Putzo/Seiler § 885 Rz. 5 m.w.N.), sowie innerhalb der Ehe, wenn nur ein Partner den Mietvertrag unterschrieben hat. Der Gläubiger muss daher auch gegen Ehegatten und Lebenspartner des Mieters einen Vollstreckungstitel erwirken.

- Ein Titel gegen einen Mieter wirkt nicht gegen den Untermieter, gegen den selbständig geklagt und vollstreckt werden muss.

§ 30 Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Vornahme, Unterlassung oder Duldung von Handlungen: §§ 887 - 890

Ist der Schuldner zur Vornahme einer Handlung verurteilt worden, so muss zwischen vertretbaren und unvertretbaren Handlungen unterschieden werden.

I. **Vertretbare Handlungen i.S.d. § 887** sind solche, bei denen der Gläubiger über die Vornahme der Handlung hinaus kein schutzwürdiges Interesse daran hat, dass ausgerechnet der Schuldner die Handlung vornimmt (z.B.: Renovierung einer Wohnung).

Vollstreckungsorgan ist das **Prozessgericht der 1. Instanz**, das den Gläubiger auf Antrag ermächtigt, die Handlung durch Dritte auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen (= **Ersatzvornahme**). Zugleich kann der Gläubiger den Schuldner gemäß § 887 II zu einem Kostenvorschuss verurteilen lassen.

II. **Unvertretbare Handlungen i.S.d. § 888 I** können nur durch den Vollstreckungsschuldner persönlich vorgenommen werden, da entweder nur er persönlich dazu in der Lage ist (z.B. Rechnungslegung) oder sich bei Vornahme durch Dritte der Inhalt der Leistung verändern würde.

Das **Vollstreckungsgericht der 1. Instanz** setzt auf erneuten Antrag (!) im Vollstreckungsverfahren **Zwangsgeld** (begrenzt auf 25.000,- Euro, das Geld fällt an den Staat) oder **Zwangshaft** (begrenzt auf 6 Monate) fest. Eine Festsetzung bereits im Urteil ist unzulässig. Die Festsetzung von Zwangshaft als primäre Beugemaßnahme ist nur zulässig, wenn Zwangsgeld ersichtlich nicht greift. Gegen die Festsetzung des Zwangsmittels ist sofortige Beschwerde möglich.
Die Vollstreckung wegen einer Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag ist nach § 888 III ausgeschlossen.

III. Ist der Schuldner (z.B. aufgrund der §§ 12, 862, 906, 1004, 1027, 1134, 1227 BGB) zu einer **Unterlassung** oder nach § 1147 BGB zu einer **Duldung** verpflichtet, so wird auf Antrag des Klägers im Urteil für den Fall der schuldhaften (!) Zuwiderhandlung bereits **Ordnungsgeld bzw. Ordnungshaft** festgesetzt und angedroht. Vollstreckungsorgan ist also das **Prozessgericht der 1**. **Instanz.**

§ 31 Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Abgabe einer Willenserklärung

Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt worden, so gilt die Willenserklärung gemäß § 894 I mit formeller Rechtskraft des Urteils als abgegeben.
Diese Fiktion der Abgabe gilt allerdings nur bei Erklärungen, die zum Abschluss eines schuldrechtlichen oder dinglichen Vertrages führen; Erklärungen tatsächlicher Art wie Auskunft oder Rechenschaftslegung folgen den §§ 887, 888.

- Das vollstreckbare Urteil muss die abzugebende Erklärung inhaltlich so eindeutig bestimmen, dass die rechtliche Bedeutung feststeht, wobei notfalls die Entscheidungsgründe hinzugezogen werden können.

- Das zu vollstreckende Urteil muss formell rechtskräftig sein. Bei vorläufig vollstreckbarem Urteil hilft § 895 insoweit, als bei begehrter Grundbucheintragung die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs als bewilligt gilt.

- Die Fiktion der Abgabe führt sämtliche Rechtsfolgen herbei, die eine wirksame Erklärung des Schuldners mit gleichem Inhalt zur Zeit der Rechtskraft gehabt hätte. Das Urteil ersetzt insbesondere die gegebenenfalls fehlende Geschäftsfähigkeit, fehlende Verfügungsbefugnis oder die vorgeschriebene Form der Erklärung. Das Urteil ersetzt auch den Zugang der Erklärung (streitig), da der Gläubiger mit Erlass des Urteils Gelegenheit zur Kenntnisnahme hatte. Eintragungen in öffentliche Register (z. B. Grundbuch) werden aber nicht ersetzt. Öffentlichen Stellen gegenüber ist das Urteil vorzulegen.

- Ist der Schuldner zur Übereignung oder zur Bestellung eines Rechts an einer beweglichen Sache verurteilt, so wird die erforderliche Übergabe dadurch ersetzt, dass der Gerichtsvollzieher die Sache zum Zweck der Ablieferung an den Gläubiger dem Schuldner wegnimmt.

- Da die §§ 894, 897 zu einem materiell rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb führen, ist über § 898 auch ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten möglich.

§ 32 Die Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung

Vorbemerkung

Da sich der **Gläubiger** bei der zwangsweisen Durchsetzung seines festgestellten Anspruchs aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols staatlicher Vollstreckungsorgane bedienen muss, muss er die Möglichkeit haben, gegen die Untätigkeit der Vollstreckungsorgane oder gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung vorzugehen.

Vor allem dem **Schuldner** entstehen durch die Zwangsvollstreckung Nachteile, da zwangsweise in seine Vermögenspositionen eingegriffen wird. Dass sich der Vollstreckungsgläubiger bei der Zwangsvollstreckung aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil schadensersatzpflichtig nach § 717 II ZPO macht, wenn das Urteil in der Rechtsmittelinstanz aufgehoben oder abgeändert wird, mag für ihn nur ein schwacher Trost sein, da es in der Zwangsvollstreckung zu einem aus seiner Sicht dauernden Rechtsverlust kommt.

Auch ein **Dritter**, der weder als Gläubiger noch als Vollstreckungsschuldner am Verfahren beteiligt ist, kann von der Zwangsvollstreckung betroffen sein, wenn er durch die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner Rechtsnachteile erleidet (z.B.: Pfändung einer schuldnerfremden Sache, die dem Dritten gehört).

Die Rechtsbehelfe unterscheiden sich nach Art des Verfahrensverstoßes, der gerügt wird:

- Richtet sich der **Rechtsbehelf gegen formelle Verstöße des Vollstreckungsorgans**, also gegen reine Verfahrensmängel, so muss zwischen **Erinnerung, sofortiger Beschwerde nach § 793** und der dem **Rechtsbehelf gegen Entscheidungen des Rechtspflegers nach § 11 RPflG** differenziert werden:

  - Gegen Vollstreckungs**maßnahmen ohne vorherige Anhörung der Betroffenen** ist die **Erinnerung** nach § 766 statthaft, in der die Art und Weise der Zwangsvollstreckung gerügt wird.

  - Gegen **Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts, die nach vorheriger Anhörung ergehen**, sind **sofortige Beschwerde nach § 793** (wenn ausnahmsweise der Richter entschieden hat) oder die **Rechtspflegererinnerung nach § 11 I RPflG** statthaft (wenn, was nach § 20 Nr. 17 RPflG der Regelfall ist, anstelle des Richters der Rechtspfleger entschieden hat).

- Richtet sich der Rechtsbehelf gegen die Zwangsvollstreckung an sich bzw. gegen die Zwangsvollstreckung in diesen Gegenstand, so muss wie folgt unterschieden werden. Die folgenden Rechtsbehelfe bestehen vor dem Hintergrund, dass die Vollstreckungsorgane den materiellen Bestand des titulierten Anspruchs nicht mehr überprüfen, da dies alleinige Aufgabe des Vollstreckungsgerichts ist:

  - Die **Vollstreckungsgegenklage nach § 767 I** richtet sich gegen die Zwangsvollstreckung aus diesem Titel insgesamt aufgrund von Einwendungen, die den festgestellten Anspruch haben untergehen lassen oder ihn hemmen (z.B. Erfüllung der Verbindlichkeit nach Rechtskraft des Urteils).

  - Die **Drittwiderspruchsklage nach § 771** richtet sich nicht gegen die gesamte Zwangsvollstreckung aus diesem Titel, sondern nur gegen die Zwangsvollstreckung in einen konkreten Vermögensgegenstand. Aufgrund eines die Veräußerung hindernden Rechts (z.B. Eigentum eines Dritten) soll die Zwangsvollstreckung in diesen Gegenstand für unzulässig erklärt werden.

- Die **Klage auf abgesonderte Befriedigung nach § 805** richtet sich weder gegen die Zwangsvollstreckung insgesamt noch wird die Zulässigkeit der Verwertung eines bestimmten Gegenstandes bestritten. Der Kläger begehrt jedoch aufgrund eines Vorzugsrechts eine abgesonderte Befriedigung aus dem Versteigerungserlös vor dem Gläubiger, der die Zwangsvollstreckung betreibt (z.B. aufgrund eines besitzlosen Pfandrechts nach § 562 BGB).

