

## B. Prozessuale Vorbereitung

### § 5 Der Weg zum Rechtsanwalt

**Literatur:** *Fontana*, Der Anwaltszwang im Zivilprozess – Grundlagen und Probleme, JA 2023, 409; *Henssler/Özman/Sossna*, Anwaltliches Berufsrecht, JuS 2022, 385, 386.

In Deutschland gab es zu Beginn des Jahres 2023 165.587 Rechtsanwälte.<sup>1</sup> Etwa 80 % der Assessoren werden in der Anwaltschaft tätig. 1

Der Rechtsanwalt ist nach (noch) hergebrachtem Verständnis gem. § 3 Abs. 1 BRAO der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten. Er ist **unabhängiges Organ der Rechtspflege** (§ 1 BRAO). Dieses Verständnis der Funktion des Rechtsanwalts ist derzeit vor allem unter der Geltung europäischen Rechts und der Rechtsprechung des BVerfG einem radikalen Wandel unterworfen. Dies führt dazu, den Rechtsanwalt immer stärker als Dienstleister wie jeden gewerblich Tätigen einzuordnen und auf ihn umfassend die Dienst- und Niederlassungsfreiheit anzuwenden. 2

Gesetzliche Grundlagen der anwaltlichen Tätigkeit sind das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG), das das weniger liberale Rechtsberatungsgesetz (RBerG) abgelöst hat,<sup>2</sup> die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) und das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG). Dazu tritt die Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA), die auf der Grundlage des Selbstverwaltungsrechts der Bundesrechtsanwaltskammer (§ 191 a Abs. 2 BRAO) das Standesrecht enthält. 3

In den letzten Jahrzehnten ist es zu einer deutlichen staatlichen **Deregulierung des Rechtsberatungsmarktes** gekommen.<sup>3</sup> Vom 2008 eingeführten Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) war die Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen betroffen (§ 1 Abs. 1 RDG). Dadurch ist das vormalige Monopol der Rechtsanwälte im Bereich der Rechtsberatung entfallen. Im Zusammenhang mit einer anderen beruflichen oder gesetzlich geregelten Tätigkeit sind Rechtsdienstleistungen erlaubt, die eine zum Berufs- oder Tätigkeitsbild oder zur vollständigen Erfüllung der vertraglichen oder gesetzlichen Hauptpflichten gehörige Nebenleistung darstellen (§ 5 RDG). Unentgeltliche Rechtsdienstleistungen, z.B. im familiären oder nachbarschaftlichen Rahmen sind erlaubt (§ 6 Abs. 1 RDG). In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BVerfG unterstellt das Gesetz nur solche Dienstleistungen seinem Verbotsbereich, die eine rechtliche Einzelfallüberprüfung erfordern und schließt bestimmte Tätigkeiten wie die Erstattung von Gutachten aber auch die Mediation vom Verbot aus (§ 2 RDG). Ende 2019 hat der BGH in einem Streit um Ansprüche aus der sog. Mietpreisbremse eine Grundsatzentscheidung getroffen und die **Tätigkeit von registrierten Inkassodienstleistern**, die mithilfe von legaltech massenhaft Ansprüche durchsetzen, legitimiert.<sup>4</sup> Diese Unternehmen sind in einem Grenzbereich zwischen Rechtsdienstleistung und Inkassotätigkeit aktiv. Sie sind durch den Einsatz moderner Technologien in der Lage, Ansprüche von Verbrauchern auch in hoher Zahl und mit geringen Streitwerten durchzu-

1 <https://www.brak.de/presse/zahlen-und-statistiken/> (abgerufen 2.5.2023).

2 BGBl. I, 2840, 165.

3 Zum Einfluss des Europarechts auf die Deregulierung (verfassungswidriger) nationaler Freiheitsbeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht s. *Hellwig*, AnwBl 2011, 77.

4 BGH, Urteil vom 27.11.2019, Az.: VIII ZR 285/18 = NJW 2020, 208; dazu *Fries*, Rechtsberatung durch Inkassodienstleister: Totenglocklein für das Anwaltsmonopol?, NJW 2020, 193.

setzen. Im vom BGH entschiedenen Fall „wenigermiete.de“ (LexFox I) ging es um eine Forderungen iHv 23,49 € plus 166,90 € vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten und einen Feststellungsantrag. Derartige Dienstleister arbeiten auf Basis einer Erfolgsvereinbarung, sie erhalten eine Provision von z.T. 35 %, der Verbraucher trägt kein Kostenrisiko im Falle des Misserfolges. Der BGH entschied, dass diese Tätigkeit der als Inkassodienstleisterin nach § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RDG registrierten Klägerin von der Befugnis gedeckt ist, Inkassodienstleistungen gem. § 2 Abs. 2 Satz 1 RDG zu erbringen. Dies folgert der BGH aus einem weiten Verständnis des Begriffs der Inkassodienstleistung. § 10 RDG ist Erlaubnistatbestand iS. des § 3 RDG.<sup>5</sup> Dadurch war es zu einer Schiefelage zwischen Inkassodienstleistern und Rechtsanwälten gekommen, die bis dahin nur höchst eingeschränkt ein Erfolgshonorar vereinbaren durften. Inzwischen wurde der Begriff des Inkassos im Sinne des RDG neu definiert und das Erfolgshonorar wurde für alle Geldforderungen bis 2.000 Euro freigegeben (dazu Rn. 10).

### I. Einschaltung eines Rechtsanwalts

- 5 Ziel des Einsatzes eines Rechtsanwaltes ist es, für eine Objektivierung des Streits und die Verhinderung eindeutiger unbegründeter aussichtsloser Klagen zu sorgen.
- 6 In Deutschland ist die Ansicht verbreitet, dass die Anwaltskosten zu hoch sind, dass Anwälte sich nicht verständlich ausdrücken und ihren Klienten nur das Geld aus der Tasche ziehen wollen. Dieses sind Barrieren, die die Mobilisierung von Recht hindern. Für einen mündlichen oder schriftlichen Rat oder eine Auskunft (Beratung), die nicht mit einer anderen gebührenpflichtigen Tätigkeit zusammenhängen und für die Ausarbeitung eines schriftlichen Gutachtens soll der Rechtsanwalt auf eine Gebührenvereinbarung hinwirken. Wenn keine Vereinbarung getroffen worden ist, erhält der Rechtsanwalt Gebühren nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts. Für ein erstes Beratungsgespräch beträgt die Gebühr höchstens 190 € (§ 34 RVG). Ob nach dieser Erstberatung der Anwalt beauftragt wird und den Fall bis zur gerichtlichen Entscheidung bringt, ist allein Sache des Mandanten. Letztlich sind diese Vorurteile gegenüber anwaltlicher Tätigkeit in der Unkenntnis vor dem „System Rechtsschutz“ begründet. Diese Unkenntnis hat z.B. die Einrichtung von **Anwaltshotlines** gefördert, bei denen ein Unternehmen die Verbindung zu einem Anwalt herstellt, dessen Honorar dann auf der Grundlage eines Zeithonorars mit der Telefonrechnung abgerechnet wird.<sup>6</sup> Diese angebotenen Anwaltshotlines sollen die Schwellenangst der Bürger vor dem System „institutionalisierter Rechtsschutz“ abbauen und auf kalkulierbarer Kostengrundlage schnelle Rechtsauskünfte ermöglichen und so zu einer Mobilisierung von Recht beitragen. Der BGH hat derartige Hotlines im Wesentlichen als mit dem ehemaligen RBERG und dem anwaltlichen Berufsrecht vereinbar angesehen.<sup>7</sup> Die BReg hatte schon vor dem BGH-Urteil klargemacht, dass sie Anwaltshotlines grundsätzlich für eine sinnvolle und zeitgemäße Einrichtung hält, damit Bürger rasch und einfach Rechtsauskünfte erlangen können.

5 Prütting, Der Referentenentwurf zum Rechtsdienstleistungsmarkt, ZIP 2020, 269; Römermann, LegalTech: Der BGH macht den Weg frei – aber wohin führt er?, VuR 2020, 43.

6 Holzapfel, Rechtliche Probleme der Rechtsberatung per Hotline und Online, 2002; Demmel/Skrobotz, CR 1999, 561.

7 BGH, Urteil vom 26.9.2002, Az.: I ZR 44/00 = NJW 2003, 819, dazu Adolphsen, JR 2003, 27. S. auch Urteil vom 30.9.2004, Az.: I ZR 261/02 = NJW 2005, 1266 (Minutenpreise bei telefonischer Rechtsberatung). Zu Hotlines von Steuerberatern s. Urteil vom 30.9.2004, Az.: I ZR 89/02 = NJW 2005, 1268.

## II. Der Rechtsanwaltsvertrag

### 1. Dienstvertrag

Der Rechtsanwalt ist mit seinem Mandanten durch einen auf eine Geschäftsbesorgung gerichteten **Dienstvertrag** (§§ 611, 675 Abs. 1 BGB) verbunden. Da kein Erfolg geschuldet ist, liegt regelmäßig kein Werkvertrag vor.<sup>8</sup> Bei einer Gutachtenerstellung oder der Rechtsauskunft über eine Einzelfrage kann auch ein Werkvertrag gegeben sein. Der Rechtsanwalt agiert gleichwohl als unabhängiges Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO). Diese Unabhängigkeit kann durch eine wirtschaftlich schlechte Situation, in der sich zahlreiche Anwälte auf diesem umkämpften Markt befinden, gefährdet sein, aber auch durch Abhängigkeit von einzelnen besonders lukrativen Mandaten. Aufgrund seiner Stellung als unabhängigem Organ der Rechtspflege kann die grundsätzliche Weisungsgebundenheit, die sich aus § 665 BGB ergibt, der kraft Verweisung auch für den Geschäftsbesorgungsvertrag gilt, einzuschränken sein. In den Fällen des § 48 BRAO besteht ein Kontrahierungszwang.

### 2. Rechte und Pflichten

Die berufsrechtlichen Pflichten (sog. **Grundpflichten**) ergeben sich aus § 43 a BRAO. Dies sind Unabhängigkeit, Verschwiegenheit, Sachlichkeitsgebot, Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen.<sup>9</sup> Die **Rechte und Pflichten** des Rechtsanwalts gegenüber seinem Mandanten ergeben sich aus dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis. Er ist verpflichtet, die Tatsachen vollständig zu ermitteln, die Rechtslage sorgfältig zu prüfen, den Mandanten über Erfolgsaussichten und Risiken der Prozessführung aufzuklären<sup>10</sup> und bei mehreren möglichen Wegen den sichersten und Kosten sparenden zu wählen.<sup>11</sup> Der Rechtsanwalt muss die neueste höchstrichterliche Rechtsprechung kennen und sich daran orientieren. Rechtsprüfung und Rechtsberatung setzen – so der BGH<sup>12</sup> – zwingend die Kenntnis der einschlägigen Rechtsnormen voraus, zu denen auch die auf der Grundlage von Bundesgesetzen erlassenen Rechtsverordnungen gehören. Notfalls muss sich der Rechtsanwalt die erforderlichen Rechtskenntnisse, soweit sie nicht zu seinem präsenten Wissen gehören, aneignen und sich auch in eine Spezialmaterie einarbeiten. Der Hinweis, es handle sich um eine Spezialmaterie, entlastet den Rechtsanwalt nicht. Gem. § 43 a Abs. 8 BRAO besteht eine anwaltliche Fortbildungspflicht. Diese Fortbildung gehört zu den Grundpflichten eines jeden Rechtsanwalts. Die Einhaltung dieser Verpflichtung lässt sich jedoch praktisch nicht kontrollieren und eine Verletzung derselben daher nicht sanktionieren. Anders verhält es sich mit der für die Fachanwälte geltenden Fortbildungsverpflichtung in § 15 FAO. Hierin sind die Art und Weise und der zeitliche Umfang der zu erbringenden Fortbildung festgelegt. Zudem ist die Fortbildung gegenüber der Rechtsanwaltskammer unaufgefordert nachzuweisen. Bei Verstößen droht der Widerruf des Fachanwaltstitels.

8 BGH, Urteil vom 10.6.1985, Az.: III ZR 73/84 = NJW 1985, 2642; MüKo-BGB/Mueller-Gloege, § 611 Rn. 119; Henssler/Özman/Sossna, Anwaltliches Berufsrecht, JuS 2022, 385, 386.

9 Henssler/Özman/Sossna, JuS 2022, 385, 388 ff; Deckenbrock, Die Entwicklung des anwaltlichen Berufsrechts, NJW 2022, 3688, 3691; Dahns, Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht, NJW-Spezial 2022, 574; Römermann, Die Neuregelung der Interessenkollision, NJW 2022, 371.

10 BGH, Urteil vom 8.12.1983, Az.: IZR 183/81 = BGHZ 89, 178.

11 BGH, Urteil vom 6.11.2008, Az.: IX ZR 158/07 = NJW 2009, 1806, 1807; Henssler/Özman/Sossna, JuS 2022, 385, 393.

12 BGH, Urteil vom 22.9.2005, Az.: IX ZR 23/04 = NJW 2006, 501, 502.

Ist es zweifelhaft, ob ein vertraglicher Anspruch im Wege der Vertragsübernahme auf einen Dritten übergegangen ist, hat der Rechtsanwalt, der zur Klage gegen den Dritten rät, seinem Mandanten zu empfehlen, dessen ursprünglichem Vertragspartner den Streit zu verkünden (zur Streitverkündung § 37 Rn. 1).<sup>13</sup> Ein Anwalt, der von seinem Mandanten beauftragt wird, dessen Rechte gegenüber einem säumigen Schuldner wahrzunehmen, ist vertraglich verpflichtet, Vorkehrungen schon gegen eine drohende Verjährung zu treffen. Diese Pflicht setzt wesentlich früher ein als der Eintritt der Verjährung selbst.<sup>14</sup>

### 3. Haftung

- 9 Verliert die Partei aufgrund einer **Pflichtverletzung des Rechtsanwalts** den Prozess oder hat sonstige prozessuale Nachteile, so ist der Rechtsanwalt gem. § 280 BGB zum Schadensersatz verpflichtet.<sup>15</sup> Daneben kann es auch eine deliktische Haftung geben.<sup>16</sup> Er hat seinen Mandanten über seine eigene Schadensersatzverpflichtung und die Verjährung des Anspruchs aufzuklären.<sup>17</sup> Nach § 51 Abs. 1 BRAO muss der Rechtsanwalt eine Berufshaftpflichtversicherung abschließen. Fehler des Rechtsanwalts werden gem. § 85 Abs. 2 der Partei zugerechnet, entfalten also als Parteihandlung unmittelbar Wirkung im Prozess. Das Verschulden des Bevollmächtigten gilt innerhalb der Bestimmungen der ZPO, die auf ein Verschulden der Partei abstellen (§§ 233, 296, 337 S. 1, 367 Abs. 2, 530, 531, 532) als eigenes Verschulden der Partei. Die Partei soll nicht dadurch besser stehen, dass sie sich eines Prozessbevollmächtigten bedient. Eine Exkulpationsmöglichkeit gibt es nicht.

Daher kann z.B. eine unterlassene Übermittlung einer Berufungsbegründung ein der Partei zurechenbares Organisationsverschulden seines Prozessbevollmächtigten sein.<sup>18</sup> Resultiert der Fehler aus einem Verschulden des Büropersonals des Rechtsanwalts, so erfolgt die Zurechnung nicht unmittelbar über § 85 Abs. 2, da Büropersonal nicht Bevollmächtigter i.S. dieser Vorschrift ist, sondern Hilfspersonal des Bevollmächtigten. Trifft aber den bevollmächtigten Rechtsanwalt ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden, wird dieses Verschulden wiederum der Partei gem. § 85 Abs. 2 zugerechnet. Für Schadensersatzansprüche der Partei gegen den Rechtsanwalt gilt die Vorschrift nicht. Hier greift die Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB. Das Verschulden des Rechtsanwalts wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Hier haftet der Anwalt für Fehler seines Büropersonals gem. § 278 BGB ohne Exkulpationsmöglichkeit. Die Haftung von Mitgliedern einer Berufsausübungs- oder Rechtsanwalts-gesellschaft, insbesondere die Frage, ob ein Einzel- oder ein Berufsausübungsgesellschaftsmandat erteilt wurde, ist von der gewählten Rechtsform abhängig (s.u. Rn. 16). Führt eine Pflichtverletzung des Rechtsanwalts zu einem Schadensersatzanspruch des Mandanten, kann dieser gegen den Vergütungsanspruch des Rechtsanwalts aufrechnen. Das Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht sieht eine Schlichtungsstelle (Ombudsmann) für Streitigkeiten zwischen Anwalt und Mandant vor.<sup>19</sup>

13 BGH, Urteil vom 16.9.2010, Az.: IX ZR 203/08 = NJW 2010, 3576.

14 BGH, Urteil vom 6.11.2008, Az.: IX ZR 158/07 = NJW 2009, 1806, 1807.

15 Übersicht über die Rspr. des BGH zum Anwaltshaftungsrecht bei Jungk, NJW 2022, 3551.

16 Henssler/Özcan/Sossna, JuS 2022, 385, 393.

17 BGH, Urteil vom 27.1.2000, Az.: IX ZR 354/98 = NJW 2000, 1267.

18 BGH, Beschluss 18.7.2007, Az.: XII ZB 32/07 = NJW 2007, 2778.

19 BGBl. I, 2449; Die Schlichtungsstelle mit aktuellen Tätigkeitsberichten findet man unter <http://www.schlichtungsstelle-der-rechtsanwaltschaft.de> (abgerufen 3.5.2023).

#### 4. Vergütung des Rechtsanwalts

Der Rechtsanwalt erhält für seine Tätigkeit **Gebühren** nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG),<sup>20</sup> die sich im Grundsatz nach dem sog. Gegenstandswert richten (§ 2 Abs. 1 RVG). Richten sich die Gebühren nach dem Gegenstandswert, hat der Rechtsanwalt vor Übernahme des Auftrags hierauf hinzuweisen (§ 49 b Abs. 5 BRAO). Zulässig ist die Vereinbarung einer Zeit- oder einer Pauschalvergütung. Es ist unzulässig, **geringere Gebühren** und Auslagen zu vereinbaren oder zu fordern, als das RVG vorsieht, soweit dieses nichts anderes bestimmt.<sup>21</sup> Im Einzelfall darf der Rechtsanwalt besonderen Umständen in der Person des Auftraggebers, insbesondere dessen Bedürftigkeit, Rechnung tragen durch Ermäßigung oder Erlass von Gebühren oder Auslagen nach Erledigung des Auftrags (§ 49 b Abs. 1 S. 2 BRAO). In außergerichtlichen Angelegenheiten sind seit 2006 **Honorarvereinbarungen** erforderlich (§ 34 RVG). Die gesetzlich festgelegten Gebühren für Beratung und Gutachten sind entfallen. Wird keine Honorarvereinbarung getroffen, erhält der Rechtsanwalt die Gebühren nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts (§ 612 Abs. 2 BGB). Die Vereinbarung eines sog. **Erfolgshonorars** war bis 2008 unzulässig. Danach ließ § 4 a RVG die Vereinbarung eines Erfolgshonorars (§ 49 b Abs. 2 S. 1 BRAO) für den Einzelfall zu. Ein solches durfte nur dann vereinbart werden, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde. In einem gerichtlichen Verfahren darf dabei für den Fall des Misserfolgs vereinbart werden, dass keine oder eine geringere als die gesetzliche Vergütung zu zahlen ist, wenn für den Erfolgsfall ein angemessener Zuschlag auf die gesetzliche Vergütung vereinbart wird. Vorausgegangen war der Änderung eine Entscheidung des BVerfG, das 2006 entschieden hatte, dass das (damalige) Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare mit Art. 12 Abs. 1 GG insoweit nicht vereinbar war, als es keine Ausnahme für den Fall zuließ, dass der Rechtsanwalt mit der Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung besonderen Umständen in der Person des Auftraggebers Rechnung trug, die diesen sonst davon abhielten, seine Rechte zu verfolgen<sup>22</sup>. Durch das Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt<sup>23</sup> ist das Erfolgshonorar neu geregelt worden: Ein Erfolgshonorar darf nur vereinbart werden, wenn sich der Auftrag auf eine Geldforderung von höchstens 2 000 Euro bezieht, eine Inkassodienstleistung außergerichtlich oder in einem der in § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 genannten Verfahren erbracht wird oder der

10

20 *Hartung*, Das neue Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, NJW 2004, 1409; *Henssler*, Aktuelle Praxisfragen anwaltlicher Vergütungsvereinbarungen, NJW 2005, 1537.

21 Zur Vereinbarkeit von Gebührenordnungen für Rechtsanwälte mit dem europäischen Wettbewerbsrecht s. EuGH, Urteil vom 5.12.2006, Az.: C-94/04 und C-202/04, Slg. 2006, I-11421 und *Hellwig*, Anwaltliches Berufsrecht in Europa, AnwBl 2011, 77, 78.

22 BVerfG, Beschluss vom 12.12.2006, Az.: 1 BvR 2576/04 = NJW 2007, 979.

23 Entwurf eines Gesetzes zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt, [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Rechtsdienstleistungsmarkt.pdf;jsessionid=2E7177CFCC570AF76EC141433E9F1F18.2\\_cid334?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Rechtsdienstleistungsmarkt.pdf;jsessionid=2E7177CFCC570AF76EC141433E9F1F18.2_cid334?__blob=publicationFile&v=2) (abgerufen am 22.5.2021); Der Bundestag hat in der Nacht vom 10.6.2021 auf den 11.6.2021 das Gesetz verabschiedet. Das Gesetz hat am 25.6.2021 den Bundesrat passiert und wird am 1.10.2021 in Kraft treten. *Stadler*, Verbraucherschutz durch die erneute Reform des Rechtsdienstleistungsgesetzes, VuR 2021, 123; *Kilian*, Anwaltliche Erfolgshonorare? – Eine evidenzbasierte Annäherung, NJW 2021, 445.

Auftraggeber im Einzelfall bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde.<sup>24</sup>

### 5. Zulassung als Anwalt

- 11 Die **Zulassung** als Anwalt erfolgt auf Antrag des Bewerbers, der die Befähigung zum Richteramt nachweisen muss (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 BRAO). Die BRAO enthält einzelne Versagungsgründe, eine Bedarfsprüfung darf nicht erfolgen (Grundsatz der freien Advokatur). Der Rechtsanwalt wird nicht mehr bei einem bestimmten AG oder LG zugelassen. Mit der Zulassung zur Anwaltschaft ist heute sofort der Zugang zu allen AG, LG und OLG verbunden. Eine Mindest-Berufserfahrung als Voraussetzung für die Berechtigung, vor den OLG auftreten zu können (früher fünf Jahre), gibt es nicht mehr. Der Rechtsanwalt muss im Bezirk der Rechtsanwaltskammer, deren Mitglied er ist, eine Kanzlei einrichten und unterhalten (§ 27 Abs. 1 BRAO). Daneben kann der Rechtsanwalt auch zur Syndikusrechtsanwaltschaft zugelassen werden (§ 46 a BRAO). Inhaltlich bestehen für die Zulassung keine Unterschiede gegenüber der Zulassung als Rechtsanwalt, die Zulassung ist aber rein tätigkeitsbezogen.<sup>25</sup> Der **Syndikusanwalt** ist nicht bei einem Rechts- oder Patentanwalt bzw. einer Berufsausübungsgesellschaft angestellt, sondern bei einem nicht-anwaltlichen Arbeitgeber.
- 12 Die zunehmende **Spezialisierung** der Rechtsanwälte wird durch die Einrichtung von Fachanwälten dokumentiert (§ 43 c BRAO). 2023 registrierte die BRAK 58.339 Fachanwälte in den Bereichen Agrarrecht, Arbeitsrecht, Bank- und Kapitalmarktrecht, Bau- und Architektenrecht, Erbrecht, Familienrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, Handels- und Gesellschaftsrecht, Informationstechnologierecht, Insolvenzrecht, Informationstechnologierecht, Internationales Wirtschaftsrecht, Medizinrecht, Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Migrationsrecht, Sozialrecht, Sportrecht, Steuerrecht, Strafrecht, Transport- und Speditionsrecht, Urheber- und Medienrecht, Vergaberecht, Verkehrsrecht, Versicherungsrecht, Verwaltungsrecht.<sup>26</sup> Ein Rechtsanwalt darf drei Fachanwaltsbezeichnungen führen (§ 43 c Abs. 1 S. 3 BRAO). Die Bestimmung verstößt nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>27</sup>

### III. Anwaltszwang, Lokalisationsprinzip

- 13 Gemäß § 78 Abs. 1 herrscht vor den LG und vor allen Gerichten des höheren Rechtszugs (OLG/BGH) **Anwaltszwang**. In Familiensachen besteht gemäß § 114 Abs. 1 FamFG ein weitergehender Anwaltszwang. Die Parteien sind, soweit Anwaltszwang besteht, allein nicht postulationsfähig (§ 7 Rn. 31) und können daher keine wirksamen Prozesshandlungen vor Gericht vornehmen. Vor den AG ist eine Vertretung durch Rechtsanwälte nicht erforderlich. Entschließt sich eine Partei auf eigene Faust zu prozessieren, so kann sie gem. § 496 die Klage, Klageerwiderung sowie sonstige Anträge und Erklärungen mündlich zu Protokoll der Geschäftsstelle erklären. Gemäß § 129 a Abs. 1 können Anträge und Erklärungen, deren Abgabe vor dem Urkundsbeamten

---

24 *Mayrhofer*, Gleichstellung von Rechtsanwälten und registrierten Inkassodienstleistern bei der Einziehung fremder oder abgetretener Forderungen?, ZfPW 2023, 110; *Bell/Rücker*, Die Neuregelung des Erfolgshonorars – Zu § 4 a I Nr. 1 RVG, NZM 2022, 353.

