

BECHT · LENNARTZ

# Prüfungsschwerpunkte im Zivilprozess

5. Auflage

# Prüfungsschwerpunkte im Zivilprozess

begründet von

**Dr. Ernst Becht**

Vorsitzender Richter am Landgericht  
Hauptamtlicher Ausbildungsleiter beim Landgericht Heilbronn  
Prüfer in der Zweiten juristischen Staatsprüfung

fortgeführt von

**Dirk S. Lennartz**

Richter am Landgericht,  
derzeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter  
an den Bundesgerichtshof abgeordnet  
Arbeitsgemeinschaftsleiter für Rechtsreferendare im Zivilrecht  
Prüfer in der Ersten juristischen Prüfung  
und in der Zweiten juristischen Staatsprüfung

5., völlig überarbeitete Auflage, 2010



RICHARD BOORBERG VERLAG  
STUTT GART · MÜNCHEN  
HANNOVER · BERLIN · WEIMAR · DRESDEN

*Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek*

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation  
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte  
bibliografische Daten sind im Internet über  
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

5. Auflage, 2010  
978-3-415-04408-1

E - ISBN 978-3-415-05058-7

©Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, 2001  
Scharstraße 2  
70563 Stuttgart  
[www.boorberg.de](http://www.boorberg.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Gesamtherstellung:  
Druckhaus »Thomas Müntzer« GmbH  
Neustädter Straße 1–4  
99947 Bad Langensalza

# Vorwort

Für die fünfte Auflage sind die „Prüfungsschwerpunkte“ aktualisiert und vollständig überarbeitet worden. Eingearbeitet wurde vor allem die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu prozessualen Fragestellungen aus den letzten Jahren seit dem Erscheinen der Voraufgabe. Sie hat zahlreiche Streitfragen geklärt und die 2002 in Kraft getretene Neuregelung der ZPO weiter ausgefüllt, insbesondere im Bereich des Berufungsrechts. Dieses Kapitel sowie die Darstellungen zum vorläufigen Rechtsschutz und zur Zwangsvollstreckung wurden weitgehend umgestaltet.

Die mit dem Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz) zum 01.09.2009 in Kraft getretenen Änderungen wurden in ihren Auswirkungen auf den Zivilprozess berücksichtigt. Der zunehmenden Bedeutung anwaltlicher Aufgabenstellungen in der Zweiten juristischen Staatsprüfung wurde durch ergänzende Hinweise zur Anwaltsklausur und zu gebührenrechtlichen Fragen, die immer wieder Gegenstand von Aufsichtsarbeiten sind, Rechnung getragen.

Das Anliegen der Voraufgaben, vor allem dem Rechtsreferendar ein Buch an die Hand zu geben, mit dem eine umfassende Examensvorbereitung auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts möglich ist, gilt selbstverständlich auch weiterhin. Zugleich soll die Arbeit in der Zivilstation sowie in der Rechtsanwaltsstation erleichtert werden. Dem an zivilprozessualen Fragestellungen interessierten Rechtsstudenten ermöglicht das Buch einen praxisnahen Einblick.

Meine Erfahrung als Ausbilder in Arbeitsgemeinschaften für Rechtsreferendare, als Prüfer in der Ersten juristischen Prüfung und der Zweiten juristischen Staatsprüfung ist in zusätzliche Hinweise zur Klausurbearbeitung eingeflossen.

Mein Dank gilt Herrn Dr. Ernst Becht und allen, die mich bei der Fortführung dieses von ihm begründeten Werks unterstützt haben.

Heilbronn, Oktober 2009

Dirk S. Lennartz



# Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis und Übersicht über Schrifttum zur ZPO .....	21
--	----

## Erster Teil

### Ratschläge für Prüfung und Praxis

#### A. Hinweise zum Lehrbuch

I. Benutzte Kommentare .....	27
II. Gewichtung einzelner Probleme .....	27
III. Lehrbuch für Examensvorbereitung und Stationsausbildung .....	27
IV. BGH-Leitentscheidungen als Grundlage einzelner Fälle .....	28

#### B. Tipps für Prüfung und Praxis

I. Relevanz der BGH-Rechtsprechung .....	28
II. Dominanz der Praktiker .....	29
III. Übung und Beherrschung der Prüfungssituation .....	29
IV. Leserlichkeit und Struktur .....	29

## Zweiter Teil

### Die Beteiligten des Zivilprozesses

#### A. Die Partei

##### 1. Kapitel: Die Parteifähigkeit

I. Übersicht .....	31
II. Die Kernprobleme .....	31
1. Gesamthands- und Bruchteilsgemeinschaften .....	31
2. Firma und Kaufmann .....	32
3. „Geburt“ und „Tod“ der juristischen Person .....	33
4. Der nicht rechtsfähige Verein .....	34
III. Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess .....	35
1. Tenor des Prozessurteils .....	35
2. Wegfall der Parteifähigkeit .....	35
3. Parteien kraft Amtes .....	36
4. Wechsel des Firmeninhabers .....	36
5. Parteibezeichnung und Rubrumsberichtigung .....	36

2. Kapitel: Die Parteiänderung (Parteiwechsel/Parteibeitritt)

I. Übersicht .....	39
II. Die Kernprobleme .....	40
1. Gewillkürter Parteiwechsel auf Klägerseite .....	40
2. Gewillkürter Parteiwechsel auf Beklagtenseite .....	42
a) Voraussetzungen des Beklagtenwechsels in 1. Instanz: .....	42
b) Voraussetzungen des Beklagtenwechsels in 2. Instanz .....	43
III. Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess .....	44
1. Bindung der neuen Partei an die Prozesslage .....	44
a) Zustimmung der neuen Partei zum Parteiwechsel .....	45
b) Fälle der Rechtskrafterstreckung .....	45
c) Rechtsmissbrauchsfälle .....	46
d) Konsequenzen .....	46
2. Zwischenentscheidungen über Zulässigkeit des Parteiwechsels .....	46
3. Kosten der ausscheidenden Partei .....	47
4. Schema zum gewillkürten Parteiwechsel .....	48

3. Kapitel: Die Prozessführungsbefugnis der Partei

I. Übersicht .....	48
II. Die gewillkürte Prozessstandschaft .....	50
1. Die Kernprobleme .....	50
a) Ermächtigung durch den Rechtsinhaber .....	50
b) Schutzwürdiges Eigeninteresse .....	51
c) Beispiele aus der BGH-Rechtsprechung: Eigeninteresse bejaht .....	52
d) Eigeninteresse bei Zession? .....	52
e) Beispiele aus der BGH-Rechtsprechung: Eigeninteresse verneint .....	53
2. Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess .....	55
a) Rechtsinhaber als Zeuge im Prozess .....	55
b) Verjährungshemmung durch Prozessstandschaft? .....	55
c) Einrede der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft .....	56
d) Prozesskostenhilfe und Prozessstandschaft .....	56
e) Vollstreckungsstandschaft .....	56
f) Prozessvergleich und Prozessstandschaft .....	57
III. Die gesetzliche Prozessstandschaft nach § 265 .....	57
1. Die Kernprobleme .....	57
a) Sinn und Zweck des § 265 .....	57
b) Anwendungsbereich des § 265 .....	58
c) Rechtskrafterstreckung auf den Rechtsnachfolger .....	59
d) Der Einwand nach § 265 III .....	61
2. Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess .....	62
a) Gesetzliche Prozessstandschaft und Prozesskostenhilfe .....	62
b) Überweisung der Forderung nur zur Einziehung .....	62
c) Klage des Rechtsinhabers trotz gesetzlicher Prozessstandschaft .....	62

4. Kapitel: Die Parteienmehrheit (subjektive Klagehäufung)

I. Übersicht .....	62
II. Die Kernprobleme .....	63
1. Die einfache Streitgenossenschaft .....	63
a) Voraussetzungen .....	63
b) Wirkungen .....	65
aa) Unabhängigkeit der Prozesse .....	65
bb) Kostenentscheidung: die Baumbach'sche Formel .....	69
2. Die notwendige Streitgenossenschaft .....	73
a) Die materiell-rechtlich notwendige Streitgenossenschaft (§ 62 I 2. Alt.)	74
aa) Vertretungsfiktion des § 62 .....	74
bb) Miteigentümer als notwendige Streitgenossen? .....	75
cc) Beispiele für notwendige Streitgenossenschaft aus materiell-	
rechtlichen Gründen .....	76
b) Die prozessrechtlich notwendige Streitgenossenschaft (§ 62 I 1. Alt.)	77
aa) Zwang zur einheitlichen Entscheidung .....	77
bb) Unterschied zur materiell-rechtlich notwendigen	
Streitgenossenschaft .....	79
cc) Versicherer und Versicherungsnehmer als notwendige Streitgenos-	
sen im Haftpflichtprozess? .....	79

B. Das Gericht

1. Kapitel: Die Rechtswegzuständigkeit

I. Übersicht .....	80
II. Die Kernprobleme .....	81
1. Beispielfälle .....	81
a) Der Zivilrechtsweg wurde bejaht: .....	81
b) Der Zivilrechtsweg wurde verneint: .....	81
2. Prüfungsumfang .....	82
3. Verweisung .....	83

2. Kapitel: Die örtliche Zuständigkeit

I. Übersicht .....	84
II. Kernprobleme .....	84
1. Bedeutsame Gerichtsstände .....	84
a) Allgemeiner Gerichtsstand des Wohnsitzes, § 13 .....	84
b) Besondere Gerichtsstände .....	85
aa) Gerichtsstand des vertraglichen Erfüllungsorts, § 29 .....	86
bb) Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, § 32 .....	88
cc) Doppelrelevante Tatsachen bei qualifizierten Gerichtsständen .....	90
dd) Prüfung bei konkurrierenden Anspruchsgrundlagen .....	91
c) Der Gerichtsstand der Widerklage, § 33. ....	91
d) Ausschließliche Gerichtsstände .....	96

aa)	Bedeutung der ausschließlichen Gerichtsstände .....	96
bb)	Normierungen ausschließlicher Zuständigkeiten .....	97
cc)	Der versteckte ausschließliche Gerichtsstand .....	98
dd)	Klagen betreffend Wohnraum .....	99
2.	Derogation und Prorogation .....	100
a)	Gerichtsstandsvereinbarungen .....	100
b)	Gerichtsstandsvereinbarung durch AGB .....	102
III.	Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess .....	102
1.	Die internationale Zuständigkeit .....	102
2.	Bestimmung des zuständigen Gerichts nach § 36 .....	103
3.	Ausnahme vom Grundsatz der perpetuatio fori .....	103
3. Kapitel: Die sachliche Zuständigkeit		
I.	Übersicht .....	104
II.	Die Kernprobleme .....	104
1.	Zuständigkeitsabgrenzung nach Streitwert .....	104
a)	Der Zuständigkeitsstreitwert .....	105
b)	Streitwert in besonderen Konstellationen .....	106
c)	Die Berechnung nach § 4 .....	107
d)	Widerklage und perpetuatio fori .....	108
2.	Die nicht vermögensrechtliche Streitigkeit .....	111
3.	Amtshaftungsklagen .....	112
4.	Verweisung nach § 281 .....	112
III.	Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess .....	115
1.	Tenor bei § 281 .....	115
2.	Kosten der Verweisung .....	116
3.	Das Verfahren nach § 495a .....	117
4.	Arbeitsrechtliche Streitigkeiten/Freiwillige Gerichtsbarkeit .....	117
5.	Einzelrichter und Kammer .....	118
6.	Teilklage .....	119
7.	Rechtskraft eines Prozessurteils .....	121
C. Der Rechtsanwalt		
1. Kapitel: Die Prozessvollmacht		
I.	Übersicht .....	122
II.	Die Kernprobleme .....	123
1.	Der Anwaltszwang .....	123
a)	Bedeutung des Anwaltszwangs .....	123
b)	Ausnahmen vom Anwaltszwang .....	123
c)	Prozesshandlungen vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle ..	124
2.	Umfang und Inhalt der Prozessvollmacht .....	126
a)	Befugnisse des Bevollmächtigten .....	126
b)	Erteilung der Vollmacht .....	127
c)	Interne Weisungen der Partei .....	128

3. Ende der Prozessvollmacht.....	129
4. Die Zustellung nach § 172 .....	130
a) Folgen der Bestellung eines Prozessbevollmächtigten .....	130
b) Begriff der Bestellung i.S.d. § 172.....	130
III. Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess .....	132
1. Vollmachtloser Vertreter .....	132
2. Rechtsmittelrücknahme entgegen interner Weisung.....	132
3. Konkludenter Rechtsmittelverzicht.....	133
4. Streithilfe, Streitverkündung und Interventionswirkung .....	133
5. Prozessvollmacht für eine Anwaltssozietät.....	135
6. Zustellung nach § 174 .....	136

## 2. Kapitel: Anwaltsverschulden und Wiedereinsetzung

I. Überblick.....	137
II. Die Kernprobleme.....	137
1. Verschulden i.S.d. § 233 .....	137
a) Ausnutzen einer Frist.....	137
b) Weitere Einzelheiten zum Verschulden.....	138
2. Hilfspersonal des Rechtsanwalts .....	143
3. Vortrag und Glaubhaftmachung.....	144
a) Wiedereinsetzungsfrist.....	144
b) Anforderungen an die Glaubhaftmachung .....	144
III. Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess .....	145
1. Kostentrennung nach § 238 IV.....	145
2. Entscheidung über die Wiedereinsetzung.....	146
3. Wiedereinsetzung in der Berufungsinanz und Prozesskostenhilfe.....	147