I. Die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO

1) Begriff und Funktion

Über die Vollstreckungserinnerung werden Mängel des Verfahrens gerügt, nicht die materielle Berechtigung der Vollstreckung an sich. Die Vollstreckungserinnerung richtet sich:

- gegen Vollstreckungsakte des Gerichtvollziehers (z.B.: Pfändung eines unpfändbaren Gegenstandes oder dessen Weigerung, einen an sich pfändbaren Gegenstand zu pfänden)

- gegen Vollstreckungsakte des Vollstreckungsgerichtes, die ohne vorherige Anhörung des Vollstreckungsschuldners ergehen (z.B.: der Pfändungsbeschluss gemäß den §§ 829, 834, der bei vorheriger Benachrichtigung des Vollstreckungsschuldners aufgrund einer möglichen Abtretung der Forderung ins Leere gehen könnte)

Die Erinnerung ist ein **Rechtsbehelf**, aber **kein Rechtsmittel**, da das Verfahren nicht in eine höhere Instanz überwälzt wird (**kein Devolutiveffekt**). Es ist daher denkbar, dass der zuständige Richter am Amtsgericht als Vollstreckungsgericht über eine Erinnerung gegen die Vollstreckungsmaßnahme zu befinden hat, die er selbst erlassen hat. Daher findet eine **Selbstüberprüfung** statt.

2) Die Zulässigkeit der Erinnerung

a) **Die Statthaftigkeit**: Die Erinnerung ist der zulässige Rechtsbehelf, wenn Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung gerügt werden:

- Richten sich die Einwendungen gegen die Vollstreckbarkeit des Titels, so muss Vollstreckungsgegenklage erhoben werden.

- Richten sich die Einwendungen gegen die Vollstreckung in einen bestimmten Gegenstand, so ist die Erinnerung statthaft, wenn dessen Unpfändbarkeit geltend gemacht wird. Behauptet der Antragsteller, ein die Veräußerung hinderndes Recht zu haben, so muss er nach § 771 Drittwiderspruchsklage einlegen.

- Die Erinnerung ist *nicht* zulässig gegen *Entscheidungen* des Vollstreckungsorgans. Da gemäß § 793 gegen Entscheidungen, die in der Zwangsvollstreckung ohne mündliche Verhandlung ergehen können, sofortige Beschwerde nach § 793 eingelegt werden muss, muss hier zwischen § 766 und § 793 differenziert werden. Dabei müssen Sie darauf achten, dass die Erinnerung im Gegensatz zur sofortigen Beschwerde keinen Devolutiveffekt hat und daher eine Selbstüberprüfung des Vollstreckungsgerichts ermöglicht. Eine Erinnerung wird also dort statthaft sein, wo vor einer Überwälzung in die nächsthöhere Instanz dem Vollstreckungsgericht diese Möglichkeit noch einmal eingeräumt werden sollte:

  - Es handelt sich um eine Vollstreckungs**maßnahme i.S.d. § 766**, wenn die Maßnahme **ohne vorherige Anhörung des Schuldners** erfolgte. Hier wurde die Maßnahme ausschließlich auf den Antrag des Gläubigers hin getroffen, da eine vorherige Stellungnahme gegebenenfalls den Erfolg der Vollstreckungsmaßnahme vereitelt hätte.

Beispiel: So erfolgt z.B. die Pfändung einer Forderung über § 829 gemäß § 834 ohne Gehör des Schuldners, um diesem nicht die Möglichkeit zu geben, durch Abtretung oder vorherige Einziehung der Forderung die Pfändung ins Leere laufen zu lassen.

Der Schuldner soll im Rahmen der Erinnerung erstmals gehört werden und auf der Basis seiner Einwände die Entscheidung durch das Vollstreckungsgericht selbst überprüft werden.

- Eine **Entscheidung i.S.d. § 793** ist dagegen **nach erfolgter Anhörung der Verfahrensbeteiligten** aufgrund einer rechtlichen Gesamtwürdigung ergangen. Nachdem hier die Argumente der Betroffenen für und gegen den Erlass der Maßnahme bereits ausgetauscht sind, ist eine Überprüfung durch eine übergeordnete Instanz im Rahmen der sofortigen Beschwerde nach § 793 angebracht.

- Wird der **Rechtspfleger als Vollstreckungsgericht** tätig (z.B. im Rahmen des § 829 bei der Forderungspfändung), so kann gegen dessen Beschlüsse (z.B. Pfändungs- und Überweisungsbeschluss) ebenfalls **Erinnerung** eingelegt werden. Auch hier ist allerdings die Erinnerung auf Maßnahmen beschränkt, die ohne vorherige Anhörung erfolgt sind; dagegen ist § 11 RPflG einschlägig, wenn eine Entscheidung des Rechtspflegers vorliegt. Das Verfahren ist im Einzelnen in § 11 RPflG geregelt.

b) **Die Zuständigkeit des Gerichts**

aa) **Sachlich** zuständig ist das Vollstreckungsgericht nach § 766 I.

bb) **Örtlich** zuständig ist das Vollstreckungsgericht nach § 764 I, in dessen Bezirk das Vollstreckungsverfahren stattgefunden hat.

cc) **Funktionell** zuständig ist nach § 20 Nr. 17 Satz 2 RPflG der Richter. Dies gilt auch dann, wenn die Vollstreckungsmaßnahme vom Rechtspfleger erlassen wurde.

c) **Die Beteiligten**

aa) Regelmäßig ist Antragsteller der **Schuldner**, der sich gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung wendet (z.B.: Pfändung eines angeblich unpfändbaren Gegenstandes).

bb) Nach § 766 II kann auch der **Vollstreckungsgläubiger** Erinnerung einlegen, wenn der Gerichtsvollzieher sich weigert, einen Vollstreckungsauftrag auszuführen.

cc) Ausnahmsweise kann auch ein **Dritter** Erinnerung einlegen, wenn dieser die Verletzung von Rechten innerhalb des Vollstreckungsverfahrens rügt, die auch seinem Schutz dienen.
Beispiel: Die Lebensgefährtin des Vollstreckungsschuldners rügt die Pfändung eines Gegenstandes, an dem sie i.S.d. § 809 Mitgewahrsam gehabt hatte.

d) **Form und Frist**

Die Erinnerung kann schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle ohne Einhaltung einer Frist erfolgen und bewirkt eine umfassende Überprüfung der Vollstreckungshandlung auch auf Verfahrensfehler, die nicht gerügt wurden.

3) **Begründetheit der Erinnerung**

Die Erinnerung ist begründet, wenn das Vollstreckungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass zur Zeit der Entscheidung (!) die angegriffene Vollstreckungsmaßnahme nicht oder nicht in dieser Form hätte erfolgen dürfen.

Dabei sind zum einen die **allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen der ZPO** (Dispositionsmaxime/ ordnungsgemäßer Antrag an das zuständige Vollstreckungsorgan, Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit) als auch die **allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung** (Titel, Klausel, Zustellung) zu beachten. Des Weiteren dürfen **keine Vollstreckungshindernisse** vorliegen. Schließlich darf das Vollstreckungsorgan bei der konkreten Vollstreckungshandlung keinen Fehler im Hinblick auf die Besonderheiten des jeweiligen Verfahrens gemacht haben (z.B.: Pfändung einer i.S.d. § 811 unpfändbaren Sache).
Gegen den Beschluss des Vollstreckungsgerichts über die Erinnerung ist nach § 793 sofortige Beschwerde zulässig.

II. Die sofortige Beschwerde nach § 793

Sie findet statt gegen **Entscheidungen** (im Gegensatz zur Erinnerung, s.o.) des Richters im Rahmen der Zwangsvollstreckung, bei denen **keine mündliche Verhandlung erforderlich** ist (wobei zu beachten ist, dass nach § 764 III Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts ohne mündliche Verhandlung ergehen können).

Über die sofortige Beschwerde entscheidet das im Rechtszug höhere Gericht als Beschwerdegericht. Das Verfahren richtet sich nach den § 567 ff. Wird eine Entscheidung des Rechtspflegers angegriffen, so bestimmt sich das Verfahren nach § 11 RPflG (im Fall von § 11 I RPflG also „normale“ sofortige Beschwerde).

III. Der Rechtsbehelf gegen eine Entscheidung des Rechtspflegers

Gemäß **§ 11 I RPflG** ist gegen Entscheidungen des Rechtspflegers das Rechtsmittel gegeben, das nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Vorschriften zulässig ist (z. B. die sofortige Beschwerde gemäß § 793). Ist nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Vorschriften ein Rechtsmittel nicht gegeben (z.B. weil der Beschwerdewert nicht erreicht ist), so findet binnen der für die sofortige Beschwerde geltenden Frist (2 Wochen) die Erinnerung statt **(Rechtspflegererinnerung)**. Der Rechtspfleger kann der Erinnerung abhelfen. Hilft er nicht ab, so legt er die Sache dem Richter zur Entscheidung vor (§ 11 II RPflG).

IV. Die Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767

1) **Begriff und Funktion**

Da der Vollstreckungstitel in seiner Existenz von der materiellen Rechtslage unabhängig ist, kann auch selbst dann noch aus dem Titel heraus vollstreckt werden, wenn der materielle Anspruch erlischt (z.B. durch Aufrechnung, Erfüllung), der dem Titel zugrunde liegt. Das Fortbestehen des materiellrechtlichen Anspruchs wird von den Vollstreckungsorganen nicht selbständig geprüft. Dies ist alleinige Aufgabe des Prozessgerichts; eine Ausnahme gilt gemäß § 775 Nr. 4, 5 in Fällen, in denen der Schuldner durch Urkunden die Erfüllung des Anspruchs nachweisen kann.

Es bedarf daher eines Rechtsbehelfs zugunsten des Vollstreckungsschuldners gegen die Zwangsvollstreckung aus diesem Titel. Die Vollstreckungsgegenklage ist dabei eine **prozessuale Gestaltungsklage**, die sich weder gegen den rechtskräftig festgestellten Anspruch an sich noch gegen einzelne Vollstreckungsmaßnahmen richtet, sondern die Vollstreckbarkeit des Titels beseitigen soll, da der vollstreckbare Anspruch aufgrund von Umständen erloschen oder gehemmt ist, die nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind.