25 *Offermann-Burckart*, Das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte, NJW 2016, 113.

26 [https://www.brak.de/fileadmin/04\\_fuer\\_journalisten/statistiken/2023/2023-Fachanwaltschaften.pdf](https://www.brak.de/fileadmin/04_fuer_journalisten/statistiken/2023/2023-Fachanwaltschaften.pdf) (abgerufen 2.5.2023).

27 BGH, Beschluss vom 4.4.2005, Az.: AnwZ (B) 19/04 = NJW 2005, 1711.

der Geschäftsstelle zulässig ist, vor der Geschäftsstelle eines jeden AG zu Protokoll abgegeben werden. Durch das Gesetz zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten soll auch die Abgabe von Anträgen und Erklärungen zu Protokoll der Geschäftsstelle per Bild- und Tonübertragung zugelassen werden (§ 129 a Abs. 2 ZPO-E). Die persönliche Anwesenheit der Rechtsuchenden in der Rechtsantragstelle wird dann nicht mehr vorausgesetzt.

Bei der örtlichen Auswahl des Rechtsanwalts ist der Mandant seit 2002 frei: Jeder bei irgendeinem AG, LG bzw. OLG zugelassene (§ 23 BRAO) Rechtsanwalt ist vor allen deutschen Gerichten grundsätzlich zugelassen. Das **Lokalisationsprinzip** besteht nur für den BGH fort (§ 78 Abs. 1 S. 3 ZPO, § 114 Abs. 2 FamFG). Reformbestrebungen, die Singularzulassung entfallen zu lassen und allen Anwälten Zugang zum BGH zu gewähren, sind zuletzt 2019 gescheitert.<sup>28</sup> Das BVerfG hat wiederholt Beschwerden von Anwälten zurückgewiesen, die die Zulassung beim BGH anstrebten. Eine leistungsfähige und in Revisionsachen besonders qualifizierte Anwaltschaft stärkte die Rechtspflege und entlastete den BGH, so das BVerfG. Damit bleiben die derzeit 40 Rechtsanwälte am BGH vor der Konkurrenz durch die übrigen Anwälte geschützt.<sup>29</sup> Umgekehrt darf ein beim BGH zugelassener Anwalt nur vor dem BGH, den anderen obersten Gerichtshöfen des Bundes, dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe und dem BVerfG auftreten, nicht aber vor den Instanzgerichten (§ 172 Abs. 1 S. 1 BRAO).

14

#### IV. Europäische Rechtsanwälte in Deutschland

Die Berufsausübung ausländischer Anwälte aus Staaten der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums ist durch das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG) geregelt.<sup>30</sup> Der in Deutschland **niedergelassene europäische Rechtsanwalt** kann unter seiner heimatlichen Berufsbezeichnung die Tätigkeit eines inländischen Rechtsanwalts ausüben (§ 2 Abs. 1 EuRAG). Die **Zulassung zur deutschen Rechtsanwaltschaft** unter der deutschen Berufsbezeichnung erfolgt nach mindestens dreijähriger effektiver und regelmäßiger nachgewiesener Tätigkeit auf dem Gebiet des deutschen Rechts (§§ 11, 12 EuRAG). Die Zulassung bewirkt eine Gleichstellung europäischer Rechtsanwälte mit deutschen Rechtsanwälten, die die Befähigung zum Richteramt nachweisen. Ein **vorübergehend dienstleistender europäischer Rechtsanwalt** darf zwar als Anwalt erster und zweiter Instanz tätig sein, muss das aber im Einvernehmen mit einem deutschen Rechtsanwalt (Einvernehmensanwalt, sog. Gouvernantenklause) tun (§ 28 EuRAG).<sup>31</sup>

15

28 <https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/brak-hauptversammlung-bgh-anwaltschaft-bleibt-wahlerfahren-wird-modifiziert> (abgerufen 14.6.2023). Zum Hintergrund *Deckenbrock*, BGH-Anwaltschaft – notwendige Filterfunktion oder überkommene Tradition?, ZRP 2018, 106.

29 BVerfG, Beschluss vom 13.6.2017, Az.: 1 BvR 1370/16 = NJW 2017, 2670; BVerfG, Beschluss vom 31.10.2002, Az.: 1 BvR 819/02 = NJW 2002, 376; BVerfG, Beschluss vom 27.2.2008, Az.: 1 BvR 1245/07; BVerfG, Beschluss vom 27.2.2008, Az.: 1 BvR 1295/07 = NJW 2008, 1293. BGH Anwälte unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de) <Das Gericht><Organisation><Weitere Verfahrensbeteiligte><Zugelassene Rechtsanwälte> (abgerufen 14.6.2023). Zur Diskussion *Nirk*, NJW 2007, 3184.

30 Gesetz zur Umsetzung der Berufsanerkenntnisrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe vom 12.5.2017, BGBl. I S. 1121.

31 S. dazu EuGH Urteil vom 11.12.2003, Rs. C-289-02, ZPInt 8 (2003) 527 m. Anm. *Adolphsen* 534.

## V. Anwaltsorganisation

### 1. Kooperationsformen

- 16 Zum 1.8.2022 ist die sog. **Große BRAO-Reform** in Kraft getreten.<sup>32</sup> Sie enthält eine umfassende Neuregelung der Organisation anwaltlicher Berufsausübung. Das bisherige Recht spiegelte nicht mehr ausreichend die veränderten Organisationsanforderungen (Spezialisierung, Zusammenarbeit in großen Einheiten) anwaltlicher Berufstätigkeit wider, war immer wieder vorsichtig angepasst worden, ohne eine kohärente Lösung bieten zu können. 2007 waren schon die Sozietätsmöglichkeiten für Rechtsanwälte erweitert worden (sog. kleine BRAO-Reform). Gem. § 59 a BRAO a.F. durften sich Rechtsanwälte mit Mitgliedern einer Rechtsanwaltskammer und der Patentanwaltskammer, mit Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern zur gemeinschaftlichen Berufsausübung im Rahmen der eigenen beruflichen Befugnisse verbinden. Der Gesetzgeber erkannte spätestens nach zwei Entscheidungen des BVerfG, das die Regeln zum zulässigen Gesellschafterkreis und die Mehrheitserfordernisse in berufsübergreifenden Berufsausübungsgesellschaften als verfassungswidrig einstufte, Handlungsbedarf. Dabei hat sich der Gesetzgeber stark an einem von *Henssler* erarbeiteten Diskussionsentwurf des DAV orientiert.<sup>33</sup> Im Ergebnis wurde das Organisationsrecht stark liberalisiert, die Berufsausübungsgesellschaften in den Mittelpunkt gestellt und die sozietätsfähigen Berufe stark ausgeweitet.
- 16a Im Mittelpunkt steht die **Neuregelung der Berufsausübungsgesellschaften** (BAG) (§ 59 b BRAO). Diese ist rechtsdienstleistungsbefugt (§ 59 k BRAO, die Norm hat nur klarstellende Funktion, da dies aufgrund der Rechtsprechung des BGH schon der Fall war), ist selbst Träger eigener Berufspflichten (§ 59 e BRAO, bisher waren nur Rechtsanwalts- und Patentanwalts-gesellschaften Träger von Berufspflichten, nicht aber Zusammenschlüsse in anderen Rechtsformen) und ist selbst postulationsfähig (§ 59 i BRAO, postulationsfähig sind nun sämtliche Berufsausübungsgesellschaften. Alle Berufsausübungsgesellschaften haben die gleichen Rechte und Pflichten wie ein Rechtsanwalt). Berufsausübungsgesellschaften, bei denen Rechtsanwälte die Mehrheit der Stimmrechte innehaben und bei denen die Mehrheit der Mitglieder des Geschäftsführungorgans Rechtsanwälte sind, dürfen die Bezeichnung „Rechtsanwalts-gesellschaft“ führen (§ 59 p BRAO).
- 16b Während Anwaltssozietäten bisher vor allem als Personengesellschaften, als GbR oder PartG auftraten, folgt der Gesetzgeber jetzt dem **Grundsatz gesellschaftsrechtlicher Organisationsfreiheit**: gem. 59 b BRAO können Berufsausübungsgesellschaften alle Rechtsformen deutschen Gesellschaftsrechts, europäischen Gesellschaftsrechts und Rechtsformen eines Mitgliedstaats der EU und eines Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum nutzen. Die Zulässigkeit der Nutzung des Rechts der Handelsgesellschaften wird ausdrücklich hervorgehoben (§ 59 b Abs. 2 Nr. 1 a.E. BRAO), um die Nutzung der GmbH & Co KG zu ermöglichen.

---

32 BGBL I 2021, 2363. Dazu *Stöber*, Die Neuregelung des Rechts der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften, DStR 2021, 2137; *Kilian*, Die Neuregelung der interprofessionellen Berufsausübung für Rechtsanwälte, Steuerberater und Patentanwälte, NJW 2022, 2577; *ders.*, Das reformierte Berufsrecht der Anwaltschaft, NJW 2021, 2385; *Özman/Henssler/Sossna*, Anwaltliches Berufsrecht, JuS 2022, 385. Gleichzeitig erfolgte die Änderung des Steuerberatungsgesetzes und der Patentanwaltsordnung.

33 *Henssler*, DAV-Diskussionsvorschlag zum anwaltlichen Gesellschaftsrecht, Gesetzentwurf zur Reform des Berufsrechts der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften, AnwBl Online 2018, 564 (<https://anwaltsblatt.att.anwaltverein.de/files/anwaltsblatt.de/anwaltsblatt-online/2018-564.pdf> (abgerufen am 3.5.2023)).

Durch § 59 c BRAO erfolgte eine erhebliche **Ausweitung sozietätsfähiger Berufe**. Das BVerfG hatte 2016 das Verbot einer interprofessionellen Zusammenarbeit mit Angehörigen von Berufen außerhalb der dem Rechtsanwaltsberuf vergleichbaren Berufsgruppen (Patentanwälte, Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer) insoweit für verfassungswidrig erklärt, als die interprofessionelle Zusammenarbeit von Rechtsanwälten mit Ärzten und Apothekern in einer Partnerschaftsgesellschaft erfolgte.<sup>34</sup> Nun lässt das Gesetz die Zusammenarbeit in der BAG mit allen freien Berufen i.S. § 1 Abs. 2 PartG zu.

16c

## 2. Haftung in Abhängigkeit der gewählten Rechtsform

Die Wahl der Rechtsform und der immer wieder auch vor Gerichten ausgetragene Streit um die Zulassung bestimmter Rechtsformen hat steuer- und haftungsrechtliche Gründe, die für die Rechtsanwaltschaft im Wettbewerb auf einem globalen und europäischen Rechtsdienstleistungsmarkt von erheblicher Bedeutung sind. Die Zulassung bestimmter Rechtsformen bestimmt das Gesellschafts- und das anwaltliche Berufsrecht. Die Haftung der in einer Gesellschaftsform zusammengeschlossenen Rechtsanwälte richtet sich nach Gesellschaftsrecht. Eine Sozietät ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, soweit nicht eine andere Rechtsform gewählt wird. Seit 2001 ist die **Teilrechtsfähigkeit** der GbR anerkannt.<sup>35</sup> Ab 1.1.2024 gilt § 705 Abs. 2 BGB n.F. i.V.m. § 721 S. 1 BGB n.F.<sup>36</sup> Der Vertrag wird zwischen dem Mandanten und der GbR geschlossen. Die Folge war bis zur großen BRAO Reform (s.o. Rn. 16) analog der OHG die Begründung eigener Verbindlichkeiten der GbR und die akzessorische persönliche Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der GbR analog § 128 HGB. Seither gilt § 52 Abs. 2 BRAO: Die Mitglieder einer Berufsausübungsgesellschaft ohne Haftungsbeschränkung haften aus dem zwischen ihr und dem Auftraggeber bestehenden Vertragsverhältnis als Gesamtschuldner. Die persönliche Haftung auf Schadensersatz kann auch durch vorformulierte Vertragsbedingungen beschränkt werden auf einzelne Mitglieder einer Berufsausübungsgesellschaft ohne Haftungsbeschränkung, die das Mandat im Rahmen ihrer eigenen beruflichen Befugnisse bearbeiten und namentlich bezeichnet sind. Die Zustimmungserklärung zu einer solchen Beschränkung darf keine anderen Erklärungen enthalten und muss vom Auftraggeber unterschrieben sein. § 8 Absatz 1 und 2 PartGG enthalten eine § 52 Abs. 2 BRAO vorgehende Spezialregelung für die Partnerschaftsgesellschaft.<sup>37</sup> Die Folge ist ein Einzelmandat, bei dem die Haftung auf einzelne Mitglieder der Berufsausübungsgesellschaft beschränkt ist. Wird der Anwaltsvertrag mit einer Berufsausübungsgesellschaft geschlossen, haften alle Mitglieder.

17

Wird die Berufsausübungsgesellschaft als **Partnerschaft** i.S. des Partnerschaftsgesetzes geführt, haften die Partner gem. § 8 Abs. 1 PartGG neben der Partnerschaft als Gesamtschuldner. Allerdings erfolgt durch § 8 Abs. 2 PartGG 1988 eine Haftungskonzentration auf den handelnden Partner. Die Regelung geht § 52 BRAO vor.

<sup>34</sup> BVerfG, Beschluss vom 12.1.2016, Az.: 1 BvL 6/13.

<sup>35</sup> BGH, Urteil vom 29.1.2001, Az.: II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341 (344 ff.) = NJW 2001, 1056 – ARGE Weißes Ross; ebenso dann BGH, Beschluss vom 18.2.2002, Az.: II ZR 331/00 = NJW 2002, 1207 (Folgeentscheidung).

<sup>36</sup> Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), BGBl. 2021 I 3436.

<sup>37</sup> Bt.Drs. 19/27670 S. 173.

Bei einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartGmbH) ist in § 8 Abs. 4 PartGG eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen vorgesehen, wenn die dort genannten Voraussetzungen vorliegen.

Bei einer in der Form der GmbH oder AG organisierten Berufsausübungsgesellschaft haften die Gesellschafter, egal ob Rechtsanwälte oder andere Freiberufler, für schlechte Vertragserfüllung anwaltlicher Dienstleistungen der Gesellschaft nicht persönlich.

Durch die Rechtsprechung zur Teilrechtsfähigkeit der GbR ist es zu Änderungen der Rechtsprechung für **Altverbindlichkeiten** in Sozietäten gekommen: Tritt ein Rechtsanwalt in eine bestehende Anwalts-GbR ein, gilt § 130 HGB entsprechend. Der Eintretende haftet damit akzessorisch auch für Altverbindlichkeiten.<sup>38</sup> Schließt sich ein Rechtsanwalt mit einem bisher als Einzelanwalt tätigen anderen Rechtsanwalt zur gemeinsamen Berufsausübung in einer Sozietät in der Form einer GbR zusammen, so haftet er nicht entsprechend § 28 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 128 S. 1 HGB für die im Betrieb des bisherigen Einzelanwalts begründeten Verbindlichkeiten, weil das Tatbestandsmerkmal „Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns“ nicht erfüllt ist und den Gesellschafter nicht wie den Gesellschaftern einer OHG (§ 28 Abs. 2 HGB) die Möglichkeit offensteht, einer abweichenden Vereinbarung durch Eintragung in das Handelsregister Dritten gegenüber Geltung zu verleihen.<sup>39</sup> Ab 2024 gilt insoweit § 721 a S. 1 BGB.

- 18 Besonders auf dem wirtschaftsrechtlich ausgerichteten Beratungsmarkt war nach einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1989, der überörtliche Sozietäten für zulässig erklärt,<sup>40</sup> geradezu eine Welle von Übernahmen US-amerikanischer und Londoner *law firms* und zahlreiche mehr oder minder freiwillige und erfolgreiche Fusionen deutscher und anglo-amerikanischer Kanzleien zu beobachten.<sup>41</sup> Auf diese Weise sind auch in deutschen Städten riesige *law firms* entstanden, die sich vom hergebrachten Bild des deutschen Rechtsanwalts deutlich unterscheiden. Die Globalisierung der Wirtschaft, die nationale Grenzen nicht kennt bzw. nicht beachtet, hat auch zu einer die Wirtschaft beratenden globalen anwaltlichen Beratungspraxis geführt. In diesen *law firms* sind zwar nur etwa 10 % aller deutschen Rechtsanwälte tätig, die Firmen verteilen jedoch weitgehend unter sich den *high end* Bereich des Marktes der Rechtsberatung. Das jährlich erscheinende Juve-Handbuch Wirtschaftskanzleien enthält ein Ranking der Kanzleien in Deutschland. Deutsche Kanzleien sind im Vordergrund eine geringe Minderheit.<sup>42</sup>
- 19 Die Anwaltschaft selbst ist in Kammern (Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 62 BRAO)) gegliedert. An jedem OLG besteht eine **Rechtsanwaltskammer**, der die Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsgesellschaften des jeweiligen OLG-Bezirks angehören (§ 60 BRAO), die wiederum der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK)<sup>43</sup> angehört (§ 174 BRAO). Aufgabe der Kammern ist die Selbstverwaltung der Anwaltschaft. Pflichtverletzungen werden durch Ehrengerichte geahndet (§§ 113 ff. BRAO).

38 BGH, Urteil vom 7.4.2003, Az.: II ZR 56/02 = BGHZ 154, 370 = NJW 2003, 1803.

39 BGH, Urteil vom 17.11.2011, Az.: IX ZR 161/09 = NJW-RR 2012, 239; das Urteil bestätigt BGH, Urteil vom 22.1.2004, Az.: IX ZR 65/01, 157, 361 = NJW 2004, 836.

40 BGH, Beschluss vom 18.9.1989, Az.: AnwZ (B) 30/89 = BGHZ 108, 290 (293) = NJW 1989, 2890.

41 Huff, BRAK-Mitt. 2002, 3; Kreifels, BRAK-Mitt. 2002, 8.

42 <https://www.juve.de/juve-rankings/deutschland/nationaler-ueberblick/#nationaler-ueberblick-top-50> (abgerufen am 3.5.2023).

43 [www.brak.de](http://www.brak.de) (abgerufen 14.6.2023).

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

---

- > Wenn der Rechtsanwalt eine Frist zur Einlegung des Rechtsmittels versäumt, kann der Mandant dann trotzdem das Rechtsmittel noch einlegen oder müsste er anders vorgehen?
- > Darf ein Rechtsanwalt geringere oder höhere Gebühren verlangen als im RVG vorgesehen?
- > Vor welchen Gerichten muss ein Rechtsanwalt zugezogen werden? Kann ein örtlicher Rechtsanwalt in ganz Deutschland vor allen Gerichten auftreten?
- > Welche Rechtsformen stehen für Rechtsanwaltskanzleien zur Verfügung?

## § 6 Die Auswahl des Gerichts

- 1 Nach der Prüfung der materiellen Rechtslage prüft ein Rechtsanwalt noch nicht die Zulässigkeit einer eventuellen Klage. Er muss zunächst klären, in welcher **Verfahrensart** das Ziel des Mandanten am ehesten erreicht werden kann und den Mandanten entsprechend beraten. Kann ein Mahnverfahren (§§ 33 ff.) gewählt werden, soll zunächst ausschließlich oder parallel ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zur Sicherung der Zwangsvollstreckung betrieben werden (§§ 38 ff.), kann im Urkundsprozess vorgegangen werden (§ 34) oder liegt eine Schiedsvereinbarung vor, die den Weg vor die staatlichen Gerichte versperrt, so dass ein Schiedsverfahren einzuleiten ist? Die Darstellung dieser Verfahrensarten erfolgt hier jedoch in einem gesonderten Abschnitt, obwohl sie hierher gehörte, wenn man Prozess als Fortgang (*procedere* = fortschreiten) definiert und die Darstellung auch so aufbaut. Für den Anfänger ist es leichter, zunächst von dem Fall einer erstinstanzlichen Klage auszugehen und auf dieser Kenntnisgrundlage dann andere alternative Verfahrensarten kennen zu lernen.
- 2 Wenn dies landesrechtlich vorgeschrieben ist, muss vor der Klagerhebung die **obligatorische Schlichtung** durchgeführt werden (§ 10 Rn. 1 ff.). Wird nicht gleichzeitig mit der Klage eine Bescheinigung über einen erfolglosen Einigungsversuch eingereicht, so fehlt eine Prozessvoraussetzung, so dass die Klage schon nicht zuzustellen ist (Schema B I). Wird das Fehlen vor der Zustellung nicht bemerkt, ist die Klagerhebung zwar wirksam (es kommt ein Prozessrechtsverhältnis zustande), die Klage ist aber wegen Fehlens einer Sachentscheidungsvoraussetzung unzulässig und durch Prozessurteil abzuweisen (Schema B II).
- 3 Um eine Klage an das Gericht zu senden, muss der Anwalt das **zuständige Gericht** ermitteln. Hierbei stellt sich eine Reihe auch im 1. Staatsexamen relevanter Fragen: Dies sind zunächst die Fragen nach der internationalen Zuständigkeit, nach dem richtigen Rechtsweg, der sachlichen und der örtlichen Zuständigkeit.

### I. Internationale Zuständigkeit

- 4 Sobald ein Streit in irgendeiner Form einen **Auslandbezug** hat, ist immer zu prüfen, ob die Gerichte des eigenen oder die eines anderen Staates berufen sind, den Fall zu entscheiden. Durch die internationale Wirtschaftsverflechtung aber auch die zunehmende, für Europa im Lissabon Vertrag für den wirtschaftlichen Bereich garantierte persönliche Mobilität, sind heute derartige Fälle viel häufiger als noch vor einigen Jahrzehnten.
- 5 Die internationale Zuständigkeit hat eine gegenüber den anderen Zuständigkeiten ungleich bedeutendere Rolle: Sie nimmt die **Souveränitätsabgrenzung** unter den einzelnen Staaten vor. Die Folgen der Bejahung der internationalen Zuständigkeit durch ein nationales Gericht sind folgende:
  - Die Gerichte eines Landes wenden im Verfahren immer ihr Verfahrensrecht an (*lex fori*-Prinzip). Ein deutsches Gericht wendet immer die ZPO an, weil z.B. der gesamte technische Ablauf am Gericht, vor allem die Arbeit der Geschäftsstelle, an deren Regeln orientiert ist.
  - Die Gerichte eines Landes wenden immer ihr eigenes Kollisionsrecht an, mit dem sie das in der Sache anwendbare Recht ermitteln. Deutsche Gerichte wenden vor allem das europäische Sekundärrecht (Rom-Verordnungen) und das EGBGB an.

Verweist das Kollisionsrecht auf ein ausländisches Recht, so wenden deutsche Gerichte jedoch ausländisches materielles Recht an.

Durch kompetente anwaltliche Beratung kann daher schon bei der Auswahl der internationalen Zuständigkeit ein Forum ermittelt werden, das über die Schnittstelle des Kollisionsrechts zu einer für den Kläger günstigen Entscheidung in der Sache gelangt. Diese Auswahlfreiheit wird als **forum shopping** bezeichnet.

Der Themenbereich, mit dem wir es hier zu tun haben, ist der des **Internationalen Zivilprozessrechts**. Die internationale Zuständigkeit ist vor allem in der EuGVO (Brüssel Ia-VO) geregelt (§ 2 Rn. 35). Diese knüpft die internationale Zuständigkeit grundsätzlich an den Wohnsitz des Beklagten (Art. 4 Abs. 1 EuGVO), bei juristischen Personen an deren Sitz (Art. 63 EuGVO) an. Ist die EuGVO nicht anwendbar, werden die Regeln der ZPO über die örtliche Zuständigkeit (§§ 12 ff.) auch für die internationale Zuständigkeit genutzt (Doppelfunktionalität): Sind deutsche Gerichte in einem Fall mit Auslandsbezug örtlich zuständig, ergibt sich daraus auch die internationale Zuständigkeit.

## II. Rechtsweg

Sind deutsche Gerichte international zuständig, stellt sich die Frage nach dem richtigen Rechtsweg. Vor die Zivilgerichte kommen – vorbehaltlich anderer gesetzlicher Regelungen – alle bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten (§ 13 VVG).

### 1. Unterteilung in fünf Rechtswege

In Deutschland ist die rechtsprechende Gewalt nicht einer einheitlichen Gerichtsbarkeit zugewiesen, vielmehr sind – bei Vorrang der Verfassungsgerichtsbarkeit<sup>1</sup> – je nach der Eigenart der Rechtsstreitigkeiten fünf selbstständige Gerichtsbarkeiten zu unterscheiden (Art. 95 Abs. 1 GG). Dies sind die ordentliche Gerichtsbarkeit, die Verwaltungs-, Finanz-, Sozial- und die Arbeitsgerichtsbarkeit. Jede dieser Gerichtsbarkeiten hat ein oberstes Bundesgericht: den BGH in Karlsruhe, das BVerwG in Leipzig, den BFH in München, das BSG in Kassel und das BAG in Erfurt. Immer wieder gibt es Pläne zur Zusammenlegung von Sozial- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, die bisher aber alle nicht realisiert wurden.

Andere Länder kennen die Trennung in verschiedene Rechtswege nicht. In den USA beispielsweise entscheiden die gleichen Gerichte über zivilrechtliche und verwaltungsrechtliche Streitigkeiten.