## Dritter Teil

### Der normale Zivilprozess

#### 1. Kapitel: Die Klageschrift

I. Übersicht.....	151
II. Die Kernprobleme.....	152
1. Unterschrift und Zustellungsverzögerung („demnächst“).....	152
2. Antrag und Bestimmtheitsgrundsatz .....	154
3. Der unbezifferte Klageantrag .....	159
a) Mindestvoraussetzungen eines unbezifferten Antrags.....	159
b) Rechtskraft und Nachforderung von Schmerzensgeld .....	161
4. Alternativ-, Kumulativ- und Eventualanträge.....	166
a) Entscheidung bei Haupt- und Hilfsantrag .....	167
b) Entscheidungsumfang in der Rechtsmittelinstanz.....	168
5. PKH-Antrag und Klageschrift.....	169
6. Die Stufenklage nach § 254 .....	169

a)	Stufenklage und Bestimmtheitsgrundsatz .....	169
b)	Rechtshängigkeit, Teilentscheidung und Bindungswirkung .....	171
c)	Entscheidung über den gesamten Anspruch .....	171
d)	Entscheidungsbefugnis des Berufungsgerichts .....	171
e)	Kostenentscheidung bei Teilerfolg auf einer Stufe .....	172
f)	Verfahrensablauf bei einer Stufenklage .....	172
7.	Die Feststellungsklage .....	172
a)	Bestehen eines Rechtsverhältnisses .....	173
b)	Besonderes Feststellungsinteresse .....	174
aa)	Beispiele für das Feststellungsinteresse .....	175
bb)	Feststellungsklage nach rechtskräftigem Leistungsurteil .....	176
cc)	Entscheidung bei fehlendem Feststellungsinteresse .....	177
dd)	Besonderheiten bei der negativen Feststellungsklage .....	177
c)	Übergang von der Feststellungsklage zur Leistungsklage .....	178
d)	Rechtskraft eines klagabweisenden Feststellungsurteils .....	179
8.	Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis .....	180
a)	Einfacherer Weg zum erstrebten Ziel .....	180
b)	Rechtsschutzbedürfnis trotz Vollstreckungstitels .....	181
c)	Widerrufsklage gegen einen Prozesszeugen .....	182
d)	Rechtsschutzbedürfnis bei Unterlassungsansprüchen .....	182
III.	Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess .....	183
1.	Vollständige Anschrift des Klägers in der Klageschrift .....	183
2.	Aufbau einer Klageschrift .....	184
3.	Bezugnahme auf Schriftsätze und Anlagen .....	185
4.	Bindung an den Antrag .....	186
5.	Außergerichtliche Streitbeilegung .....	188
2. Kapitel: Voraussetzungen und Probleme der Zustellung		
I.	Übersicht .....	189
II.	Die Kernprobleme .....	191
1.	Die Zustellung direkt an die Partei .....	191
a)	Ersatzzustellung .....	192
b)	Die Zustellung an Prozessunfähige .....	195
c)	Die Zustellung durch Niederlegung nach § 181 .....	195
2.	Die Zustellung an den Rechtsanwalt .....	197
3.	Heilung von Zustellungsmängeln .....	199
III.	Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess .....	200
1.	Öffentliche Zustellung .....	200
2.	Exkurs: Die Berechnung von Fristen .....	201
a)	Bedeutung prozessualer Fristen und Fristberechnungen .....	201
b)	Die Technik der Fristberechnung .....	202
aa)	Berechnung von Wochen- oder Tagesfristen .....	203
bb)	Berücksichtigung von Sonn- und Feiertagen .....	204
cc)	Berechnung von Monatsfristen .....	205

dd) Der Einfluss der Gerichtsferien auf die Fristberechnung.....	205
c) Übersicht über wichtige Fristen in der ZPO.....	206
3. Kapitel: Die Zurückweisung verspäteten Vorbringens	
I. Übersicht.....	207
II. Kernprobleme.....	207
1. Fristversäumnisse bei § 296.....	207
a) Fristen und Analogien.....	207
b) Wirksame Fristsetzungen.....	208
c) Vorbereitende Schriftsätze.....	209
2. Die Verzögerung des Rechtsstreits.....	209
a) Absoluter Verzögerungsbegriff.....	209
aa) Theorienstreit.....	209
bb) Anwendungsbeispiele für Verzögerungen.....	210
b) Die Prozessförderungspflicht des Gerichts.....	211
aa) Ladung von Zeugen.....	212
bb) Benachrichtigungspflicht des Gerichts.....	213
cc) Zumutbarkeit zusätzlicher Zeugenvernehmungen.....	213
c) Folgen eines Verstoßes gegen § 531 I.....	213
d) Fehlende Kausalität des verspäteten Vortrags für die Verzögerung..	214
3. Ausreichende Entschuldigung der Partei.....	215
4. Einschränkungen nach der Rechtsprechung.....	215
a) Kein Durchlauftermin.....	216
b) Keine Überbeschleunigung.....	216
5. Umgehungsmöglichkeiten für den Säumigen.....	217
a) Die Flucht in die Säumnis.....	217
b) Die Flucht in die Berufung.....	218
c) Die Flucht in die Widerklage.....	219
III. Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess.....	219
1. Aufbau des Urteils bei Präklusion.....	219
2. Schluss der mündlichen Verhandlung.....	220
3. Präklusion von Zuständigkeitsrügen.....	221
4. Kapitel: Die Darlegungs- und Beweislast	
I. Übersicht.....	222
II. Die Kernprobleme bei der Darlegungslast.....	222
1. Die Schlüssigkeit der Klage.....	222
2. Pauschales Bestreiten/Substantiiertes Bestreiten/ Bestreiten mit Nichtwissen.....	227
a) Pauschales und konkretes Bestreiten.....	227
b) Substantiiertes Bestreiten und Darlegungslast.....	228
c) Bestreiten mit Nichtwissen.....	229
3. Die Wahrheitspflicht.....	231
4. Die Bezugnahme auf Schriftsätze und Akten.....	233

5.	Gerichtliches Geständnis nach § 288 .....	233
a)	Abgrenzung zum Nichtbestreiten .....	233
b)	Rechtsbegriffe und Tatsachenbehauptungen .....	236
c)	Widerruf des Geständnisses .....	237
d)	Bindungswirkung durch den Tatbestand .....	237
6.	Gleichwertiges (äquivalentes) Parteivorbringen .....	238
7.	Berücksichtigung günstiger Beweisergebnisse .....	239
8.	Die richterliche Hinweispflicht nach § 139 .....	242
III.	Die Kernprobleme bei der Beweislast .....	244
1.	Die Grundprinzipien der Beweislast .....	244
a)	Gesetzliche Regelungen der Beweislast .....	244
b)	Die Grundregeln der Beweislast .....	245
2.	Beispiele zur Beweislast .....	247
3.	Besonderheiten bei der Beweislast .....	252
a)	Anscheinsbeweis .....	252
b)	Verteilung der Beweislast nach Gefahrenbereichen .....	254
c)	Das Schuldeingeständnis am Unfallort .....	254
4.	Die Beweiswürdigung .....	255
IV.	Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess .....	259
1.	Beweislast bei Prozessvoraussetzungen .....	259
2.	Beweislastverträge .....	259
3.	Beweisvereitelung .....	259
5. Kapitel: Der Verhandlungstermin einschließlich Beweisaufnahme		
I.	Übersicht .....	261
II.	Ablauf des Verhandlungstermins mit besonderen Verfahrenssituationen .....	262
1.	Verhandlungsleitung, gesetzliche Fiktionen und Protokollierung .....	262
a)	Die Leitung der Verhandlung .....	262
b)	Heilung von Verfahrensmängeln nach § 295 .....	263
c)	Das Protokoll über den Verlauf der mündlichen Verhandlung .....	264
2.	Das Anerkenntnis nach § 307 .....	265
a)	Dispositionsmaxime und Schlüssigkeitsprüfung .....	265
b)	Anerkenntnis unter Vorbehalt .....	266
c)	Sofortiges Anerkenntnis nach § 93 .....	268
d)	Beseitigung eines Anerkenntnisses .....	270
3.	Die Klagerücknahme nach § 269 .....	271
a)	Abgrenzung Klagerücknahme/Klageverzicht .....	271
b)	Voraussetzungen und Folgen der Klagerücknahme .....	271
aa)	Einwilligung des Beklagten .....	271
bb)	Entscheidung und Kostenfolge bei Klagerücknahme .....	272
cc)	Wirkungslosigkeit bereits ergangener Entscheidungen .....	272
dd)	Kostenentscheidung bei Teilrücknahme .....	273
ee)	Anlasswegfall vor Rechtshängigkeit .....	274

III. Die Beweisaufnahme .....	275
1. Der Zeugenbeweis .....	275
a) Die Würdigung einer Zeugenaussage .....	275
b) Unzulässige und ungeeignete Vernehmungen .....	278
aa) Heimlich mithörender Zeuge .....	278
bb) Ausforschungsbeweis .....	279
cc) Nichterhebung/Ablehnung von angebotenen Beweisen .....	280
dd) Vernehmung von Indizzeugen .....	281
c) Die amtliche Auskunft .....	282
d) Zeugnisverweigerung .....	282
e) Abgrenzung Zeuge und Partei .....	283
2. Der Augenschein .....	284
3. Der Urkundenbeweis .....	285
a) Die Beweiskraft von Urkunden .....	285
b) Verwertung beigezogener Akten .....	287
4. Der Sachverständigenbeweis .....	288
a) Abgrenzung Zeuge/Sachverständiger .....	288
b) Privatgutachten/mündliche Anhörung .....	289
c) Eigene Sachkunde anstelle eines Sachverständigengutachtens .....	291
d) Die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens .....	292
5. Die Parteivernehmung .....	293
a) Abgrenzung Parteivortrag und Parteivernehmung .....	293
b) Voraussetzungen der Parteivernehmung .....	294
aa) Arten der Parteivernehmung .....	294
bb) Aussagezwang .....	295
cc) Subsidiarität der Parteivernehmung .....	295
c) Die Parteivernehmung von Amts wegen .....	296
IV. Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess .....	297
1. Randbereiche zum Anerkenntnis .....	297
a) Tenor eines Anerkenntnisurteils .....	297
b) Kosten bei einem Anerkenntnis .....	298
c) Rechtsmittel gegen ein Anerkenntnisurteil .....	301
d) Anerkenntnis im schriftlichen Vorverfahren .....	301
2. Beweisanordnungs- und Beweisbeschluss .....	301
a) Abgrenzungskriterien .....	301
b) Beispiel für einen Beweisbeschluss .....	302
3. Offenkundigkeit von Tatsachen .....	304
4. Beweiserhebung über Prozessvoraussetzungen .....	305
5. Eingeschränkte Beweismöglichkeiten im Urkundenprozess .....	306

## 6. Kapitel: Das Urteil

I. Übersicht .....	307
II. Die Kernprobleme .....	307
1. Der Tenor .....	307

a)	Die Entscheidung in der Hauptsache .....	308
aa)	Die groben Fehler .....	308
bb)	Beispiele für einen korrekten Tenor .....	310
b)	Die Kostenentscheidung.....	313
aa)	Grundsätze zur Ermittlung der Kostenquote.....	313
bb)	Sonderfälle bei der Kostenentscheidung .....	318
c)	Die vorläufige Vollstreckbarkeit.....	322
aa)	Sicherheitsleistung nach § 709.....	323
aa)	Sicherheitsleistung nach §§ 708 Nr. 11, 711 .....	325
cc)	Keine Schutzanordnung wegen § 713.....	328
dd)	Die Anfechtbarkeit von Ermessensentscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit .....	328
2.	Aufbau und Darstellung des Urteils .....	328
a)	Der Tatbestand (§ 313 I Nr. 5, II).....	328
aa)	Funktion und Bedeutung des Tatbestands.....	329
bb)	Die sprachliche Fassung des Tatbestands .....	331
cc)	Kriterien für einen guten Tatbestand:.....	332
dd)	Der Aufbau des Tatbestands .....	332
b)	Die Entscheidungsgründe .....	339
aa)	Der Aufbau der Entscheidungsgründe .....	339
bb)	Der Urteilsstil .....	340
cc)	10 schwere Fehler bei der Abfassung der Entscheidungsgründe....	341
7. Kapitel: Die Säumnis der Parteien		
I.	Übersicht .....	345
II.	Die Kernprobleme .....	345
1.	Voraussetzungen eines Versäumnisurteils gegen den Beklagten .....	345
a)	Ordnungsgemäße Terminbestimmung .....	345
b)	Ordnungsgemäße Ladung .....	346
c)	Nichterscheinen oder Nichtverhandeln .....	346
d)	Unentschuldigtes Fernbleiben, § 337 .....	347
e)	Keine Hinderungsgründe nach § 335 .....	348
f)	Zulässigkeit der Klage .....	349
g)	Begründetheit der Klage .....	349
h)	Antrag des Klägers .....	351
2.	Das Versäumnisurteil gegen den Kläger.....	351
a)	Keine Schlüssigkeitsprüfung.....	351
b)	Fehlende Zulässigkeit der Klage .....	351
3.	Der Einspruch gegen ein erstes Versäumnisurteil .....	352
a)	Prüfungsaufbau .....	352
aa)	Statthaftigkeit des Einspruchs .....	353
bb)	Form des Einspruchs .....	353
cc)	Einspruchsfrist .....	354
dd)	Begründung des Einspruchs .....	354
b)	Entscheidung bei unzulässigem Einspruch.....	355

c)	Entscheidung bei zulässigem Einspruch .....	355
aa)	Die Kostenentscheidung nach § 344 .....	355
bb)	Die Hauptsacheentscheidung .....	357
cc)	Unzulässiges Versäumnisurteil und unbegründeter Einspruch .....	358
4.	Das Zweite Versäumnisurteil nach § 345 .....	360
a)	Doppelte Säumnis .....	360
b)	Keine Schlüssigkeitsprüfung bei vorangegangenen erstem Versäumnisurteil .....	361
c)	Tenor eines Zweiten Versäumnisurteils .....	362
d)	Berufung gegen ein Zweites Versäumnisurteil, § 514 II 1 .....	362
5.	Exkurs: Sittenwidrige Ausnutzung des Vollstreckungstitels .....	364
III.	Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess .....	365
1.	Teilabweisung der Klage durch unechtes Versäumnisurteil nach § 331 III .....	365
2.	Versäumnisurteil im Urkunden-, Wechsel- oder Scheckprozess .....	366