Wie auch bei der Drittwiderspruchsklage macht eine erfolgreiche Vollstreckungsgegenklage die Zwangsvollstreckung nicht automatisch unwirksam. Der Kläger erlangt dadurch jedoch eine vollstreckbare Entscheidung i.S.d. § 775 Nr. 1, durch die eine Einstellung der Zwangsvollstreckung erreicht werden kann.

2) **Die Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage**

a) **Die Statthaftigkeit**

Die Vollstreckungsgegenklage ist die nach § 767 I richtige Klageart, wenn der Kläger materiellrechtliche Einwendungen erhebt, die den im Titel rechtskräftig festgestellten Anspruch nachträglich untergehen lassen oder in seiner Durchsetzbarkeit hemmen.

b) **Die Zuständigkeit des Gerichts**

Örtlich und sachlich ausschließlich zuständig ist das Prozessgericht der 1. Instanz, also das Gericht desjenigen Prozesses, in dem der Vollstreckungstitel entstanden ist.

c) **Die Parteien**

Kläger ist der Vollstreckungsschuldner, Beklagter ist der Vollstreckungsgläubiger.

d) **Der Antrag**

Der Kläger muss beantragen, die Zwangsvollstreckung aus dem bestimmt bezeichneten Titel für unzulässig zu erklären.

e) **Wirksamer Vollstreckungstitel**

aa) Vollstreckungstitel sind ausschließlich Leistungsurteile. Über § 795 gilt § 767 auch für Titel i.S.d. § 794.

bb) Der Vollstreckungstitel muss wirksam sein. Einwendungen, die sich gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel und damit gegen die Wirksamkeit des Titels richten, sind im Wege der Klauselerinnerung nach § 732 oder Klauselklage nach § 768 geltend zu machen.

f) **Das Rechtsschutzbedürfnis**

Das Bedürfnis für eine Klage entsteht, wenn ein vollstreckbarer Titel existiert. Das Rechtsschutzbedürfnis endet mit Beendigung der Zwangsvollstreckung und Herausgabe des Titels an den Vollstreckungsschuldner.

Exkurs: Die Klage aus § 812 I 1, 2.Alt. nach Beendigung der Zwangsvollstreckung

Nach Beendigung der Zwangsvollstreckung kann der Vollstreckungsschuldner Klage aus § 812 BGB erheben. Diese Klage darf aber die Rechtskraft des Urteils nicht antasten und kann daher nicht auf die Behauptung gestützt werden, der Rechtsstreit sei falsch entschieden worden. **Wegen der aus der Rechtskraft folgenden Präklusionswirkung des § 767 II ZPO muss demnach die Bereicherungsklage auf Tatsachen gestützt werden, die nach dem für die Rechtskraft maßgebenden Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung eingetreten sind** (z.B.: Der Schuldner hat den titulierten Anspruch erfüllt, dennoch ist aus dem Vollstreckungstitel vollstreckt worden). Hatte der Schuldner versäumt, nach § 767 vorzugehen, so steht ihm nun § 812 BGB offen.

Das Rechtsschutzbedürfnis entfällt, wenn die Unzulässigkeit der Vollstreckung einfacher oder umfassender als durch Vollstreckungsgegenklage festgestellt werden kann. So besteht kein Bedürfnis für eine gesonderte Klage gemäß den §§ 794 I Nr. 1, 795, 767, wenn die Unwirksamkeit eines Prozessvergleichs (z.B. wegen erfolgter Anfechtung gemäß den §§ 119, 123 BGB) durch Fortführung des Prozesses geltend gemacht werden kann, der durch den Vergleich sein Ende finden sollte. Der Prozess ist noch rechtshängig, da der Prozessvergleich nichtig ist. Auch die Frage, ob der Prozessvergleich nichtig ist oder nicht, wird im alten Prozess geklärt.

Andererseits fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, wenn der Kläger bereits Berufung eingelegt hat, da mit der Berufung ein weitergehendes Klageziel verfolgt wird, nämlich die gesamte Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung, nicht nur, die Unzulässigkeit der Vollstreckung zu erklären. Vor Berufungseinlegung steht dem Kläger ein Wahlrecht zwischen Berufung und Vollstreckungsgegenklage zu.

3) **Die Begründetheit der Vollstreckungsgegenklage**

Die Klage ist begründet, wenn dem Kläger materielle Einwendungen gegen den titulierten Anspruch zustehen, so dass dieser Anspruch nicht (z.B. Erfüllung), noch nicht (z.B. Stundung) oder nicht mehr in voller Höhe (teilweise Erfüllung) durchgesetzt werden kann.

Da die Rechtskraft des Leistungsurteils durch die Vollstreckungsgegenklage nicht durchbrochen werden kann, wird der Kläger nur mit Einwendungen gehört, die nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind. **Gemäß § 767 II wird er mit allen Einwendungen präkludiert, die er bereits im 1. Prozess hätte zur Sprache bringen können**. Ebenso wenig ist es im Rahmen des § 767 zulässig, nach Rechtskraft der Entscheidung des Vorprozesses anspruchsbegründende Tatsachen zu bestreiten.

Der Kläger kann somit nur anspruchsvernichtende Einwendungen und rechtshemmende Einreden erheben, z.B.:
- Erfüllung bzw. Teilerfüllung
- befreiende Schuldübernahme: §§ 414, 415 BGB
- Rücktritt
- Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB
- Stundung (wobei die Vollstreckung nur bis zur Fälligkeit unzulässig ist)

Dabei ist für die Präklusionswirkung des § 767 II ausschließlich die Entstehung der Einwendung entscheidend, nicht aber, wann der Schuldner von ihr erfahren hatte und sie erstmals hätte persönlich einwenden können. Dem Schuldner werden daher durch § 767 II auch Einwendungen abgeschnitten, die er mangels Kenntnis im 1. Prozess gar nicht hätte vorbringen können, um nicht die Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung zu durchbrechen (BGHZ 100, 225; Thomas-Putzo-Seiler § 767 Rz. 22 m.w.N.).

- Bei Zulässigkeit von Einwendungen in einem dem Vorbehaltsurteil folgenden **Nachverfahren** gemäß den §§ 302, 599 oder im **Betragsverfahren** nach Vorabentscheidung über den Grund ist die letzte mündliche Verhandlung des Nach- bzw. Antragsverfahrens entscheidend. Sind diese Nach- bzw. Betragsverfahren noch in der Schwebe, so müssen Einwendungen in diesen Verfahren und nicht im Wege des § 767 geltend gemacht werden.

- **Gegen ein Versäumnisurteil sind nur Einwendungen statthaft, die nach Ablauf der Einspruchsfrist entstanden sind** (BGH NJW 1982, 1812).

- **Auch gegen einen Vollstreckungsbescheid, der nach § 700 I einem Versäumnisurteil gleichsteht, darf der Schuldner nach § 796 II nur Einwendungen erheben, die nach Ablauf der Einspruchsfrist entstanden sind**. Gegenüber einer Vollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid wird der Schuldner nicht mehr mit dem Einwand gehört, der Anspruch des Gläubigers habe nie bestanden, da er dies innerhalb der Einspruchsfrist hätte vorbringen müssen. Ihm verbleibt nur der Weg über § 826 BGB, auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung und Herausgabe des Vollstreckungstitels zu klagen.

- **Einwendungen gegen einen Prozessvergleich werden nach § 767 II nicht präkludiert, da der Prozessvergleich als materieller Vertrag nicht rechtskräftig werden kann und § 767 II Ausfluss der Rechtskraft ist**. Hier können also durch Vollstreckungsgegenklage Einwendungen aufgrund von Umständen erhoben werden, die vor Abschluss des Vergleichs liegen (BGH NJW RR 1987, 1022).

Problem: Wann entsteht die Einwendung bei Gestaltungsrechten?

Erfordert die Einwendung eine rechtsgestaltende Erklärung des Schuldners (z.B. Anfechtung, Aufrechnung, Kündigung, Rücktritt), so ist streitig, wann die Einwendung entsteht.

- Nach der **Rechtsprechung** (BGH ZIP 2014, 1181; NJW 2009, 1671; BGHZ 100, 225) ist der **objektive Entstehungszeitpunkt des Gestaltungsrechts** (z.B. erstmalige Anfechtungsmöglichkeit, Entstehung der Aufrechnungslage) entscheidend. **Der Schuldner wird daher mit allen nachträglichen Gestaltungserklärungen nach § 767 II präkludiert, wenn er diese objektiv bereits im 1. Prozess hätte geltend machen können**. Der Schuldner wird dadurch gezwungen, im Vorprozess Gestaltungsrechte geltend zu machen, die ihm zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht bekannt sind (BGH a.a.O.); allein für vertragliche Kündigungs- und Rücktrittsrechte wird eine Ausnahme gemacht. Dies wird damit begründet, dass die Rechtskraft der Entscheidung möglichst erhalten bleiben soll.