Die **ordentliche Gerichtsbarkeit** (der Begriff rührt historisch daher, dass nur diese wirklich unabhängig war) unterteilt sich in die Straf- und die Zivilgerichtsbarkeit. Die Abgrenzung der **Strafgerichtsbarkeit** von der Zivilgerichtsbarkeit ist einfach und klar. Die Strafgerichtsbarkeit dient der Entscheidung über das dem Staat zustehende Recht zur Verhängung einer für ein unerlaubtes Verhalten angedrohten Strafe und ihrer Vollstreckung. In der Zivilgerichtsbarkeit handelt es sich nach dem oben Gesagten um die Verwirklichung privater Rechte und Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien. In der Strafgerichtsbarkeit leitet das Interesse der Öffentlichkeit an der Bestrafung des Schul-

1 Zur institutionellen Trennung von Fachgerichtsbarkeiten und Verfassungsgerichtsbarkeit s. *Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 79, 105.

digen, in der Zivilgerichtsbarkeit das Interesse des Einzelnen an der Durchsetzung seines subjektiven Rechts das Verfahren.

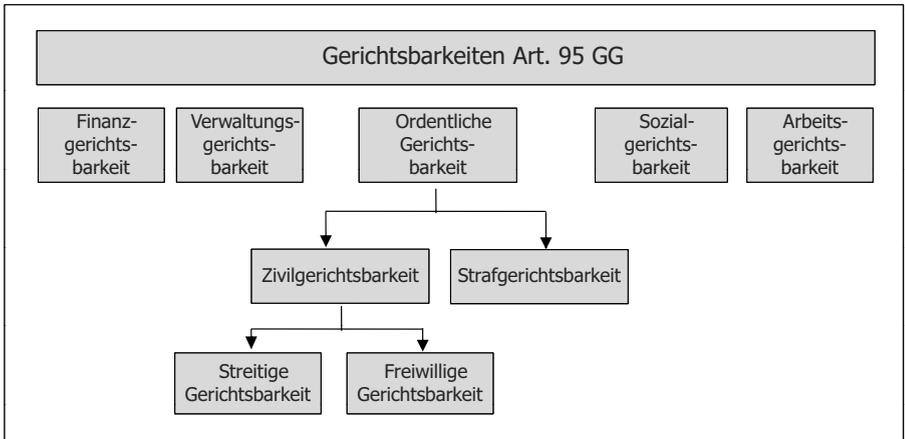


Abb. 5 Gerichtsbarkeiten

- 12 Die Zivilgerichtsbarkeit umfasst die streitige und die **freiwillige Gerichtsbarkeit**.<sup>2</sup> Die Begriffe sind verwirrend, weil weder in dem einen Bereich nur Streit herrscht noch im anderen Freiwilligkeit vorliegt. Die freiwillige Gerichtsbarkeit beinhaltet im Wesentlichen verwaltende Tätigkeiten für ganz verschiedene Angelegenheiten (z.B. Betreuungs- und Unterbringungssachen, Nachlass- und Teilungssachen, Registersachen, Freiheitsentziehungssachen und Aufgebotssachen). Die Abgrenzung lässt sich nicht abstrakt, sondern nur aufgrund der ausdrücklichen Zuweisung an ZPO oder FamFG vornehmen.
- 13 Die für das Examen wichtigste **Abgrenzung** ist die der **Zivil-** von der **Verwaltungsgerichtsbarkeit**.<sup>3</sup> § 40 VwGO enthält hierzu eine zu § 13 GVG komplementäre Generalklausel:
- Zunächst sind die Zivilgerichte zuständig für die Zivilprozesssachen kraft Zuweisung. Dieses sind an sich öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, die aber den Zivilgerichten zugewiesen sind (Art. 14 Abs. 3 S. 4, Art. 19 Abs. 4 S. 2, Art. 34 S. 3 GG, § 40 Abs. 2 VwGO).
  - Daneben sind die Zivilgerichte zuständig für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten.
- 14 Zur Abgrenzung bürgerlich-rechtlicher Streitigkeiten von öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art (§ 40 Abs. 1 VwGO) existieren verschiedene Theorien, die ebenso im Verwaltungsprozessrecht gelehrt werden. Dies sind Interessen-, Subjekts- und Subjektionstheorie.<sup>4</sup>

2 Man kann die freiwillige Gerichtsbarkeit auch als dritten Zweig der ordentlichen Gerichtsbarkeit auf einer Ebene neben Zivil- und Strafgerichtsbarkeit ansehen.

3 Abgrenzung zur Arbeitsgerichtsbarkeit s. §§ 2, 2 a, 3 ArbGG; zur Sozialgerichtsbarkeit s. § 51 SGG; zur Finanzgerichtsbarkeit s. § 33 FGO. Literatur zur Abgrenzung Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit *Bydlinski*, Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, AcP 194 (1994), 319; *Schenke*, Rechtswegabgrenzung, Festgabe BGH, Bd. 3, 2000, S. 45.

4 Ausführlich R/S/G, ZPR, § 14; Thomas/Putzo/Hüßtege, § 13 GVG Rn. 9 ff.

► **Hinweis:** Die für den Studenten wenig hilfreiche aber doch richtige Aussage ist: Keine der Theorien erfasst jeden denkbaren Fall, oft ist eine kombinierte Anwendung zweier oder aller Theorien nötig. Die praktische Bedeutung der Abgrenzung ist viel geringer als es der Lehr- und Lernaufwand für das Examen vermuten lassen: Wird der falsche Rechtsweg gewählt, erfolgt keine Abweisung der Klage, sondern diese wird an den richtigen Rechtsweg verwiesen (dazu sogleich). In beiden Rechtswegen entscheiden unabhängige Richter den Streit, so dass kein Rechtsweg qualitativ schlechter ist als der andere. Die Wahl des falschen Rechtswegs durch die Partei hat allerdings Kostennachteile. ◀

Die Zivilgerichte sind bei der Entscheidung über bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten 15  
 durchaus befugt, öffentlich-rechtliche Vorfragen zu entscheiden.<sup>5</sup>

Die Regeln über die Zulässigkeit des Rechtswegs sind zwingend; Parteiabreden sind 16  
 ohne Einfluss.

## 2. Kompetenzregelung

War der Rechtsweg bei Klageerhebung einmal gegeben, so wird er durch eine Veränderung 17  
 der Umstände nicht unzulässig (§ 17 Abs. 1 S. 1 GVG).

Das zuerst (**Prioritätsprinzip**) angerufene Gericht entscheidet abschließend, unabhängig 18  
 und ohne Mitwirkung des Gerichts des ansonsten in Betracht kommenden Gerichts-  
 zweiges darüber, ob der vom Kläger gewählte Rechtsweg zulässig ist (**Kompe-  
 tenzautonomie**). Die §§ 17–17 b GVG legen dies für alle Gerichtsbarkeiten fest, da  
 deren Verfahrensordnungen auf diese Bestimmungen verweisen (§ 173 VwGO, § 48  
 ArbGG, § 155 FGO, § 202 SGG).

Das erstinstanzliche Gericht kann – bzw. muss dies, wenn eine Partei die Unzulässig- 19  
 keit des Rechtswegs rügt – eine **Vorabentscheidung** über die Zulässigkeit des Rechts-  
 wegs treffen (§ 17 a Abs. 3 GVG). Hält das angerufene Gericht den Rechtsweg für  
 unzulässig, so spricht es dies aus und verweist den Rechtsstreit an das Gericht des  
 zulässigen Rechtswegs (§ 17 a Abs. 2 GVG). Das verwiesene Gericht ist an die Verwei-  
 sung hinsichtlich des Rechtswegs ohne Kontrollmöglichkeit gebunden (§ 17 a Abs. 2  
 S. 3 GVG).<sup>6</sup> Für die sachliche, örtliche und funktionale Zuständigkeit innerhalb des  
 neuen Rechtswegs entfaltet der Beschluss keine Bindungswirkung.

Nach Eintritt der Rechtskraft des Verweisungsbeschlusses (dieser kann gem. § 17 a  
 Abs. 4 S. 4 GVG von den Parteien mit der sofortigen Beschwerde (§ 32 Rn. 2) angegrif-  
 fen werden) wird der Rechtsstreit mit Eingang der Akten beim verwiesenen Gericht  
 anhängig. Die Wirkung der Rechtshängigkeit, die fristwahrende Wirkung der Klage  
 (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB), bleibt bestehen (§ 17 b Abs. 1 GVG). Der Kläger wird inso-  
 weit also so behandelt, als hätte er den zulässigen Rechtsweg gewählt. Die durch die  
 Verweisung entstehenden Mehrkosten hat in jedem Fall der Kläger zu tragen, auch  
 wenn er den Prozess gewinnt (§ 17 b Abs. 2 GVG).

Daraus ergibt sich für den Anwalt die Notwendigkeit, den Rechtsweg sorgfältig zu 20  
 prüfen. Der Mandant kann andernfalls Schadensersatz in Höhe der Mehrkosten vom  
 Rechtsanwalt verlangen bzw. mit diesem Anspruch gegen die Honorarforderung des  
 Anwalts aufrechnen.

<sup>5</sup> S. dazu Thomas/Putzo/Hüßtege, § 13 GVG Rn. 24 ff.

<sup>6</sup> Konkret zur Bindungswirkung BGH, Beschluss vom 14.5.2013, Az.: X ARZ 167/13 = BeckRS 2013, 10091.

**Merke:** Bei Wahl des unzulässigen Rechtswegs erfolgt keine Abweisung der Klage als unzulässig durch Prozessurteil. Daher muss in einer Klausur das Problem des Rechtswegs vor der Zulässigkeit der Klage geprüft werden! (s. Schema A).

### III. Instanzenzug und sachliche Zuständigkeit

- 21 Ist sich der Rechtsanwalt über die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte und den Rechtsweg im Klaren, so hat er zu prüfen, welches Gericht das **Eingangsgesicht** in diesem Rechtsstreit ist. Dies ist die Frage der sachlichen Zuständigkeit.

**Merke:** Die sachliche Zuständigkeit verteilt die Klagen auf die verschiedenen erstinstanzlich zuständigen Gerichte.

Dies sind entweder die AG oder die LG.<sup>7</sup> Entscheidend ist der Gegenstand des Streits (Schema B II 1).

#### 1. Instanzenzug in Zivilsachen

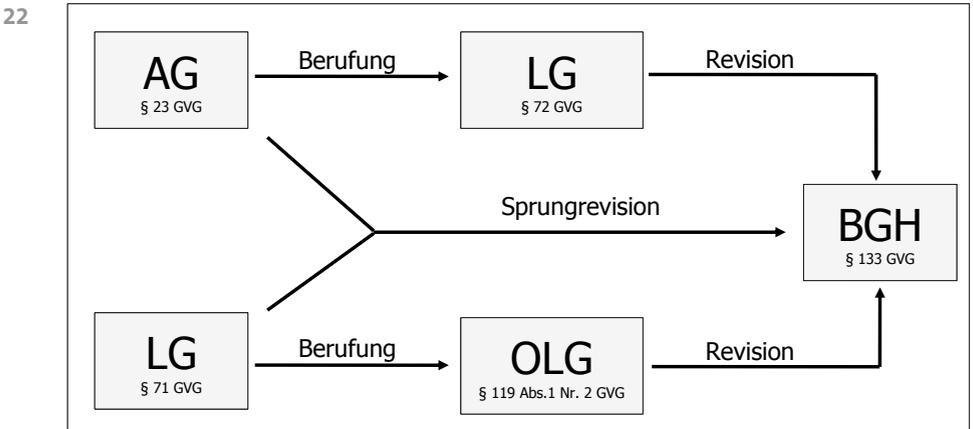


Abb. 6 Instanzenzug in Zivilsachen ohne Familiensachen

#### 2. Gerichtsverfassung

**Literatur:** Huber, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Einzelrichter- und Kammerzuständigkeit, JuS 2011, 114.

- 23 Aus Abb. 6 wird deutlich, dass die Zivilgerichtsbarkeit in Deutschland vierstufig aufgebaut ist. Forderungen, durch die Prozessrechtsreform 2002 einen dreistufigen Aufbau zu realisieren, hätten die Bedeutung der unterschiedlichen Eingangszuständigkeit von AG und LG aufgehoben. Diese haben sich nicht durchgesetzt.
- 24 Der **Begriff des Gerichts** wird in zwei verschiedenen Bedeutungen verwendet: Einmal ist das Gericht in seiner organisatorischen Funktion als Gerichtsbehörde gemeint. Daneben wird der Begriff zur Bezeichnung des prozessual agierenden Spruchkörpers bezeichnet. Dieses ist dann „das erkennende Gericht“.

7 Vertiefend zum landgerichtlichen Verfahren in erster Instanz siehe *Kontusch*, Das Zivilverfahren I. Instanz am Landgericht, JA 2015, 210.

Am AG ist der Richter in Zivilsachen stets als **Einzelrichter** tätig.<sup>8</sup> Er steht dem AG vor (§ 22 Abs. 1, 4 GVG). 25

Am LG bestehen Zivilkammern mit je drei Richtern (§§ 60, 75 GVG). Die Zivilkammer entscheidet jedoch gem. §§ 348, 348 a regelmäßig durch den **Einzelrichter**. In der ersten Instanz entscheidet der originäre Einzelrichter (§ 348 Abs. 1 S. 1). Soweit eine originäre Einzelrichterzuständigkeit nach § 348 nicht begründet ist, überträgt die **Kammer** die Sache durch Beschluss unter den in § 348 a genannten Voraussetzungen auf den obligatorischen Einzelrichter. Dies sind einfach gelagerte Fälle. 2018 wurden §§ 72 a, 119 a GVG eingeführt, wonach bei den LG und OLG's **obligatorische Spezialspruchkörper** eingeführt werden müssen für Streitigkeiten aus Bank- und Finanzgeschäften, aus Bau- und Architektenverträgen sowie aus Ingenieurverträgen, soweit sie im Zusammenhang mit Bauleistungen stehen, Streitigkeiten über Ansprüche aus Heilbehandlungen, sowie Streitigkeiten aus Versicherungsvertragsverhältnissen. 2021 wurde die Regelung um die Bereiche Veröffentlichungsstreitigkeiten, Erbstreitigkeiten und Insolvenzsachen erweitert.<sup>9</sup> Die Spezialekammern treten in ihren Sachgebieten an die Stelle der sonst nach §§ 71, 72 GVG sachlich zuständigen allgemeinen Zivilkammern. Ziel ist es, durch eine häufigere Befassung mit den Materien, die Qualität der Verfahren zu steigern. Durch das Justizstandort-Stärkungsgesetz<sup>10</sup> sollen in Zukunft **Commercial Courts** an den Oberlandesgerichten eingeführt werden, die aufgrund einer Vereinbarung der Parteien Wirtschaftsstreitigkeiten ab einem Streitwert von 1 Mio. € wahlweise auf deutsch oder englisch entscheiden sollen. 26

Am OLG gibt es Zivilsenate (§ 116 Abs. 1 GVG), die aus je drei Richtern bestehen (§ 122 GVG). In bestimmten Fällen kann auch hier eine Entscheidung durch einen Einzelrichter getroffen werden (§§ 526 (Berufung), 568 (sofortige Beschwerde)). 27

Beim BGH bestehen Zivilsenate mit jeweils fünf Richtern (§ 139 GVG). 28

### 3. Ausgestaltung der sachlichen Zuständigkeit

**Literatur:** *Huber*, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Sachliche Zuständigkeit, JuS 2012, 593.

Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wird durch das GVG geregelt (§ 1). Vorrangiges Kriterium der Verteilung der erstinstanzlichen Zuständigkeit zwischen AG und LG ist die Höhe des sog. **Streitwerts**. Die entsprechenden Regelungen sind in §§ 23, 71 GVG enthalten. Dabei ist § 71 GVG letztlich die Grundnorm: Sachlich zuständig ist das LG, wenn nicht das AG zuständig ist. 29

Die Zuständigkeit des AG ergibt sich vor allem aus § 23 Nr. 1 GVG: Danach gehören alle Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert 5.000 € nicht übersteigt, vor die AG; alle höheren also vor die LG. Inzwischen wird rechtspolitisch die Höhe diskutiert.<sup>11</sup> Die Justizministerkonferenz hat 2021 eine Anhebung gefordert.<sup>12</sup> Die letzte Änderung hatte es 1993 gegeben, seitdem sind die Verbraucherpreise enorm 30

<sup>8</sup> *Stackmann*, Einzelrichtertätigkeit an Kollegialgerichten im Zivilprozess, JuS 2008, 129.

<sup>9</sup> *Fölsch*, Neuerungen im Zivilprozess – Entfristung, Spezialisierung, Effizienz, NJW 2020, 801.

<sup>10</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Justizstandortes Deutschland durch Einführung von Commercial Courts und der Gerichtssprache Englisch in der Zivilgerichtsbarkeit, [https://www.bmj.de/SharedDocs/Geetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Justizstandort\\_Staerkung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmj.de/SharedDocs/Geetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Justizstandort_Staerkung.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (abgerufen am 14.7.2023).

<sup>11</sup> *Wittschier*, Anhebung des Zuständigkeitsstreitwerts – Stärkung der Amtsgerichte?, ZRP 2023, 44.

<sup>12</sup> [https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/top\\_i.17\\_-\\_zuständigkeitsstreitwert.pdf](https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/top_i.17_-_zuständigkeitsstreitwert.pdf) (abgerufen am 9.5.2023).

gestiegen, was sich aber bisher nicht ausgewirkt hat. Würde man den Streitwert jetzt aber deutlich anheben, würde man mehr Fälle den wenig spezialisierten AG zuweisen, obwohl der Trend klar zu einer Spezialisierung der Gerichte geht, u.a. durch die Pflicht, an den LG Spezialkammern gem. § 72 a GVG zu bilden (s.o. § 6 Rn. 26). Dieser Konflikt ließe sich lösen, wenn man für Bereiche, die eine Spezialisierung erforderlich machen, ganz auf den Zuständigkeitsstreitwert verzichtete und diese generell den LG zuwies.

- 31 Aus § 23 Nr. 2 GVG ergeben sich eine Reihe von **Sonderzuweisungen an das AG**. In diesen Fällen spielt der Streitwert keine Rolle. Von Bedeutung sind hier die Zuständigkeit für Mietstreitigkeiten über Wohnraum (§ 23 Nr. 2 a GVG) und für Familiensachen (§ 23 a Abs. 1 Nr. 1 GVG). Die Gründe für diese Sonderzuweisungen sind z.T. im schnelleren und billigeren Verfahren der AG, z.T. in der leichteren Erreichbarkeit der AG (bedeutsamer in Flächenstaaten wie Bayern, weniger in Stadtstaaten wie Hamburg) und seiner Sachnähe zu sehen.
- 32 **Sonderzuweisungen an das LG** enthält § 71 Abs. 2 GVG: Nach Nr. 2 ist das LG sachlich zuständig für Ansprüche wegen Amtspflichtverletzungen (Art. 34 S. 3 GG, § 839 BGB) von Richtern und Beamten jeder Art. Nach Nr. 3 ist das LG zuständig für Ansprüche wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformationen (vgl. § 1 Abs. 1 S. 3, 4 KapMuG).<sup>13</sup> § 71 Abs. 2 Nr. 1 GVG, der für Klagen aus dem Beamtenverhältnis die Zuständigkeit des LG festlegt, ist ohne Bedeutung, da § 126 Abs. 1 BBG, § 54 Abs. 1 BeamStG bzw. § 126 Abs. 1 BRRG, §§ 46, 71 DRiG bestimmen, dass hierfür der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist.<sup>14</sup> Für das Musterfeststellungsverfahren nach §§ 606 ff. ZPO (s.u. § 7 Rn. 19) ist gem. § 119 Abs. 3 GVG erstinstanzlich das OLG zuständig. Für gerichtliche Verfahren, die ein Schiedsverfahren (§§ 1025 ff.) unterstützen oder kontrollieren ist gem. § 1062 Abs. 1 ebenfalls ein OLG zuständig. In beiden Fällen handelt es sich aber nicht um originäre Streitverfahren zwischen Parteien, so dass es dabei bleibt, dass die sachliche Zuständigkeit auf AG oder LG verteilt ist.

► **Vertiefung:** Eine echte **erstinstanzliche Sonderzuweisung an das OLG** würde durch die Einführung von Commercial Courts (s.o. § 6 Rn. 26) erfolgen. Gem. § 119 b Abs. 1 GVG-E sollen die Länder ermächtigt werden, Senate bei einem Oberlandesgericht einzurichten, die im ersten Rechtszug zuständig sind für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Unternehmern mit einem Streitwert ab einer Million Euro. Der Commercial Court soll durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig werden. ◀

- 33 Der Streitwert, der die sachliche Zuständigkeit von AG und LG abgrenzt, ist der sog. **Zuständigkeitsstreitwert**. Entscheidend für dessen Berechnung ist das wirtschaftliche Interesse des Klägers an der rechtskräftigen Entscheidung über den Streitgegenstand. Hierfür gelten die §§ 2–9. Klagt der Kläger auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme, entspricht der Zuständigkeitsstreitwert der eingeklagten Summe. Bei Feststellungs- oder Gestaltungsklagen muss das Gericht den Streitwert nach freiem Ermessen festsetzen (§ 3).

13 Zu Bestrebungen, das System der abdrängenden Sonderzuweisungen, zu ändern s. Nicolai/Kuszlik, „Bereinigung“ der Rechtswegzuweisungen. Sinn und Unsinn erneuter Überprüfung abdrängender Sonderzuweisungen, ZRP 2015, 148.

14 R/S/G, ZPR, § 32 Rn. 17; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 71 GVG Rn. 3.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung ist der Zeitpunkt der Einreichung der Klage, spätere Veränderungen sind gem. § 261 Abs. 3 Nr. 2 ohne Bedeutung. Hierbei gibt es jedoch eine examenstypische Besonderheit: 34

► **Fall 1:** A klagt gegen B vor dem AG auf Zahlung von 3.000 €. In der mündlichen Verhandlung erweitert er seinen Antrag (§ 264 Nr. 2) auf Zahlung von nunmehr 6.000 €. Bleibt das AG zuständig? ◀

Nach dem Grundsatz (§ 261 Abs. 3 Nr. 2) wäre die Erweiterung ohne Bedeutung für die sachliche Zuständigkeit. Nach § 506 hat jedoch das AG, wenn dies beantragt wird, die Sache an das LG zu verweisen, da dessen sachliche Zuständigkeit durch die Erweiterung nachträglich begründet wird (§§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG). Auf diese Weise wird vor allen Dingen eine Zuständigkeitserschleichung verhindert. 35

Werden mehrere Ansprüche in einer Klage geltend gemacht (sog. objektive Klagehäufung, § 8 Rn. 88), werden diese zusammengerechnet (§ 5 Hs. 1). Das gilt gem. § 5 Hs. 2 aber nicht für den Gegenstand von Klage und Widerklage (§ 12 Rn. 70). 36

Für die Berechnung des Streitwertes noch folgende Fragestellung: 37

► **Fall 2:** A erhebt gegen B Klage vor dem AG auf Zahlung von 4999 € plus Zahlung von 4 % Zinsen hieraus seit dem 1.1.2007. Welches Gericht ist sachlich zuständig? ◀

Würde man beide Summen addieren, so wäre die sachliche Zuständigkeit des LG gegeben. § 4 Abs. 1 bestimmt aber, dass Zinsen, wenn sie als Nebenforderung geltend gemacht werden, bei der Berechnung nicht berücksichtigt werden. 38

► **Fall 3:** A klagt gegen B auf Zahlung von 2.000 €. B erhebt im Verfahren Widerklage auf Schadensersatz in Höhe von 6.000 €. Ist das AG sachlich zuständig? ◀

Beantragt eine Partei in diesem Fall eine Verweisung, so hat sich das AG für unzuständig zu erklären, weil der Wert der Widerklage außerhalb seiner sachlichen Zuständigkeit liegt und den Rechtsstreit insgesamt an das LG zu verweisen (§ 506 Abs. 1). Im Ergebnis entscheidet der höhere Streitwert über die sachliche Zuständigkeit. Das AG bleibt aber zuständig, wenn die Parteien dies vereinbaren oder keine Partei die Zuständigkeit rügt. 39

#### IV. Die örtliche Zuständigkeit

Literatur: *Huber*, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Gerichtsstand, JuS 2007, 318.

Ist nunmehr klar, ob Klage vor einem AG oder einem LG zu erheben ist, muss der Rechtsanwalt ermitteln, welches Eingangsgesicht konkret örtlich zuständig ist. 40

In der ZPO wird die örtliche Zuständigkeit (allerdings nicht einheitlich) **Gerichtsstand** genannt. Die Regelung ist in den §§ 12–40 enthalten. Mit der Ausgestaltung der örtlichen Zuständigkeitsordnung erreicht der Gesetzgeber eine regionale Verteilung von Klageverfahren in seinem Jurisdiktionsgebiet auf bestimmte Gerichtsbezirke. Ergänzend bedarf es einer Festlegung von Gerichtsbezirken durch die Bundesländer. In Hessen ist dies bspw. durch eine Verordnung geschehen.<sup>15</sup> Die regionale Verteilung nimmt der Gesetzgeber nicht willkürlich vor: Er lässt sich hierbei in erster Linie von zwei Gesichtspunkten leiten: Von den Personen der am Rechtsstreit **Beteiligten** und 41

<sup>15</sup> Verordnung über gerichtliche Zuständigkeiten in der Justiz und zur Änderung der Verordnung zur Übertragung von Ermächtigungen im Bereich der Rechtspflege, GVBl. 2013 Nr. 13, S. 386.

von der Art der Streitsache. Stellt man auf die Personen der Beteiligten ab, so muss man sich entscheiden, ob an den Kläger oder den Beklagten oder an beide angeknüpft werden soll. Stellt man auf die Art der Streitsache ab, so muss ein Gesetzgeber festlegen, welche besonderen Fälle eine bestimmte räumliche Zuordnung erfordern (z.B. die Lage von Immobilien für Streitfälle über diese). Sodann muss geregelt sein, wie sich diese Gerichtsstände, wenn mehrere gegeben sind, zueinander verhalten und ob und zu welchem Zeitpunkt die Parteien befugt sein sollen, darüber zu disponieren.