#### Vierter Teil

#### Besondere Arten der Prozessbeendigung

#### 1. Kapitel: Übereinstimmende Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache

I.	Übersicht .....	367
II.	Die Kernprobleme .....	367
1.	Voraussetzungen der übereinstimmenden Erledigung .....	367
2.	Gerichtliche Prüfung bei übereinstimmender Erledigungserklärung .....	368
a)	Zeitpunkt der Erledigung .....	368
b)	Erledigung zwischen den Instanzen .....	369
c)	Umfang der richterlichen Prüfung bei § 91a .....	370
d)	Kriterien für die Kostenentscheidung nach § 91a .....	371
aa)	Bisheriger Sach- und Streitstand .....	371
bb)	Anwendung des Grundgedankens des § 93 .....	372
cc)	Beachtung von Regeln der Kostentrennung .....	372
dd)	Zulässigkeit der Klage .....	372
ee)	Wechselseitiges Nachgeben beim Vergleich .....	373
ff)	Entscheidung in Zweifelsfällen .....	373
3.	Tenor und Aufbau des Beschlusses nach § 91a .....	373
4.	§ 91a und Prozessvergleich .....	374
5.	Teilerledigung nach § 91a und streitiges Urteil .....	375
6.	Die Anfechtung von gemischten Kostenentscheidungen .....	376
7.	Der Streitwert bei übereinstimmender Erledigungserklärung .....	377
III.	Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess .....	378
1.	Neue Klage nach übereinstimmender Erledigung .....	378
2.	§ 91a und Widerklage .....	378
3.	§ 91a und § 717 .....	379

4. Übereinstimmende Erledigung bei einer Stufenklage.....	380
5. Übereinstimmende Erledigung des Rechtsmittels.....	380
6. Sofortige Beschwerde gegen Kostenentscheidung nach § 91a .....	381
a) Der Beschwerdewert bei übereinstimmender Erledigung .....	381
b) Keine Divergenz des Instanzenzugs .....	382

2. Kapitel: Die einseitige Erledigung des Rechtsstreits  
in der Hauptsache

I. Übersicht .....	382
II. Die Kernprobleme .....	383
1. Die von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen der einseitigen Erledigung.....	383
a) Rechtliche Einordnung der einseitigen Erledigung.....	383
b) Die Voraussetzungen der einseitigen Erledigung.....	383
aa) Erledigung nach Rechtshängigkeit.....	384
bb) Erledigendes Ereignis.....	384
cc) Zulässigkeit und Begründetheit der Klage.....	385
2. Der Tenor bei einseitiger Erledigung.....	386
3. Einseitige Erledigung bei Säumnis des Beklagten .....	387
4. Einseitige Erledigungserklärung des Beklagten .....	388
5. Hilfsweise Erledigungserklärung neben ursprünglichem Sachantrag ....	388
6. Erledigung zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit .....	388
III. Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess .....	389
1. Auslegung in Zweifelsfällen .....	389
2. Streitwert bei einseitiger Erledigung.....	390

3. Kapitel: Der Prozessvergleich

I. Übersicht .....	390
II. Die Kernprobleme .....	391
1. Rechtsnatur des Prozessvergleichs .....	391
2. Vergleich und Widerrufsvorbehalt.....	392
3. Wirkungen des Prozessvergleichs .....	394
4. Unwirksamkeit des Prozessvergleichs .....	395
a) Ursprüngliche Unwirksamkeit .....	395
b) Nachträgliche Unwirksamkeit .....	396
5. Ratenzahlungsvereinbarung mit Verfallklausel und Vollstreckungsklausel.....	396
III. Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess .....	397
1. Der außergerichtliche Vergleich.....	397
2. Beteiligung Dritter am Prozessvergleich.....	397
3. Vergleichsmehrwert.....	398

Fünfter Teil  
Sonstige Verfahren

1. Kapitel: Vorläufiger Rechtsschutz

I. Übersicht.....	399
II. Die Kernprobleme.....	399
1. Voraussetzungen zum Erlass einer Eilentscheidung.....	399
a) Arrest.....	400
b) Einstweilige Verfügung.....	401
2. Besonderheiten des Verfahrens.....	404
a) Zuständiges Gericht.....	404
b) Verfahrensgang.....	405
c) Entscheidung.....	406
3. Vollziehung von Arrest und einstweiliger Verfügung.....	407
4. Rechtsbehelfe.....	409
a) Widerspruch nach § 924.....	409
b) Anordnung der Klageerhebung nach § 926.....	410
c) Aufhebung wegen veränderter Umstände nach § 927.....	410
5. Schadensersatzanspruch nach § 945.....	411

2. Kapitel: Das Berufungsverfahren

I. Übersicht.....	412
II. Die Kernprobleme.....	414
1. Statthaftigkeit der Berufung.....	414
2. Form der Berufungsschrift.....	417
3. Form der Berufungsbegründung.....	419
4. Beschwer des Berufungsführers.....	423
5. Der Prüfungsumfang in der Berufungsinstanz.....	425
6. Verbot der reformatio in peius.....	428
7. Anschlussberufung.....	429
8. Urteile in der Berufungsinstanz.....	429
9. Berufungszurückweisung durch Beschluss nach § 522 II.....	430
10. Sonstige Probleme bei der Berufung.....	430

Sechster Teil  
Die Zwangsvollstreckung

1. Kapitel: Voraussetzungen und Arten der Zwangsvollstreckung

I. Übersicht.....	431
II. Die Kernprobleme.....	431
1. Vollstreckungsorgane/Vollstreckungsarten.....	431
2. Die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung.....	434
3. Prioritätsprinzip.....	435

4. Besondere Vollstreckungsverfahren.....	436
a) Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss .....	436
b) Die Erwirkung von Handlungen.....	441
c) Die Räumungsvollstreckung .....	443
d) Die eidesstattliche Versicherung .....	446
III. Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess .....	448
1. Prozesskostenhilfe in der Zwangsvollstreckung.....	448
2. Vollstreckungskosten .....	448
2. Kapitel: Schuldnerschutz in der Vollstreckung	
I. Übersicht .....	448
II. Die Kernprobleme .....	449
1. Der Erfüllungseinwand.....	449
2. Schutzbestimmungen zu Gunsten des Schuldners .....	451
3. Vollstreckungsverträge .....	453
3. Kapitel: Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung	
I. Übersicht .....	454
II. Die Kernprobleme .....	455
1. Die Vollstreckungserinnerung.....	455
2. Die sofortige Beschwerde nach § 793 .....	459
4. Kapitel: Die bedeutenden Klagen in der Zwangsvollstreckung	
I. Übersicht .....	460
II. Die Kernprobleme .....	460
1. Vollstreckungsgegenklage nach § 767.....	460
a) Anwendungsbereich der Vollstreckungsgegenklage .....	460
b) Begründetheit der Vollstreckungsgegenklage .....	462
c) Entscheidung über die Vollstreckungsgegenklage .....	464
2. Die Drittwiderspruchsklage.....	464
a) Anwendungsbereich der Drittwiderspruchsklage .....	464
b) Begründetheit der Drittwiderspruchsklage .....	466
c) Entscheidung über die Vollstreckungsgegenklage .....	468
5. Kapitel: Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen	
I. Übersicht .....	468
II. Die Kernprobleme .....	468
1. Anordnung der Zwangsversteigerung.....	468
2. Versteigerung und Zuschlag .....	469
Stichwortverzeichnis.....	473

## Literaturverzeichnis und Übersicht über Schrifttum zur ZPO

Adler u. a.	Anwaltsrecht II, 4. Auflage 2008 (zitiert: Anwaltsrecht II)
Anders/Gehle	Antrag und Entscheidung im Zivilprozess, 3. Auflage 2000
Anders/Gehle	Das Assessorexamen im Zivilrecht, 9. Auflage 2008
Anders/Gehle	Handbuch für das Zivilurteil, 2. Auflage 1995
Arens/Lüke	Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung, 9. Auflage 2006
Assmann	Fälle zum Zivilprozessrecht, 2009
Axmman u. a.	Anwaltsrecht I, 4. Auflage 2008 (zitiert: Anwaltsrecht I)
Balzer	Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Zivilprozess, 2. Auflage 2005
Balzer	Das Urteil im Zivilprozess, 2. Auflage 2007
Balzer	Examensklausuren Zivilrecht, Bd. 1, 5. Auflage 1996; Bd. 2, 4. Auflage 1999
Balzer/Forsen	Gutachten und Urteil im Zivilprozeß, 8. Auflage 1997
Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann	ZPO, 67. Auflage 2009
Baumfalk	Die zivilrechtliche Anwaltsklausur im Assessor-examen, A/S-Skript, 5. Auflage 2007
Baumgärtel	Handbuch der Beweislast, 3. Auflage, 9 Bände ab 2007
Becht	Einführung in die Praxis des Zivilprozesses, 2. Auflage 2002
Bender/Nack/Treuer	Tatsachenfeststellung vor Gericht, 3. Auflage 2007
Bischof	Die zivilrechtliche Anwaltsklausur, 2001
Böhme/Fleck/Kroiß	Formularsammlung für Rechtspflege und Verwaltung, 19. Auflage 2008
Breucker	Anwaltsstrategien im Zivilprozess, 2006
Brox/Walker	Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Auflage 2008
BuddeHermann/ Schöneberg	Der Kurzvortrag im Assessorexamen – Zivilrecht, 6. Auflage 2009
Däubler	Verhandeln und Gestalten, 2003
Diercks-Harms/ Lemke-Küch	Das Assessorexamen: Die Rechtsanwaltsstation, 2. Auflage 2005

Dörndorfer	Der Streitwert für Anfänger, 5. Auflage 2009
Doukoff	Die zivilrechtliche Berufung, 3. Auflage 2005
Dresenkamp	Zivilakte – Von der Klageschrift bis zum Urteil, 2. Auflage 2002
Ebert	Das neue Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), 2. Auflage 2004
Ebert/Gregor/Günter	Die Anwaltsklausur in der Zweiten juristischen Staatsprüfung, 2003
Enders	RVG für Anfänger, 14. Auflage 2008
Felser	Das erfolgreiche Rechtsreferendariat, 3. Auflage 2006
Förschler	Der Zivilprozess, 6. Auflage 2004
Gehrlein	Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2003
Geimer	Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage 2009
Geimer/Schütze	Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Auflage 2009
Gottwald	Das Zivilurteil, 3. Auflage 2009
Gottwald	Zwangsvollstreckung, 5. Auflage 2005
Gottwald/Treuer	Verhandeln und Vergleichen im Zivilprozess, 2. Auflage 2005
Grunsky	Zivilprozessrecht, 13. Auflage 2008
Hagendorn/Bansemmer/ Sander	Die Anwaltsklausur im Zivilrecht, 2. Auflage 2009 (zitiert: Hagendorn/Bansemmer/Sander)
Haft	Verhandlung und Mediation, 2. Auflage 2000
Hartmann	Kostengesetze, 39. Auflage 2009
Heinen/Knemeyer	Zivilrechtliche Assessor Klausuren, 3. Auflage 2003
von Heintschel-Heinegg	Das Verfahren in Familiensachen, 9. Auflage 2009
von Heintschel- Heinegg/Gerhardt	Materielles Scheidungsrecht, 9. Auflage 2009
von Heintschel- Heinegg/Gerhardt/Seiler	Assessor Klausuren zum Familien- und Erbrecht, 6. Auflage 2008
Heussen/Damm	Zwangsvollstreckung für Anfänger, 9. Auflage 2008
Hock/Mayer/Hilbert/ Deimann	Immobilienvollstreckung, 4. Auflage 2008
Huber	Das Zivilurteil, 2. Auflage 2003
Jauernig/Lent	Zivilprozessrecht, 29. Auflage 2007
Jauernig/Berger/Lent	Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 22. Auflage 2007
Kalthoener/Büttner/ Wrobel-Sachs	Prozess- und Verfahrenskostenhilfe, Beratungshilfe, 5. Auflage 2010
Kammerlohr/Kroiß	Anwaltliche Tätigkeit im Zivilprozess, 2006
Keidel	FamFG, 16. Auflage 2009