- Nach der **h.M. in der Literatur** (z.B. Schellhammer Rz. 233; Baur/Stürner Rz. 750) entsteht das Gestaltungsrecht i.S.d. § 767 II erst mit der **Gestaltungs*erklärung***, da erst durch die Erklärung, nicht bereits durch das Recht dazu, das Rechtsverhältnis umgestaltet wird. **Entscheidend ist also Anfechtungs- bzw. Aufrechnungs*erklärung*, nicht bereits das Anfechtungs*recht* oder die Aufrechnungs*lage*.** Um jedoch zu verhindern, dass ein böswilliger Schuldner die Vollstreckung torpediert, wird man bei der Aufrechnung diese analog § 533 nur bei Sachdienlichkeit zulassen unabhängig davon, wann die Aufrechnungslage entstanden ist. Außerhalb der Aufrechnung kommt bei Verletzung der Prozessförderungspflicht eine Präklusion analog § 296 II in Betracht, wenn z.B. der Schuldner schuldhaft die Anfechtung im Vorprozess versäumt.

4) Die Wirkungen der Vollstreckungsgegenklage

a) Da die Erhebung der Vollstreckungsgegenklage die Vollstreckung aus dem Titel nicht hemmt, kann das Gericht auf Antrag des Schuldners nach **§ 769** die **Zwangsvollstreckung vorläufig einstellen** oder von einer Sicherheitsleistung des Gläubigers abhängig machen.

b) Durch stattgebendes Urteil wird die Zwangsvollstreckung ganz oder teilweise für unzulässig erklärt. Die bisher erfolgten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen (z.B. Pfändung, Wegnahme, Versteigerung) verlieren durch das Urteil allerdings nicht ihre Wirksamkeit. **Das Vollstreckungsorgan muss die Zwangsvollstreckung einstellen und getroffene Vollstreckungsmaßnahmen gemäß § 776 aufheben, was aber nach § 775 Nr. 1 nur gegen Vorlage einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils erfolgt, das die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt**. Ist das Urteil noch gar nicht rechtskräftig, so wird es zu diesem Zweck für vorläufig vollstreckbar erklärt.

c) Die Kostenentscheidung erfolgt gemäß den §§ 91 ff., wobei der Streitwert durch die Höhe des titulierten Anspruchs bestimmt wird, gegen dessen Vollstreckung sich die Klage richtete.

V. Die Drittwiderspruchsklage des § 771 ZPO

1) Begriff und Funktion

Einerseits darf sich der Gläubiger zwangsweise nur aus dem Vermögen des Vollstreckungsschuldners befriedigen, andererseits prüfen die Vollstreckungsorgane bei der Vornahme der Vollstreckungshandlung nur, ob die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung vorliegen. So ist bei der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in bewegliches Vermögen der Gerichtsvollzieher nicht verpflichtet, die materielle Eigentumslage vor Ort zu klären (was ihm oftmals auch gar nicht möglich ist); er überprüft nur die tatsächlichen Gewahrsamsverhältnisse, ob der Vollstreckungsschuldner Alleingewahrsam (beachte: § 739 ZPO!) an den Gegenständen hat. Da der wahre Rechtsinhaber sein Recht jedoch im Rahmen der zwangsweisen Verwertung zu verlieren droht, steht ihm die Drittwiderspruchsklage des § 771 ZPO zu, mit der er sich gegen die Verwertung *dieses* Vermögensgegenstandes zur Wehr setzen kann.

2) Die Rechtsnatur der Drittwiderspruchsklage

Nach h.M. (z.B. BGH NJW 1985, 3067 m.w.N.) handelt es sich um eine **prozessuale Gestaltungsklage**, die sich - im Gegensatz zur Vollstreckungsgegenklage nach § 767 - nicht gegen die Zwangsvollstreckung als solche, sondern **gegen die Zwangsvollstreckung in diesen Vermögensgegenstand** richtet. Dazu ist allerdings gemäß den **§§ 775 Nr. 1, 776** ein Urteil erforderlich, das die Zwangsvollstreckung in diesen Gegenstand für unzulässig erklärt. Somit lauten sowohl Klageantrag als auch der Tenor der stattgebenden Entscheidung z.B. wie folgt:

„Die Zwangsvollstreckung des Beklagten in den am 11.11.2016 beim Schuldner Peter Schmitz, Zülpicher Str. 35, 50937 Köln gepfändeten Pkw Porsche 911, amtliches Kennzeichen K-PS-911 wird für unzulässig erklärt."
Durch ein der Klage stattgebendes Urteil wird jedoch eine bereits erfolgte Vollstreckungsmaßnahme nicht unwirksam, sondern der Dritte muss gemäß den §§ 775 Nr. 1, 776 die Einstellung der Vollstreckung und die Aufhebung bereits getroffener Maßnahmen erreichen.

3) **Die Zulässigkeit der Drittwiderspruchsklage**

a) **Die Zuständigkeit des Gerichts**

aa) **Örtliche Zuständigkeit**: Nach **§ 771 I** ist das **Gericht** örtlich zuständig, **in dessen Gerichtsbezirk die Vollstreckungshandlung vorgenommen wurde**.

bb) **Sachliche Zuständigkeit**: Sie bestimmt sich gemäß den **§§ 23 I, 71 GVG** und dem **Streitwert**. **Weichen die Höhe der titulierten Forderung und der Wert des Vollstreckungsgegenstandes voneinander ab, so entscheidet nach § 6 ZPO der geringere Betrag** (z.B.: Pfändung eines Pkw im Werte von 4.500,- Euro für eine Forderung in Höhe von 10.000,- Euro/ zuständig ist das Amtsgericht).

b) **Die Parteien**

aa) Kläger ist als Dritter derjenige, der weder Schuldner noch dessen Rechtsnachfolger ist.

bb) Beklagter ist nur der Gläubiger, nicht der Schuldner.

c) **Das Rechtsschutzbedürfnis**

Da sich die Klage nur gegen die Vollstreckung in einen konkreten Gegenstand richtet, besteht nur dann ein Bedürfnis für eine Klage, wenn die Vollstreckung droht oder bereits begonnen hat und noch nicht abgeschlossen ist.
Die Vollstreckung in bewegliche Sachen oder Forderungen beginnt mit deren Pfändung. Die Pfändung endet erst, wenn die Pfandsache versteigert wurde und der Erlös dem Gläubiger ausgehändigt wurde. Nach Versteigerung, aber vor Auskehrung des Erlöses setzt sich das Recht des Dritten im Wege dinglicher Surrogation analog § 1247, 2 BGB am Erlös fort, so dass die Drittwiderspruchsklage noch Sinn macht. Ist der Erlös bereits an den Gläubiger ausgezahlt worden, so ist die Drittwiderspruchsklage mangels Rechtsschutzbedürfnis unzulässig. Der Dritte hat jedoch Ausgleichsansprüche gegen den Vollstreckungsgläubiger aus § 823 I BGB (bei schuldhafter Eigentumsverletzung des Gläubigers) und aus § 812 I 1, 2. Alt. BGB (Eingriffskondiktion/Eingriff in den Zuweisungsgehalt des Eigentums).

4) **Die Begründetheit der Drittwiderspruchsklage**

Die Drittwiderspruchsklage ist begründet, wenn die Veräußerung dieses Vermögensgegenstandes dem Kläger gegenüber rechtswidrig wäre. Folgende Rechtspositionen des Gläubigers können ihm gegenüber die Veräußerung als rechtswidrig erscheinen lassen:

a) **Eigentum**

aa) **Alleineigentum**: Hat E seine Stereoanlage an F verliehen oder vermietet und wurde sie bei F auf Betreiben des G gepfändet, so kann E gegen G Drittwiderspruchsklage erheben.

bb) **Vorbehaltseigentum**: Hat E die Stereoanlage gemäß den §§ 433, 449 BGB unter Eigentumsvorbehalt verkauft, so kann er bis zur Zahlung der letzten Rate die Drittwiderspruchsklage erheben. G kann allerdings das aufgrund des Eigentumsvorbehaltskaufs entstandene Anwartschaftsrecht pfänden lassen (ausführlich dazu Sachenrecht § 11 VI) und durch Zahlung des Restkaufpreises den Bedingungseintritt herbeiführen, um die Drittwiderspruchsklage abzuwehren.

cc) **Sicherungseigentum**: Nach h.M. (ausführlich Sachenrecht § 12 V 1) gewährt auch das Sicherungseigentum ein die Veräußerung hinderndes Recht, da es sich um vollwertiges Eigentum handelt. Der Sicherungsnehmer kann also über die §§ 771, 775, 776 erreichen, dass die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt und aufgehoben wird und das Sicherungsgut zum Sicherungsgeber zurückgeschafft wird.

Dies lässt sich durch wirtschaftliche Überlegungen rechtfertigen: Wird die Sache zum Vollstreckungsschuldner zurückgeschafft, so kann dieser weiter damit arbeiten (z.B.: Produktionsfaktoren) und Gewinne erzielen, um seine Gläubiger, sowohl Sicherungseigentümer als auch Vollstreckungsgläubiger, zu befriedigen. Ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung nach § 805 würde eine Verwertung des Sicherungsgutes erforderlich machen. Dabei drohte die Gefahr, dass der Sicherungseigentümer zwar vorab, aber nicht in voller Höhe befriedigt wird. Dem Vollstreckungsgläubiger ginge der Sicherungseigentümer bei der Verteilung des Erlöses vor, so dass diesem durch Verwertung der gepfändeten Sache ebenfalls nicht gedient wäre.