- 42 Im Examen sind Ausführungen zur örtlichen Zuständigkeit in fast jeder Klausur erforderlich, ohne dass hier extreme Anforderungen gestellt werden. Die örtliche Zuständigkeit des Gerichts ist Sachentscheidungsvoraussetzung und von Amts wegen zu prüfen, aber nur in erster Instanz (§§ 513 Abs. 2, 545 Abs. 2). (Zum Klausuraufbau s. Schema B II 1).

1. Art der Zuständigkeiten und ihr Verhältnis zueinander

- 43 Bei der Regelung der örtlichen Zuständigkeit sind **allgemeine** von **besonderen Gerichtsständen** abzugrenzen: Der allgemeine Gerichtsstand ist für alle Klagen gegen die Person gegeben, unabhängig von dem konkreten Streitgegenstand, also auch wenn der Streitgegenstand im konkreten Fall nicht mit dem Forum (Gerichtsstand) verbunden ist. Die besonderen Zuständigkeiten sind dagegen nur in Bezug auf den konkreten Streitgegenstand eröffnet.
- 44 Weiter ist die Unterscheidung von **ausschließlichen** und **fakultativen** Zuständigkeiten von Bedeutung: Das Recht der örtlichen Zuständigkeit ist häufig relativ großzügig. In einem einzelnen Fall lassen sich mehrere örtliche Zuständigkeiten begründen.

**Merke:** Der Kläger hat zwischen mehreren örtlichen Zuständigkeiten die Wahl (§ 35).

- 45 Diese Wahl ist aber nur zwischen verschiedenen fakultativen Zuständigkeiten zulässig. Ist eine örtliche Zuständigkeit eine ausschließliche, so verdrängt diese alle anderen möglicherweise gegebenen Zuständigkeiten, so dass der Kläger keine Wahlmöglichkeit hat und an diesem Forum klagen muss.

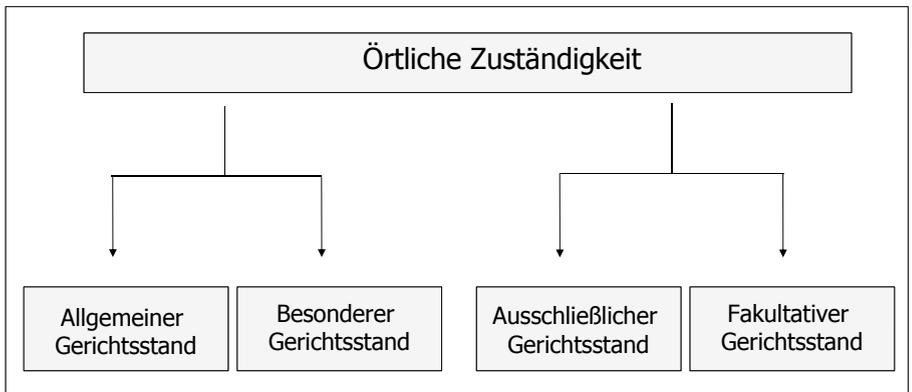


Abb. 7 Verhältnis der Gerichtsstände

## 2. Folge des Fehlens der örtlichen Zuständigkeit

**Literatur:** *Fischer*, Aktuelle Entscheidungen zur Unwirksamkeit von Verweisungsbeschlüssen, MDR 2020, 75.

Die vor einem örtlich unzuständigen Gericht erhobene Klage ist durch Prozessurteil als unzulässig abzuweisen. Über den geltend gemachten Anspruch wird sachlich nicht entschieden. Der Kläger kann die Klage demnach am örtlich zuständigen Gericht erneut erheben. Auf Antrag des Klägers hat das Gericht den Rechtsstreit gem. § 281 an das zuständige Gericht zu verweisen. Das verwiesene Gericht (Empfängergericht) ist an die Entscheidung gebunden (§ 281 Abs. 2 S. 4). 46

**Merke:** Bei Fehlen der sachlichen oder der örtlichen Zuständigkeit ist nach § 281 auf Antrag des Klägers zu verweisen. Bei der Wahl des falschen Rechtswegs ist nicht § 281, sondern § 17 a Abs. 2 GVG anzuwenden. Dabei erfolgt die Verweisung von Amts wegen nach Anhörung der Parteien. Eine Abweisung der Klage als unzulässig darf nicht erfolgen.

## 3. Allgemeiner Gerichtsstand

Am allgemeinen Gerichtsstand einer Person können – unabhängig von der Art der Streitsache – alle Klagen gegen sie erhoben werden, wenn nicht ausschließliche Gerichtsstände begründet sind. 47

In der ZPO ist in erster Linie die Person des Beklagten maßgeblich. Es gilt der Grundsatz *actor sequitur forum rei*. Diese Entscheidung für einen **Beklagtengerichtsstand** ist nicht zwingend. Geleitet wird sie von der Grundaussage: Wer von der Möglichkeit Gebrauch macht, einen anderen in ein gerichtliches Verfahren zu zwingen, soll dies an einem dessen Lebensmittelpunkt nahen Ort tun. 48

Allerdings kennt das deutsche Recht auch **Klägergerichtsstände**. Für alle Klagen aus außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (§ 312 b BGB) ist das Gericht zuständig, in dem der Verbraucher zur Zeit der Klageerhebung seinen Wohnsitz, hilfsweise seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (§ 29 c Abs. 1). Hier werden die Interessen des Verbrauchers höher bewertet als die des Unternehmers, der sich nicht darauf verlassen kann, am Ort seiner Geschäftstätigkeit verklagt zu werden. 49

► **Hinweis:** Vereinbarungen, in denen für Klagen eines Verbrauchers aus Haustürgeschäften ein von § 29 c Abs. 1 S. 1 abweichender Gerichtsstand bestimmt wird, sind nach § 29 c Abs. 4 jenseits der dort genannten Ausnahme unzulässig.<sup>16</sup> ◀

### a) Klagen gegen natürliche Personen

Klagen gegen natürliche Personen sind an deren Wohnsitz zu erheben (§§ 12, 13), der sich aus §§ 7 ff. BGB ergibt. 50

Die vorrangige Vorschrift bei grenzüberschreitenden Fällen enthält Art. 4 Abs. 1 EuGVO (zum Vorrang des europäischen Sekundärrechts s § 2 Rn. 35). 51

Hat eine Person keinen Wohnsitz, wird auf den Aufenthaltsort im Inland, wenn der nicht bekannt ist, auf den letzten Wohnsitz abgestellt (§ 16). 52

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 30.10.2014, Az.: III ZR 474/13 = NJW 2015, 169 (Rn. 19).

b) Klagen gegen juristische Personen

53 Juristische Personen wie die AG, GmbH oder rechtsfähige Vereine sind gem. § 17 an ihrem Sitz zu verklagen. Die Vorschrift gilt auch für die sonstigen parteifähigen Gebilde wie OHG, KG und nicht rechtsfähige Vereine.

► **Hinweis:** Examensrelevanz kann § 17 haben, weil der BGH die BGB-Gesellschaften, die als solche am Rechtsverkehr unternehmerisch teilnehmen, den juristischen Personen gleichgestellt hat,<sup>17</sup> so dass für diese auch § 17 Anwendung findet. ◀

54 Sitz im Sinne der Vorschrift ist in erster Linie der in der Satzung festgelegte Sitz, im Zweifel der Ort der effektiven Verwaltungstätigkeit (§ 17 Abs. 1 S. 2).

55 Für Klagen der Gesellschaft gegen ihre Mitglieder (und der Mitglieder als solche untereinander) ist nach § 22 ebenfalls der allgemeine Gerichtsstand der Gesellschaft gegeben. Seit 2008 ist auch der Insolvenzverwalter befugt, Klage am Sitz der Gesellschaft für diese zu erheben (für Passivprozesse gilt § 19 a). Die §§ 17, 22 bieten zusammen einen Gerichtsstand, der für alle Klagen aus dem Mitgliedschaftsverhältnis eine Zuständigkeit am Sitz der Gesellschaft bzw. der juristischen Person zur Verfügung stellt.

4. Besondere Gerichtsstände

56 Besondere Gerichtsstände sind im Unterschied zu allgemeinen, die für alle Klagen gegen die Person gelten, nur für einzelne Klagen gegeben und bestehen nur für vermögensrechtliche Angelegenheiten. Sie sind in §§ 20 ff. geregelt. Die Ausgestaltung der besonderen Gerichtsstände knüpft meist an eine besondere Sachnähe des Gerichts an.

a) Gerichtsstand der unerlaubten Handlung § 32

57 Dies lässt sich an § 32 besonders anschaulich darstellen. Nach § 32 ist für Klagen aus unerlaubten Handlungen das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist.

58 Die vorrangige Regelung enthält Art. 7 Nr. 2 EuGVO (zum Vorrang des europäischen Sekundärrechts § 2 Rn. 35).

► **Fall 4:** A aus Hamburg fährt in München in das Auto des B aus Potsdam. Die Polizei nimmt den Unfall auf. Es entsteht Sachschaden. B lässt den Schaden in seiner Potsdamer Vertragswerkstatt beseitigen. B will gegen A auf Erstattung der Kosten in Höhe von 2.000 € klagen. Welches Gericht ist zuständig? ◀

59 Das AG München ist sachlich (§ 23 Nr. 1 GVG) und örtlich gem. § 32 zuständig. Ob B seinen Anspruch auf § 823 Abs. 1 oder Abs. 2 oder auf Vorschriften des StVG stützt, ist unerheblich, da alle Anspruchsgrundlagen durch den Terminus unerlaubte Handlungen erfasst werden.<sup>18</sup> „Begangen“ ist die Tat sowohl am Handlungsort als auch am Erfolgsort. Dieses ist der Ort, an dem die tatbestandsmäßige Rechtsgutsverletzung eingetreten ist. Im Fall liegen beide Orte in München. Ort der unerlaubten Handlung sind aber nicht dritte Orte, an denen weitere Schadensfolgen eingetreten sind oder der Geschädigte den eingetretenen Schaden empfunden hat.<sup>19</sup> Die Tatsache, dass B in Potsdam den Schaden reparieren lässt und dies dort bezahlen muss, ist für

---

17 BGH, Urteil vom 29.1.2001, Az.: II ZR 331/00 = NJW 2001, 1056; dazu K. Schmidt, NJW 2001, 993.

18 Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 32 Rn. 1–3.

19 Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 32 Rn. 7; R/S/G, ZPR, § 36 Rn. 29.

die örtliche Zuständigkeit unerheblich, da die Rechtsgutsverletzung bereits eingetreten ist. Die örtliche Zuständigkeit des AG München ist auch sachgerecht. Die dortige Polizei war vor Ort, eventuelle Zeugen könnten in München ansässig sein, das Gericht kann den Unfallort in Augenschein nehmen usw.

► **Vertiefung:** Gerade bei sog. **Distanz- und Streudelikten** kann die Vorschrift jedoch zu Problemen führen. Bei Distanzdelikten werden die Rechte des Geschädigten entfernt vom Ort, an dem der Schädiger tätig wird, verletzt. Streudelikte zeichnen sich dadurch aus, dass Rechte des Geschädigten aufgrund einer Handlung nicht nur an einem, sondern an vielen Orten verletzt werden. Die Regelung in § 32 führt bei solchen Delikten, deren Auswirkungen nicht auf einen bestimmten Ort beschränkt sind, zu einem ubiquitären, auch „fliegenden“ Gerichtsstand: Der Kläger kann unter den Gerichten, in deren Bezirken sich die deliktische Handlung ausgewirkt hat, frei wählen (§ 35). Eine besondere Sachnähe des Gerichts ist dabei häufig nicht gegeben. Betroffen sind u.a. alle Bereiche des gewerblichen Rechtsschutzes, das Wettbewerbsrecht, das Urheberrecht, das Arbeitskampfrecht und insbesondere auch das Presserecht: Das Problem ist schon bei Delikten durch Presseveröffentlichungen gravierend und hat durch die neuen Verbreitungswege wie das Internet an Bedeutung gewonnen. Umgesetzt wurde bisher nur die Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands für Urheberrechtsklagen gegen Verbraucher (vgl. § 104 a UrhG). Daher steht weiterhin die Frage im Raum, ob nicht auch in weiteren Rechtsgebieten, insbesondere im Presserecht, ein Bedürfnis für eine Reform besteht.<sup>20</sup> ◀

► **Fall 5:** In einer in Hamburg erscheinenden Regenbogenzeitschrift stehen unwahre Behauptungen, die die Prinzessin Caroline von Monaco in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzen. Die Prinzessin erwägt, in München Klage zu erheben. ◀

Bei Pressedelikten, die zu einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts führen, ist als Handlungsort der Auslieferungsort zu sehen, hier Hamburg. Erfolgsort ist nach überwiegender Ansicht jeder Ort, an dem das Medium bestimmungsgemäß verbreitet wird.<sup>21</sup> Dies wird bejaht, wenn der Herausgeber die dortige Verbreitung beabsichtigt hat oder mit ihr hätte rechnen müssen. Bei dieser Art von Presse ist das zumindest der gesamte deutsche, wohl der deutschsprachige Raum (Mallorca?!). Nimmt aber ein Leser die Zeitschrift mit an Bord einer Maschine, die nach Schottland fliegt, so ist in Schottland mangels bestimmungsgemäßer Verbreitung kein Erfolgsort.

Komplexer werden die Probleme, wenn man **unerlaubte Handlungen im Internet** mit einbezieht. Dies kann z.B. eine unerlaubte Handlung in Form einer unbefugten Domainnutzung oder eine Persönlichkeitsverletzung durch Inhalte einer Homepage bzw. in sozialen Netzwerken sein. Handlungsort ist der Ort, an dem der Inhalt in das Internet gegeben wurde. Erfolgsort ist nach deutschen, aber auch internationalen Urteilen der Ort, an dem die Nachricht abgerufen werden kann.<sup>22</sup> (Der Ort des tatsächlichen Abrufs und die Person des Abrufenden sind z.Zt. technisch gar nicht feststellbar). Folgte man dem, so ergeben sich bei unerlaubten Handlungen im Internet nicht nur

20 Zur Vertiefung vgl. hierzu die Aufsätze von *Dölling*, Der fliegende Gerichtsstand im Presserecht – Spielball der Interessen, NJW 2015, 124 und *Jürgens*, Abgestürzte Gerichtsstände – Der fliegende Gerichtsstand im Presserecht, NJW 2014, 3061; *ders.* Aufsteigende Gerichtsstände – Der fliegende Gerichtsstand im Presserecht, NJW 2020, 1846.

21 Thomas/*Putzo/Hüßtege*, ZPO, § 32 Rn. 9 f.

22 LG München, Urteil vom 17.10.1996, Az.: 4 HKO 12190/96 = IPRax 1998, 208; KG Berlin, Urteil vom 25.3.1997, Az.: 5 U 659/97 = NJW 1997, 3321; US District Court von Massachusetts, 960 F.Supp. 456 (D.Mass. 1997); High Court of Australia, Urteil vom 10.12.2002, CRi (Computer Recht international), 2003, 17.

deutschland- sondern weltweit unendlich viele Gerichtsstände. Schon national kann man sich das örtlich zuständige Gericht beliebig aussuchen. Mit Sachnähe des Gerichts ist diese Zuständigkeitsvervielfältigung sicher nicht zu erklären. Zu Recht hat der BGH<sup>23</sup> daher die reine Abrufbarkeit nicht für die Zuständigkeitsbegründung genügen lassen. Es sei ein über die bloße Abrufbarkeit der rechtsverletzenden Inhalte hinausgehender Inlandsbezug erforderlich. Dies sei gegeben, wenn unabhängig von der nicht sicher zu bestimmenden Zahl der Abrufe, eine Kollision der widerstreitenden Interessen – Interesse des Klägers an der Achtung seines Persönlichkeitsrechts einerseits, Interesse des Beklagten an der Gestaltung seines Internetauftritts und an einer Berichterstattung andererseits – nach den Umständen des konkreten Falls, insbesondere aufgrund des Inhalts der beanstandeten Meldung, im Inland tatsächlich eingetreten sein kann. Auch die nationalen Instanzgerichte lassen inzwischen die reine Abrufbarkeit nicht mehr genügen, sondern versuchen zusätzliche Kriterien zu entwickeln, um „dem fliegenden Gerichtsstand die Flügel zu stutzen“.<sup>24</sup>

- 62 Das Kriterium der unerlaubten Handlung ist sowohl für die Begründung der örtlichen Zuständigkeit im Rahmen der Zulässigkeit als auch für die Begründetheit der Klage von Bedeutung. Man spricht von **doppelrelevanten Tatsachen**. Würde man bei der Prüfung der Zulässigkeit verlangen, dass der Kläger das Vorliegen einer unerlaubten Handlung beweist, so gäbe man die Trennung von Zulässigkeit und Begründetheit völlig auf und würde die Prüfung der Begründetheit in die Zulässigkeit verschieben (zur Prüfungsreihenfolge § 10 Rn. 14). Daher sieht man es bei der Prüfung der Zulässigkeit als ausreichend an, dass der Kläger Tatsachen schlüssig vorträgt, die eine unerlaubte Handlung darstellen, beweisen muss er sie für die Prüfung der Zuständigkeit nicht.<sup>25</sup>
- 63 Umstritten war lange, ob das nach § 32 zuständige Gericht auch befugt ist, über konkurrierende Ansprüche z.B. aus Vertragsverletzung zu entscheiden. Dies ist das Problem eines **Gerichtsstands kraft Sachzusammenhangs**. Die Frage stellt sich nur, wenn allgemeiner Beklagtengerichtsstand oder vertraglicher Erfüllungsort (dieser begründet eine besondere örtliche Zuständigkeit gem. § 29) und der Begehungsort der unerlaubten Handlung auseinanderfallen. Dies wurde nach wie vor von vielen verneint,<sup>26</sup> die Kognitionsbefugnis des nach § 32 zuständigen Gerichts sei beschränkt. Die immer stärker werdende Gegenansicht bejahte aus prozessökonomischen Gründen einen Gerichtsstand kraft Sachzusammenhangs,<sup>27</sup> der zu einer Globalzuständigkeit des Gerichts führen sollte. Dem ist nunmehr der BGH ausdrücklich gefolgt.<sup>28</sup> Nach der Neufassung des Art. 17 Abs. 2 GVG, der es vorsieht, dass Gerichte verschiedener Rechtswege eine umfassende Sachentscheidungskompetenz haben, müsse das erst recht für örtlich zuständige Gerichte innerhalb eines Rechtsweges gelten. Das nach § 32 zuständige

23 BGH, Urteil vom 2.3.2010, Az.: VI ZR 23/09 = NJW 2010, 1752. S. auch BGH, Urteil vom 29.3.2011, Az.: VI ZR 111/10 = NJW 2011, 2059.

24 LG Hamburg, Beschluss vom 9.6.2011, Az.: 303 O 197/10 = MMR 2011, 594 (Solmecke 595).

25 Rspr. des RG seit RGZ 29, 373; BGH, Beschluss vom 19.2.2002, Az.: X ARZ 334/01 = NJW 2002, 1425 (1426); Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 32 Rn. 14; R/S/G, ZPR, § 36 Rn. 28.

26 BGH, Urteil vom 28.2.1996, Az.: VII ZR 181/93 = NJW 1996, 1411 (1413); BGH, Urteil vom 8.12.1970, Az.: VI ZR 174/68 = NJW 1971, 564 = JZ 1971, 336; Spickhoff, ZJP 109 (1996), 493, 500 ff.

27 KG, Urteil vom 2.2.1999, Az.: 28 AR 90/99 = NJW-RR 2001, 62 = MDR 2000, 413; offen gelassen in BGH, Beschluss vom 19.2.2002, Az.: X ARZ 334/01 = NJW 2002, 1425 (1426); R/S/G, ZPR, § 36 Rn. 56; Stein/Jonas/Roth, ZPO, § 32 Rn. 6 ff.

28 BGH, Beschluss vom 10.12.2002, Az.: X ARZ 208/02 = NJW 2003, 828 = VersR 2003, 663 m. Anm. Spickhoff, S. 665.

Gericht hat den Rechtsstreit daher unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden.<sup>29</sup>

Für die internationale Zuständigkeit gilt das jedoch nicht: Der EuGH hat für Art. 7 Nr. 1 und 2 EuGVO einen derartigen Gerichtsstand verneint, mithin die Kognitionsbefugnis des international zuständigen Gerichts beschränkt.<sup>30</sup> Im deutschen IZPR gibt es auch dann keinen Gerichtsstand kraft Sachzusammenhang, wenn § 32 für die Begründung der internationalen Zuständigkeit herangezogen wird. Der BGH hat die Übertragung auf die internationale Zuständigkeit ausdrücklich verneint. Der internationalen Zuständigkeit komme wegen der generellen Schwierigkeit, im Ausland verklagt zu werden und wegen der Verzahnung mit dem Kollisions- und Verfahrensrecht ungleich höhere Bedeutung zu als der örtlichen Zuständigkeit.<sup>31</sup>

### b) Gerichtsstand des vertraglichen Erfüllungsortes § 29

**Literatur:** *Dubiel*, Der Erfüllungsortbegriff des Vertragsgerichtsstands im deutschen, europäischen und internationalen Zivilprozessrecht, 2011; *Schack*, Der Erfüllungsort im deutschen, ausländischen und internationalen Privat- und Zivilprozessrecht, 1985; *Wais*, Erfüllungsortzuständigkeit nach § 29 ZPO bei Krankenhausaufnahmeverträgen, IPRax 2013, 320.

§ 29 regelt den in der Praxis bedeutsamen Gerichtsstand des vertraglichen Erfüllungsortes. § 29 ist anzuwenden auf alle schuldrechtlichen Verpflichtungsverträge, wobei sich der konkrete Streit auf Leistung oder Unterlassung, Schadensersatz statt der Leistung oder auf Rückgewähr nach Rücktritt beziehen kann.<sup>32</sup> Der Gerichtsstand ist auch bei negativen Feststellungsklagen (s.u. § 8 Rn. 33) anwendbar, wenn die Feststellung begehrt wird, dass aus einem Vertragsverhältnis nicht oder nicht mehr geschuldet wird. Für die Bestimmung des Erfüllungsortes ist dann die Verpflichtung des Klägers maßgeblich, deren Nichtbestehen er festgestellt haben will.<sup>33</sup>

Die vorrangige Regelung enthält Art. 7 Nr. 1 EuGVO (zum Vorrang des europäischen Sekundärrechts § 2 Rn. 35.)

Die Formulierung des § 29 ist ungenau, weil es in den meisten Fällen nicht den einen Erfüllungsort des Vertrages gibt, sondern der jeweilige Erfüllungsort der konkreten streitigen Verpflichtung maßgeblich ist.

► **Fall 6:** A aus Kiel verkauft an B aus Hamburg ein Pferd. Wenn A nicht liefert, wird B ihn auf Lieferung verklagen. Wo kann er dies tun? ◀

Er kann gem. § 29 vor dem sachlich zuständigen Gericht in Kiel Klage erheben. Für die Begründung der Zuständigkeit ist der Rückgriff auf §§ 269, 270 BGB erforderlich, weil keine eigenständige prozessuale Bestimmung des Erfüllungsortes erfolgt. Im

29 *Kieth*, Umfassende Prüfungskompetenz der Gerichte im Gerichtsstand des § 32 ZPO, NJW 2003, 1294; zweifelnd *Spickhoff*, VersR 2003, 665 (666).

30 EuGH, Urteil vom 27.9.1988, Rs. 189/97 Kalfelis/Schröder = EuGHE 1988, 5565; krit. *Gottwald* IPRax 1989, 272; *Spickhoff*, VersR 2003, 665 (666); seit der Brogssitter Entscheidung des EuGH (EuGH, Urteil vom 13.3.2014, Az.: Rs. C-548/12 (Marc Brogssitter/Fabrication de Montres Normandes EURL u.a.) = NJW 2014, 1648) stellt sich das Problem der Anspruchskonkurrenz in den Fällen nicht mehr, in denen die Auslegung eines Vertrages erforderlich ist, um zu ermitteln, ob ein Handeln erlaubt ist. Diese Fälle unterfallen dem vertraglichen Gerichtsstand.

31 BGH, Beschluss vom 10.12.2002, Az.: X ARZ 208/02 = NJW 2003, 828 (830).

32 Thomas/Putzo/*Hüßtege*, ZPO, § 29 Rn. 4; R/S/G, ZPR, § 36 Rn. 12.

33 OLG Celle, Urteil vom 26.2.2020, Az.: 3 U 157/19 = VuR 2020, 438.

Zweifel stimmt der Ort also mit dem Wohnsitz des Schuldners überein. (Das gleiche Ergebnis brächte demnach hier der allgemeine Gerichtsstand (§§ 12, 13.)