Knöringer	Die Assessor Klausur im Zivilprozess, 12. Auflage 2008
Knöringer	Freiwillige Gerichtsbarkeit, 5. Auflage 2009
Kropholler	Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Auflage 2005
Lackmann	Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Auflage 2007 (zitiert: Lackmann)
Lippross	Vollstreckungsrecht, 9. Auflage 2003
Löhnig	Fristen und Termine im Zivilrecht, 2. Auflage 2007
Lüke	Zivilprozessrecht, 5. Auflage 2009
Lüke/Hau	Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Auflage 2008
Mes (Hrsg.)	Beck'sches Prozessformularbuch, 11. Auflage 2010
Michel/von der Seipen	Der Schriftsatz des Anwalts im Zivilprozess, 6. Auflage 2004
Möbius/Kroiß	Zwangsvollstreckung, 5. Auflage 2007
Müller-Christmann	Der Kurzvortrag in der Assessorprüfung, 3. Auflage 2000
Münchener Kommentar	ZPO, 3. Auflage, ab 2007 (zitiert: MünchKomm-ZPO-Bearbeiter)
Mürbe/Geiger/Haidl	Die Anwaltsklausur in der Assessorprüfung, 5. Auflage 2004
Musielak	Grundkurs ZPO, 9. Auflage 2007
Musielak	ZPO, 6. Auflage 2008 (zitiert: Ms-Bearbeiter)
Musielak/Borth	Familiengerichtliches Verfahren, 2009
Oberheim	Zivilprozessrecht für Referendare, 8. Auflage 2009
Pagenkopf/Pagenkopf/ Rosenthal	Der Aktenvortrag im Assessorexamen, 3. Auflage 2006
Palandt	BGB, 68. Auflage 2009 (zitiert: Pal-Bearbeiter)
Pantle/Kreissl	Die Praxis des Zivilprozesses, 4. Auflage 2007
Pape/Pape/Radtke	Ausgewählte Assessor Klausuren im Zivilrecht, 2. Auflage 2000
Paulus	Zivilprozessrecht, 3. Auflage 2004
Prütting	Einführung in das Zivilprozessrecht, 9. Auflage 2008
Prütting/Stickelbrock	Zwangsvollstreckungsrecht, 2003
Pukall	Der Zivilprozess in der Praxis, 6. Auflage 2006 (zitiert: Pukall)
Raiser/Schmidt/Bultmann	Anwaltsklausuren, 2003
Rinsche	Prozeßtaktik, 4. Auflage 1999
Römer/Langheid	VVG, 2. Auflage 2003 (zitiert: Römer/Langheid)
Römermann/Hartung	Anwaltliches Berufsrecht, 2. Auflage 2008

Römermann/Hartung (Hrsg.)	Die Anwaltsstation nach neuem Recht, 2003
Rosenberg/Schwab/ Gottwald	Zivilprozessrecht, 16. Auflage 2004
Rosenberg/Gaul/ Schilken	Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage 1997
Roth/Deubner	Die FGG-Klausur, 2. Auflage 2000
Rothenbacher/ Dörndorfer	Anwaltsstrategien in der Zwangsvollstreckung, 2007
Saenger	ZPO, 2. Auflage 2007
Sattelmacher/Sirp/ Schuschke	Bericht, Gutachten und Urteil, 34. Auflage 2008
Schellhammer	Die Arbeitsmethode des Zivilrichters, 16. Auflage 2009
Schellhammer	Erbrecht nach Anspruchsgrundlage, 2. Auflage 2006
Schellhammer	Familienrecht nach Anspruchsgrundlagen, 4. Auflage 2006
Schellhammer	Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen, 3. Auflage 2009
Schellhammer	Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 7. Auflage 2008
Schellhammer	Zivilprozess, 12. Auflage 2007
Schilken	Gerichtsverfassungsrecht, 4. Auflage 2007
Schilken	Zivilprozessrecht, 5. Auflage 2006
Schmittat	Einführung in die Vertragsgestaltung, 3. Auflage 2009
Schmitz	Zivilrechtliche Musterklausuren für die Assessor- prüfung, 5. Auflage 2006
Schmitz/Frisch/ Neumaier	Die Station in Zivilsachen, 7. Auflage 2007
Schneider	Die Klage im Zivilprozess, 3. Auflage 2007
Schneider/Herget	Streitwert-Kommentar für den Zivilprozess, 12. Auflage 2007
Schneider/ van den Hövel	Die Tenorierung im Zivilurteil, 4. Auflage 2007
Schneider/ van den Hövel	Richterliche Arbeitstechnik, 4. Auflage 2007
Schumann	Die ZPO-Klausur, 3. Auflage 2006
Schumann/Kramer	Die Berufung in Zivilsachen, 7. Auflage 2007 (zitiert: Schumann/Kramer)
Stein/Jonas	ZPO, 22. Auflage, ab 2002
Steinert/Theede	Zivilprozess, 8. Auflage 2004 (zitiert: Steinert/Theede)

---

Steinert/Theede	Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, 9. Auflage 2010
Schuschke/Walker	Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Auflage 2008
Seidl/Kaboth	Familienrecht – einschließlich Verfahrensrecht in Familiensachen, 7. Auflage 2009
Stöber/Zeller	Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, 8. Auflage 2007
Tempel/Graßnack/ Kosziol/Seyderhelm	Materielles Recht im Zivilprozess, 5. Auflage 2009
Tempel/Theimer/ Theimer	Mustertexte zum Zivilprozess, Band II: Besondere Verfahren erster und zweiter Instanz, Relations- technik, 6. Auflage 2007
Theimer/Theimer	Mustertexte zum Zivilprozess, Band I: Erkenntnis- verfahren erster Instanz, 7. Auflage 2008
Thomas/Putzo	ZPO, 30. Auflage 2009 (zitiert: Th/P)
Vehslage/Bergmann/ Kähler/Zabel	Referendariat und Berufseinstieg, 2. Auflage 2007
Vorwerk (Hrsg.)	Das Prozessformularbuch, 8. Auflage 2005
Wieczorek/Schütze	ZPO, 3. Auflage, ab 1994
Wimmer	Klausurtipps für das Assessorexamen, 4. Auflage 2009
Zeiss/Schreiber	Zivilprozessrecht, 11. Auflage 2009
Zimmermann	Das neue FamFG, 2009
Zimmermann	Klage, Gutachten und Urteil, 19. Auflage 2007
Zimmermann	Praktikum der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 6. Auflage 2004
Zimmermann	ZPO, 8. Auflage 2008 (zitiert: Zm)
Zimmermann	ZPO-Fallrepetitorium, 7. Auflage 2008
Zöllner	ZPO, 27. Auflage 2009 (zitiert: Zö-Bearbeiter)



# Erster Teil

## Ratschläge für Prüfung und Praxis

### A. Hinweise zum Lehrbuch

#### I. Benutzte Kommentare

Angesichts der den Referendar überfordernden Vielzahl von Veröffentlichungen auf dem Gebiet des Prozessrechts verweisen weiterführende Zitate v. a. auf zwei Standardwerke zur ZPO, nämlich den „**Zöller**“ (zitiert: Zö-Bearbeiter) und den „**Thomas-Putzo**“ (Th/P), die vom auszubildenden Richter und Rechtsanwalt hauptsächlich benutzt werden dürften und daher dem Referendar in der täglichen Praxis immer wieder begegnen werden. Viele Referendare werden ihre Examensvorbereitung auch mit diesen Werken absolvieren, soweit diese zur Prüfung zugelassen sind. Dies soll die Kompatibilität dieses Lehrbuchs mit den sonstigen Arbeitsmitteln erhöhen. Daneben finden sich Hinweise auf den „**Zimmermann**“ (Zm) und den „**Musielak**“ (Ms-Bearbeiter). Weiterführende Literatur- und Rechtsprechungsnachweise können diesen Werken entnommen werden. 1

#### II. Gewichtung einzelner Probleme

Um der bei Referendaren oftmals anzutreffenden Unsicherheit zu begegnen, was nun tatsächlich zum Kernbereich des prozessualen Wissens gehört, erfolgt eine Unterteilung in Kernprobleme und Nebenprobleme. Zusätzliche Hinweise sollen dazu dienen, besonders examensrelevante Probleme deutlich hervorzuheben und taktische Ratschläge für Prüfungssituationen zu vermitteln. 2

#### III. Lehrbuch für Examensvorbereitung und Stationsausbildung

Dieses Lehrbuch soll in erster Linie der Examensvorbereitung und der Bewältigung der in der Station auftretenden Probleme dienen. Es ist aber aus sich heraus verständlich und daher auch als Einstiegsliteratur in die Probleme der ZPO ohne Weiteres verwendbar. Um eine möglichst kompakte und vollständige Examensvorbereitung zu ermöglichen, sind besonders examensrelevante Probleme der Zwangsvollstreckung und des Rechtsmittelrechts berücksichtigt worden. 3

## IV. BGH-Leitentscheidungen als Grundlage einzelner Fälle

- 4 Die zur Verdeutlichung eingebauten Fälle wurden weitgehend den Sachverhalten von Leitentscheidungen des BGH nachgebildet, damit dem Referendar die Lektüre dieser Entscheidungen erspart bleibt und er dadurch sogleich eine Sammlung besonders wichtiger höchstrichterlicher Entscheidungen erhält.

## B. Tipps für Prüfung und Praxis

### I. Relevanz der BGH-Rechtsprechung

- 5 Neben den bei den einzelnen Problemen aufgeführten Ratschlägen kann hier vorab auf die Relevanz der ober- und höchstrichterlichen Entscheidungen und die Nebensächlichkeit akademischer Streitfragen und Theorienstreite hingewiesen werden. Soweit vertretbar wurde deshalb auf solcherlei Theorien verzichtet und stattdessen auf die in der Praxis fast ausnahmslos relevante Auffassung des BGH verwiesen, getreu dem Grundsatz: „roma locuta, causa finita“ („Rom hat gesprochen, der Fall ist beendet“). Hierbei beschränken sich die Hinweise oftmals auf neuere Entscheidungen, diesen können Verweise auf die ältere Rechtsprechung entnommen werden.

Soweit neuere Urteile des BGH zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Buchs noch nicht in den für den Referendar gewöhnlich zugänglichen Zeitschriften veröffentlicht worden sind, wird auf sie unter Angabe des Aktenzeichens und des Entscheidungsdatums verwiesen. Sie können über die Homepage des BGH abgerufen werden.

- 6 Dies bedeutet aber nicht, dass in Examensarbeiten eine Lösung, die nicht der Rechtsprechung des BGH entspräche, als falsch zu verwerfen wäre. Es gilt der von der Rechtsprechung des BVerfG (NJW 1991, 2005) entwickelte Grundsatz: Zutreffende Antworten und brauchbare Lösungen dürfen nicht als falsch bewertet werden und zum Nichtbestehen führen. Soweit die Richtigkeit oder Angemessenheit von Lösungen wegen der Eigenart der Prüfungsfrage nicht eindeutig bestimmbar sind, die Beurteilung vielmehr unterschiedlichen Ansichten Raum lässt, gebührt zwar dem Prüfer ein **Beurteilungsspielraum**, andererseits muss aber auch dem Prüfling ein angemessener Antwortspielraum zugestanden werden. Eine vertretbare und

mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung darf nicht als falsch gewertet werden.

Vom Bewertungsspielraum werden z. B. umfasst: die Entscheidungen darüber, welche Kenntnisse verlangt werden und als wie schwer wiegend ein Fehler zu bewerten ist, die Beurteilung, ob und in welchem Maße der Prüfling seine Antworten und Begründungen sorgfältig aufbereitet und überzeugend dargelegt hat, die Bewertung der Art der Darstellung, die Bildung des Vergleichsrahmens und insbesondere die Benotungsfrage, die somit auch durch die persönlichen Erfahrungen und Vorstellungen der Prüfer beeinflusst werden darf.

## II. Dominanz der Praktiker

Die Prüfer in der Zweiten juristischen Staatsprüfung sind fast ausnahmslos Praktiker, die erwarten, dass der Kandidat die Technik der Urteilsabfassung und der Erstellung einer Klageschrift beherrscht sowie die Bedeutung prozessualer Probleme erkennt. Ein falsch formulierter Tenor, der sich in der Zwangsvollstreckung als nicht vollstreckbar erweist, kann das Examensergebnis nicht unerheblich negativ beeinflussen. Wert sollte auch auf die Nebenentscheidungen zu den Kosten und der vorläufigen Vollstreckbarkeit gelegt werden. 7

## III. Übung und Beherrschung der Prüfungssituation

Nur durch Übungsklausuren kann die für das Examen notwendige Routine – und damit auch Sicherheit und Gelassenheit – gewonnen werden. Sie mitzuschreiben, sollte für den Einzelnen oberstes Gebot sein. Wer erstmals im Examen versucht, die Prüfungszeit für das Lösen der Klausur einzuteilen, setzt sich dadurch völlig überflüssigem Prüfungsstress aus. 8

## IV. Leserlichkeit und Struktur

Auch Prüfer sind nur Menschen, die nicht gerade überglücklich sind, wenn sie für eine Klausur wegen der schlechten Leserlichkeit der Schrift die doppelte Zeit aufbringen müssen. Wer auf bessere Leserlichkeit seiner Schrift achtet, erleichtert dem Prüfer die Korrektur der Arbeit und ermöglicht auch, dass seine Gedanken vom Prüfer vollständig und mühelos zur Kenntnis genommen werden können. 9

Neben der Leserlichkeit sollte der Kandidat auch auf eine klare Gliederung und Struktur der Bearbeitung Wert legen. Ein Fließtext, der sich über mehrere Seiten fortsetzt, ist i. d. R. schwerer zu erfassen als ein in Absätze gegliederter Text. Absätze sollten aber nur dort gesetzt werden, wo ein Gedanke abgeschlossen wird. Hilfreich können auch Gliederungsziffern o. Ä. sein. Allerdings gilt auch hier: nicht übertreiben.

# Zweiter Teil

## Die Beteiligten des Zivilprozesses

### A. Die Partei

#### 1. Kapitel: Die Parteifähigkeit

##### I. Übersicht

Die Fähigkeit, im Zivilprozess Partei (Kläger, Beklagter, Antragsteller etc.) **10** sein zu können, wird als **Parteifähigkeit** bezeichnet. Diese ist eine **von Amts wegen** in jeder Lage des Verfahrens zu beachtende Prozessvoraussetzung. Geregelt ist sie in § 50. Fehlt die Parteifähigkeit, ist die Klage unzulässig und durch **Prozessurteil** abzuweisen (zur Rechtskraft eines Prozessurteils: Rn. 186, 298). Wird die Parteifähigkeit des Klägers oder des Beklagten im Prozess angezweifelt, ist für diesen Streit die Parteifähigkeit zu unterstellen (BGH, NJW-RR 1988, 477; Zm § 50 Rn. 5). Die Anfechtung eines Prozessurteils könnte sonst daran scheitern, dass die für den Angriff erforderliche Parteifähigkeit als Prozesshandlungsvoraussetzung verneint würde (vgl. Th/P Vorb. § 511, Rn. 36; zu den Prozesshandlungsvoraussetzungen: Zm § 50 Rn. 1).