Wird die Sache aufgrund eines Titels gegen den Sicherungseigentümer beim Sicherungsgeber gepfändet, so kann dieser die Pfändung mit Hinweis auf § 809 verhindern, wenn er als nicht von der Zwangsvollstreckung betroffener Dritter als Gewahrsamsinhaber nicht zur Herausgabe an den Gerichtsvollzieher bereit ist. Versäumt er dies, so kann er immer noch Drittwiderspruchsklage erheben, da er die Sache nur fiduziarisch zu treuen Händen übereignet hat; das die Veräußerung hindernde Recht ist das Anwartschaftsrecht des Sicherungsgebers auf Rückerwerb des Eigentums, da die Sicherungsübereignung regelmäßig i.S.d. § 158 II BGB unter der auflösenden Bedingung steht, dass die gesicherte Forderung erfüllt wird. Dieses Recht steht dem Sicherungsgeber aber nur solange zu, bis die Verwertungsreife eingetreten ist: Darf sich der Sicherungseigentümer selbst aus der Sache befriedigen, so steht dieses Recht auch dessen Gläubigern zu (BGHZ 72, 141, 144).

dd) **Miteigentum**: Da der Gläubiger eines Miteigentümers nur dessen Miteigentumsanteil gemäß den §§ 857, 829 pfänden darf, kann der andere Miteigentümer der Pfändung der Gesamtsache widersprechen.

b) **Anwartschaftsrecht**: Der Vorbehaltskäufer kann der Pfändung der unter Eigentumsvorbehalt erworbenen Kaufsache gemäß § 771 ZPO widersprechen, da der Ersteher in der Zwangsversteigerung das Eigentum durch staatlichen Hoheitsakt lastenfrei erwirbt und das Anwartschaftsrecht erlöschen würde, ohne dass der Käufer durch Zahlung des Restkaufpreises den Bedingungseintritt herbeiführen könnte. Andererseits kann der Vollstreckungsgläubiger den Anspruch auf Zahlung des Restkaufpreises gemäß den §§ 829, 835 pfänden.

c) **Besitz**: Der Besitz als tatsächliche Sachherrschaft ist kein Recht und gewährt keine Intervention.

d) **Herausgabeansprüche**: Wer aus Miete, Pacht, Leihe, Verwahrung oder Auftrag die Sache vom Vollstreckungsschuldner herausverlangen kann, kann als Vollstreckungsgläubiger Drittwiderspruchsklage erheben, da dieser Anspruch durch Verwertung zerstört würde und das Vollstreckungsobjekt nicht zum verwertbaren Schuldnervermögen zählt.
Bloße *Verschaffungsansprüche* aus Kauf oder Werklieferungsvertrag gewähren hingegen kein Klagerecht, da bis zur Übereignung die Ware noch zum Vermögen des Vollstreckungsschuldners zählt.

e) **Inhaberschaft eines Rechts**: Hat der Gläubiger im Wege der §§ 829, 835 ein angebliches Recht des Vollstreckungsschuldners gepfändet, das in Wahrheit dem Dritten zusteht, so ist diese Pfändung nicht wirksam, da sie unter dem Vorbehalt steht, dass die Forderung dem Vollstreckungsschuldner zusteht. Der bloße Anschein der Wirksamkeit berechtigt jedoch zur Drittwiderspruchsklage (BGH JuS 1981, 773), wobei der Drittschuldner dem Gläubiger die Unwirksamkeit der Pfändung entgegenhalten kann.

5) **Die Einwendungen des Beklagten**

Der im Rahmen der Drittwiderspruchsklage Beklagte darf einwenden, dass das vom Kläger geltend gemachte Recht nicht entstanden sei (z.B.: Unwirksamkeit der Sicherungsübereignung wegen fehlender Bestimmtheit, Anfechtung, Geschäftsunfähigkeit).

Weiterhin ist die Drittwiderspruchsklage unbegründet, wenn der Kläger selbst für den gegen den Vollstreckungsschuldner bestehenden Anspruch als Gesamtschuldner, Bürge oder Gesellschafter haftet.

6) **Vorläufige Vollstreckbarkeit**

a) **Einstellung der Zwangsvollstreckung**

Da die Drittwiderspruchsklage die Zwangsvollstreckung weder hemmt noch beseitigt, kann das Gericht durch einstweilige Anordnung die Zwangsvollstreckung in den vermeintlich schuldnerfremden Vermögensgegenstand gemäß den §§ 771 III, 769, 770 einstellen.

b) **Aufhebung der Zwangsvollstreckung**

Auch durch Stattgeben des Gestaltungsurteils wird die Vollstreckung nicht beseitigt. **Das Vollstreckungsorgan muss die Zwangsvollstreckung gemäß den §§ 775, 776 noch einstellen und aufheben, was nach § 775 Nr. 1 jedoch nur gegen Vorlage einer vollstreckbaren Entscheidung geschieht**. Obwohl die Drittwiderspruchsklage eine prozessuale Gestaltungsklage ist, wird das Urteil der Drittwiderspruchsklage daher auch in der Hauptsache gemäß den §§ 708, 709 für vorläufig vollstreckbar erklärt.

VI. Die Klage auf vorzugsweise Befriedigung gemäß § 805 ZPO

1) **Begriff und Funktion**

Stehen einem Dritten Pfand- oder Vorzugsrechte an einer Sache zu, ohne dass der Dritte sie besitzt, so kann er die Pfändung der Sache nicht nach § 809 ZPO verhindern, weil die Sache ja nicht bei ihm, sondern beim Vollstreckungsschuldner gepfändet wird. Auch eine Drittwiderspruchsklage ist ausgeschlossen, da auch ihm nur Befriedigungsansprüche zustehen. Er kann daher die Verwertung der Pfandsache nicht verhindern, aber nach § 805 ZPO in Form einer prozessualen Gestaltungsklage vorrangige Befriedigung aus dem Verwertungserlös vor dem Gläubiger verlangen, der die Zwangsvollstreckung in diesen Gegenstand betrieben hat.

2) **Die Zulässigkeit der Klage**

a) Die **örtliche Zuständigkeit** bestimmt sich nach dem **Gerichtsbezirk, indem die Vollstreckungsmaßnahme stattgefunden hat**. Die **sachliche Zuständigkeit** richtet sich gemäß § 805 II ZPO nach dem **Streitwert**.

b) Der **Klageantrag** geht dahin, dass der Kläger aus dem Reinerlös (Vollstreckungserlös ./. Vollstreckungskosten) der am ... gepfändeten Sache bis zum Betrag von ... Euro vor dem Beklagten zu befriedigen ist.

c) Ein **Rechtsschutzbedürfnis** besteht, wenn die Vollstreckung begonnen hat und noch nicht durch Verteilung des Erlöses abgeschlossen ist. Nach Verteilung des Erlöses verbleiben nur Schadensersatzansprüche und Bereicherungsansprüche.

3) **Die Begründetheit der Klage**

Dem Kläger muss ein Pfand- oder Vorzugsrecht zustehen, das dem Pfändungspfandrecht des Vollstreckungsgläubigers vorgeht:

- Vermieterpfandrecht, Verpächterpfandrecht, Gastwirtspfandrecht: §§ 562, 581 II, 704 BGB

Steht dem Kläger die Möglichkeit der Drittwiderspruchsklage offen, so kann er (a maiore ad minus) auch anstelle der Drittwiderspruchsklage nach § 805 ZPO vorgehen.

VII. Die Durchbrechung der Rechtskraft über § 826 BGB

Gemäß den §§ 579, 580 ZPO hat der Schuldner die Möglichkeit, schwere Mängel des Urteils auch nach Eintritt der Rechtskraft über die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage zu rügen, die jedoch nach § 586 I ZPO binnen eines Monats nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes zu erheben ist. Wenn diese Frist versäumt ist, stellt sich die Frage, ob der Vollstreckungsschuldner über § 826 BGB eine rechtskräftige Entscheidung noch einmal angreifen kann. Während eine Ansicht die §§ 578 ff ZPO aus Gründen der durch die Rechtskraft gewährten Rechtssicherheit für eine abschließende Regelung hält, lässt die Rechtsprechung (z.B. BGH NJW 1987, 3256) in eng begrenzten Ausnahmefällen eine Durchbrechung der Rechtskraft über 826 BGB zu, bei der der Vollstreckungsschuldner Unterlassung der Zwangsvollstreckung und Herausgabe des Vollstreckungstitels verlangen kann, weil die Zwangsvollstreckung aus diesem Titel eine vorläufige sittenwidrige Schädigung darstellen würde.

Im Rahmen der Klage aus § 826 muss zwischen zwei Vollstreckungstiteln unterschieden werden:

1) **Der Vollstreckungsschuldner will die Rechtskraft eines Urteils durchbrechen**

Existiert ein Vollstreckungstitel in Form eines Urteils, so wurde über den Bestand des titulierten Anspruchs streitig verhandelt und richterlich entschieden. Um § 826 BGB nicht zu einer „Superrevisionsnorm“ ausarten zu lassen, kann eine Durchbrechung der Rechtskraft nur unter engen Voraussetzungen erfolgen:

a) **Der Vollstreckungstitel ist materiell unrichtig**, weil der titulierte Anspruch nicht oder nicht in dieser Höhe besteht.

b) Da § 826 BGB eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung voraussetzt, muss der Vollstreckungsgläubiger die materielle Unrichtigkeit **kennen** (BGHZ 40, 130, 132). Beim Streit um die Zulässigkeit einer künftigen Vollstreckung genügt jedoch, wenn ihm die Kenntnis erst durch das zur Entscheidung über den Anspruch aus § 826 BGB berufene Gericht vermittelt wird.

c) Der Vollstreckungsgläubiger hat das **Urteil arglistig erschlichen** (z.B. durch Prozessbetrug) oder die **Vollstreckung ist aus sonstigen, besonderen Gründen unerträglich** (vgl. BGH NJW 1987, 3256). Die Rechtskraft muss nur dann zurücktreten, wenn es mit dem Gerechtigkeitsgedanken unvereinbar wäre, dass der Vollstreckungsgläubiger seine formelle Rechtsstellung unter Missachtung der materiellen Rechtslage zu Lasten des Schuldners ausnutzt.