69 Würde B nicht zahlen, würde A in Hamburg klagen, da die Zahlung des Kaufpreises im Zweifel eine Schickschuld ist, die Leistungshandlung also am Wohnsitz des Käufers vorzunehmen ist (§§ 270 Abs. 1, Abs. 4, 269 BGB).

70 Würde B vom Vertrag zurücktreten, weil das Pferd unheilbar krank ist, so wäre, wenn sich das Pferd in Hamburg befindet, die Klage auf Rückgewähr dort zu erheben, da sich der Leistungsort an dem Ort befindet, an dem sich die verkaufte Sache, hier das Pferd, vertragsgemäß befindet.

► **Klausurhinweis:** § 29 bietet in prozessualen Klausuren eine gute Möglichkeit, schuldrechtliche Grundkenntnisse um Hol-, Bring- und Schickschuld abzufragen. ◀

► **Vertiefung:** Besondere Schwierigkeiten bereitet die **Bestimmung des Nacherfüllungsortes im Kaufrecht**. Gem. § 439 Abs. 2 BGB hat der Verkäufer die Kosten der Nacherfüllung zu tragen. Daraus folgt jedoch keine Festlegung des Ortes der Nacherfüllung, sondern allein die Pflicht zur Kostentragung durch den Verkäufer. Die Frage ist, ob der Käufer, der den Verkäufer zur Nacherfüllung auffordert, verpflichtet ist, ihm den Kaufgegenstand an dessen gewerblichen Sitz zu bringen. Dies kann gerade bei großer räumlicher Distanz von Lageort der Kaufsache und Sitz des Verkäufers erhebliche Belastungen mit sich bringen. Oder ist der Ort der Nacherfüllung nach § 439 BGB mit dem bestimmungsgemäßen aktuellen Belegenheitsort der Sache gleichzusetzen? Dann wäre die Nacherfüllung eine Bringschuld. Der BGH entschied 2011, dass die Frage des Erfüllungsorts bei der Nacherfüllung im Kaufrecht keine eigenständige Regelung erfahren habe und daher für dessen Bestimmung die allgemeine Vorschrift des § 269 Abs. 1 BGB anzuwenden sei.<sup>34</sup> Danach kommt es primär auf eine vertragliche Vereinbarung der Parteien an. Fehlt eine solche, kommt es auf die besonderen Umstände, die auf einen Erfüllungsort schließen lassen, an (z.B. Kauf im Laden, dort unter Vorlage des Kaufbelegs Aufforderung zur Nacherfüllung; Autokauf, wegen der notwendigen Gerätschaften Nacherfüllung in der Werkstatt). Wegen der dogmatischen Unterschiede von Erfüllungs- und Nacherfüllungsverlangen sei keineswegs der Erfüllungsort der Primärpflicht maßgeblich. Lassen sich so keine abschließenden Erkenntnisse gewinnen, sei der Erfüllungsort letztlich an dem Ort anzusiedeln, an welchem der Verkäufer zum Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung (§ 269 Abs. 2 BGB) hatte. Inzwischen besteht beim Verbrauchsgüterkauf ein Anspruch auf Kostenvorschuss (§ 475 Abs. 6 BGB). Es besteht aber nach einem Urteil des EuGH aus dem Jahr 2019 keine Pflicht zur Rücksendung sperriger mangelhafter Produkte.<sup>35</sup> Der zur Umsetzung der Warenkauf Richtlinie 2022 eingefügte § 439 Abs. 5 BGB trifft ebenfalls keine Entscheidung über den Nacherfüllungsort.

Eine **Rückabwicklungsklage** nach ausgeübtem Rücktritt soll wegen der Zug um Zug Verpflichtung am Wohnsitz des Käufers möglich sein. Insofern nimmt die Rechtsprechung einen einheitlichen (!) Gerichtsstand des Erfüllungsortes am vertragsgemäßen Belegenheitsort des Kaufgegenstandes an.<sup>36</sup>

---

34 BGH, Urteil vom 13.4.2011, Az.: VIII ZR 220/10 = NJW 2011, 2278. Dazu *Gsell*, Nacherfüllungsort beim Kauf und Transportlast des Käufers, JZ 2011, 988; *Jesgarzewski*, Bestimmung des Nacherfüllungsortes im Kaufrecht, VuR 2012, 497.

35 EuGH, Urteil vom 23.5.2019, Az.: C-52/18 = NJW 2019, 2007 (dazu *Augenhofer*, NJW 2019, 1988).

36 OLG Hamm, Urteil vom 20.10.2015, Az.: 28 U 91/15 = BeckRS 2015, 18649.

Umstritten ist, ob bei der **Rückabwicklung eines mit einem Kaufvertrag verbundenen Verbraucherdarlehens** ebenfalls ein einheitlicher Gerichtsstand am Wohnsitz des Verbrauchers besteht. Einige OLGs haben dies bejaht,<sup>37</sup> nach anderer Ansicht verbleibt es bei der separaten Zuständigkeitsbestimmung für jeden einzelnen Anspruch.<sup>38</sup> ◀

**Gebührenforderungen von Rechtsanwälten** gegen ihre Mandanten können in der Regel nicht gem. § 29 am Gericht des Kanzleisitzes geltend gemacht werden. Es bleibt bei der Zweifelsregelung des § 269 Abs. 1 BGB (Wohnsitz des Schuldners), weil sich nicht allein aus dem Abschluss eines Vertrags mit einem Rechtsanwalt eine stillschweigende Vereinbarung über einen Leistungsort ergibt, dass der Mandant am Ort der Kanzlei seinen Zahlungsverpflichtungen nachkommen soll.<sup>39</sup> Daneben enthält § 34 einen Wahlgerichtsstand für Klagen wegen Gebühren und Auslagen.<sup>40</sup>

71

Bei **ärztlichen Honorarforderungen** wird überwiegend angenommen, dass bei stationären Behandlungen der Ort des Krankenhauses, bei ambulanten Behandlungen der Ort der Praxis des niedergelassenen Arztes maßgeblich ist.<sup>41</sup> Hier soll also aus der Natur des Schuldverhältnisses ein gemeinsamer Erfüllungsort folgen.

Bei **Beförderungsverträgen im Flugverkehr** sollen der vereinbarte Abflugort und der Ankunftsort gleichermaßen Erfüllungsorte sein.<sup>42</sup>

Für Klagen aus **Haustürgeschäften** ist die Regelung des § 29 c zu beachten. Der Verbraucher kann gegen den Unternehmer immer, der Unternehmer *muss* gegen den Verbraucher an dessen Wohnsitz klagen. Auf den Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung kommt es nicht an.

Bei Klagen wegen irreführender **Kapitalmarktinformationen** ist der ausschließliche Gerichtsstand des § 32 b<sup>43</sup> anzuwenden. Dieser erfasst nun, wie auch das KapMuG, auch Prozesse, bei denen nur ein mittelbarer Bezug zu einer öffentlichen Kapitalmarktinformation besteht. Daher kann dieses und der parallele § 32 b nun auch für Verfahren gegen Anlagevermittler angewendet werden.<sup>44</sup>

Für Klagen in **Musterfeststellungsverfahren** (§ 7 Rn. 19) besteht gem. § 32 c eine ausschließliche Zuständigkeit am allgemeinen Beklagtengerichtsstand.

### c) Dinglicher Gerichtsstand § 24

Literatur: *Braun*, Gesetz ist Gesetz, JZ 2013, 245.

37 OLG Hamm, Urteil vom 27.11.2019, Az.: 31 U 114/18, juris Rn. 78 f.; OLG Saarbrücken, Urteil vom 13.8.2020, Az.: 4 U 100/19, juris Rn. 174 ff.; OLG Celle, Urteil vom 22.7.2020, Az.: 3 U 3/20, juris Rn. 64 ff.

38 OLG Brandenburg, Urteil vom 26.1.2022, Az.: U 168/21 = BeckRS 2022, 1770;

OLG Brandenburg, Urteil vom 21.4.2021, Az.: 4 U 95/20 = BeckRS 2021, 10379.

39 BGH, Beschluss vom 11.11.2003, Az.: X ARZ 91/03 = NJW 2004, 54; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 29 Rn. 6; *Seggewiße*, Besonderheiten bei der streitigen Durchsetzung anwaltlicher Vergütungsforderungen, MDR 2021, 1033, 1035; *Balthasar*, JuS 2004, 571.

40 *Seggewiße*, Besonderheiten bei der streitigen Durchsetzung anwaltlicher Vergütungsforderungen, MDR 2021, 1033, 1035. Dieser spielt aber effektiv keine Rolle, weil das Kostenfestsetzungsverfahren nach § 11 RVG vorgeht, Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 34 Rn. 3.

41 Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 29 Rn. 6; kritisch *Prechtel*, MDR 2006, 246 (für Übertragung der Rspr. zu Rechtsanwaltsgebühren).

42 BGH, Urteil vom 18.1.2011, Az.: X ZR 71/10 = NJW 2011, 2056.

43 Neu gefasst mit Wirkung vom 1.11.2012 durch Gesetz vom 19.10.2012 (BGBl. I, 2182).

44 Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 32 b Rn. 7.

- 72 Der Gerichtsstand der belegen Sache (*forum rei sitae*) gilt im Bereich des Sachenrechts ausschließlich für unbewegliche Sachen und wird in erster Linie mit der Sachnähe des Gerichts begründet, in dessen Bezirk die Sache belegen ist.
- 73 Die internationale vorrangige Vorschrift enthält Art. 24 Nr. 1 EuGVO (zum Vorrang des europäischen Sekundärrechts § 2 Rn. 35).
- 74 § 24 ist ein ausschließlicher Gerichtsstand, der für Klagen gilt, durch die das Eigentum geltend gemacht wird (z.B. im Wege der Herausgabe (§ 985 BGB), der Unterlassung (§ 1004 BGB) oder der Grundbuchberichtigung (§ 894 BGB) oder nur der Feststellung des Bestehens (§ 256)). Auch dingliche Belastungen oder die Freiheit davon, Grenzscheidungs- (§§ 919–923 BGB), Teilungs- (§ 749 BGB) oder Besitzklagen (§§ 861, 862, 869, 1029, 1090 BGB) fallen unter § 24.

### d) Gerichtsstand der Widerklage § 33

- 75 Die Widerklage ist häufig Prüfungsgegenstand. Die in § 33 geregelte örtliche Zuständigkeit ist jedoch völlig unproblematisch. Aus prozessökonomischen Gründen soll das angerufene Gericht, wenn der Beklagte mit einer Widerklage selbst zum Angriff übergeht, auch über die mit der Erstklage im Zusammenhang stehende Widerklage entscheiden. Die Widerklage wird insoweit privilegiert. Schwieriger ist die mögliche analoge Anwendung des § 33 auf (isolierte) Drittwiderklagen (dazu § 12 Rn. 98).
- 76 Art. 8 Nr. 3 EuGVO enthält ebenfalls den in den meisten Mitgliedstaaten bekannten Gerichtsstand der Widerklage. Ziel ist auch im europäischen Rechtsraum die Förderung der Prozessökonomie und die Vermeidung sich widersprechender Entscheidungen.<sup>45</sup>
- 77 Der von § 33 geforderte Zusammenhang zwischen den beiden Ansprüchen besteht, wenn die Ansprüche (bzw. die Einwendungen dagegen) auf einem einheitlichen Lebensverhältnis beruhen oder zwischen ihnen ein natürlicher, wirtschaftlicher Zusammenhang besteht. Der Zusammenhang ist wie bei § 273 BGB weit auszulegen.<sup>46</sup>
- 78 Die umstrittene Frage, ob der in § 33 genannte Zusammenhang eine **besondere Sachentscheidungsvoraussetzung** darstellt, ist bei der Prüfung der örtlichen Zuständigkeit ohne Bedeutung und wird an anderer Stelle erörtert (§ 12 Rn. 81).

► **Klausurhinweis:** § 33 ist nur anzuwenden, wenn sich die örtliche Zuständigkeit nicht bereits aus den §§ 12, 13 ergibt. Besteht schon der allgemeine Gerichtsstand, sollte man § 33 als nicht relevant erwähnen. An dieser Stelle angelerntes Wissen zur Widerklage „abzuladen“, wäre grob falsch! ◀

### e) Gerichtsstand des Vermögens § 23

- 79 Eine Klage kann an dem Gericht erhoben werden, an dem sich Vermögen des Beklagten, der im Inland keinen Wohnsitz hat, befindet. Der Gerichtsstand des Vermögens spielt im nationalen Prozess keine Rolle. Von besonderer Brisanz ist er in internationalen Fällen, weil er dazu genutzt werden kann, Ausländer in Deutschland zu verklagen, wenn diese hier Vermögen haben. Ein Anleger verlangte 2012 vor dem LG Frankfurt a.M. von einer internationalen Ratingagentur Schadenersatz wegen des Erwerbs von

---

45 Adolphsen, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kap. 3 Rn. 150.

46 Thomas/Putzo/Hüfstege, ZPO, § 33 Rn. 4.

Zertifikaten. Die Zuständigkeit wurde wie der BGH in der Revision bestätigt, zu Recht auf § 23 gestützt.<sup>47</sup>

In der EuGVO ist die Anwendung des § 23 ausgeschlossen, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat (Art. 5 Abs. 2 EuGVO). Im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr ist § 23 für die Amerikaner ein Ärgernis, das sie zu bekämpfen suchen.

80

#### f) Gerichtsstandsbestimmung bei Streitgenossenschaft § 36 Abs. 1 Nr. 3

Die ZPO kennt keinen Gerichtsstand der Streitgenossenschaft. Gem. § 36 Abs. 1 Nr. 3 besteht jedoch die Möglichkeit eines Bestimmungsverfahrens sowohl im Fall einfacher als auch notwendiger Streitgenossenschaft auf der Beklagtenseite.<sup>48</sup> Dann können auch mehrere Personen, die bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, als Streitgenossen verklagt werden. Voraussetzung ist daher, dass Beklagte, die bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstand verklagt werden sollen und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist. Erforderlich ist ein Antrag des Klägers. Die Bestimmung erfolgt durch das im Rechtszug höhere Gericht. Der Antrag auf Gerichtsstandsbestimmung ist aber nicht mehr möglich, wenn der Kläger die Beklagten bereits einzeln vor verschiedenen Gerichten verklagt hat. An dieser Entscheidung, mehrere einzelne Klagen zu erheben, muss sich der Kläger festhalten lassen. § 36 Abs. 1 Nr. 3 bietet keine Grundlage, über den Anwendungsbereich des § 147 hinaus, zwei Verfahren miteinander zu verbinden, wenn diese bereits bei verschiedenen Gerichten rechtshängig sind.<sup>49</sup>

81

### V. Funktionelle Zuständigkeit

Den Begriff der funktionellen Zuständigkeit werden Sie in der ZPO nicht finden. Er rührt historisch daher, dass die Parteien hierüber in keinem Fall disponieren können. Die funktionelle Zuständigkeit ist demnach ausschließlich und im Prozess von Amts wegen zu beachten. Die funktionelle Zuständigkeit betrifft allgemein die Verteilung verschiedener Rechtspflegefunktionen in ein und derselben Sache (dem Rechtsstreit) unter verschiedenen Rechtspflegeorganen. Dies betrifft

82

- im Erkenntnisverfahren die Abgrenzung der Tätigkeiten des Gerichts von denen des Vorsitzenden, des Einzelrichters, des beauftragten Richters, des Rechtspflegers und des Urkundsbeamten;
- die gesetzliche Instanzenordnung. In der VwGO wird das ganze plastischer als instanzielle Zuständigkeit bezeichnet (§§ 46, 49 VwGO).

Wird die funktionelle Zuständigkeit dadurch verletzt, dass ein funktionell unzuständiges Gericht entschieden hat, so ist die Entscheidung anfechtbar, aber nicht nichtig. Hat dagegen das funktionell unzuständige Rechtspflegeorgan entschieden (Urteil durch Rechtspfleger), so ist die Entscheidung nichtig.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> BGH, Beschluss v. 13.12.2012, Az.: III ZR 282/11 = NJW 2013, 386.

<sup>48</sup> Wilke, Die gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit gem. §§ 36, 37 ZPO, JA 2019, 610.

<sup>49</sup> BGH, Beschluss vom 23.2.2011, Az.: X ARZ 388/10 = NJW-RR 2011, 929. Zur Vertiefung Beck'scher Online Kommentar ZPO/Tuossaint, § 36 Rn. 10 ff. (Stand 1.3.2021).

<sup>50</sup> R/S/G, ZPR, § 30 Rn. 25.

VI. Vereinbarungen über die Zuständigkeit § 38

Literatur: *Ebricke*, Gerichtsstandsvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im vollkaufmännischen Geschäftsverkehr, ZZZ 111 (1998), 145; *Pfeiffer*, Die kaufmännische Prorogation, JA 2005, 369; *Schneider*, Zur Wirksamkeit undifferenzierter Gerichtsstands- und Erfüllungsklauseln gegenüber Kaufleuten, BB 2011, 2440.

- 83 Soweit ersichtlich kennen alle internationalen Zuständigkeitsordnungen das Institut der Gerichtsstandsvereinbarung (*forum prorogatum*), das seine Ursprünge im römischen Recht hat. Die Regelung der ZPO ist in § 38 enthalten, dem aber Art. 25 EuGVO vorgeht.
- 84 Durch eine Gerichtsstandsvereinbarung haben es die Parteien in der Hand, kraft ihrer Privatautonomie die an sich gegebene sachliche (selten) oder internationale bzw. örtliche (verbreitet) Zuständigkeit eines Gerichts zu *derogieren* und die Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts zu *prorogieren*. Die übrigen Zuständigkeiten (Rechtswegzuständigkeit, funktionelle Zuständigkeit) sind dagegen derogationsfest.
- 85 Den Parteien steht es frei, lediglich die Zuständigkeit eines dann zusätzlich zuständigen Gerichts zu vereinbaren oder eine **ausschließliche Zuständigkeit** des vereinbarten Gerichts vorzusehen. Was gewollt ist, muss im deutschen Recht durch Auslegung ermittelt werden, eine Auslegungsregel kennt das deutsche Recht im Unterschied z.B. zu Art. 25 EuGVO (im Zweifel Ausschließlichkeit) nicht.<sup>51</sup>
- 86 Die Gerichtsstandsvereinbarung hat die **Rechtsnatur** eines Prozessvertrages, da ihre Hauptwirkungen auf prozessuellem Gebiet liegen.<sup>52</sup> Dem steht nicht entgegen, dass die Gerichtsstandsvereinbarung regelmäßig außerhalb eines Prozesses geschlossen wird, z.B. innerhalb eines materiellen Vertrages zu einem Zeitpunkt, in dem noch gar kein Streit entstanden ist. Trotz ihrer prozessrechtlichen Rechtsnatur findet man Gerichtsstandsvereinbarungen fast ausschließlich als Klausel in materiellen Verträgen (auch in Gesellschaftsverträgen). Auch dann ist die Gerichtsstandsvereinbarung jedoch ein eigenständiger Vertrag, der in seiner Wirksamkeit nicht vom Bestand des materiellen Vertrages, in den er integriert ist, abhängt (*doctrine of separability*).<sup>53</sup> Die Folge der prozessualen Einordnung der Gerichtsstandsvereinbarung ist, dass sich die Anforderungen an diesen Prozessvertrag aus dem Prozessrecht ergeben. So regelt das Prozessrecht die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen und ihre Wirkungen. Außer Regeln für die Form enthält die ZPO jedoch keinerlei Normen, die z.B. den Einigungstatbestand betreffen. Daher ist ein Rückgriff auf materielles Recht erforderlich. Der BGH hat 2019 eine materielle Verpflichtung der Parteien aus der Gerichtsstandsvereinbarung bejaht.<sup>54</sup> Auf dieser Grundlage hat er einen **Schadensersatzanspruch** auf der Basis von § 280 Abs. 1 BGB angenommen.<sup>55</sup>

51 RGZ 159, 254; BGH Urteil vom 5.7.1972, Az.: VIII ZR 118/71 = BGHZ 59, 116 (119); *Stein/Jonas/Bork*, § 38 Rn. 62; a.A. Thomas/Putzo/Hüfstege, ZPO, § 38 Rn. 32, der für eine Vermutung zugunsten der Ausschließlichkeit plädiert; das OLG München RIW 1989, 643 geht im Zweifel von einem Wahlgerichtsstand aus. Weitere Nw. *Stein/Jonas/Bork*, § 38 Rn. 62 (Fußnote 214).

52 R/S/G, ZPR, § 37 Rn. 2. Der BGH geht von einem materielrechtlichen Vertrag über prozessuale Beziehungen aus (BGH, Urteil vom 17.5.1972, VIII ZR 76/71 = BGHZ 59, 26 = NJW 1972, 1622), andere von einem materiellen Vertrag (*Rosenberg*, Stellvertretung im Prozeß, 1908, S. 65, 100). Konsequenzen hat der Streit meist nicht, nur die Begründung für die Anwendung materiellen Rechts divergiert.

53 EuGH, Urteil vom 14.12.1976, Rs. 24/76, Colzani/Rüwa = Slg. 1976, 1831; Urteil vom 3.7.1997, Rs. C-269/95, Benincasa/Dantakrit Srl = Slg. 1997, 3767 (3797) (Rn. 24); BGH, Urteil vom 19.1.1960, Az.: VIII ZR 35/59 = WM 1960, 320.

54 BGH, Urteil vom 17.10.2019, Az.: III ZR 42/19 = NJW 2020, 399 (Rn. 26).

55 *Colberg*, Schadensersatz wegen Verletzung einer Gerichtsstandsvereinbarung, IPRax 2020, 246; *Pfeiffer/Weiler*, Vertraglicher Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von Gerichtsstands- und Schiedsvereinba-

Der deutsche Gesetzgeber steht Gerichtsstandsvereinbarungen skeptisch gegenüber. Merkwürdigerweise lässt er sie eingeschränkter zu als Schiedsvereinbarungen, mit denen immerhin nicht nur eine sachliche oder örtliche Zuständigkeit innerhalb der bestehen bleibenden staatlichen Gerichtsbarkeit abgedungen wird, sondern die staatliche Gerichtsbarkeit insgesamt (§ 2 Rn. 26).

87

Kaufleute (sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtliche Sondervermögen) können Gerichtsstandsvereinbarungen vor und nach der Entstehung eines Streits ohne besondere Formanforderungen, auch in AGB, schließen (§ 38 Abs. 1). Außerhalb dieses Personenkreises sind Gerichtsstandsvereinbarungen grundsätzlich unzulässig und nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 38 Abs. 2, 3 zulässig. In Abs. 2 wird die Vereinbarung der internationalen Zuständigkeit geregelt. Nach § 38 Abs. 3 muss eine Gerichtsstandsvereinbarung zunächst einmal *ausdrücklich* und *schriftlich* erfolgen und bei reinen Inlandsfällen darf die Vereinbarung nur nach dem Entstehen des Streits geschlossen werden. Eine Gerichtsstandsvereinbarung ist damit außerhalb des kaufmännischen Verkehrs weder durch AGB noch mittelbar durch Erfüllungsortvereinbarungen möglich.

88

### VII. Rügelose Einlassung § 39

Ebenfalls durch Parteiverhalten wird eine (sachliche und örtliche) Zuständigkeit infolge rügeloser Einlassung des Beklagten zur Hauptsache begründet (§ 39), soweit keine ausschließliche Zuständigkeit gegeben ist (§ 40 Abs. 2 S. 2). Im Verfahren vor dem AG kommt es nur dann zur Wirkung der rügelosen Einlassung, wenn das Gericht den Beklagten auf die Unzuständigkeit und die Folgen einer rügelosen Einlassung hingewiesen hat (§§ 39 S. 2, 504).

89

§ 39 führt nur zur Zuständigkeitsbegründung, wenn der Beklagte ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt, weil man in diesem Zeitpunkt davon ausgehen darf, dass der Beklagte mit der an sich nicht gegebenen Zuständigkeit einverstanden ist. **Verhandlung zur Hauptsache** bedeutet, dass der Beklagte sachlich über den streitgegenständlichen Anspruch verhandelt und nicht bloß über Verfahrensfragen wie Sachentscheidungsvoraussetzungen, oder dass er Prozesshindernisse geltend macht.

90

---

rungen – Teil I, RIW 2020, 321; Teil II, RIW 2020, 641; rechtsvergleichend zur Frage des Schadensersatzes nach Verletzung einer Gerichtsstandsvereinbarung *Antomo*, Schadensersatz wegen der Verletzung einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung, S. 271 ff.