##### II. Die Kernprobleme

###### 1. Gesamthands- und Bruchteilsgemeinschaften

Groß und Maul haben gemeinsam eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Unternehmensberatung gegründet. Im Rechtsverkehr tritt diese als G. + M. Unternehmensberatung GbR auf. In einer von ihr eingereichten Klage wird die Klägerin als G. + M. Unternehmensberatung GbR, vertreten durch den Geschäftsführer Groß, bezeichnet. Zulässig?

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (**GbR**) nach § 705 BGB war nach **11** früherer Auffassung nicht rechtsfähig und damit auch nicht parteifähig (BGHZ 80, 222; a. A. BGHZ 116, 86). Im Aktiv- wie im Passivprozess mussten deshalb die Rechtsinhaber, also die Gesellschafter, klagen bzw. verklagt werden. BGH, NJW 2001, 1056, hat diese Rechtsprechung aufgegeben (vgl. auch schon BGHZ 116, 86). Nunmehr ist die **(Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts**, die durch Teilnahme am Rechtsverkehr ei-

gene Rechte und Pflichten begründet, **aktiv- wie auch passiv parteifähig** (vgl. auch BGH, NJW 2008, 1378; 2002, 1207). Die Umstellung einer Klage aller Gesellschafter auf die GbR stellt keinen Parteiwechsel dar; sie ist eine bloße Rubrumsberichtigung – selbst dann, wenn sich die klagende Partei selbst fehlerhaft bezeichnet hat (BGH, NJW-RR 2006, 42; NJW 2003, 1043; vgl. hierzu sogleich Rn. 26). In der **Zwangsvollstreckung** ist § 736 zu beachten. Dort genügt es, wenn die Gesellschafter nicht gleichzeitig, sondern nacheinander verklagt werden (Th/P § 736 Rn. 2).

Die Klage der Gesellschaft im **Beispiel** ist deshalb zulässig.

- 12 Möglich ist auch – bei deutlicher Klarstellung in der Klageschrift und bei Vorliegen des zumindest konkludenten Einverständnisses der übrigen Gesellschafter – eine gewillkürte **Prozessstandschaft** eines Gesellschafters für die übrigen Gesellschafter (BGH, NJW-RR 2002, 1377; NJW 1996, 2859; 1988, 1585. Zur **gewillkürten Prozessstandschaft** sogleich bei Rn. 67 ff.).
- 13 Bei der Bruchteilsgemeinschaft (§ 751 BGB; z. B. Miteigentümer) sind die Gesellschafter und nicht die Gesellschaft Partei des Prozesses. Auch die **Erben-gemeinschaft** ist nicht parteifähig (BGH, NJW 2006, 3715). Anders hingegen bei **OHG** und **KG**: Sie sind nach § 124 I HGB und §§ 161 II, 124 I HGB parteifähig. Dies gilt nunmehr auch für die **WEG**: Nach § 10 VI 5 WEG kann diese vor Gericht klagen und verklagt werden (vgl. auch die vorangegangene Rechtsprechung zur alten Rechtslage: BGH, NJW 2005, 2061). Zudem kann die WEG im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft zur Durchsetzung von Ansprüchen einzelner oder sämtlicher Wohnungseigentümer ermächtigt werden (BGH, NJW 2007, 1987; 2007, 1952; Th/P § 50 Rn. 4).

## 2. Firma und Kaufmann

- 14 § 17 II HGB schafft keine neue Partei, sondern gibt dem Kaufmann (§ 1 HGB) als natürlicher Person nur das **Recht**, unter einer bestimmten Bezeichnung, nämlich seiner Firma (§ 17 I HGB; vgl. auch § 19 HGB), **zu klagen** oder **verklagt zu werden**. Erhebt ein Gläubiger dennoch aufgrund des gleichen Sachverhalts zwei Klagen (eine gegen den Inhaber der Firma, die andere gegen die Einzelhandelsfirma), so wird jeweils dieselbe natürliche Person (der Inhaber der Firma) in Anspruch genommen. Die zweite Klage ist wegen **anderweitiger Rechtshängigkeit** nach § 261 III Nr. 1 unzulässig. Ist der als Inhaber bezeichnete Kaufmann in Wirklichkeit gar nicht der richtige Inhaber, so bleibt er dennoch Partei des Prozesses (RGZ 157, 369; BGH, NJW 1999, 1871; vgl. auch BGH, NJW 1990, 908).

Nach § 19 I Nr. 1 HGB muss der Firma der Zusatz „e. K.“ (oder ähnlich) zugefügt werden (Zö-Greger § 253 Rn. 8a; vgl. zur Ermittlung der Partei bei unzutreffender Inhaberbezeichnung: Ms-Foerste § 253 Rn. 17).

### 3. „Geburt“ und „Tod“ der juristischen Person

Bayer und Lever wollen eine GmbH gründen. Zu diesem Zweck schließen sie schriftlich einen Gesellschaftsvertrag (1), der wenige Tage später gemäß § 2 I 1 GmbHG notariell beurkundet wird (2). Im Namen der Gesellschaft schließen sie noch vor der Eintragung der Gesellschaft (3) in das Handelsregister Verträge. Kann diese „GmbH“ aufgrund dieser Verträge klagen; kann sie verklagt werden?

Die juristische Person (**GmbH, AG u. a.**) bildet sich in **3 Phasen**: Mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags und der Aufnahme der Geschäfte entsteht entweder eine BGB-Gesellschaft oder eine OHG, ggf. **auch schon vor Aufnahme der Geschäfte** (sog. Vorgründungs- oder Gründungsgesellschaft; vgl. Ms-Weth § 50 Rn. 17). Die notarielle Beurkundung lässt die „Vor-Gesellschaft“ (z. B. „Vor-GmbH“) entstehen. Diese wird als notwendige Vorstufe zu der mit der Eintragung entstehenden juristischen Person als ein bereits eigenständiges, von ihren Gründern und Gesellschaftern verschiedenes körperschaftlich strukturiertes „Rechtsgebilde“ mit eigenen Rechten und Pflichten begriffen (BGHZ 117, 323). Sie ist aktiv und passiv parteifähig (BGH, NJW 1998, 1079; Zö-Vollkommer § 50 Rn. 19).

15

Bruno Bank betreibt als Geschäftsführer die Rott-GmbH. Ein Gläubiger der GmbH stellt Insolvenzantrag (§ 13 InsO). Nach Auffassung des Insolvenzrichters beim Amtsgericht (§ 2 InsO) verfügt die GmbH jedoch nicht ausreichend über Vermögensgegenstände, so dass er die Eröffnung des Konkursverfahrens nach § 26 InsO mangels Masse ablehnt. Der Gläubiger bringt später in Erfahrung, dass die GmbH dennoch über Vermögen verfügt. Die sodann erhobene Klage ist nach Auffassung des Bank unzulässig, weil die GmbH aufgelöst (a) bzw. gelöscht (b) sei.

Die juristische Person wird durch **Liquidation** oder aus **sonstigen Gründen aufgelöst** und ist damit beendet (z. B. §§ 60 ff. GmbHG). Wird ein Insolvenzantrag mangels Masse abgelehnt (§ 26 InsO), so wird die juristische Person – z. B. die GmbH nach § 60 I Nr. 5 GmbH – mit Rechtskraft dieser Entscheidung aufgelöst. Im Handelsregister wird die Auflösung von Amts wegen eingetragen – z. B. bei der GmbH nach § 65 I 2, 3 GmbHG –, die Gesellschaft ist damit endgültig **nicht mehr existent**. Gleiches gilt in dem Fall, dass nach § 394 FamFG eine Löschung wegen Vermögenslosigkeit erfolgt (vgl. auch §§ 60 I Nr. 7, 65 I 4 GmbHG).

16

- 17 Für die Parteifähigkeit kommt es nach dem BGH auf diese formalen Gesichtspunkte jedoch nicht an: Die Fähigkeit, vor Gericht zu klagen oder verklagt zu werden, verliert die juristische Person erst mit ihrer **Vollbeendigung** (vgl. BGH, NJW 1996, 2035). Diese ist anzunehmen, wenn das gesamte Vermögen verteilt ist, kein sonstiger Abwicklungsbedarf besteht und die Löschung im Handelsregister erfolgt ist (Ms-Weth § 50 Rn. 18; Zm § 50 Rn. 8; Zö-Vollkommer § 50 Rn. 4b). Daher ist eine aufgelöste oder sogar gelöschte GmbH im Passivprozess so lange parteifähig, als noch Anhaltspunkte für ein verwertbares Vermögen bestehen (BGH, VersR 1991, 562). Hierfür ausreichend ist im Passivprozess der juristischen Person eine entsprechende Behauptung des Klägers. Ob tatsächlich Vermögen vorhanden und damit die Parteifähigkeit gegeben ist, muss erforderlichenfalls durch **Beweiserhebung** – in der Prozessstation – geklärt werden.
- 18 Im **Aktivprozess** reicht für die Annahme des Vorhandenseins von Vermögen schon allein die Geltendmachung des Klagenspruchs. Das Vermögen wird in dem behaupteten Anspruch gesehen. Sogar eine gewillkürte Prozessstandschaft der aufgelösten Gesellschaft ist unter gewissen Umständen zulässig (vgl. BGH, NJW 2003, 2232).

Unabhängig hiervon bleibt die juristische Person **parteifähig, soweit anderweitiger Abwicklungsbedarf** besteht (z. B. bei einem Anspruch auf Zeugniserteilung; Ms-Weth § 50 Rn. 18; Zm § 50 Rn. 8; Zö-Vollkommer § 50 Rn. 4b).

#### 4. Der nicht rechtsfähige Verein

Vermieter Neune will den (nicht rechtsfähigen) Kegelvein „Immer wieder freitags“, bestehend aus dem Vorstand Anneliese und den weiteren Mitgliedern Irma, Lorenz und Willi, auf rückständige Miete verklagen. Wie muss er vorgehen? Der Verein will einen Schadensersatzanspruch gegen Neune ebenfalls durchsetzen. Was ist ihm zu empfehlen?

- 19 Aus § 50 II a. F. folgte nur, dass der nicht rechtsfähige Verein verklagt werden konnte. Ein **nicht rechtsfähiger Verein** oder auch **unselbstständige Untergliederungen eines eingetragenen Vereins** (vgl. Zö-Vollkommer § 50 Rn. 31) wurden in der Rechtsprechung des BGH jedoch lange als nicht aktiv parteifähig angesehen (vgl. BGHZ 109, 15). Als Ausnahme von diesem Grundsatz wurde lediglich den in der Rechtsform eines nicht rechtsfähigen Vereins geführten Gewerkschaften seit Langem die aktive Parteifähigkeit zubilligt (vgl. BGHZ 50, 325).

In der Entscheidung NJW 2008, 69, hat der BGH mit Blick darauf, dass der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts die aktive und passive Parteifähigkeit zuerkannt wurde und dass § 54 S. 1 BGB für den nicht rechtsfähigen Verein ergänzend auf die Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts verweist, erkannt, dass dem nicht rechtsfähigen Verein die **aktive Parteifähigkeit nicht weiter vorenthalten** werden dürfe. In der Folge hat der Gesetzgeber zum 30.09.2009 **§ 50 II** dahin **geändert**, dass der nicht rechtsfähige Verein **klagen** und **verklagt werden** kann.

Im **Prozess** wird der nicht rechtsfähige Verein durch seinen **Vorstand** vertreten (Th/P § 50 Rn. 7; Zm § 50 Rn. 19; Zö-Vollkommer § 50 Rn. 33 f.). Die anderen Mitglieder – also außer dem Vorstand – können Zeugen sein. **20**

### III. Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess

#### 1. Tenor des Prozessurteils

Fehlt die Parteifähigkeit, wird die Klage nach mündlicher Verhandlung (§ 128 I) oder im schriftlichen Verfahren (§ 128 II) durch **Prozessurteil** abgewiesen. Der **Tenor** lautet: **21**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 Prozent des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Ein Einschub „als unzulässig“ bei Ziffer 1 wäre überflüssig, weil dies schon zur Begründung der Entscheidung gehört.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit unter Ziffer 3 folgt aus § 708 Nr. 11 2. Var., 711. Übersteigen die zu vollstreckenden Kosten 1.500 €, ist § 709 anzuwenden und zu formulieren: „Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.“; vgl. zum Ganzen Rn. 899 ff.

#### 2. Wegfall der Parteifähigkeit

Entfällt die Parteifähigkeit der beklagten juristischen Person während des Prozesses (z. B. durch **Löschung der völlig vermögenslosen GmbH**; anders bei noch vorhandenem Vermögen: § 394 FamFG; BGH, NJW 2000, 730; **22**

NJW-RR 1994, 542), ist damit der Prozess nicht automatisch beendet. Die Klage wird aber unzulässig (vgl. Zö-Vollkommer § 50 Rn. 5). Der Kläger muss hierauf reagieren, indem er den Rechtsstreit in der **Hauptsache für erledigt erklärt** (vgl. hierzu Rn. 1014 ff.). Obwohl nicht mehr parteifähig und damit auch nicht mehr prozesshandlungsfähig, kann die GmbH durch ihren **Geschäftsführer** der Erledigung **zustimmen**, so dass § 91a anwendbar ist. (BGH, NJW 1982, 238, begründet dies wie folgt: Wenn die Parteifähigkeit der voll beendeten, nicht mehr existenten Gesellschaft insoweit fingiert wird, als es im Rechtsstreit noch um diese Parteifähigkeit geht, muss das auch für den Fall der Erledigung der Hauptsache durch Erlöschen der Rechts- und Parteifähigkeit gelten.) Ohne diese Zustimmung der Beklagten kommt es zur einseitigen Erledigung des Rechtsstreits.