2) **Der Vollstreckungsgläubiger vollstreckt aus einem rechtskräftigen Vollstreckungsbescheid**

Die Besonderheit dieser Situation besteht darin, dass im Rahmen des Mahnverfahrens eine Schlüssigkeitsprüfung nicht stattfindet und daher die materielle Wirksamkeit des Anspruchs nicht überprüft wird. Dennoch sind auch Vollstreckungsbescheide der materiellen Rechtskraft fähig; Einwendungen gegen den Anspruch unterliegen allerdings den Einschränkungen des § 796 II ZPO (BGH a.a.O.). Auch die Vollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid kann daher unter folgenden Voraussetzungen angefochten werden:

a) **Der Titel ist materiell unrichtig**: Dabei braucht die Unrichtigkeit bei Vollstreckungsbescheiden nicht auf tatsächlichem Gebiet zu liegen. Wenn insofern bei Urteilen Einschränkungen gemacht werden, beruhten sie auf der Erwägung, dass das Risiko fehlerhafter Rechtsanwendung durch den Richter beide Seiten in gleichem Maße trifft. Bei Vollstreckungsbescheiden, die ohne gerichtliche Überprüfung des Anspruchs erlassen werden, ist es gerechtfertigt, den Gläubiger auch das Risiko der rechtlichen Fehlerhaftigkeit tragen zu lassen, weil er allein mit seiner Rechtsauffassung den Inhalt des Titels bestimmt.

b) **Der Vollstreckungsgläubiger muss die Unrichtigkeit des Titels kennen** (s.o.)

c) **Besondere Umstände müssen hinzutreten, um die Vollstreckung als sittenwidrig erscheinen zu lassen.** Dabei reicht die alleinige Sittenwidrigkeit des Vertrages nach § 138 I BGB nicht aus, der dem Vollstreckungstitel zugrunde liegt, auch wenn die Erwirkung des Titels die Fortsetzung des wucherischen Handelns darstellt; hier hat die Rechtskraft den Vorrang. Auch der alleinige Umstand, dass Vollstreckungsbescheide ohne Überprüfung der materiellen Rechtslage erlassen werden, rechtfertigt keine uneingeschränkte nachträgliche Korrektur über § 826 BGB, da auch diese Titel materiell rechtskräftig werden.

Die besonderen Umstände können jedoch vorliegen, wenn gerade die Besonderheiten des Mahnverfahrens dazu geführt haben, dass der Gläubiger für einen materiell nicht bestehenden Anspruch einen rechtskräftigen Titel erlangen konnte. Dabei ist nicht nur an Fälle zu denken, in denen der Gläubiger den Schuldner dazu bestimmt hat, keinen Widerspruch oder Einspruch einzulegen, um jede richterliche Überprüfung der materiellen Rechtslage zu verhindern; vielmehr kann auch in der Wahl des Mahnverfahrens ein Umstand liegen, der die spätere Vollstreckung sittenwidrig erscheinen lässt. Dies gilt allerdings nur, wenn der Gläubiger erkennen konnte, dass bereits die gerichtliche Schlüssigkeitsprüfung zu einer Ablehnung seines Klagebegehrens führen würde.

§ 33 Die Einstellung und Aufhebung der Zwangsvollstreckung

Da durch die o.g. Rechtsbehelfe die Zwangsvollstreckung weder gehemmt wird noch bereits ergangene Vollstreckungsmaßnahmen beseitigt werden, ist bei jedem der Rechtsbehelfe eine einstweilige Anordnung des mit dem Rechtsbehelf befassten Gerichts möglich:

- **§ 732 II**: einstweilige Anordnung bei Klauselerinnerung
- **§ 766 I 2**: Verweis auf § 732 II
- **§ 769**: einstweilige Anordnung bei Vollstreckungsgegenklage und Klage gegen Erteilung der Vollstreckungsklausel
- **§ 771 III**: Verweis bei der Drittwiderspruchsklage auf § 769

Dabei kann die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung eingestellt werden; gemäß den §§ 769, 771 können bereits erfolgte Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufgehoben werden. Die Anordnung des Gerichts bewirkt jedoch nicht automatisch die Einstellung der Zwangsvollstreckung, sondern muss durch das Vollstreckungsorgan umgesetzt werden und ihm für diesen Zweck i.S.d. § 775 Nr. 2 vorgelegt werden. Eine Ausnahme gilt in den Fällen, in denen das Vollstreckungsgericht selbst Vollstreckungsorgan ist, wie z.B. bei der Forderungspfändung.

Eine Einstellung der Zwangsvollstreckung erfolgt ebenfalls in Fällen des § 707, wenn eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand oder Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt wird oder der Rechtsstreit nach Erlass eines Vorbehaltsurteils i.S.d. §§ 302, 599 fortgesetzt wird.

Dies gilt auch in Fällen des § 719, wenn gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil Einspruch (beim Versäumnisurteil) oder Berufung eingelegt wird. Die Zwangsvollstreckung aus einem Versäumnisurteil darf jedoch gemäß § 719 I 2 regelmäßig nur gegen Sicherheitsleistung eingestellt werden.

Weiterhin wird die Zwangsvollstreckung eingestellt in den Fällen des § 775:

- **§ 775 Nr. 1**: Wenn eine vollstreckbare Ausfertigung vorgelegt wird, aus der sich ergibt, dass das zu vollstreckende Urteil oder seine vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben wurde oder dass die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wurde: §§ 717, 718, 732, 766, 767, 768, 771 I.

- **§ 775 Nr. 2**: Wenn die Zwangsvollstreckung einstweilen eingestellt wurde oder jetzt nur noch gegen Sicherheitsleistung erfolgen darf: §§ 719, 769, 770.

- **§ 775 Nr. 3**: Wenn der Vollstreckungsschuldner eine öffentliche Urkunde vorlegt, aus der sich die zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erforderliche Sicherheitsleistung oder Hinterlegung ergibt.

- **§ 775 Nr. 4**: Wenn der Schuldner durch Urkunde die Befriedigung des Gläubigers oder eine Stundungsvereinbarung nachweist.

- Wenn über das Schuldnervermögen das Vergleichs- bzw. Insolvenzverfahren eröffnet wurde, da dann gemäß § 89 InsO eine Einzelzwangsvollstreckung nicht mehr zulässig ist.

Die Einstellung bewirkt jedoch nur, dass nicht weiter vollstreckt werden darf; die bereits getroffenen Vollstreckungsmaßnahmen müssen zusätzlich nach § 776 aufgehoben werden. Zu diesem Zweck wird vom Vollstreckungsorgan die Vollstreckungsmaßnahme aufgehoben (z.B. durch Rückgabe der Pfandsache an den Vollstreckungsschuldner). Dadurch wird gleichzeitig das öffentlichrechtliche Gewaltverhältnis über den Vollstreckungsgegenstand, die Verstrickung, beseitigt.

3. Teil: Vorläufiger Rechtsschutz durch Arrest und einstweilige Verfügung: §§ 916 - 945

Vorbemerkung

Da die Erlangung eines Vollstreckungstitels durch erstinstanzliches Urteil viel Zeit in Anspruch nimmt, besteht die Gefahr, dass bis dahin der dann vollstreckbare Anspruch durch das Verhalten des Schuldners vereitelt ist. Zur vorläufigen (!) Sicherung gefährdeter Ansprüche stellt die ZPO dem Gläubiger daher ein System des vorläufigen Rechtsschutzes zur Verfügung, bestehend aus Arrest und einstweiliger Verfügung.

1) Der **dingliche** oder **persönliche Arrest** gemäß den §§ 916 ff. dient zur Sicherung eines Anspruchs, der auf **Zahlung einer Geldsumme** gerichtet ist.

2) Die **einstweilige Verfügung** dient der vorläufigen Regelung eines streitigen Rechtsverhältnisses bzw. der Sicherung anderweitiger Ansprüche.

   Beachten Sie aber: Trotz der systematischen Stellung innerhalb des Zwangsvollstreckungsrechts handelt es sich um ein „**beschleunigtes Erkenntnisverfahren“** mit der für das zivilprozessuale Verfahren typischen Trennung: Erkenntnisverfahren = Anordnung des vorläufigen Rechtsschutzes / Zwangsvollstreckung = Vollzug der Anordnung.

   Es handelt sich um ein **summarisches Verfahren**, bei dem die Ansprüche des Gläubigers nur summarisch geprüft werden. Die darin liegende Gefahr für den Schuldner wird durch eine mögliche Sicherheitsleistung nach § 921 II 2 gemildert; im Übrigen trifft den vollstreckenden Gläubiger die verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung des § 945.

§ 34 Der Arrestprozess

I. Die Zuständigkeit

Nach § 919 ZPO ist das Gericht der Hauptsache bzw. das Amtsgericht zuständig, in dessen Gerichtsbezirk die Vollstreckungshandlung vorgenommen werden soll.

II. Das Arrestgesuch des Gläubigers

Der **Antrag** des Gläubigers erfolgt schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle mit dem Inhalt des § 920 I. Der Antrag muss den Schuldner, den zu sichernden Anspruch nach Grund und Höhe und den Arrestgrund sowie Angaben darüber enthalten, ob ein dinglicher Arrest gegen das Vermögen des Schuldners oder ein persönlicher Arrest verhängt werden soll, der die Freiheit des Schuldners beschränkt.