Zusammenfassende Übersicht zur Ermittlung der örtlichen Zuständigkeit

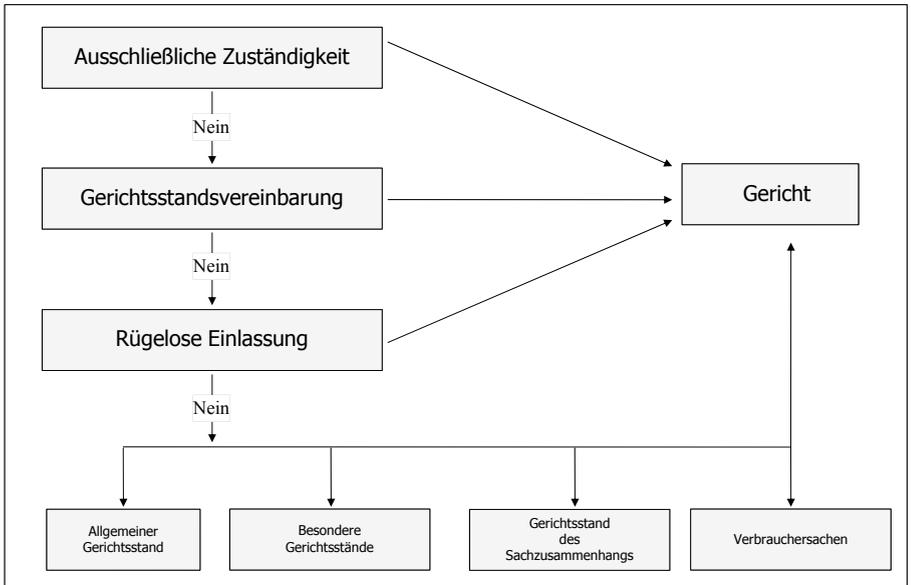


Abb. 8 Zusammenfassung zur örtlichen Zuständigkeit

Zusammenfassende Übersicht zu § 6

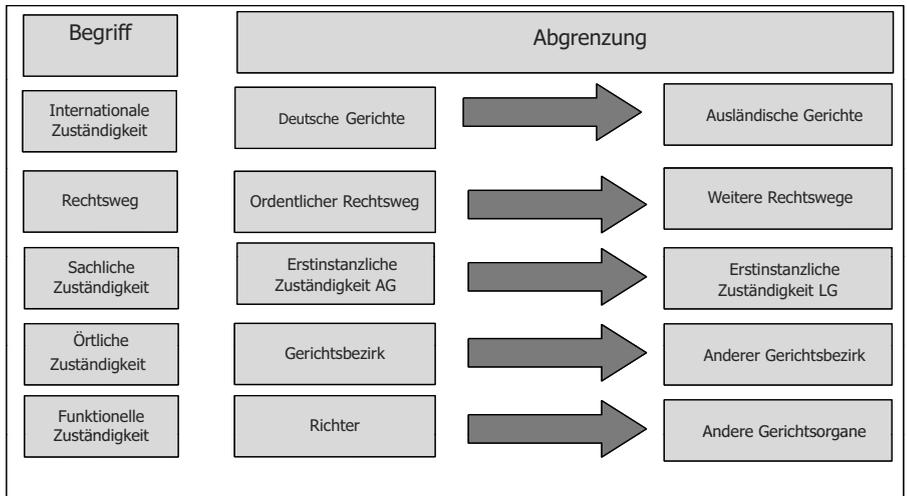


Abb. 9 Kompetenzverteilung

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

---

- > Welche Funktion hat die internationale Zuständigkeit?
- > Wie viele Rechtswege gibt es in Deutschland? Was passiert mit einer Klage, die im falschen Rechtsweg erhoben wird?
- > Welche Funktion haben die sachliche und die örtliche Zuständigkeit?
- > Ist das LG als erst- und/oder als zweitinstanzliches Gericht tätig?
- > Wodurch unterscheiden sich allgemeine und besondere Gerichtsstände?
- > Wie wird der Erfüllungsort in § 29 bestimmt?
- > Welche Zuständigkeiten können durch eine Gerichtsstandsvereinbarung geregelt werden?

## § 7 Die Parteien

*Literatur:* Adolphsen, Parteibegriff – Prozessrecht und materielles Recht, ZJP 135 (2022), 299; de Boor, Zur Lehre vom Parteiwechsel und Parteibegriff, 1941; Hein, Identität der Partei, 2 Bde., 1918/25; Halfmeier, Popularklagen im Privatrecht, 2006; Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, 1961; Kisch, Das Reichsgericht und der Parteibegriff in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. VI, 1929; Sunaric, Die richtige Partei im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren, 2018.

### I. Das Prozessrechtsverhältnis

- 1 Durch Klageerhebung entsteht ein Prozessrechtsverhältnis zwischen den Parteien und dem Gericht. Dieses Prozessrechtsverhältnis ist von dem nur die Parteien bindenden materiellen Rechtsverhältnis zu unterscheiden. Das Prozessrechtsverhältnis ist ein **öffentlich-rechtliches Verhältnis** zwischen dem Gericht und den Parteien sowie den Parteien untereinander (dreiseitiges Rechtsverhältnis). Das materielle Rechtsverhältnis besteht, wenn überhaupt (nicht bei einer unbegründeten Leistungsklage; nicht im Fall des § 265), nur zwischen den Parteien.

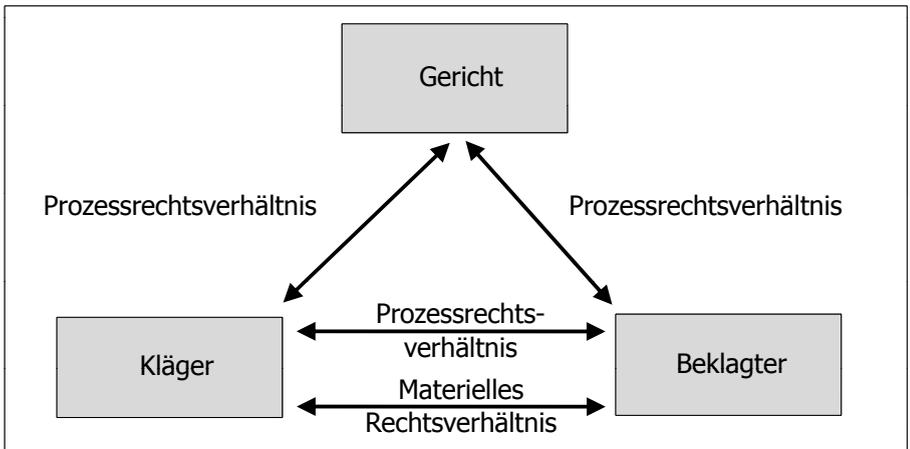


Abb. 10 Prozessrechtsverhältnis

- 2 Das Prozessrechtsverhältnis beginnt mit Klageerhebung und endet Streitig mit der Rechtskraft des Urteils oder aber unstrittig z.B. durch Rücknahme der Klage (zu prozessbeendenden Prozesshandlungen s. § 14).

### II. Erlangung der Parteienstellung

- 3 Die Auswahl des Beklagten ist Sache des Klägers. Er muss diesen in seiner Klageschrift benennen (§ 253 Abs. 2 Nr. 1). Das alleine verschafft diesem aber noch nicht die Stellung des Beklagten im Prozessrechtsverhältnis. Das öffentlich-rechtliche Verhältnis kommt erst dann zustande, wenn dem Beklagten die Klage zugestellt wird. Es müssen also Benennung in der Klageschrift *und* Zustellung vorliegen. Erfolgt eine Zustellung an eine ganz andere Partei, so ist diese nicht Beklagter. Sie erhält aber im Prozess die Möglichkeit, ihre Identität nachzuweisen, damit der Fehler korrigiert werden kann. Die in der Klageschrift gewählte Parteibezeichnung ist als Prozesshandlung bei Unklar-

heiten grundsätzlich der Auslegung zugänglich. Daher ist bei zweideutiger oder unrichtiger Parteibezeichnung diejenige Person als Partei anzusehen, die bei Würdigung des Erklärungsinhalts durch den objektiven Empfänger erkennbar betroffen werden soll.<sup>1</sup>

### III. Parteibegriff

Die ZPO verwendet den Begriff der Partei an verschiedenen Stellen. Der Gerichtsstand ist mit dem Wohnsitz des Beklagten (der beklagten Partei) verknüpft (§§ 12, 13); Personen, die der Partei nahestehen, haben ein Zeugnisverweigerungsrecht (§ 383); die unterliegende Partei trifft die Kostenlast (§§ 91 ff.); das Urteil hat Rechtskraft zwischen den Parteien (§ 325); nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Partei ist zu beurteilen, ob Prozesskostenhilfe zu gewähren ist (§ 114).

Wer Partei ist, scheint eine banale Frage zu sein und es trifft zu, dass dies meist unproblematisch ist. In Grenzfällen ist die Frage durchaus schwierig.

#### 1. Parteibegriff und Sachlegitimation

► **Fall 1:** K wird auf dem Heimweg von seiner Stammkneipe von einem Pkw angefahren. Er meint, B am Lenkrad erkannt zu haben. Er verklagt B vor dem LG auf Zahlung von 10.000 € Schadensersatz und Schmerzensgeld. Im Verfahren macht B geltend, er sei zum Unfallzeitpunkt auf Mallorca gewesen. Es stellt sich heraus, dass D den K angefahren hat. Wie hat das Gericht zu entscheiden? ◀

K ist Geschädigter eines Verkehrsunfalls. Materiellrechtlich ist aber nicht der B, den K zunächst für den Fahrer hielt, sondern D verpflichtet. D ist aber nicht von K verklagt worden. Das Gericht würde die Klage, wenn K sie nicht zurücknimmt, als unbegründet abweisen, da B zwar Partei, aber nicht materiellrechtlich zur Zahlung verpflichtet ist; er ist nicht *passiv legitimiert*.

**Merke:** Von der Frage der Parteistellung ist also die der materiellen Berechtigung (**Sachlegitimation**) zu trennen. Auch der materiell nicht Verpflichtete oder Berechtigte wird daher Partei eines Prozesses.

#### 2. Parteibegriff und Prozessführungsbefugnis

► **Fall 2:** K verklagt B auf Zahlung von 500 €, weil B diese dem D, dem Freund des K, schulde und B offenbar freiwillig nicht zahle. Er (K) wolle jetzt mal dem Recht zur Durchsetzung verhelfen. Wie hat das Gericht zu entscheiden? ◀

K ist dem B gegenüber materiellrechtlich nicht berechtigt. Er behauptet dies auch gar nicht, sondern will nur einem anderen helfen und einem übergeordneten Interesse dienen.

Solche Klagen werden **Popularklagen** genannt. Grundsätzlich sieht es das Prozessrecht nicht vor, dass jemand fremde Rechte wahrnimmt oder aber übergeordnete Interessen wie die Durchsetzung des Rechts. Trotzdem wird der K Partei und wird auch die Kosten des Rechtsstreits tragen müssen. Das Gericht wird die Klage aber durch Pro-

1 BGH, Urteil vom 24.1.2013, Az.: VII ZR 128/12 = NJW-RR 2013, 394.

zessurteil als unzulässig abweisen, weil dem K die **Prozessführungsbefugnis** (Rn. 36) fehlt.<sup>2</sup> In der Sache wird das Gericht nicht entscheiden.

**Merke:** Die Parteistellung ist von der materiellen Berechtigung und von der Frage, wer die Rechte geltend machen darf, zu trennen.

### 3. Partei kraft Amtes

► **Fall 3:** Insolvenzverwalter I klagt gegen B auf Herausgabe eines PKW, der zur Insolvenzmasse gehört. Wer ist Partei des Verfahrens? ◀

- 9 Diese sog. Verwalterfälle stellen die Hauptschwierigkeit der Bestimmung der Partei dar. I macht kein eigenes Recht geltend, er behauptet dies nicht einmal. Kann er trotzdem Partei sein?
- 10 Ein Insolvenzverwalter (§ 80 InsO) (das gleiche Problem stellt sich auch für den Nachlassverwalter (§ 1984 BGB), den Testamentsvollstrecker (§§ 2212, 2213 BGB) und den Zwangsverwalter (§ 152 ZVG)) macht keine eigenen Rechte geltend, sondern offensichtlich fremde. Dies würde – in Anknüpfung an materiellrechtliche Parallelen – dafür sprechen, den Verwalter im Prozess als einen Vertreter anzusehen. In der Konsequenz wäre der Vertretene Partei, nicht aber der Verwalter selbst (so die sog. **Vertretertheorie**).<sup>3</sup> Das Problem ist nun aber, dass der Gemeinschuldner in der Insolvenz seine Verfügungsbefugnis verliert (§ 80 Abs. 1 InsO); dann müsste eigentlich auch eine Vertretung ausscheiden, weil durch Vertretung nur die Rechtsmacht ausgeübt werden kann, die der Vertretene selbst hat. Zudem sieht das Insolvenzrecht Prozesse zwischen dem Gemeinschuldner und dem Insolvenzverwalter vor, z.B. über die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zur Insolvenzmasse. Es entstünde bei Annahme einer Vertretung ein Insichprozess.
- 11 Man könnte auch den Insolvenzverwalter nicht als Vertreter des Gemeinschuldners, sondern als Vertreter der Insolvenzmasse ansehen (so die **Organtheorie**).<sup>4</sup> Diese erklärt zwar, dass das Handeln des Verwalters auf das verwaltete Vermögen bezogen und beschränkt ist. Sie würde aber eine Rechtsfähigkeit der Insolvenzmasse voraussetzen, die dieser nicht zukommt. Eine Vermögensmasse ist nach geltendem Recht kein Rechtssubjekt, sondern *Objekt*, das anderen Rechtssubjekten zugeordnet ist.
- 12 Die heute überwiegend vertretene Ansicht sieht den Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes an (sog. **Amtstheorie**). Diese Theorie der Partei kraft Amtes hat der Gesetzgeber in § 116 mittelbar anerkannt. Die Amtstheorie wird dadurch gestützt, dass der Insolvenzverwalter, anders als ein Vertreter, nicht nur den Interessen des Gemeinschuldners dient, sondern auch denen der Gläubiger. Im Prozess ist daher der Insolvenzverwalter selbst Partei und klagt als Insolvenzverwalter auf Leistung an die Masse.

---

2 *Stamm*, Zur Frage der Existenzberechtigung der Prozessführungsbefugnis – Ihre Rückführung auf das materielle Recht, ZfP 132 (2019), 411 hat vertreten, auf das Institut der Prozessführungsbefugnis zu verzichten, um die Kontur des Prozessrechts in seiner Abgrenzung zum materiellen Recht zu schärfen.

3 *Lent*, Zur Lehre von der Partei kraft Amtes, ZfP 62 (1941), 129; *Siber*, Prozessführung des Vermögensverwalters, FS Wach, 1918; *K. Schmidt*, Klage und Rechtshängigkeit bei Konkurseröffnung vor Klagezustellung, NJW 1995, 911.

4 *Böttcher*, Die Konkursmasse als Rechtsträger und der Konkursverwalter als ihr Organ, ZfP 77 (1964), 55; *K. Schmidt*, Der Konkursverwalter als Gesellschaftsorgan und als Repräsentant des Gemeinschuldners, KTS 1984, 345; *ders.*, Der Konkursverwalter: Streitgenosse seiner selbst?, KTS 1991, 211.

► **Klausurhinweis:** In einer Klausur müssen Sie sich mit allen vertretenen Theorien auseinandersetzen. Aus der hier vertretenen Sicht sprechen die besten Argumente für die Amtstheorie. ◀

Für die Bestimmung des Parteibegriffs folgt daraus, dass dieser von der materiellrechtlichen Beziehung zwischen den Beteiligten losgelöst ist. 13

**Merke:** Partei ist nach dem prozessualen oder **formalen Parteibegriff** derjenige, der Rechtsschutz begehrt bzw. der, gegen den Rechtsschutz begehrt wird.

Ob dem Kläger also das Recht bzw. dem Beklagten die Pflicht zukommt, ist im Rahmen der Begründetheit als ein Problem der Sachlegitimation (der Inhaberschaft) erst noch zu prüfen. Für die Stellung als Partei ist dies unerheblich. Der prozessuale Parteibegriff ermöglicht es auch, jemanden, der nicht nur nicht Rechtsinhaber ist, sondern dies noch nicht einmal behauptet (Verwalter), als Partei anzusehen. Damit entsteht aber die Notwendigkeit, die Geltendmachung fremder Rechte auf die Fälle zu begrenzen, in denen der Gesetzgeber dies als legitim und notwendig ansieht. Ansonsten wären Popularklagen ohne Grenze möglich (vgl. Fall 2). Diese Begrenzung erfolgt aber nicht über den Parteibegriff, sondern über das zusätzliche Kriterium der Prozessführungsbefugnis (Rn. 36). 14

#### IV. Das Zweiparteiensystem und die Entwicklung von Massenverfahren

**Literatur:** *Adolphsen*, Parteibegriff – Prozessrecht und materielles Recht, ZZZ 135 (2022), 299; *Basedow/Hopt*, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, 1999; *Becker-Eberhard*, Neue dogmatische Einordnung der Verbandsklage kraft Gesetzes?, FS Leipold, 2009, S. 3; *Greger*, Neue Regeln für die Verbandsklage im Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrecht, NJW 2000, 2457; *ders.*, Verbandsklage und Prozessrechtsdogmatik, ZZZ 113 (2000), 399; *Hartmann*, Drei Hauptmerkmale im neuen Musterfeststellungsverfahren, VersR 2019, 528; *Röthemeyer*, Musterfeststellungsklage und Individualanspruch – Zur Kritik und zu den Entwicklungsmöglichkeiten, VuR 2019, 87; *Waclawik*, Die Musterfeststellungsklage, NJW 2018, 2912.

In jedem Prozess muss es zwei Parteien geben und nach deutschem (Verfahrens-) Recht darf es auch nur zwei Parteien geben. Diese Parteien werden abhängig vom Verfahrensstadium und der Verfahrensart Kläger und Beklagter, Berufungskläger und -beklagter, Revisionskläger und -beklagter, Antragsteller und -gegner, Beschwerdeführer und -gegner genannt. 15

► **Fall 4:** K ist Geschädigter eines Unfalls. Er verklagt den Fahrer, den personenverschiedenen Halter des Pkw sowie die Kfz-Haftpflichtversicherung. Wie viele Parteien oder Prozessrechtsverhältnisse liegen vor? ◀

Auf der Beklagtenseite stehen dem Kläger K Mehrere gegenüber, das Zweiparteiensystem scheint aufgebrochen. Das ist aber nur vordergründig der Fall. Bei den Beklagten handelt es sich um **Streitgenossen**. Bei der Streitgenossenschaft liegt eine Klagenhäufung auf der Beklagtenseite vor (Rn. 50). Es bestehen zwischen Kläger und Beklagtenseite drei Prozessrechtsverhältnisse: je eines des K gegen je einen Beklagten, die zu einem einheitlichen Verfahren zusammengefasst sind. 16

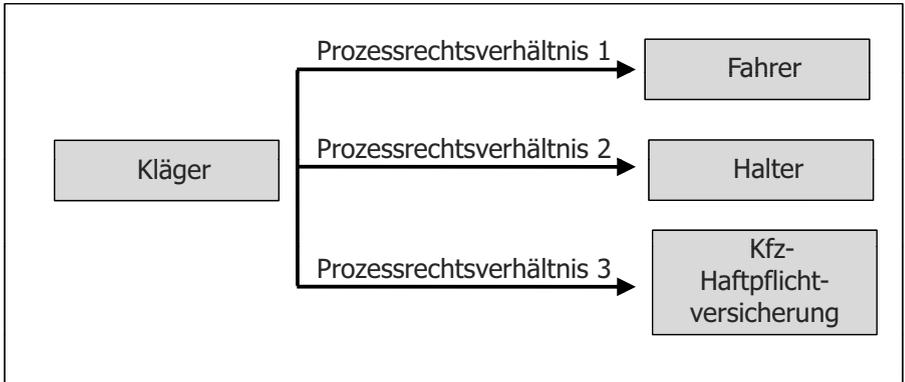


Abb. 11 Das Zweiparteiensystem im Zivilprozess bei mehreren Beklagten

- 17 Diese Prozessrechtsverhältnisse kann das Gericht wieder trennen, so dass sie in verschiedenen Verfahren entschieden werden (§ 145 Abs. 1).

Ende 2015 ist der sog. **Abgas- oder Dieselskandal (Dieselgate)** bekannt geworden. VW (und wie inzwischen bekannt auch andere Autohersteller) hatte in die Motoren Abschaltvorrichtungen verbaut, um Grenzwerte auf dem Prüfstand einhalten zu können. In zahlreichen Staaten kam es daraufhin zu Verwaltungs-, Straf- und Zivilverfahren gegen Autohersteller aber auch Händler. In Deutschland sind allein vor Zivilgerichten Hunderttausende von Klagen rechthängig. Diese wurden z.T. von Individualklägern erhoben, z.T. auch von Unternehmen wie myright.de. Zentrale materiellrechtliche Frage der Zivilklagen ist in den meisten Fällen, ob ein (erheblicher) Sachmangel vorliegt und welche Rechte die Käufer in diesen Fällen haben. Daneben spielen auch deliktsrechtliche Fragen um §§ 823 Abs. 2, 826 BGB eine Rolle.<sup>5</sup>

Eine derartige Prozessflut hätte über Jahre hinaus Justizressourcen gebunden. Zudem hätten zahlreiche Betroffene von der Rechtsdurchsetzung abgesehen, weil die (kaum mehr zu überblickende) Rechtsprechung sehr uneinheitlich war.

Wie können die Verfahren effektiv bewältigt werden?

- 18 Das Zweiparteiensystem wird immer mehr in Frage gestellt. In bestimmten Bereichen mehrten sich schon vor Dieselgate die Stimmen, die den Einsatz von **Verbands-, Gruppen- oder auch Sammelklagen** bzw. die Einführung von **Musterverfahren** forderten.<sup>6</sup> Diese Bereiche waren das Produkthaftungsrecht, das Umweltrecht und das Wirtschafts-, vor allem das Kapitalmarktrecht. Die EU Kommission hatte schon 2011 ein Konsultationspapier zur Einführung von prozessrechtlichen Elementen zur kollektiven Rechtsdurchsetzung vorgelegt<sup>7</sup> und vor einigen Jahren bereits ein Weißbuch über Schadensersatzklagen im Bereich des Kartellrechts.<sup>8</sup> Im Verbraucherschutzrecht gibt es die Verbandsklage nach § 3 Abs. 1 UKlaG. Im Kapitalmarktrecht war 2005 das Ka-

5 BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, Az.: VIa ZR 335/21 = NJW 2023, 2259; *Schaub*, Die Diesel-Problematik zwischen europäischem und nationalem Recht, NJW 2023, 2236.

6 *Brömmelmeyer* (Hrsg.), Die EU-Sammelklage, 2013.

7 Europäische Kommission, „Towards a Coherent European Approach to Collective Redress“, SEK (2011) 173; s. *Brand*, US-Sammelklage und kollektiver Rechtsschutz in der EU, NJW 2012, 1116.

8 *Hess*, „Private Law enforcement“ und Kollektivklagen, JZ 2011, 66; *Stadler*, Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in Europa, JZ 2009, 121.

pitalanleger-Musterverfahrensgesetz in Kraft getreten, das zum 1.11.2012 wesentlich geändert wurde.<sup>9</sup> Die Diskussion wurde durch den Telekomfall angestoßen. Es soll bei üblichen Streuschäden im Kapitalmarktrecht, bei denen eine Vielzahl Betroffener mit eher geringen Einzelschäden typisch sind, die Steuerungsfunktion des materiellen Haftungsrechts wiederherstellen. Denn die Kläger vermeiden häufig die gerichtliche Auseinandersetzung – sie wollen dem schlechten Geld nicht noch gutes hinterherwerfen. Der Schädiger wird bei Streuschäden, obwohl die Geschädigten materiellrechtliche Ansprüche haben, daher häufig nicht sanktioniert. Durch einen Musterfeststellungsantrag kann in einem Rechtsstreit, der einen Schadensersatzanspruch wegen falscher oder irreführender Kapitalmarktinformationen zum Gegenstand hat, die Feststellung einer Schadensersatzbegründenden Anspruchsvoraussetzung verlangt werden. Dazu werden die Klagen in ein elektronisches Register aufgenommen, es wird gerichtlich ein Musterkläger bestimmt, der ein Musterverfahren durchführt. Die übrigen Kläger werden beigeladen, ihre Klageverfahren werden während der Dauer des Musterverfahrens ausgesetzt. Die Wirkung des Musterverfahrens auf die Nachverfahren entspricht in etwa jener der Nebenintervention (§ 36 Rn. 8), d.h. Gerichte und Beteiligte werden in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht gebunden.

Auf der Grundlage des geltenden Rechts waren schon die Verfahren im Telekomfall nicht effektiv zu bewältigen. Das Problem stellte sich nun wieder im Dieselskandal. Der deutsche Gesetzgeber hatte daher in §§ 606 ff. das **Musterfeststellungsklagegesetz** eingeführt,<sup>10</sup> das sich von der kapitalmarktrechtlichen Musterfeststellungsklage dadurch unterscheidet, dass nicht ein Musterfall ausgekoppelt und vorab entschieden wird, sondern sog. **qualifizierte Einrichtungen** die Feststellung des Vorliegens oder des Nichtvorliegens von tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen für das Bestehen oder das Nichtbestehen von Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen („Feststellungsziele“) zwischen Verbrauchern und einem Unternehmer begehren können. Es handelt sich – obwohl in den Medien häufig so dargestellt – nicht um eine Sammelklage, weil nach der Musterfeststellungsklage die Verbraucher ihre Rechte noch in individuellen Verfahren durchsetzen müssen, bei denen aber eine Bindung an das Ergebnis der Musterfeststellungsklage besteht (§ 613). Verbraucher können Ansprüche oder Rechtsverhältnisse, die von den Feststellungszielen abhängen, zur Eintragung in ein Klagerregister anmelden (§ 608). Das rechtskräftige Musterfeststellungsurteil bindet das zur Entscheidung eines Rechtsstreits zwischen einem angemeldeten Verbraucher und dem Beklagten berufene Gericht, soweit dessen Entscheidung die Feststellungsziele und den Lebenssachverhalt der Musterfeststellungsklage betrifft (§ 613). Die Feststellungsziele sind dabei weiter als bei einer Feststellungsklage (§ 256 Abs. 1), die sich ja nur auf Rechtsverhältnisse, nicht wie die Musterfeststellungsklage auch auf Tatsachen bezieht. Sachlich zuständig ist erstinstanzlich das OLG (§ 119 Abs. 3 VVG). Materiellrechtlich hemmt die Erhebung der Musterfeststellungsklage die Verjährung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 a BGB).