### 3. Parteien kraft Amtes

- 23 **Insolvenzverwalter, Testamentsvollstrecker, Zwangsverwalter und Nachlassverwalter** sind Parteien kraft Amtes (arg. e § 116 Nr. 1; vgl. Zm § 51 Rn. 15; BGH, NJW 1991, 982; NJW-RR 1990, 318; 1987, 1090). Allerdings muss dies in den von ihnen erhobenen Klagen auch deutlich werden.

Klagt nur Rechtsanwalt Eckel und unterliegt er, trifft ihn die gesamte Kostenlast. Richtig also: „Rechtsanwalt Eckel, als Insolvenzverwalter über das Vermögen des ... (Name des Schuldners)“. In diesem Fall trifft die Kostenlast nur die Insolvenzmasse.

### 4. Wechsel des Firmeninhabers

- 24 § 17 II HGB bereitet Schwierigkeiten beim **Wechsel des Inhabers** der Firma **nach Klageerhebung** oder **vor Zustellung der Klage**. Entscheidender **Zeitpunkt** ist auf Klägerseite die Klageeinreichung (Anhängigkeit), auf Beklagtenseite die Zustellung der Klage (Rechtshängigkeit).
- 25 Wer zu diesen Zeitpunkten Inhaber der Einzelfirma ist, tritt im Prozess als Partei auf (str., vgl. Th/P Vorb. § 50 Rn. 3, 7; RGZ 159, 337, 350). Zum **Inhaberwechsel** während des Prozesses: Zm § 50 Rn. 12.

### 5. Parteibezeichnung und Rubrumsberichtigung

- 26 Die **Bestimmung der richtigen Partei** ist von der **Parteifähigkeit** zu unterscheiden. Diese besagt, wer Partei eines Prozesses sein kann. Wer aber im konkreten Prozess tatsächlich als Kläger und Beklagter auftritt, ist damit

noch nicht geklärt. Diese **Parteibestimmung** erfolgt nach dem **formellen Parteibegriff** und unabhängig vom sachlichen Recht (Zö-Vollkommer § 50 Rn. 3): Nach diesem ist Kläger, wer die Klage erhebt; Beklagter ist derjenige, gegen den sich die Klage richtet.

Bei bloßen **Falschbezeichnungen** und **Schreibversehen** ist eine „**Rubrumserichtigung**“ analog § 319 auf Antrag oder von Amts wegen möglich. 27  
Nach der Rechtsprechung des BGH ist bei unrichtiger äußerer Bezeichnung grundsätzlich die Person als Partei anzusehen ist, die erkennbar durch die Parteibezeichnung getroffen werden soll. Es kommt darauf an, welcher Sinn der von der klagenden Partei in der Klageschrift gewählten Parteibezeichnung bei objektiver Würdigung des Erklärungsinhalts beizulegen ist. Maßgebend ist hierbei, wie die Bezeichnung bei objektiver Deutung aus der Sicht der Empfänger (Gericht und Gegenpartei) zu verstehen ist. Bei der Auslegung der Parteibezeichnung sind nicht nur die im Rubrum der Klageschrift enthaltenen Angaben, sondern auch der gesamte Inhalt der Klageschrift einschließlich etwaiger beigefügter Anlagen zu berücksichtigen (BGH, NJW-RR 2008, 582; 2004, 501; NJW 1987, 1946; vgl. Zm § 319 Rn. 4, § 263 Rn. 6; Zö-Vollkommer § 319 Rn. 14).

Folgende **Fälle** sind zu unterscheiden: 28

a) Beklagter ist laut Klageschrift: Franz Müller, Kaiserstr. 3, Mannheim. Zugestellt wird an: Franz Mayer, Königstr. 33, Mannheim.

Nach dem formellen Parteibegriff gilt: Zunächst ist weder Franz Müller 29  
Beklagter, weil es insoweit an einer Zustellung fehlt, aber auch nicht Franz Mayer, weil er ausweislich der Klageschrift nicht Partei sein soll. Denn nicht vom Willen des Zustellungsempfängers, sondern allein vom objektiv erkennbaren Sinn der prozessbegründenden Erklärung des Klägers hängt es ab, wer die Stellung der beklagten Partei erlangt (BGH, NJW 1994, 3232). Franz Mayer ist Scheinbeklagter (Zö-Vollkommer § 50 Rn. 8). Eine Heilung über § 295 ist aber bei einem Zustellungsmangel grundsätzlich möglich (BGH, NJW 1994, 3232).

Was geschieht, wenn Franz Mayer mit einem **Rechtsanwalt in der Sitzung** 30  
erscheint?

Die **Kosten**, die zur Geltendmachung der fehlenden Parteistellung notwendig waren, werden durch **Beschluss** dem **Kläger auferlegt**, soweit dieser die falsche Zustellung veranlasst hat (vgl. BGH, NJW-RR 2008, 582; Zö-Vollkommer Vor § 50 Rn. 8). Der **Tenor** eines solchen Beschlusses lautet:

Der Kläger trägt die durch die fehlerhafte Zustellung angefallenen Kosten des Franz Mayer.

Hier wäre aber die Anwaltsbeauftragung unvernünftig gewesen, weil offensichtlich eine Falschzustellung vorlag. Dieses Missverständnis wäre von einer vernünftigen Partei durch einen Anruf bei Gericht – und nicht sogleich durch Einschaltung eines Anwalts – beseitigt worden. In Betracht käme hier evtl. eine Amtshaftung, wenn die Fehlzustellung von einem Beamten veranlasst wurde (vgl. § 839 BGB, aber auch das Richterprivileg nach § 839 II BGB).

b) Beklagter ist laut Klageschrift: Franz Müller, Kaiserstr. 3, Mannheim. Zugestellt an: Franz Mihler, Kaiserstr. 3, Mannheim.

- 31 Wohnt in der Kaiserstr. 3 in Mannheim nur eine Person (nämlich Franz Mihler), wurde der Beklagte in der Klage zwar **falsch bezeichnet**, seine **Identität** ist aber **unzweifelhaft**. Der Kläger beantragt deshalb, dieses Schreibversehen durch „Berichtigung des Passivrubrums“ zu beseitigen. Wohnen hingegen zwei Personen in der Kaiserstraße, gelten auch hier die nachfolgenden Auslegungsgrundsätze (vgl. Rn. 32).

c) Beklagter ist laut Klageschrift: Franz Müller, Kaiserstr. 3, Mannheim. In der Kaiserstr. 3 in Mannheim wohnen Franz Müller sen. und jun. Zugestellt wurde an Müller jun.

- 32 Kann der Klageschrift durch **Auslegung** entnommen werden, dass der Junior verklagt werden sollte, so ist dieser Partei; ihm wurde auch ordnungsgemäß zugestellt. Ergibt die Auslegung, dass der Senior Beklagter sein soll, ist er die richtige Gegenpartei. Es liegt eine **Falschzustellung** (Rn. 29) vor. Kann durch Auslegung keine Klarheit gewonnen werden, so handelt es sich mangels genauer Parteibezeichnung (§ 130 Nr. 1) um eine unzulässige Klage. Der Kläger muss die Partei dann genauer bezeichnen (zu den **Auslegungsgrundsätzen** vgl. Rn. 27).

d) Beklagte ist laut Klageschrift: Fa. Franz Müller. Zugestellt wird an: Fa. Franz Müller Beratungs GmbH. Diese tritt im Prozess als Beklagte auf.

- 33 Hier ist ausschlaggebend, wer nach dem Inhalt der Klageschrift verklagt werden sollte. Um keinen Fall der Falschbezeichnung handelt es sich, wenn **verschiedene Identitäten** (wie hier: natürliche und juristische Person) vorliegen. In einem solchen Fall ist eine Rubrumsberichtigung aus-

geschlossen; es wurde die **falsche Person verklagt**. Steht aufgrund Auslegung der gesamten Klageschrift jedoch eindeutig fest, dass der Kläger die GmbH verklagen wollte, vergaß er aber nur dieses Kürzel, ist die Identität des Beklagten unproblematisch; es handelt sich jetzt nur noch um eine Falschbezeichnung (vgl. hierzu BGH, NJW 1987, 1946).

## 2. Kapitel: Die Parteiänderung (Parteiwechsel/Parteibeitritt)

### I. Übersicht

In der ZPO ist nur der **gesetzliche Parteiwechsel** in den §§ 239 ff., 75 ff. und 265 II geregelt. Die §§ 239 ff. erfassen die Fälle des Todes der Partei, der Nacherbfolge und der Insolvenz. Im **Regelfall** wird das Verfahren unterbrochen, bis die neue Partei die **Aufnahme des Rechtsstreits** erklärt (vgl. hierzu die Kommentierung der §§ 239 ff. bei Th/P und Zm; vgl. zu Gegenständen, die von der Unterbrechung nach § 240 nicht betroffen sind Zm § 240 Rn. 4; Zö-Greger § 240 Rn. 8). 34

Der praktisch bedeutsamere **gewillkürte Parteiwechsel** ist im Gesetz **nicht geregelt**. Er betrifft Fälle, bei denen eine neue Partei anstelle der bisherigen in den laufenden Prozess eintreten soll. Möglich ist dies auf **Kläger**- wie auch auf **Beklagenseite**. Zeitlich kann ein Parteiwechsel in erster wie in zweiter Instanz erfolgen. Die **dogmatische Einordnung** ist umstritten (vgl. Th/P Vorb. § 50 Rn. 20 ff.; Zm § 263 Rn. 5 ff.; Zö-Greger § 263 Rn. 19 ff.). Die **Literatur** erblickt im Parteiwechsel eine Klagerücknahme nach § 269. Der **BGH** vertritt dagegen im Grundsatz die **Klageänderungstheorie** (z. B. NJW 1996, 2799). Danach bestimmt sich die Zulässigkeit des Parteiwechsels nach § 263 (Ausnahme: Beklagtenwechsel in zweiter Instanz). 35

Der **gewillkürte Parteiwechsel** ist aus prozessökonomischen Gründen notwendig, weil ansonsten stets ein neuer Prozess geführt werden müsste, ohne dass die bisherigen Prozessergebnisse verwertet werden könnten. Zudem vermeidet der Kläger dadurch die ansonsten notwendige Klagerücknahme mit der sich anschließenden nachteiligen Kostenlast (§ 269 III). 36

Der **wesentliche Unterschied** zwischen **beiden Auffassungen** besteht darin, dass nach Auffassung des BGH ein bisher am Prozess nicht Beteiligter in den Prozess hineingedrängt oder eine bisher beteiligte Partei möglicherweise aus ihm herausgedrängt werden kann, ohne dass es im Regelfall ihrer Zustimmung bedarf. Die Literatur stellt dagegen in erster Linie auf

dieses Zustimmungserfordernis ab, weil niemand gegen seinen Willen einen laufenden Prozess übernehmen oder verlassen müsse.

**Die nachfolgende Darstellung orientiert sich an der in der Rechtsprechung des BGH gefundenen Lösung.**

- 37 Der **Parteibeitritt** stellt eine **Parteierweiterung** dar und erfasst die Fälle, bei denen neben – also nicht anstelle – der bisherigen Partei auf Kläger- oder Beklagtenseite eine weitere Partei hinzutritt. Ein **gesetzlicher Parteibeitritt** findet sich (nur) in **§ 856**. Der **gewillkürte Parteibeitritt** ist ebenso wie der gewillkürte Parteiwechsel nicht gesetzlich geregelt. Er folgt nach **Auffassung des BGH** den Regeln über den gewillkürten Parteiwechsel und wird deshalb nachfolgend nicht gesondert erörtert. Parteiwechsel und Parteibeitritt werden bisweilen auch als Fälle der **subjektiven Klageänderung** bezeichnet (vgl. Zö-Greger § 263 Rn. 3).

Eine Parteiänderung kann **nicht unter einer Bedingung** erfolgen (BGH, NJW-RR 2004, 640; Zm § 263 Rn. 7). Es handelt sich nicht wie bei gewöhnlichen Hilfsanträgen darum, demselben Kläger den einen oder den anderen Anspruch zuzubilligen, sondern um die Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses mit einer anderen Partei. Ob ein solches besteht, darf – schon um der Rechtsklarheit willen – nicht bis zum Ende des Rechtsstreits in der Schwebe bleiben.

## II. Die Kernprobleme

### 1. Gewillkürter Parteiwechsel auf Klägerseite

Theo Schnell verklagt den Willi Schuss auf Zahlung eines Kaufpreises von 10.000 €. Dieser beantragt nach Zustellung der Klage (vgl. §§ 253 I, 261 I) Klageabweisung, weil er mit Schnell nie einen Kaufvertrag abgeschlossen habe. In der mündlichen Verhandlung stellt Schnell fest, dass sein Geschäftspartner Hammer der Verkäufer des mit Schuss geschlossenen Kaufvertrags ist. Was können Hammer und Schnell tun?

- 38 Eine Parteiberichtigung analog § 319 scheidet aus, weil verschiedene Personen betroffen sind (unterschiedliche Identität) und Raum für eine Auslegung nicht besteht (s. Rn. 26 ff.).
- 39 Eine Klagerücknahme ist bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung auch gegen den Willen des Beklagten möglich, § 269 I. Die Stellung des Klageabweisungsantrags durch den Beklagten ist i. d. R. Beginn der mündlichen Verhandlung. Aber auch ohne diesen Antrag hat die Verhandlung

schon begonnen, wenn der Beklagte zur Hauptsache – nicht nur zur Zulässigkeit – verhandelt (vgl. Th/P § 269 Rn. 9; Zm § 269 Rn. 4).