1) Der **Arrestanspruch** ist gemäß § 916 I ein materiellrechtlicher Anspruch, der auf eine Geldleistung gerichtet ist oder bei Nicht- bzw. Schlechterfüllung in eine Geldleistung übergehen kann. Da es sich nur um ein summarisches Verfahren handelt, genügt die schlüssige Darlegung des behaupteten Anspruchs.

2) Der **Arrestgrund** stellt das besondere Rechtsschutzinteresse des vorläufigen Rechtsschutzes dar. Der Gläubiger muss nach § 920 II dabei die Tatsachen glaubhaft machen, aus denen sich das Bedürfnis nach einer vorläufigen Regelung ergibt.

3) **Dinglicher Arrest** erfolgt in das Vermögen des Schuldners. Da das gesamte Vermögen haftet, muss der Antrag des Gläubigers keine konkreten Vermögensgegenstände des Schuldners bezeichnen.

4) **Persönlicher Arrest** beschränkt die Freiheit des Schuldners durch Meldepflicht, Reiseverbot oder äußerstenfalls Verhaftung und ist nur zulässig, wenn der dingliche Arrest zur Sicherung des Anspruchs nicht genügt und daher ohne persönliche Anwesenheit des Schuldners die Vollstreckung vereitelt werden würde.
Beispiel: Der Schuldner hat sein Vermögen ins Ausland transferiert.

III. Die gerichtliche Entscheidung

Hat der Gläubiger den behaupteten Anspruch schlüssig dargelegt und den Arrestgrund glaubhaft gemacht, so gibt das Gericht dem Arrestgesuch statt:

- durch **Urteil** nach erfolgter mündlicher Verhandlung gemäß § 922; dagegen: **Berufung**;
- durch **Beschluss** ohne mündliche Verhandlung gemäß § 921 I; dagegen: **Widerspruch**.

IV. Die Vollziehung des Arrestes

Die Vollziehung des Arrestes folgt nach § 928 ZPO den Regeln der Zwangsvollstreckung mit folgenden Besonderheiten:

- Der Arrestbefehl ist ohne weiteres vollstreckbar.
- Es ist keine Vollstreckungsklausel erforderlich.
- Im Gegensatz zu § 750 ZPO wird der Schuldner vorher nicht benachrichtigt.

Die Vollziehung erfolgt innerhalb der einmonatigen Frist des § 929 II durch die Organe der Zwangsvollstreckung und ist beim dinglichen Arrest abhängig von den Vermögenswerten, in die vollstreckt werden soll.

V. Das Ziel der Vollziehung

Das **Ziel der Vollziehung** ist jedoch nur die **Sicherung** des Anspruchs, nicht die endgültige Befriedigung des Gläubigers. Daraus folgt:

1) **Bewegliche Sachen** werden durch den Gerichtsvollzieher gepfändet mit den Folgen von Verstrickung und der Entstehung eines Pfändungspfandrechts, das in der Zwangsvollstreckung nach § 804 III den Vorrang gewährt (**Prioritätsprinzip**). Das Pfand wird jedoch noch nicht verwertet (vorläufiger Rechtsschutz).

2) **Forderungen** werden durch das Arrestgericht als Vollstreckungsgericht (§§ 802, 930 I 3) gepfändet, aber dem Gläubiger noch nicht überwiesen.

3) Die Vollstreckung in **unbewegliches Vermögen** erfolgt nach § 932 durch Eintragung einer Sicherungshypothek durch das Grundbuchamt.

4) Die Vollziehung des **persönlichen Arrestes** ist abhängig von der Art der angeordneten Freiheitsbeschränkung.

VI. Die Sicherheitsleistung des Schuldners

Der Schuldner kann durch Sicherheitsleistung in Höhe der im Arrestbefehl festgelegten **Lösungssumme** gemäß § 923 die Vollziehung abwehren, muss aber den Nachweis der Zahlung der Lösungssumme gemäß den §§ 775 Nr. 3, 928 durch öffentliche Urkunde führen.

Andererseits kann gemäß § 921 dem Gläubiger durch Arrestbefehl eine Sicherheitsleistung auferlegt werden.

Erweist sich die Anordnung des Arrestes als von Anfang an ungerechtfertigt, so haftet der Antragsteller verschuldensunabhängig gemäß § 945 für den Schaden, der durch die Vollziehung des Arrestes entstanden ist.

§ 35 Die einstweilige Verfügung: §§ 935 - 945

I. **Zuständig** ist nach § 937 das Gericht in der Hauptsache.

II. Der **Antrag** erfolgt gemäß den §§ 936, 920 III wie auch das Arrestgesuch schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle.

III. Man unterscheidet **drei Arten von einstweiligen Verfügungen**:

1) Die **Sicherungsverfügung** nach § 935 soll dafür sorgen, dass bei einem Anspruch auf individuelle Leistung (z.B. Herausgabe, Herstellung einer Sache) der Anspruch durch eine Veränderung des bevorstehenden Zustandes (z.B. Veräußerung der Sache) nicht gefährdet wird. Über die sichernde Maßnahme entscheidet der Richter gemäß § 938 I nach freiem Ermessen; die vorläufige Sicherung darf aber den Antragsteller nicht sofort befriedigen.

2) Die **Regelungsverfügung** nach § 940 soll bei einem streitigen Rechtsverhältnis zur Vermeidung wesentlicher Nachteile einen Zustand vorläufig regeln (z.B.: Entziehung der Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters).

3) Die **Leistungsverfügung** nach § 940 analog ist gerichtet auf die provisorische Befriedigung des Gläubigers, um wesentliche Nachteile zu verhindern (z.B.: Gläubiger eines Unterhaltsanspruchs gerät ansonsten in finanzielle Schwierigkeiten). Regelmäßig wird die einstweilige Verfügung als bloß vorläufige Regelung auf 6 Monate begrenzt (in dieser Zeit kann sich der Gläubiger einen Vollstreckungstitel verschaffen).

   Die **Vollziehung von Sicherungs- und Regelungsverfügungen** erfolgt gemäß § 936 nach den o.g. Regeln des Arrestprozesses. Auch hier trifft den Gläubiger gegebenenfalls die Gefährdungshaftung des § 945.

Index

A

Abänderungsklage 78, 96
Aktivlegitimation 21
Alleineigentum 129
Allgemeinkundige Tatsachen 62
Amtsgericht 6
Amtshaftung 3
Amtshaftungsansprüche 106
Anerkenntnis 46
Anerkenntnisurteil 43, 46, 96
Anschlussberufung 79
Anschlusspfändung 103
Anschlussrevision 79
Anspruchskonkurrenz 76
Anwaltsprozess 22
Anwaltszwang 22, 46
Anwartschaftsrecht 130
Anzeige der Verteidigungsabsicht 43
Arbeitsgerichtsbarkeit 2
Arrestanspruch 135
Arrestatorium 109
Arrestverfahren 1
Augenschein 63
Auseinandersetzungsguthaben 113
Aussagepflicht 66
Austauschpfändung 102

B

Befangenheit 14, 26
Behaupten / Bestreiten 47
Berichterstatter 6
Berufung 13
Berufungsbegründung 81
Berufungsgericht 81
Berufungsschrift 81
Berufungsverfahren 82
Beschleunigtes Erkenntnisverfahren 135
Beschluss 4
Beschwer 80
Bestimmender Schriftsatz 36
Betragsverfahren 127
Betriebsverfassungsgesetz 5
Beweis 60
Beweis des Gegenteils 63
Beweisantrag 62
Beweisaufnahme 61
Beweiserhebungstheorie 51
Beweislast 63
Beweismittel 39, 65
Beweisthema 65

D

Deckungsprinzip/geringstes Gebot 115
Deutsche Gerichtsbarkeit 41, 58
Devolutiveffekt 79, 84, 86
Dilatorische Einreden 50
Dingliche Surrogation 106, 112, 116
Dispositionsmaxime 26, 68, 70, 85, 91, 109
Dritte als Gewahrsamsinhaber 118
Drittwiderspruchsklage 100, 104, 107, 121
Duldung 93
Durchgriffserinnerung 98

E

Echte Prozessvoraussetzungen 41
Ehegatte 20
Eidespflicht 66
Eidesstattliche Versicherung 118
Eingangsinstanz 11
Einlassungsfrist 42
Einreden 50
Eintragung einer Zwangshypothek 114
Einwendung 49
Einzelrichter 6, 39
Einziehungsermächtigung 22
Empfangsbekenntnis 44
Endurteil 72, 95
Enteignungsgleicher Eingriff 3
Entscheidung nach Aktenlage 85
Erheblichkeit 60
Erinnerung 14, 93, 94, 98, 100, 102, 121, 124
Erkenntnisverfahren 1
Erledigung in der Hauptsache 25
Ersatzvornahme 119
Erscheinungspflicht 66
Erstreckung der Rechtskraft 21
Ersuchter Richter 11
Eventualaufrechung 51
Eventualwiderklage 54

F

Familiensachen 9
Feststellungsklage 37, 59, 73
Feststellungsurteil 72
Finanzgerichtsbarkeit 2
Freie Advokatur 14
Früher erster Termin 29, 42
Funktionelle Zuständigkeit 41, 58

G

Gebührenvereinbarung 15
Gefährdungshaftung 86, 96
Gegenbeweis 63
Gerichtskostenvorschuss 41
Gerichtskundig 62
Gerichtsvollzieher 91, 93
Geringstes Gebot 115
Geschäftsverteilungsplan 13
Gesetzlichen Richter 8
Gestaltungsklage 37, 59, 73
Gestaltungsurteil 72
Geständnis 47
Gewaltmonopol 1
Gewerkschaften 18
Glaubhaftmachen 62
Grundbuchamt 94
Grundurteil 72