19

9 Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten vom 19.10.2012 (BGBl. I, 2182); *Schneider/Heppner*, KapMuG Reloaded – das neue Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, BB 2012, 2703; *Söhner*, Das neue Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, ZIP 2013, 7.

10 Gesetz v. 12.7.2018, BGBl. I 2018, 1151. Durch das Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz (VRUG) sind die Regelungen aus der ZPO in das neue Verbraucherechtedurchsetzungsgesetz (VDuG) überführt worden.

Schadensersatzansprüche können bis 2023 durch Verbandsklagen nicht geltend gemacht werden,<sup>11</sup> die Umsetzung der EU Verbandsklagen Richtlinie hat eine Änderung erzwungen.<sup>12</sup> In Deutschland ist 2023 das **Verbraucherrechtedurchsetzungsgesetz (VDuG)** in Kraft getreten.<sup>13</sup> Die erforderlichen Regelungen für **Abhilfeklagen durch Verbände** sind in diesem neuen Gesetz gebündelt worden. Darin sind die bestehenden Regelungen über die Musterfeststellungsklage integriert werden. Die Abhilfeklage stellt einen weiteren Schritt in der Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes in der ZPO dar. Die Musterfeststellungsklage hatte auf die individuelle Rechtsdurchsetzung durch die qualifizierte Einrichtung verzichtet, dieser nur die Feststellung von Feststellungszielen auf der ersten Stufe aufgegeben und die Individualrechtsdurchsetzung auf eine langwierige zweite Stufe verschoben, soweit kein Vergleich zustande kommt. Die Abhilfeklage muss nun auf diese zweite Stufe der Individualrechtsdurchsetzung verzichten, weil die Richtlinie dies explizit anordnet (Art. 7 VI, Art. 9 VI RiL). Der VRUG sieht vor, dass die klagerechtere Stelle mit der Abhilfeklage die Verurteilung des Unternehmers zu einer Leistung an die betroffenen Verbraucher begehrt (§ 14 VRUG).

Die Abhilfeklage ist nur zulässig, wenn die von der Klage betroffenen Ansprüche von Verbrauchern gleichartig sind. Gleichartig sind die Ansprüche von Verbrauchern, wenn sie auf demselben Sachverhalt oder auf einer Reihe vergleichbarer Sachverhalte beruhen und für sie die gleichen Tatsachen- und Rechtsfragen entscheidungserheblich sind (§ 15 Abs. 1 VRUG).

Bei Erfolg wird ein Abhilfegrundurteil erlassen (§ 16 VRUG). Wird dieses nach Fehlschlagen von Vergleichsverhandlungen rechtskräftig, entscheidet das Gericht durch Abhilfegrundurteil (§§ 17 II, 18 VRUG). Es schließt sich ein Umsetzungsverfahren an, das dazu dient, die Verbraucher aus einem von einem Sachwalter zu bildenden Fonds (§ 25 VRUG) zu befriedigen. Das Verfahren lehnt sich an das insolvenzrechtliche Feststellungs- und Verteilungsverfahren (§§ 174 ff. InsO) an.

## V. Parteifähigkeiten

- 20 Um einen Prozess wirksam führen zu können, muss eine Partei parteifähig sein (1.), sie muss prozessfähig sein (2.) und sie muss postulationsfähig sein (3.). Von diesen Parteifähigkeiten werden im Folgenden die Anforderungen an das Verhältnis der Partei zum konkreten Streitgegenstand getrennt (dazu VI.), da dies keine persönlichen Verhältnisse einer Partei sind. In der Literatur werden diese Anforderungen z.T. auch bei den Parteifähigkeiten erörtert. Unterschiede in der Sache bestehen nicht.

### 1. Parteifähigkeit

**Literatur:** *Backhaus*, Der nicht eingetragene Verein im Rechtsverkehr, 2001; *Fischer-Lescano*, Natur als Rechtsperson, ZUR 2018, 205; *Hadding*, Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZGR 2001, 712; *Huber*, Grundwissen – Zivilprozess-

<sup>11</sup> *Prütting*, ZIP 2020, 197, 199.

<sup>12</sup> *Bruns*, ZJP 134 (2021), 393; *Hakenberg*, Die neue Verbandsklagen-Richtlinie der Europäischen Union, NJOZ 2021, 673; *Röthemeyer*, Die neue Verbandsklagen-Richtlinie, VuR 2021, 43; *Augenhöfer*, Die neue Verbandsklagen-Richtlinie – effektiver Verbraucherschutz durch Zivilprozessrecht?, NJW 2021, 113; *Voigt*, ZJP 134 (2021), 343; *Grewe/Stegemann*, EU-Verbandsklagerichtlinie, ZD 2021, 183; *Vollkommer*, EU-Verbraucher-sammelklage, MDR 2021, 129; *Fries*, Europäische Verbandsklage: Erkenntnis inter partes, Vollstreckung erga omnes?, ZJP 134 (2021), 433.

<sup>13</sup> <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw27-de-verbandsklagenrichtlinien-956740> (abgerufen am 14.7.2023).

recht: Partei- und Prozessfähigkeit, JuS 2010, 201; *Markgraf/Kießling*, Gesellschaften als Parteien im Zivilprozess, JuS 2010, 312; *Oberhammer*, Die OHG im Zivilprozess, 1998; *K. Schmidt*, Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig, NJW 2001, 993; *ders.*, Die parteifähige BGB-Außengesellschaft: noch immer ein schwieriger Fall! – Bemerkungen zu Folgeproblemen einer vollzogenen Rechtsfortbildung, Liber amicorum Lindacher, 2007, S. 143; *Stucki*, Grundrechte für Tiere, 2016; *Wertenbruch*, Die Parteifähigkeit der GbR – die Änderungen für die Gerichts- und Vollstreckungspraxis, NJW 2002, 324.

Die Parteifähigkeit ist im Prozess gemäß § 56 Abs. 1 von Amts wegen zu prüfen. Bei ihrem Fehlen wird die Klage als unzulässig abgewiesen, es ergeht Prozessurteil (s. Schema B II 2 a). 21

Parteifähigkeit lässt sich auch als **prozessuale Rechtsfähigkeit** bezeichnen. § 50 Abs. 1 verweist zur Bestimmung der Parteifähigkeit auf die Vorschriften über die materiellrechtliche Rechtsfähigkeit. Demnach sind parteifähig alle natürlichen und alle juristischen Personen. Darüber hinaus sind aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung parteifähig die OHG, die KG (§§ 124, 161 Abs. 2 HGB), die Partnerschaftsgesellschaften (§ 7 Abs. 2 PartGG) und die politischen Parteien (§ 3 ParteienG).<sup>14</sup> Die Entscheidung darüber, wer/was rechtsfähig ist, gründet auf einer freien rechtspolitischen Entscheidung des Gesetzgebers. Rechtsfähigkeit ist nicht vorgegeben, auch nicht statisch, sondern dynamisch. Rechtstheoretisch und zunehmend rechtspolitisch bedeutsam ist die Frage, ob man **nicht-humane Rechtspersonen** mit Klagerechten ausstatten sollte.<sup>15</sup> Diese betrifft **Tiere**, die Natur insgesamt aber auch Teile der Natur (ein bestimmter See) als Rechtsperson aber auch **Roboter**.<sup>16</sup> 22

► **Fall 6:** A und B betreiben einen Turnierstall mit Pferden zur Teilnahme am Sport und zum Verkauf als GbR. Sie haben dazu einen Stall gemietet und Personal eingestellt. Nach mehreren Turniererfolgen bietet sich die Gelegenheit, das Pferd „Donnerhall“ an K zu verkaufen. Nach Abschluss des Kaufvertrages überlegen es sich die beiden anders, weil inzwischen D deutlich mehr Geld für das Pferd geboten hat. K verklagt die GbR vor dem zuständigen LG Münster. Ist die Klage zulässig? ◀

Die **BGB-Gesellschaft** war nach der Rechtsprechung des BGH soweit rechtsfähig, als sie am Rechtsverkehr teilnimmt und eigene Rechte und Pflichten begründet.<sup>17</sup> Dies ist vorliegend der Fall. In diesem Fall ist sie auch parteifähig.<sup>18</sup> Die Klage ist dann unmittelbar gegen die Gesellschaft zu richten, was nach der bis zu der Entscheidung des BGH bestehenden h.M. unmöglich war. K wäre darauf angewiesen gewesen, A und B gemeinsam zu verklagen, da das Pferd im Gesellschaftsvermögen stand und dieses gesamthänderisch gebunden ist, so dass A und B nur gemeinsam darüber verfügen 23

14 Vertiefend *Markgraf/Kießling*, JuS 2010, 312.

15 *Köck/Markus*, 30 Jahre „Robbenklage“: Zur Aktualität der Eigenrechte der Natur, ZUR 2018, 193; *Schröter/Bosselmann*, Die Robbenklage im Lichte der Nachhaltigkeit, ZUR 2018, 195; *Fischer-Lescano*, Natur als Rechtsperson, ZUR 2018, 205.

16 *Eidenmüller*, The Rise of Robots and the Law of Humans, Oxford Legal Studies Research Paper No. 27/2017 (<https://ssrn.com/abstract=2941001> (abgerufen am 23.5.2021)), 11 f.; *Schirmer*, Rechtsfähige Roboter, JZ 2016, 660; *Kersten*, Menschen und Maschinen, Rechtliche Konturen instrumenteller, symbiotischer und autonomer Konstellationen, JZ 2015, 1, 6 f.

17 BGH, Urteil vom 29.1.2001, Az.: II ZR 331/00 = NJW 2001, 1056; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993; *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 58 V 1; davor noch BGHZ 30, 195 (197); BGH, Urteil vom 25.9.1990, Az.: XI ZR 94/89 = NJW 1991, 101; Beschluss vom 10.10.1996, Az.: IX ZR 135/95 = NJW 1997, 1236 (Parteifähigkeit). Die Insolvenzfähigkeit ergab sich schon vor der Rechtsprechungsänderung aus § 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO.

18 BGH, Beschluss vom 18.2.2002, Az.: II ZR 331/00 = NJW 2002, 1207; *Lutz*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Zivilprozess – Aktuelle Rechtsprobleme, GWR 2012, 30; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 60 IV.

können (§ 719 BGB). Heute ist es möglich, die Klage unmittelbar gegen die GbR zu richten. Der Vorteil ist, dass ein Gesellschafterwechsel während des Prozesses nicht zu einem Parteiwechsel führt. Aus dem Urteil kann unmittelbar gegen die Gesellschaft (nicht gegen die einzelnen Gesellschafter!!) vollstreckt werden, es ist kein Titel mehr nach § 736 gegen alle Gesellschafter erforderlich. Eine Klage ist auch dann möglich, wenn die Gesellschafter nicht bekannt sind. Es ist aber auch nach wie vor möglich, z.B. bei Unklarheit, ob eine Innen- oder Außengesellschaft besteht (nur die Außengesellschaft ist rechtsfähig), die Klage gegen die einzelnen Gesellschafter als Parteien zu richten und die Vollstreckung gem. § 736 durchzuführen.<sup>19</sup> Klagen die Gesellschafter einer GbR als Streitgenossen, so ist richtige Partei die GbR als solche. Die Klage ist aber nicht wegen fehlender Aktivlegitimation als unbegründet abzuweisen, sondern es ist das Rubrum zu berichtigen.<sup>20</sup>

Ab 2024 wird die bisherige Rechtsprechung in das Gesetz integriert durch das **Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)**.<sup>21</sup>

► **Vertiefung:** Die Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) ist (jedenfalls soweit sie ihre „Tagesschau-App“ unter ihrer Bezeichnung und ihrem Logo im Rechtsverkehr anbietet) keine rechtsfähige und damit nach § 50 Abs. 1 parteifähige (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts.<sup>22</sup> Vielmehr handelt es sich um eine nicht rechtsfähige öffentlich-rechtliche Gemeinschaftsform. Schließen sich juristische Personen des öffentlichen Rechts zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks zusammen, der in der gemeinsamen Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe besteht, entsteht keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sondern eine öffentlich-rechtliche Gemeinschaftsform. Ein solcher Zusammenschluss hat keinen bürgerlich-rechtlichen, sondern öffentlich-rechtlichen Charakter. ◀

Auch die **Wohnungseigentümergeinschaft (WEG)** wurde durch den BGH als rechtsfähig angesehen, soweit sie bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsverkehr teilnimmt.<sup>23</sup> Danach hat der Gesetzgeber die Teilrechtsfähigkeit im Gesetz ausdrücklich festgeschrieben (§ 10 Abs. 6 S. 1 WEG).<sup>24</sup> Klagen konnte die WEG schon bisher unter der Sammelbezeichnung „WEG x-Straße, vertreten durch den Verwalter y“. Bei Passivprozessen musste jedoch eine Eigentümerliste eingereicht werden, um dem Bestimmtheitserfordernis des § 253 Abs. 2 Nr. 1 zu genügen. Das ist nun nicht mehr erforderlich. Die WEG kann als solche klagen und verklagt werden, ohne dass es auf den aktuellen Mitgliederbestand ankommt.

- 24 Der **nichtrechtsfähige Verein** ist nach § 50 Abs. 2 aktiv und passiv parteifähig, kann also selbst klagen.<sup>25</sup> Das entspricht anderen Verfahrensordnungen (§ 61 Nr. 2 VwGO, § 70 Nr. 2 SGG, § 58 Abs. 2 FGO).

19 K. Schmidt, NJW 2001, 993 (1000); a.A. Habersack, BB 2001, 481.

20 BGH, Urteil vom 14.9.2005, Az.: VIII ZR 117/04 = NZG 2006, 16.

21 Buch 2 Abschnitt 8 Titel 16 (§§ 705–740 c) neu gef. mWv 1.1.2024 durch G v. 10.8.2021 (BGBl. I S. 3436).

22 BGH, Urteil vom 30.4.2015, Az.: I ZR 13/14 = BeckRS 2015, 17161.

23 BGH, Beschluss vom 2.6.2005, Az.: V ZB 32/05 = NJW 2005, 2061; dazu Bub/Petersen, Zur Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft, NJW 2005, 2590.

24 BGH, Urteil vom 11.12.2015 – V ZR 180/14, NJW 2016, 1735.

25 § 50 Abs. 2 geändert mit Wirkung vom 30.9.2009 durch G v. 24.9.2009 (BGBl. I, 3145).

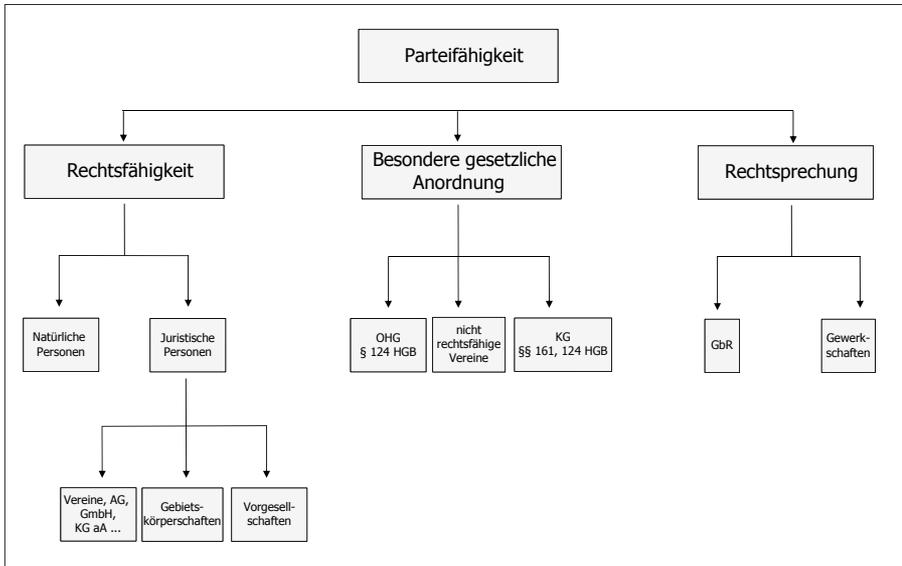


Abb. 12 Zusammenfassung zur Parteifähigkeit

## 2. Prozessfähigkeit

**Merke:** Die Prozessfähigkeit ist die Fähigkeit, die Parteirechte im Prozess wirksam wahrzunehmen, also Prozesshandlungen vorzunehmen.

Sie lässt sich auch als prozessuale Geschäftsfähigkeit bezeichnen. Nach § 52 ist prozessfähig, wer sich durch Verträge verpflichten kann. Auch hier besteht wieder der Querverweis zum materiellen Recht. Prozessunfähig sind demnach alle geschäftsunfähigen Personen und beschränkt geschäftsfähige Personen. Diese Prozessunfähigkeit ist eine absolute. § 110 BGB („Taschengeldparagraph“), der einen besonderen Fall der Einwilligung regelt, ändert an der Prozessunfähigkeit des Minderjährigen nichts. Zwar ist das einzelne Rechtsgeschäft, wenn es der beschränkt Geschäftsfähige mit den zur Verfügung gestellten Mitteln bewirkt, wirksam. Das ändert aber nichts an der Prozessunfähigkeit, weil die ZPO auf die generelle Fähigkeit abstellt, sich durch Verträge zu verpflichten. Dass ein einzelnes materielles Rechtsgeschäft gem. § 110 BGB wirksam ist, ändert daran nichts.<sup>26</sup> Anders ist dies im Rahmen der §§ 112, 113 BGB. Hier ist der Minderjährige im Umfang der Geschäfte, die der Betrieb des Erwerbsgeschäfts bzw. die eingegangenen Dienst- oder Arbeitsverträge mit sich bringen, prozessfähig.<sup>27</sup>

**Merke:** Das Prozessrecht kennt keine beschränkte Prozessfähigkeit, sondern rechnet beschränkt Geschäftsfähige zu den Prozessunfähigen!

Gem. § 79 muss ein Vertreter der Partei selber prozessfähig sein, obgleich dies im materiellen Recht gerade nicht erforderlich ist. Dort reicht die beschränkte Geschäftsfähigkeit (§ 165 BGB).

<sup>26</sup> R/S/G, ZPR, § 44 Rn. 6.

<sup>27</sup> Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 52 Rn. 2.

- 28 Eine prozessunfähige Partei muss im Prozess durch ihren gesetzlichen Vertreter vertreten werden. Die gesetzliche Vertretung ersetzt die fehlende Prozessfähigkeit; Partei ist dann der Prozessunfähige, nicht der gesetzliche Vertreter.
- 29 Auch die Prozessfähigkeit ist Sachentscheidungsvoraussetzung, bei ihrem Fehlen ergeht Prozessurteil (Schema B II 2 b).

### 3. Postulationsfähigkeit

**Literatur:** *Henssler/Kilian*, Die Neuregelung des Rechts der OLG-Anwälte, NJW 2002, 2817; *Kirchberg*, Einheitliche Postulationsfähigkeit, NJW 2000, 486; *Meier*, Professoren als Prozessvertreter – auch im Zivilprozess?, ZfPW 2022, 477; *Philippi*, Die Änderung des § 78 ZPO durch das Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den OLG, FamRZ 2002, 1316.

**Merke:** Postulationsfähigkeit ist die Fähigkeit, vor einem Gericht selbst auftreten zu können und Prozesshandlungen im Prozess wirksam vorzunehmen.

- 31 Gem. § 78 Abs. 1 herrscht vor den LG und vor allen Gerichten des höheren Rechtszugs **Anwaltszwang**. Gleiches gilt gem. § 114 FamFG in den dort genannten familienrechtlichen Verfahren. Der Begriff Anwaltszwang ist etwas irreführend. Es besteht keine Pflicht, einen Anwalt zu mandatieren. Vielmehr betrifft der Anwaltszwang die Postulationsfähigkeit der Partei: Wo Anwaltszwang herrscht, kann die Partei allein keine wirksamen Prozesshandlungen vor Gericht vornehmen.
- 32 Die Postulationsfähigkeit muss zusätzlich zur Prozessfähigkeit vorliegen. Sie ist keine Sachentscheidungsvoraussetzung, sondern nur eine **Prozesshandlungsvoraussetzung**. Die Rechtsfolgen des Fehlens der Postulationsfähigkeit müssen immer auf die jeweils ohne diese vorgenommene Prozesshandlung bezogen werden. Ihr Fehlen macht die konkrete Prozesshandlung unwirksam, die Klage selbst aber nicht unzulässig. Am schwierigsten zu verstehen ist die Einschränkung, dass die Postulationsfähigkeit nur eine Prozesshandlungsvoraussetzung, nicht aber eine Sachentscheidungsvoraussetzung ist, wenn man sich das Beispiel einer ohne Anwalt trotz Anwaltszwang eingereichten Klage ansieht. Reicht eine Partei selbst Klage ein, so ist (nur) die Prozesshandlung „Klagerhebung“ unwirksam, da die Partei nicht postulationsfähig ist. Der Richter wird die Klage deshalb dem Beklagten schon nicht zustellen.
- 33 Erscheint eine Partei vor dem LG ohne Rechtsanwalt, ist sie nicht erschienen, also säumig, so dass Versäumnisurteil (§§ 330, 331) ergehen kann (§ 17 Rn. 2).
- 34 § 78 Abs. 1 sieht vor, dass sich die Parteien vor dem LG, OLG oder dem BGH in jedem Verfahren durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen. Ansonsten sind die Parteien vor den AG selbst postulationsfähig, eine Vertretung ist nicht erforderlich. Entschließt sich eine Partei, auf eigene Faust zu prozessieren, so kann sie gemäß § 496 die Klage, Klageerwiderung sowie sonstige Anträge und Erklärungen mündlich zu Protokoll der Geschäftsstelle erklären. Gemäß § 129 a Abs. 1 können Anträge und Erklärungen, deren Abgabe vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zulässig ist, vor der Geschäftsstelle eines jeden AG zu Protokoll abgegeben werden. Wirksam wird die zu Protokoll abgegebene Erklärung jedoch erst, wenn sie das zuständige Gericht erreicht.

## VI. Verhältnis der Partei zum Streitgegenstand/Prozessführungsbefugnis

**Literatur:** *Balzer*, Die Darlegung der Prozessführungsbefugnis und anderer anspruchsbezogener Sachurteils Voraussetzungen im Zivilprozess, NJW 1992, 2721; *Garlichs*, Passivprozesse des Testamentsvollstreckers, 1996; *Grunsky*, Prozessstandschaft, Festgabe BGH, Bd. 3, 2000, S. 109; *Pawlowski*, Die zivilrechtliche Prozessstandschaft, JuS 1990, 378; *Schreiber*, Die Prozessführungsbefugnis im Zivilprozessrecht, JURA 2010, 750; *Schülz*, Sachlegitimation und richtige Prozesspartei bei innergesellschaftlichen Streitigkeiten in der Personengesellschaft, 1994; *Stamm*, Zur Frage der Existenzberechtigung der Prozessführungsbefugnis – Ihre Rückführung auf das materielle Recht, ZZZP 132 (2019), 411; *ders.*, Das Mysterium der gesetzlichen Prozessstandschaft bei Abtretung oder Veräußerung der streitbefangenen Sache, ZZZP 2018, 143.

Die Ausführungen zum formellen Parteibegriff (Rn. 13) haben gezeigt, dass dieser ein Problem nicht lösen kann: Die Klage eines materiell nicht Berechtigten, der ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend machen will. Wenn man grundsätzlich davon ausgeht, dass niemand fremde Rechte im Prozess geltend machen darf, ist eine weitere Voraussetzung erforderlich, die dies im Einzelfall gestattet. Das notwendige Korrektiv bildet die **Prozessführungsbefugnis**. Die Prozessführungsbefugnis ist allerdings historisch nicht entstanden, um den als zu weit empfundenen Parteibegriff zu begrenzen, sondern um die Fälle zu erklären, in denen eine rechtsfremde Person klage oder verklagt wurde, vor allem im Fall des § 265 ZPO, also der Befugnis, einen Prozess weiterzuführen, obwohl eine materielle Berechtigung aufgrund der Veräußerung fehlt.<sup>28</sup> Das was die Prozessführungsbefugnis vorgeblich bekämpfen soll, die Popularklage, gibt es nicht – die Popularklage ist zumindest im Zivilprozess ein Phantom.<sup>29</sup> Der Begriff mischt Fragen der materiellen Berechtigung in das Prozessrecht ein und relativiert damit die erreichte Trennung von materiellem Recht und Prozessrecht (s.o. § 2 Rn. 5). Die Prozessführungsbefugnis knüpft an den Streitgegenstand an und nicht – wie Partei- und Prozessfähigkeit – an die Handlungsfähigkeit der Beteiligten gegenüber dem Gericht.<sup>30</sup>

**Merke:** Die Prozessführungsbefugnis ist das Recht, einen Prozess im eigenen Namen über ein eigenes oder ein fremdes Recht als Partei zu führen.

Im Unterschied dazu führt ein Vertreter den Prozess im Namen der vertretenen Partei. Die Prozessführungsbefugnis ist keine persönliche Eigenschaft einer Partei, sondern eine **prozessuale Berechtigung**. Ausschlaggebend für diese Berechtigung ist die Beziehung der Partei zum Gegenstand des Rechtsstreits.