Vgl. zum **Ablauf der mündlichen Verhandlung**: §§ 137, 136 i. V. m. 296a, 139, 278, 279. Wird die Erörterung nach § 279 III nicht im Protokoll gemäß § 160 II vermerkt, ist sie nicht erfolgt, und es liegt ein **Verfahrensfehler** vor (Th/P § 139 Rn. 31; Zm § 139 Rn. 15; Zö-Greger § 279 Rn. 8). Rechtliche Hinweise nach § 139 müssen gemäß § 139 IV so früh wie möglich erteilt und aktenkundig gemacht werden (BGH, NJW-RR 2007, 412; Th/P § 139 Rn. 29 ff.; Zm § 139 Rn. 15).

Im **Beispiel** wäre eine Klagerücknahme mit der nachteiligen Kostenfolge des § 269 III 2 verbunden, wenn ein entsprechender Kostenantrag gestellt wird.

**Beachte:** Eine Klagerücknahme kann durch schlüssiges Verhalten erklärt werden, wenn sich aus dem Verhalten der Partei der Rücknahmewille eindeutig und zweifelsfrei ergibt (BGH, NJW-RR 1996, 885; Zm § 269 Rn. 6a).

In Betracht kommt jedoch ein Parteiwechsel auf Klägersseite. Hammer beantragt, den Beklagten zur Zahlung zu verurteilen und führt seine Personenangaben schriftsätzlich in das Verfahren ein (§ 130 Nr. 1). Dieser Schriftsatz kann vor der mündlichen Verhandlung zugestellt werden (§ 261 II 2. Var.) oder – bei vorheriger Ankündigung (§§ 129 I, 297 I 1) – in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden (§ 261 II 1. Var.). Schnell scheidet damit aus dem Prozess aus; Hammer nimmt nunmehr die Stellung des Klägers ein. **Vorteile** dieses Vorgehens sind: Vermeidung eines neuen Prozesses, Zeitgewinn, Verwertung bisheriger Prozessergebnisse.

40

Voraussetzungen eines solchen Klägerwechsels sind (grundlegend: BGHZ 65, 264):

41

**Sachdienlichkeit** (selbst bei Unzulässigkeit der neuen Klage u.U. gegeben: BGH, NJW 2002, 2649) oder **Einwilligung** des Beklagten gemäß § 263.

Eine **Einwilligung** ist **entbehrlich**:

- **vor Zustellung der Klage** (§ 263 i. V. m. §§ 253 I, 261 I) oder
- bei vom Gericht behafteter **Sachdienlichkeit**, für deren Beurteilung nicht maßgeblich ist, ob die geänderte Klage Aussicht auf Erfolg hat, sondern die Frage, ob sie bei objektiver Beurteilung den Streitstoff der Beteiligten endgültig zu beseitigen vermag (vgl. hierzu Zm § 263 Rn. 13 f.; BGH, NJW-RR 2002, 929; NJW 1996, 2799; 1989, 3225) oder
- bei **rügeloser Einlassung des Beklagten** auf den Schriftsatz des Hammer (§ 267). BGH, NJW 1996, 2799, steht dem nicht entgegen, da dies den Sonderfall des § 265 II 2 betrifft (a. A. Zm § 263, Rn. 7).

- 42 Zustimmung des neuen Klägers.** Diese ist zwangsläufig erforderlich, weil ohne dessen Einverständnis ein Klägerwechsel nicht möglich ist: Niemand kann gegen seinen Willen in die Position eines Klägers gedrängt werden (Zö-Greger § 263 Rn. 6).
- 43 Zustimmung des alten Klägers.** Niemandem kann „sein“ Prozess gegen seinen Willen entzogen werden. Der bisherige Kläger hat sein Ausscheiden mitzuteilen (vgl. Zm § 263 Rn. 7; Zö-Greger § 263 Rn. 29; OLG München, NJW-RR 1998, 788).
- 44** Dieselben Voraussetzungen gelten nach BGHZ 65, 264 auch für den **Klägerwechsel in zweiter Instanz** (vgl. auch BGH, NJW 2003, 2172). Allerdings setzt der Klägerwechsel in zweiter Instanz eine **zulässige** Berufung voraus (BGH, NJW 1994, 3358; teilweise einschränkend: BGH, NJW 2003, 2172).

**Beachte:** Sind sich alter und neuer Kläger einig, so können sie ihre Rolle in beiden Instanzen gegen den Willen des Beklagten austauschen (Sachdienlichkeit ist im Regelfall gegeben).

## 2. Gewillkürter Parteiwechsel auf Beklagtenseite

Die Werbegemeinschaft „Fröhlicher Kunde e.V.“ verklagt den Hans Drücker auf Zahlung rückständiger Werbe-(Vereins-)Beiträge. Nachdem Drücker in der mündlichen Verhandlung darauf verweist, dass nicht er, sondern der Fritz Berger Vertragspartner sei, entscheidet sich der Kläger dafür, die Klage gegen den Fritz Berger zu richten. Bezüglich der Klage gegen den Drücker hat er keine Anträge mehr gestellt. Drücker und Berger haben dieser Vorgehensweise widersprochen. Wer ist jetzt Beklagter?

- 45** Der **Parteiwechsel auf Beklagtenseite** ist **problematischer** und in der **Rechtsprechung** nicht eindeutig geklärt (vgl. Th/P Vorbem § 50 Rn. 22; Zm § 263 Rn. 9 f.; Zö-Greger § 263 Rn. 23).

### **46 a) Voraussetzungen des Beklagtenwechsels in 1. Instanz:**

In der ersten Instanz ist die Auswechslung des Beklagten bis zur Rechtskraft des Urteils möglich (§ 269 III 1 analog).

Der **alte Beklagte** scheidet aus, wenn

- noch nicht mündlich verhandelt wurde, ohne dessen Zustimmung (Zm § 263 Rn. 9; Zö-Greger § 263 Rn. 24).
- mündlich verhandelt wurde, mit dessen Zustimmung, die nicht durch eine Sachdienlicherklärung ersetzt werden kann. Nach Verhandlung

zur Sache kann dem Beklagten sein Anspruch auf eine Sachentscheidung gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden (vgl. BGH, NJW 1981, 989).

- mündlich verhandelt wurde, auch ohne Zustimmung, falls diese rechtsmissbräuchlich verweigert wird.

An den **neuen Beklagten** ist ein entsprechender Schriftsatz wie eine Klage mit den Belehrungen und Fristen der §§ 275, 276 zuzustellen. Nach der Klageänderungstheorie des BGH ist nach § 263 dessen Zustimmung erforderlich, allerdings kann diese bei Sachdienlichkeit als entbehrlich angesehen werden (Ms-Foerste § 263 Rn. 14; a. A. Th/P Vorbem § 50 Rn. 22; Zm § 50 Rn. 9). Die bisherigen Prozessergebnisse bleiben bestehen, wenn sich der neue Beklagte nicht in Widerspruch hierzu setzt (BGH, NJW 2006, 1351; Zö-Greger § 263 Rn. 25); bei fehlender Zustimmung ist neu zu verhandeln (Th/P Vorbem § 50 Rn. 22).

47

Die Voraussetzungen für ein Ausscheiden des Drücker liegen im **Beispiel** nicht vor, weil mündlich verhandelt wurde und er dem Beklagtenwechsel widersprochen hat. Da Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch beim alten Beklagten nicht ersichtlich sind, greift auch dieser Gesichtspunkt nicht ein. Drücker bleibt demnach Beklagter. Der Prozess wird gegen die alte Partei weitergeführt (vgl. BGH, NJW 1998, 1497). Die dem Berger (z. B. durch Beauftragung eines Anwalts) entstandenen Kosten sind auf Antrag entsprechend § 269 III 2 dem Kläger durch Beschluss aufzuerlegen. Im Prozessrechtsverhältnis zum Berger ergeht ein Prozessurteil, im Verhältnis zum Drücker ein Sachurteil (Zm § 263 Rn. 15).

## b) Voraussetzungen des Beklagtenwechsels in 2. Instanz

Max Miss hat mit der „Fa. Moritz Brauch GmbH & Co KG, Sanitär und Heizung“ einen Werkvertrag abgeschlossen. Komplementärin der GmbH & Co KG (= KG) ist die „Fa. Brauch Sanitär + Heizung GmbH“, deren Geschäftsführer wiederum Moritz Brauch ist. Dieser tritt im Rechtsverkehr auch noch unter der „Firma Moritz Brauch, Ölfeuerung, Sanitär, Heizung“ auf. Miss macht seinen Anspruch aus § 635 BGB gegen den Moritz Brauch persönlich geltend. Dieser bringt neben dem Einwand fehlender Passivlegitimation in erster Instanz sämtliche möglichen Einwendungen vor. Nach Abweisung der Klage will der Kläger im Berufungsrechtszug den Beklagten auswechseln, indem er die Klage nunmehr gegen die Fa. Moritz Brauch GmbH & Co KG richtet. Diese wie auch der bisherige Beklagte Moritz Brauch widersprechen diesem Vorgehen. Wer ist nun Beklagter dieses Verfahrens? (BGH, NJW 1987, 1946).

Der Wechsel des Beklagten in zweiter Instanz ist nach BGH, NJW 1981, 989, **keine Klageänderung**, vielmehr ist **§ 269 anzuwenden**. Voraussetzungen sind:

48

- **Zustimmung des Klägers** (zwangsläufig, weil ohne ihn ein Austausch des Beklagten nicht möglich ist).
  - **Zustimmung des neuen Beklagten.** § 267 ist nicht anwendbar, jedoch kann § 295 eingreifen. Die Zustimmung wird für erforderlich gehalten, da dem neuen Beklagten ansonsten eine Tatsacheninstanz verloren ginge (vgl. Th/P Vorbem § 50 Rn. 23; Zm § 263 Rn. 10). Eine Ausnahme ist zu machen, wenn die Zustimmung in rechtsmissbräuchlicher Weise verweigert wird (vgl. Rn. 49).
  - **Zustimmung des alten Beklagten.** Es ist § 269 anzuwenden. Nach Verhandlung des Beklagten zur Sache kann ihm sein Anspruch auf eine Sachentscheidung gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden (vgl. Rn. 46). Da in erster Instanz schon zur Sache verhandelt wurde, ist in zweiter Instanz stets die Einwilligung des alten Beklagten erforderlich. Auch hier besteht eine Ausnahme, wenn die Zustimmung rechtsmissbräuchlich verweigert wird (vgl. BGH, NJW 1987, 1946).
- 49** **Rechtsmissbrauch** ist der Gebrauch eines Rechts zu Zwecken, die zu schützen unter keinem denkbaren Gesichtspunkt gerechtfertigt ist. Daher ist eine rechtsmissbräuchliche **Verweigerung der Zustimmung** z. B. des neuen Beklagten zu bejahen, „wenn ein schutzwürdiges Interesse des neuen Beklagten an der Weigerung nicht anzuerkennen und ihm nach der gesamten Sachlage zuzumuten ist, in den bereits im Berufungsrechtszug schwebenden Rechtsstreit einzutreten“ (BGH, NJW 1987, 1946; vgl. auch BGH, NJW 1999, 62; 1997, 2885). Dies wird z. B. angenommen, wenn der Neubeklagte mit dem Sachverhalt vertraut gewesen ist und die Führung des Rechtsstreits maßgeblich beeinflusst hat (vgl. BGH, NJW-RR 1986, 356).
- 50** Ein solcher **Rechtsmissbrauch** liegt im **Beispiel** vor: Brauch, der zugleich Geschäftsführer der Komplementär-GmbH war, konnte in erster Instanz alle denkbaren Einwendungen vorbringen. Es ist kaum davon auszugehen, dass er als persönlich in Anspruch Genommener weniger Einwendungen erhebt oder sich anders verteidigt wie als Geschäftsführer bei Inanspruchnahme der KG. Die Verweigerung der Zustimmung des Brauch wie auch die der GmbH & Co KG sind deshalb rechtsmissbräuchlich und damit unbeachtlich. Die Klage richtet sich somit nur noch gegen die GmbH & Co KG.

### III. Randprobleme/Auswirkungen auf den Prozess

#### 1. Bindung der neuen Partei an die Prozesslage

- 51** In der gerichtlichen Praxis ist die Bindung der neuen Partei an die Prozesslage von weit größerem Gewicht als die dogmatische Einordnung des

Parteiwechsels. Hier ist noch Vieles offen und umstritten; eine abschließende höchstrichterliche Rechtsprechung fehlt.

Von Interesse ist dabei besonders, ob die neue Partei die bisherigen, auf dem Prozessverhalten der alten Partei beruhenden **Prozessergebnisse** (Beweiserhebungen; Geständnisse; Anerkenntnisse und darauf beruhende [Teil-]Entscheidungen u. a.) gegen sich gelten lassen muss. 52

#### a) Zustimmung der neuen Partei zum Parteiwechsel

Hat die **neue Partei** dem **Wechsel zugestimmt**, so muss sie die bisherigen Prozessergebnisse gegen sich gelten lassen (BGH, NJW 1962, 347; Th/P Vorb. § 50 Rn. 21; Zm § 263 Rn. 5, 9; Zö-Greger § 263 Rn. 25). Dies gilt für den **neuen Kläger** (vgl. Th/P Vorbem § 50 Rn. 21) wie den **neuen Beklagten** (dazu sogleich), für den **Wechsel in erster wie in zweiter Instanz** (BGH, NJW-RR 1986, 356, betraf einen Sonderfall und steht dem nicht entgegen). 53

BGH, NJW 1996, 196, hat hinsichtlich der **Bindung des neuen Beklagten** an die bisherigen Prozessergebnisse festgestellt: „Es liegt nahe, den einmal begonnenen Prozeß mit einer neuen oder neu hinzugekommenen Partei jedenfalls im ersten Rechtszug auch ohne deren Zustimmung fortsetzen zu können, sofern dies sachdienlich ist. ... Die Prozeßökonomie kann allerdings im Einzelfall mit dem Anspruch eines neu in den Rechtsstreit einbezogenen Beklagten kollidieren, sich uneingeschränkt verteidigen zu können, wenn es um die Bindung des neuen Beklagten an das bisherige Prozeßergebnis geht, insb. an die von ihm nicht beeinflussten Beweiserhebungen.“ 54

Es spielt daher grundsätzlich **keine Rolle**, ob der Beklagte **ausdrücklich zustimmt** oder seine **Zustimmung** durch § 267 **fingiert** wird; nur ausnahmsweise gilt dies nicht, wenn der neue Beklagte sonst in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt wäre.