H

Herausgabeansprüche 130

I

Inhaberpapiere 111
Inhibitorium 109
Insolvenzverwalter 20
Interessentheorie 4
Iura novit curia 47

J

Juristische Personen 17
Justizgewährungsanspruch 1
Justizmonopol 1

K

Kammer für Handelssachen 7
Kindschaftssachen 9
Klage auf abgesonderte Befriedigung 122
Klageänderung 40, 70
Klageerwiderung 42
Klageerwiderungsfrist 43, 46
Klagerücknahme 24
Klageverzicht 57
Klauselerinnerung 125
Klauselklage 98, 99, 125
Kollegialgerichte 6
Kontradiktorisches Urteil 72
Kostenentscheid 39
Kostenstreitwert 9
Kreditsicherungsrecht 97

L

Landgericht 6
Legitimationspapiere 111
Leistungsklage 59
Leistungsurteil 32, 72
Leistungsverfügung 138

M

Mehrfachpfändung 103
Miteigentum 130
Miteigentümer 20
Mitgläubiger 20

N

Nachlassverwalter 20
Nachverfahren 89, 127
Natürliche Personen 17
Ne bis in idem 40, 57, 75
Negative Feststellungsklage 34
Negativer Kompetenzkonflikt 4
Nichtigkeitsklage 13, 78
Notfrist 81
Numerus clausus 92

O

Öffentlich rechtliche Verstrickung 102
Öffentliche Urkunden 67
Offizialmaxime 24
Ordentliche Gerichte 3
Örtliche Zuständigkeit 53, 58

P

Parteienprozess 22
Parteifähigkeit 58
Parteiöffentlichkeit 28
Parteiwechsel 17
Partielle Prozessfähigkeit 19
Passivlegitimation 21
Peremptorische Einreden 50
Persönliche Unabhängigkeit 13
Pfandsiegel 102
Pfändung 102
Pfändungs- und Überweisungsbeschluss 109
Pfändungspfandrecht 104, 106, 112
Pfändungsschutzvorschriften 108
Politische Parteien 18
Positive Feststellungsklage 33
Positiver Kompetenzkonflikt 4
Postulationsfähigkeit 59
Präjudizierende Rechtsverhältnisse 76
Präklusion 69, 126, 127
Präventionsprinzip 103, 110
Privatrechtlich-öffentlichrechtliche Theorie 104
Privaturkunden 67
Prorogation 7, 11
Prozessbeistand 16
Prozessfähigkeit 58
Prozessförderungspflicht 25, 127
Prozessführungsbefugnis 58
Prozessstandschaft 20, 22
Prozessurteil 12, 56, 71
Prozessvergleich 96
Prozessvollmacht 16
Prozessvoraussetzung 12

R

Rechtsbehelf 86
Rechtsbeschwerde 7
Rechtshängigkeit 5, 12, 45, 51, 59, 77
Rechtskraft 20, 35, 37, 40, 51
Rechtskrafterstreckung 20
Rechtsmittelführer 79
Rechtsmittelinstanz 11
Rechtsnachfolger 17, 77
Rechtspfleger 108
Rechtspflegererinnerung 121, 124
Rechtsschutzbedürfnis 17, 21, 34, 59, 126
Rechtsweg 8
Reformatio in peius 84
Regelungsverfügung 138
Restitutionsklage 78
Revision 7, 13
Richterprivileg 13
Rügelose Einlassung 12

S

Sachliche Unabhängigkeit 13
Sachliche Zuständigkeit 53, 58
Sachrüge 83
Sachurteil 71
Sachurteilsvoraussetzungen 12, 19, 42, 49, 58
Sachverständiger 63
Scheckprozess 89
Schlüssigkeit 25, 60, 85, 109
Schriftliches Vorverfahren 29, 43
Schriftsatzfrist 29
Sicherungseigentum 130
Sicherungsverfügung 138
Sofortige Beschwerde 4, 70, 122
Sozialgerichtsbarkeit 2
Spruchkörper 6
Sprungrevision 7, 83
Statthaftigkeit 80
Streitgegenstand 9, 23, 34, 40, 44, 53
Streitwert 9, 15
Stufenklage 37
Subjektstheorie 4
Subordinationstheorie 4
Substantiiertes Bestreiten 48
Summarisches Verfahren 89, 135
Suspensiveffekt 79, 84, 86

T

Tarifvertragsparteien 5
Tatsachenfeststellungen 76
Teilklage 76
Teilurteil 35, 37, 40, 72, 95
Testamentsvollstrecker 20
Titelumschreibung 18
Typenzwang 92

U

Übernahmeprinzip 115
Überweisung an Zahlungs Statt 110
Überweisung zur Einziehung 110
Unbezifferte Klage 38
Unmittelbarkeitsgrundsatz 73
Unterlassung 93
Untersuchungsgrundsatz 25, 26
Unterwerfungserklärung 96
Unvertretbare Handlung 93
Urkunden 63
Urkundsprozess 89
Urteilseingang 73
Urteilsformel 73
Urteilsverkündung 61

V

Vereinigte Große Senate des BGH 8
Verfahrensrüge 83
Verhandlungsgrundsatz 26, 50
Verjährung 27, 45
Verkündung 74
Verkündungstermin 61
Vernehmung der Prozessparteien 63
Versäumnisurteil 22, 25, 43, 46, 72, 96
Versteigerungsbeschluss 114
Verstrickung 106
Vertraglich bestellten Pfandrecht 104
Vertretbare Handlungen 93
Verwaltungsgerichtsbarkeit 2
Verweisungsantrag 12
Verzicht 24
Vollstreckbare Urkunde 91, 96
Vollstreckungsabwehrklage 94
Vollstreckungsbescheid 96
Vollstreckungsgegenklage 94, 96, 99, 121
Vollstreckungsgericht 94, 108
Vollstreckungsgläubiger 107
Vollstreckungsklausel 92, 94
Vollstreckungsschuldner 96, 106
Vollstreckungstitel 86, 92
Vollurteil 72
Vorbehaltseigentum 129
Vorbehaltsurteil 72, 89, 96
Vorläufige Vollstreckbarkeit 39
Vorpfändung 110
Vorsitzende Richter 6

W

Wahrheitspflicht der Parteien 26
Widerklage 54
Wiederaufnahme 99
Wiederaufnahmeklage 26
Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand 77

Z

Zahlungsklage 37
Zeugen 63
Zulässigkeit des Rechtsweges 5, 58
Zulassungsrevision 83
Zuschlagsbeschluss 117
Zuständigkeit 8
Zuständigkeitsstreitwert 9
Zwangsgeld 119
Zwangshaft 119
Zwangshypothek 94
Zwangsversteigerung 114
Zwangsverwaltung 114
Zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff 40, 55
Zweites Versäumnisurteil 86
Zwischenfeststellungsklage 35
Zwischenurteil 56, 72

DIE STRUKTUREN DES ZIVILRECHTS

BGB AT 1, DIE RECHTSGESCHÄFTSLEHRE, 1. TEILBAND
117 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

BGB AT 2, DIE RECHTSGESCHÄFTSLEHRE, 2. TEILBAND
131 SEITEN, 8. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT AT 1, ALLGEMEINE LEHREN DER SCHULDVERHÄLTNISSE, 1. TEILBAND
142 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT AT 2, ALLGEMEINE LEHREN DER SCHULDVERHÄLTNISSE, 2. TEILBAND
126 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT BT 1, VERTRAGLICHE SCHULDVERHÄLTNISSE, 1. TEILBAND
157 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT BT 2, VERTRAGLICHE SCHULDVERHÄLTNISSE, 2. TEILBAND
145 SEITEN, 5. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT BT 3, GESCHÄFTSFÜHRUNG OHNE AUFTRAG • BEREICHERUNGSRECHT
132 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT BT 4, DELIKTSRECHT • SCHADENSERSATZRECHT
126 SEITEN, 8. AUFLAGE 2017

SACHENRECHT 1
165 SEITEN, 9. AUFLAGE 2017

SACHENRECHT 2
92 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

FAMILIENRECHT
137 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

ERBRECHT
90 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

ZIVILPROZESSRECHT
142 SEITEN, 8. AUFLAGE 2017

DIE STRUKTUREN DES STRAFRECHTS

STRAFRECHT AT 1, ALLGEMEINE LEHREN DER STRAFTAT, 1. TEILBAND
113 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

STRAFRECHT AT 2, ALLGEMEINE LEHREN DER STRAFTAT, 2. TEILBAND
126 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

STRAFRECHT BT 1, STRAFTATEN GEGEN PERSÖNLICHKEITSWERTE
142 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

STRAFRECHT BT 2, STRAFTATEN GEGEN GEMEINSCHAFTSWERTE
154 SEITEN, 6. AUFLAGE 201

STRAFRECHT BT 3
STRAFTATEN GEGEN EIGENTUMS- UND VERMÖGENSWERTE, 1. TEILBAND
122 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

STRAFRECHT BT 4
STRAFTATEN GEGEN EIGENTUMS- UND VERMÖGENSWERTE, 2. TEILBAND
112 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

KOSTENLOSE DOWNLOADS

ZU ALLEN SKRIPTEN FINDEN SIE UNTER: **WWW.AL-ONLINE.DE**

HARALD LANGELS

Die gebundenen Skripten können Sie weiterhin über den Verlag „Juristischer Verlag Heike Langels“ beziehen.