#### b) Fälle der Rechtskrafterstreckung

Würde die **Rechtskraft eines Urteils** gegen den bisherigen Beklagten z. B. nach §§ 265 II 2, 266 I, 325, § 407 II BGB auch auf den neuen Beklagten – Rechtsnachfolger – erstreckt werden, so müsste dieser das Prozessergebnis gegen sich gelten lassen. Dies muss aber auch dann gelten, wenn der neue Beklagte gegen seinen Willen in den Prozess als neue Partei hineingezogen wird (arg. e § 266 I 1; vgl. im Einzelnen Roth, NJW 1988, 2977, 2980 f.). 55

### c) Rechtsmissbrauchsfälle

56 Ist die Zustimmung des neuen Beklagten wegen **rechtsmissbräuchlicher Verweigerung** nicht erforderlich, so ist eine **Bindung** an die bisherige Prozesslage ebenfalls zu bejahen (vgl. Th/P Vorbem § 50 Rn. 23; BGH, NJW 1996, 196). Rechtsmissbrauch wird nämlich, wie dargelegt (Rn. 49 f.), nur bejaht, wenn dem neuen Beklagten zuzumuten ist, in einen neuen Prozess einzutreten (BGH, NJW 1987, 1946). Dies kann jedoch nichts Anderes bedeuten, als dass er an das bisherige Prozessergebnis gebunden ist. Unbenommen ist es ihm aber, neue Einwendungen vorzubringen.

### 57 d) Konsequenzen

- **Beweisaufnahmen** und Beweisergebnisse wirken fort; Grenze: § 398; im Regelfall aber keine Wiederholung der Beweisaufnahme.
- Geständnisse (§§ 288, 290) bleiben wirksam und bindend (a. A. Th/P Vorbem § 50 Rn. 21; widerrufbar für neue Partei).
- Ausschluss von **verspätetem Vorbringen** (§ 296) besteht fort (a. A. Th/P Vorbem § 50 Rn. 21).
- (Teil-)Anerkenntnisse und (Teil-)Verzichte (§§ 306, 307) sowie schon ergangene Teilanerkenntnis- oder Teilverzichtsurteile bleiben erhalten (a. A. Zm § 263 Rn. 5; Anerkenntnis widerrufbar).
- Die **bisherigen gerichtlichen Entscheidungen** (z. B. Streitwertfestsetzung; Ablehnung von Befangenheitsanträgen, Verweisungsbeschlüsse etc.) wirken weiter.
- Teilvergleiche gelten weiterhin.
- Die Folgen der §§ 39, 295, 267 treffen auch die neue Partei.

**Beachte:** Rechtshängigkeit, Verjährungshemmung und der Lauf von Prozesszinsen treten erst mit Zustellung des Schriftsatzes ein, der den Parteiwechsel anzeigt (Zm § 263 Rn. 5). Nach BGH, NJW-RR 1989, 1269, steht der wirksame Parteiwechsel einer Klageerhebung (mit ex nunc-Wirkung) gleich, so dass die §§ 204 I Nr. 1, 204 II BGB entsprechend anzuwenden sind.

## 2. Zwischenentscheidungen über Zulässigkeit des Parteiwechsels

58 Entscheidungen **in erster Instanz** über die Zulässigkeit eines gewillkürten Parteiwechsels sind nach § 268 **unanfechtbar** (vgl. BGH, NJW-RR 1987, 1084; Zm § 268 Rn. 2; kritisch Zö-Greger § 268 Rn. 2). Sie können auch nicht zusammen mit der in der Hauptsache ergangenen Entscheidung überprüft werden.

Eine Entscheidung über die Zulässigkeit eines gewillkürten Parteiwechsels auf Beklagtenseite in zweiter Instanz stellt – da nicht als Klageänderung anzusehen (vgl. Rn. 48) – dagegen ein Zwischenurteil nach § 280 dar (nicht: § 303, weil das Zwischenurteil nach § 303 nur zur Bindung nach § 318 führt, aber nicht anfechtbar ist).

Der **Tenor** lautet:

„Der Parteiwechsel ist zulässig“ oder „... ist wirksam.“

Dieses **Zwischenurteil** ist wie ein **Endurteil anfechtbar**; § 268 gilt insoweit nicht (BGH, NJW 1981, 989). Der **Erlass eines Zwischenurteils** nach § 280 steht aber im **Ermessen des Gerichts** („kann“).

### 3. Kosten der ausscheidenden Partei

Die **Kosten** des **ausgeschiedenen Beklagten** trägt beim gewillkürten Beklagtenwechsel der Kläger entsprechend **§ 269 III 2** (Zm § 263 Rn. 9; vgl. auch BGH, NJW 1981, 989). Die **Kostenentscheidung im Endurteil** betrifft nur noch den Kläger und den neuen Beklagten (vgl. aber auch Zm § 263 Rn. 9).

Beim **Klägerwechsel** trägt der ausscheidende Kläger seine außergerichtlichen Kosten entsprechend § 269 III 2 selbst. Zudem haftet er anteilig für die **Gerichtskosten** und die **bisherigen außergerichtlichen Kosten** des Beklagten. Es bedarf hier einer Kostenentscheidung nach der **Baumbach'schen Formel** (vgl. hierzu Rn. 126 ff.), die zweckmäßigerweise im Endurteil erfolgen sollte (vgl. Th/P Vorbem § 50 Rn. 21; Zm § 263 Rn. 7; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2001, 360).

59

60

#### 4. Schema zum gewillkürten Parteiwechsel

Wechsel des Klägers		Wechsel des Beklagten	
In 1. Instanz	In 2. Instanz	In 1. Instanz	In 2. Instanz
Zustimmung des bisherigen Klägers erforderlich			
Zustimmung des neuen Klägers erforderlich		Zustimmung des alten Beklagten erforderlich	
Zustimmung des Beklagten		ja/nein	ja
vor Klagezustellung	nach Klagezustellung	Zustimmung des neuen Beklagten erforderlich	
keine Zustimmung des Beklagten nötig	Zustimmung des Beklagten nötig oder: Sachdienlichkeit	nein	ja
		Ausnahme entbehrlich	Ausnahme bei rechtsmissbräuchlicher Verweigerung
<b>Parteiwechsel zulässig</b>			
Beachte: Zustimmung des Beklagten entbehrlich: vor Klagezustellung (§ 263) und bei Fiktion des § 267.			

### 3. Kapitel: Die Prozessführungsbefugnis der Partei

#### I. Übersicht

- 61 Die Prozessführungsbefugnis der Partei ist eine **besonders examensrelevante Prozessvoraussetzung**. Fehlt einer Partei die Prozessführungsbefugnis, ist die Klage durch Prozessurteil abzuweisen. In Prüfung und Praxis wird die Prozessführungsbefugnis immer wieder mit der gesetzlichen Vertretung der Partei und der Sachlegitimation verwechselt.

Die **Sachlegitimation** erfasst die Frage, wem das materielle Recht zusteht. Sie ist eine Frage der Begründetheit der Klage; fehlt sie, ergeht ein Sachurteil. Um Missverständnisse zu vermeiden, sollten die Begriffe Aktiv- und Passivlegitimation nicht verwendet werden; besser daher: „Der Kläger hat einen Anspruch ...“ (= Aktivlegitimation) und „Der Beklagte ist verpflichtet ...“ (= Passivlegitimation). 62

Die **Prozessführungsbefugnis** regelt indessen, ob jemand prozessual befugt ist, ein Recht im eigenen Namen geltend zu machen. Dies ist in aller Regel unproblematisch, wenn der (materielle) Rechtsinhaber Klage in eigenem Namen erhebt. Wird hier die Sachbefugnis behauptet, genügt diese Behauptung, um die Prozessführungsbefugnis bejahen zu können (Zö-Vollkommer Vor § 50 Rn. 18). Schwierigkeiten treten dagegen auf, wenn jemand ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend macht. Dies wird als **Prozessstandschaft** bezeichnet, die auf Gesetz oder Parteiwillen beruhen kann. 63

Andere Bedeutung hat hingegen die in § 51 geregelte **gesetzliche Vertretung** der Partei. Der gesetzliche Vertreter macht ein fremdes Recht nicht im eigenen, sondern im fremden Namen – nämlich im Namen des Prozessunfähigen – geltend. Der **Prozessstandschafter** ist **Partei** im Prozess; der **gesetzliche Vertreter** hat diese Stellung **nicht**, Partei ist der **Prozessunfähige** (also z. B. die GmbH und nicht deren Geschäftsführer; der minderjährige Sohn und nicht seine Eltern). 64

Die **gewillkürte Prozessstandschaft** ist im Gesetz nicht geregelt; ihre Voraussetzungen wurden von der Rechtsprechung entwickelt. Fälle der **gesetzlichen Prozessstandschaft** finden sich hingegen im Gesetz (vgl. Th/P § 51 Rn. 24; Zm § 51 Rn. 15 f.; Zö-Vollkommer Vor § 50 Rn. 22 ff.; § 51 Rn. 8 ff.); Es kann unterschieden werden zwischen Fällen der materiellrechtlichen Ermächtigung – §§ 432 I, 1011 (vgl. BGH, NJW 1985, 2825), 1368, 1369 III, 1629 III, 2039 BGB – und der prozessrechtlichen Ermächtigung – §§ 265, 266. 65

Hierher gehören auch die **Parteien kraft Amtes** (vgl. Th/P § 51 Rn. 25 ff.; Zm § 51 Rn. 15; Zö-Vollkommer Vor § 50 Rn. 21): **Insolvenzverwalter**, § 56 InsO; vgl. auch §§ 22, 27 InsO; **Testamentsvollstrecker**, §§ 2213, 2214 BGB; **Nachlassverwalter**, § 1984 BGB, **Zwangsverwalter**, § 152 ZVG. 66

Begründung, Umfang und Ende der Vertretungsmacht der Partei kraft Amtes bestimmen sich nach dem materiellen Recht. Zu beachten ist, dass das Ende der Stellung als Partei kraft Amtes Auswirkungen auf die Zulässig-

keit der Klage haben kann, da die Prozessführungsbefugnis entfallen kann. Zu denken ist in diesen Fällen auch an einen Eintritt des Rechtsinhabers im Rahmen eines Parteiwechsels (vgl. zum Ganzen: BGH, NJW-RR 2006, 138; 1990, 1213; OLG Karlsruhe, OLGR 2005, 680).

## II. Die gewillkürte Prozessstandschaft

### 1. Die Kernprobleme

- 67 Der Inhaber eines Rechts kann einen Dritten ermächtigen, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung dieses Recht gerichtlich durchzusetzen. Das Gericht darf in die Sachprüfung erst eintreten, wenn feststeht, dass die Prozessvoraussetzungen – und damit auch diejenigen der gewillkürten Prozessstandschaft – gegeben sind. Fehlen diese, ergeht ein Prozessurteil (vgl. BGH, NJW 2000, 738).

**Voraussetzungen der gewillkürten Prozessstandschaft** sind (vgl. hierzu Ms-Weth § 51 Rn. 25 ff.; Th/P § 51 Rn. 31 ff.; Zm § 51 Rn. 17 ff.; Zö-Vollkommer Vor § 50 Rn. 42 ff.):

#### a) Ermächtigung durch den Rechtsinhaber

- 68 Sie muss spätestens bis zum **Schluss der mündlichen Verhandlung** in der Berufungsinstanz erfolgen. Allerdings ist auch eine **stillschweigende Ermächtigung** möglich (vgl. BGH, NJW-RR 2002, 1377); sie kann sich auch durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB ergeben (vgl. BGH, NJW 2001, 680, abstellend auf „Zweck“ und „Gesamtzusammenhang“ eines Kaufs).

Erteilung und Bestand der Ermächtigung richten sich nach dem materiellen Recht (BGH, NJW 2000, 738). Ist danach die Ermächtigung (z. B. nach § 168 S. 1 BGB) erloschen, fehlt die Prozessführungsbefugnis. Dies ist von Amts wegen in jedem Verfahrensstadium zu beachten.

- 69 Das geltend zu machende Recht muss **übertragbar** – nicht notwendig abtretbar – sein. Daher scheidet eine Ermächtigung bei höchstpersönlichen Rechten aus (vgl. Th/P § 51 Rn. 36; Zm § 51 Rn. 20; Zö-Vollkommer Vor § 50 Rn. 46; BGH, NJW 2002, 1038). Eine **unwirksame Abtretung** kann in eine Ermächtigung umgedeutet werden (BGH, NJW-RR 2003, 51; NJW 1987, 3121). Die – ausdrücklich oder stillschweigend erteilte – **Ermächtigung** muss aber im Prozess **offengelegt** werden (BGH, NJW 1988, 1585), es sei denn, dass für alle Beteiligten kein Zweifel besteht, dass der Rechtsstreit im Wege gewillkürter Prozessstandschaft geführt wird. Dies ist v. a. zum Schutz der Gegenpartei geboten, weil diese Gelegenheit er-