Grundsätzlich ist die Prozessführungsbefugnis unproblematisch, wenn jemand behauptet, ein eigenes Recht geltend zu machen. Unzulässig ist aber eine Klage, mit der ein fremdes Recht im Prozess durchgesetzt werden soll.

Für die Prozessführungsbefugnis kommt es allein auf die Behauptung an, Inhaber des Rechts zu sein oder aber Gründe vorzubringen, die die Geltendmachung des fremden Rechts rechtfertigen können. Fehlt mangels dieser Behauptung die Prozessführungsbefugnis, wird die Klage wegen Fehlens einer Sachentscheidungsvoraussetzung als unzulässig abgewiesen (Schema B II 3c). Eine Prüfung in der Sache erfolgt nicht. Ob der Kläger wirklich, wie er behauptet, der materiell Berechtigte ist oder sich das Recht ge-

28 *Sunaric*, Die richtige Partei im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren, S. 23; *Hoffmann*, ZZZP 130 (2017), 403; 404; *Stamm*, ZZZP 132 (2019), 411, 418.

29 *Stamm*, ZZZP 132 (2019), 411, 414; dagegen geht *Voigt*, ZZZP 134 (2021), 343, 352 von „kafkaesken“ Zuständen aus, wenn man den formellen Parteibegriff nicht begrenze.

30 *Stamm*, ZZZP 132 (2019), 411, 437.

gen den Beklagten richtet, ist eine Frage der Sachlegitimation, die in der Begründetheit zu prüfen ist. Fehlt sie, wird die Klage als unbegründet abgewiesen.

► **Klausurhinweis:** Ausführungen zur Prozessführungsbefugnis sind regelmäßig nur dann erforderlich, wenn die Partei ein fremdes Recht geltend macht. Dann ist nach der Legitimation zu fragen, mit der sie das tut. ◀

- 40 Diese kann sich aus Gesetz (dazu 1.) und aus Rechtsgeschäft (dazu 2.) ergeben. Im ersten Fall spricht man von einer gesetzlichen Prozessstandschaft, im zweiten von einer gewillkürten Prozessstandschaft.

### 1. Fälle gesetzlicher Prozessstandschaft

- 41 Die Fälle gesetzlicher Prozessstandschaft haben überwiegend gemeinsam, dass das Gesetz einer Person eine materiellrechtliche Verfügungsbefugnis einräumt und das Prozessrecht diese materiellrechtliche Verfügungsbefugnis mit einer Prozessführungsbefugnis versieht. Dies entspricht der dem materiellen Recht dienenden Funktion des Zivilprozesses.
- 42 Die ZPO enthält einen Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft in § 265 (§ 8 Rn. 81): Jede Partei kann eine Sache, um die in einem Prozess gestritten wird, veräußern. Sie ist dann materiellrechtlich zwar nicht mehr berechtigt, auf den Prozess selbst hat dies aber keinen Einfluss. Der ehemals Berechtigte bleibt Partei und erstreitet das Urteil in Prozessstandschaft für den neuen materiell Berechtigten (zur Möglichkeit des Parteiwechsels Rn. 83).
- 43 Wichtige Fälle gesetzlicher Prozessstandschaft sind die **Parteien kraft Amtes**. Hier ist einer Person die materielle Verfügungsmacht entzogen und einem Verwalter übertragen worden (in der Insolvenz vom Gemeinschaftsdarlehner auf den Insolvenzverwalter, vgl. § 80 InsO<sup>31</sup>). Parteien kraft Amtes sind neben dem Insolvenzverwalter der Nachlassverwalter (§ 1984 BGB), der Testamentsvollstrecker (§§ 2212, 2213 BGB) und der Zwangsverwalter (§ 152 ZVG).
- 44 Das BGB enthält eine ganze Reihe von Fällen, in denen ein Dritter prozessführungsbefugt ist, von denen hier nur einige genannt werden können:<sup>32</sup> Bei der Gemeinschaft hat jeder Teilhaber das Recht zur Notgeschäftsführung und damit das Recht, selbst ein Recht der Gemeinschaft geltend zu machen. Weitere Fälle sind § 432 BGB (Mitgläubiger), § 1011 BGB (Miteigentümer), § 2039 BGB (Miterbe),<sup>33</sup> § 1368 BGB (Ehegatte). Mitgesellschafter können bei Ansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis (z.B. zur Erbringung der Einlage) auf Leistung an die Gesellschaft klagen (sog. *actio pro socio*), wenn die Gesellschaft eine Forderung nicht geltend macht. Bei Verbänden ist zu unterscheiden, ob diese eigene Rechte haben, die sie geltend machen (so der Wortlaut des § 3 UKlaG), oder Rechte ihrer Verbandsangehörigen.<sup>34</sup>

---

31 § 80 (1) Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über.

32 Umfassend R/S/G, ZPR, § 46 Rn. 6 ff.

33 § 2039 BGB ist auch anwendbar, wenn die Geltendmachung zum Nachlass gehörender Ansprüche im Wege der Vollstreckungsabwehrklage erfolgt, s. BGH, Urteil vom 5.4.2006, Az.: IV ZR 139/05 = BGHZ 167, 150 = NJW 2006, 1969.

34 Im Einzelnen ist hier Vieles noch streitig, s. BGH, Urteil vom 11.7.1996, Az.: I ZR 79/94 = NJW 1996, 3276, 3277 (zu § 13 UWG a.F.); *Adolphsen*, Parteibegriff – Prozessrecht und materielles Recht, ZJP 135 (2022), 299, 312; *Greger*, Verbandsklage und Prozessrechtsdogmatik, ZJP 113 (2000), 399; *Koch*, Die Verbandsklage, ZJP 113 (2000), 413; *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, 2006.

## 2. Gewillkürte Prozessstandschaft

**Literatur:** v. Brumm, Die gewillkürte Prozeßstandschaft, 1933; Frank, Die Verschiebung von Prozeßrechtsverhältnissen mit Hilfe der gewillkürten Prozeßstandschaft, ZZP 92 (1979), 321; Henckel, Einziehungsermächtigung und Inkassoession, FS Larenz, 1983, S. 643; Hinz, Wettbewerbsklagen von Verbänden i.S. des § 13 Abs. 2 Ziff. 2 UWG in gewillkürter Prozeßstandschaft, FS Piper, 1996, S. 257; Koch, Über die Entbehrlichkeit der gewillkürten Prozeßstandschaft, JZ 1984, 809; Schumann, Die Prozeßermächtigung (die gewillkürte Prozeßstandschaft) und der Rechtsschutz des Beklagten, FS Musielak, 2003, S. 447.

Eine gewillkürte Prozessstandschaft wird in Deutschland, anders als z.B. in der Schweiz,<sup>35</sup> ganz überwiegend anerkannt, vor allem, um in Fällen einer materiellen Einziehungsermächtigung, bei der der Ermächtigte nicht Rechtsinhaber wird, ein prozessuales Pendant zu schaffen. Sie soll aber nicht dazu dienen, durch Verschieben eines Strohmanns einen Kostenerstattungsanspruch des Gegners wegen Vermögenslosigkeit des Strohmanns wertlos zu machen.

45

Erforderlich ist

46

- eine ausdrückliche oder konkludente Ermächtigung des Prozessführungsbefugten durch den materiell Berechtigten i.S. des § 185 BGB,
- ein eigenes rechtlich schutzwürdiges Interesse des Dritten und
- die Vermeidung einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Belange der anderen Partei.

Für den Beklagten wird ein schutzwürdiges Interesse generell verneint, so dass sich das Problem der gewillkürten Prozessstandschaft nur auf der Klägerseite stellen kann.

47

Bei einer Prozessführung durch einen Dritten muss der materiell Berechtigte sinnvoll an die Entscheidung gebunden werden. Dieses geschieht durch Ausdehnung der subjektiven Rechtskraftgrenzen (§ 28 Rn. 61). In Fällen gesetzlicher Prozessführungsbefugnis ist dies in § 325 geregelt für den Fall der Veräußerung der in Streit befangenen Sache durch den Rechtsvorgänger. In diesem Fall erfasst die Rechtskraft auch den Rechtsnachfolger. Ein weiterer Fall ist der des § 327: Wenn der Testamentsvollstrecker ein Urteil erwirkt, wirkt dies für und gegen den Erben. In Fällen gewillkürter Prozessführungsbefugnis kommt es immer dann, wenn eine wirksame Ermächtigung zur Prozessführung vorlag, zu einer Rechtskrafterstreckung.

48

35 Dazu mit Nachweisen Sunaric, Die richtige Partei im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren, 2018, S. 129.

Zusammenfassende Übersicht zur Parteilehre

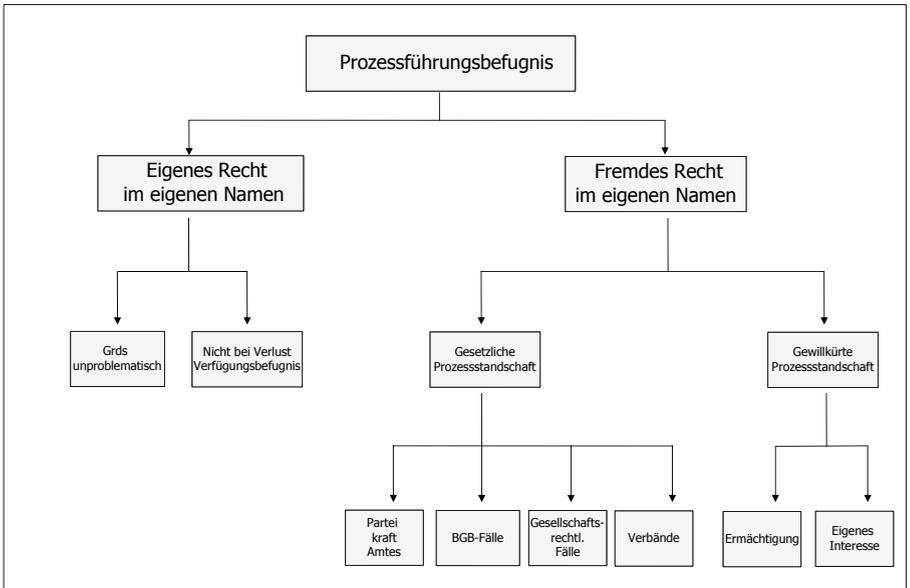


Abb. 13 Zusammenfassung zur Prozessführungsbefugnis

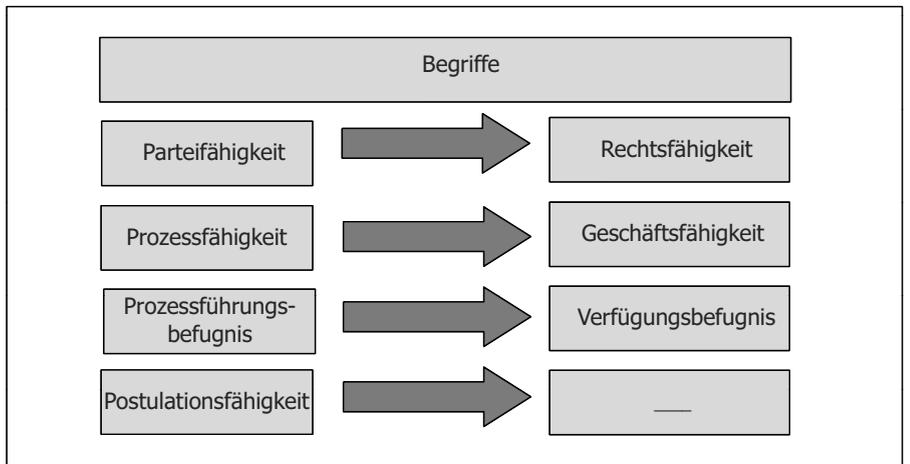


Abb. 14 Vergleich prozessualer und materiellrechtlicher Begriffe

- 49 Wenn man die materiellrechtlichen Parallelbegriffe zu den prozessualen Begriffen sucht, so ergibt sich, dass Parteifähigkeit und Rechtsfähigkeit, Prozessfähigkeit und Geschäftsfähigkeit sowie Prozessführungsbefugnis und Verfügungsbefugnis korrelieren. Die Postulationsfähigkeit hat kein Pendant im materiellen Recht.

## VII. Mehrheit von Parteien

Sowohl auf Kläger- als auch auf Beklagtenseite können mehrere Parteien stehen. Trotzdem bleibt es bei dem Grundsatz, dass jede Partei durch ein eigenes Prozessrechtsverhältnis mit dem Gericht und den Gegenparteien verbunden ist (Rn. 16). Man spricht insoweit von subjektiver Klagehäufung. Streitgenossen sind die, die zusammen auf einer Parteiseite stehen. Andere Dritte, die nicht Partei sind, können nicht Streitgenossen sein, sondern z.B. Streitverkündungsempfänger oder Nebenintervenient (§§ 66, 72). 50

► **Klausurhinweis:** In einer Klausur sind alle Prozessrechtsverhältnisse streng zu trennen und einzeln zu bearbeiten. Es sind jeweils gesondert Zulässigkeit und Begründetheit zu prüfen. ◀

Das Gesetz unterscheidet die einfache (§§ 59–61, 63) und die notwendige Streitgenossenschaft (§ 62). 51

### 1. Die einfache Streitgenossenschaft

**Literatur:** *Gottwald*, Grundprobleme der Streitgenossenschaft im Zivilprozess, JA 1982, 64; *Lindacher*, Die Streitgenossenschaft, JuS 1986, 379 und 540; *W. Lüke*, Die Beteiligung Dritter im Zivilprozess, 1993; *Pieronczyk/Pieronczyk*, Die Streitgenossenschaft gem. §§ 59 ff. ZPO, JuS 2020, 319.

Die Verbindung der Streitgenossen bei der einfachen Streitgenossenschaft ist sehr lose. Es handelt sich um eine aus Gründen der Zweckmäßigkeit erfolgte Verbindung mehrerer Prozesse zu gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung. Diese Verbindung kann durch das Gericht gemäß § 145 wieder gelöst werden und die Entscheidung kann uneinheitlich ausfallen. 52

Die EuGVO enthält mit dem Gerichtsstand in Art. 8 Nr. 1 EuGVO einen einheitlichen internationalen Gerichtsstand der Streitgenossenschaft auf der Beklagtenseite, der in zahlreichen Hoheitsgebieten der Mitgliedstaaten bekannt ist, kaum jedoch in Deutschland.<sup>36</sup> Durch Art. 8 Nr. 1 EuGVO ist es möglich, mehrere Beklagte am Wohnsitz eines Streitgenossen zu verklagen. Der Kläger spart sich dadurch mehrere Klagen in verschiedenen Mitgliedstaaten. Erforderlich ist aber, dass zwischen den Klagen ein Zusammenhang besteht. 53

Nach der ZPO ist eine Streitgenossenschaft nur zulässig, wenn das Gericht für alle Klagen zuständig ist. Gem. § 36 Abs. 1 Nr. 3 besteht jedoch die Möglichkeit eines Bestimmungsverfahrens (s.o. § 6 Rn. 81). 54

#### a) Zulässigkeit

► **Fall 7:** Der Gläubiger G klagt seine Darlehensforderung gegen den Schuldner und die Bürgschaftsforderung gegen den Bürgen ein. In welchem Verhältnis stehen die Klagen zueinander? ◀

Nach der ZPO ist die einfache Streitgenossenschaft nicht schrankenlos zulässig. Ohne eine sachliche Verknüpfung der Klagen besteht kein Grund zu einer gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung. 55

<sup>36</sup> S. aber § 232 Abs. 3 Nr. 2 FamFG (Unterhaltsklage Kind gegen Eltern), § 603 Abs. 2 (Wechselklage), § 605 a ZPO (Scheckklage).

56 Nach §§ 59, 60 ist die einfache Streitgenossenschaft in folgenden Fällen zulässig:

### aa) Rechtsgemeinschaft mehrerer Personen (§ 59, 1. Fall)

- 57 Eine Rechtsgemeinschaft besteht in den Fällen der Gesamtschuldnerschaft (§ 421 BGB), der Gesamtgläubigerschaft (§ 432 BGB), der Bruchteilsgemeinschaften (§ 741 BGB) und der Gesamthandsgemeinschaften (§§ 705, 2032 BGB).
- 58 Schuldner und Bürge sind im Verhältnis zum Gläubiger keine Gesamtschuldner und fallen damit nicht unter die Fallgruppe der Gesamtschuldnerschaft. Im Grundsatz kann der Gläubiger zwar wählen, wen er in Anspruch nimmt und von ihm die volle Summe verlangen. Der Bürge kann aber u.U. mit Erfolg die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) erheben, mit der Folge, dass die Klage gegen ihn als z.Zt. unbegründet abgewiesen wird. Der Hauptschuldner kann zur Rückzahlung der Darlehensschuld verurteilt werden. Somit haftet der Bürge im Ergebnis doch nur subsidiär, so dass die für § 421 BGB erforderliche Gleichstufigkeit nicht gegeben ist. Entscheidend gegen eine Gesamtschuldnerschaft spricht auch, dass die §§ 765 ff. BGB für die Bürgschaft erschöpfende Sonderregelungen beinhalten, welche die §§ 421 ff. BGB vollständig verdrängen. Obwohl Schuldner und Bürge somit keine Gesamtschuldner sind, sind sie trotzdem einfache Streitgenossen, da der Begriff der Rechtsgemeinschaft hier weiter zu verstehen ist und auch Bürge und Hauptschuldner umfasst.<sup>37</sup>

### bb) Einheit der Rechtsgründe (§ 59, 2. Fall)

- 59 Der Fall liegt vor, wenn Ansprüche von oder gegen Mehrere aus einem Vertrag oder Ansprüche von oder gegen Mehrere aus einer unerlaubten Handlung geltend gemacht werden (der BGH nahm dies im Dieselskandal in einem Fall an, in dem ein Kfz-Käufer gegen den Verkäufer Ansprüche wegen eines Sachmangels (im Fahrbetrieb abgeschalteter Abgasreinigungseinrichtungen) und gegen den Hersteller des Fahrzeugs Ansprüche aus unerlaubter Handlung geltend machte, und dies auf die Vortäuschung eines mangelfreien Zustands stützte<sup>38</sup>).

### cc) Gleichartigkeit der Streitgegenstände (§ 60)

- 60 Dieser Fall wird in der Praxis sehr weit ausgelegt und eigentlich als eine Zweckmäßigkeitsformel angewendet, wobei sich Überschneidungen zu den erstgenannten Fällen ergeben können. Er liegt bspw. vor, wenn ein Vermieter wegen eines gleichen Vorfalles gegen mehrere Mieter eines Mietshauses klagt.

► **Klausurhinweis:** Die einzelnen Anwendungsfälle der §§ 59, 60 werden in der Praxis nicht abgegrenzt, dies ist auch in der Klausur nicht erforderlich. Entscheidend ist letztlich, dass die Verbindung der Klagen **zweckmäßig** ist. ◀

- 61 Neben den Voraussetzungen der §§ 59, 60 müssen auch die des § 260 vorliegen (s.u. Rn. 77). Ist eine Verbindung zweckmäßig, kann der Richter die Verbindung anordnen oder, wenn diese schon bei Klageerhebung entstanden ist, bestehen lassen. Wie er entscheidet, steht grundsätzlich in seinem Ermessen, soweit keine Pflicht (z.B. § 137

---

37 OLG Bamberg, Beschluss vom 15.12.2014, Az.: 8 SA 25/14 = BeckRS 2015, 00916; OLG Hamm, Beschluss vom 14.11.2013, Az.: 32 SA 76/13 = BeckRS 2013, 21184.

38 BGH, Beschluss vom 6.6.2018, Az.: X ARZ 303/18 = NJW 2018, 2200.

FamFG, Verbund von Scheidungs- und Folgesachen) oder ein Verbot der Verbindung besteht.

### b) Wirkung

Die Wirkung der einfachen Streitgenossenschaft besteht nicht darin, dass sich das rechtliche Schicksal der Ansprüche zu einer einheitlichen Entscheidung verbindet. 62

Die Rechtshängigkeit richtet sich im einzelnen Prozess nach dem Zustellungszeitpunkt. Die Bedeutung von Bestreiten, Nichtbestreiten und Geständnis wirkt nur für den einen Prozess. Anerkenntnis, Klagerücknahme, Verzicht und Klageänderung haben keine Auswirkung auf den Prozess des Streitgenossen. Fristen laufen für jeden Streitgenossen gesondert. Der eine Streitgenosse kann obsiegen, der andere unterliegen. 63

**Merke:** Gegen einen Streitgenossen, der säumig ist, kann Versäumnisurteil ergehen, während gegen den anderen Erschienenen verhandelt wird. Einfache Streitgenossen vertreten sich nicht (anders als notwendige Streitgenossen).

Der Eintritt der Rechtskraft richtet sich nach dem jeweiligen Zustellungszeitpunkt des Urteils. Rechtsmittel legt jeder Streitgenosse unabhängig vom anderen ein. 64

Das Gemeinsame an der einfachen Streitgenossenschaft ist daher die Verhandlung einschließlich der Beweisaufnahme und das Urteil. Bei gemeinsamen Tatsachen wirkt der Tatsachenvortrag des einen für und gegen den anderen, wenn dieser nicht widerspricht. Über gemeinsame Tatsachen können Streitgenossen nicht als Zeugen vernommen werden. 65

Liegen die Voraussetzungen der §§ 59, 60 nicht vor, so ist nur die Verbindung mit der anderen Klage, nicht die Klage selbst unzulässig, die Verfahren sind lediglich gem. § 145 zu trennen.

**Merke:** Die Unzulässigkeit der subjektiven Klagenhäufung bzw. Streitgenossenschaft führt nicht zur Unzulässigkeit der Klage.

## 2. Die notwendige Streitgenossenschaft (§ 62)

Charakteristisch für die notwendige Streitgenossenschaft ist, dass aus Rechtsgründen nur eine einheitliche Entscheidung möglich ist. Dieses kann aus prozessrechtlichen und aus materiellrechtlichen Gründen der Fall sein. Man kann grob davon ausgehen, dass notwendige Streitgenossenschaft immer dann vorliegt, wenn der Streitgegenstand der verbundenen Verfahren identisch ist und nach h.M. weitere praktische Gründe hinzukommen. 66

Trotzdem liegen auch im Fall notwendiger Streitgenossenschaft mehrere Prozessrechtsverhältnisse vor, die auch in einer Klausur strikt zu trennen sind. 67

Die h.M. unterscheidet: 68

### a) Fälle der notwendigen gemeinsamen Klage von mehreren bzw. gegen mehrere

Diese Fallgruppe lässt sich plastischer als **Verbot der Einzelklage** beschreiben. Grund hierfür ist die gemeinsame Stellung der Personen, die nur gemeinsam prozessführungsbefugt sind oder die Sachinhaberschaft besitzen. 69

► **Fall 8:** A besitzt ein Grundstück ohne Verbindung zur öffentlichen Straße. Er verlangt von seinem Nachbarn B die Einräumung eines Notweges nach § 917 BGB. Das Nachbargrundstück gehört jedoch den Eheleuten B und C je zur Hälfte.

Hat die Klage Aussicht auf Erfolg? ◀

70 Die Eheleute sind Miteigentümer und können gemäß § 747 S.2 BGB nur gemeinschaftlich über den gemeinsamen Gegenstand verfügen. Aus diesem Grunde sind die beiden Miteigentümer auch nur gemeinsam prozessführungsbefugt. Eine Klage nur gegen einen Ehegatten wäre als unzulässig abzuweisen, weil ein Fall der notwendigen Streitgenossenschaft vorliegt (zur Möglichkeit der Parteierweiterung Rn. 97).

► **Klausurhinweis:** In einer Klausur muss im Fall notwendiger Streitgenossenschaft geprüft werden, ob alle notwendigen Streitgenossen geklagt haben bzw. verklagt worden sind. Ist das der Fall, ist das nur festzustellen. Ist das wie hier nicht der Fall, ist die Klage als unzulässig abzuweisen. In einer Anwaltsklausur kann es erforderlich sein, auf die Parteierweiterung einzugehen. ◀

71 Auch alle Aktivprozesse von Gesamthandsgemeinschaften, wie der Gütergemeinschaft und der Erbengemeinschaft, fallen hierunter.

### b) Fälle der notwendig einheitlichen Sachentscheidung

72 In diese Fallgruppe gehören alle Fälle der Rechtskrafterstreckung. Diese Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, dass sich nicht jeder Streitgenosse an der Klage beteiligen muss, dass aber die Entscheidung zumindest in manchen Fällen ihm gegenüber wirkt, auch wenn er nicht beteiligt ist.

► **Fall 9:** Mehrere Aktionäre einer Aktiengesellschaft fechten vor dem LG durch jeweils gesonderte Klageerhebung denselben Hauptversammlungsbeschluss wegen Verletzung einer Satzungsbestimmung nach den §§ 243, 245, 246 AktG an.

Muss das Gericht die Verfahren verbinden oder kann auch getrennt verhandelt werden? ◀

73 Das Urteil, das in diesem Fall auf die Anfechtungsklage gegen den Hauptversammlungsbeschluss hin ergeht, wirkt nach § 248 AktG einheitlich für und gegen alle Aktionäre, gleichgültig, ob sie am Verfahren beteiligt waren oder nicht.<sup>39</sup> Der einzelne Aktionär kann aber, anders als die Miteigentümer im Grundstücksfall, durchaus selbstständig klagen. Klagen aber mehrere, so muss wegen der Rechtskraftwirkung des Urteils (§ 248 Abs. 1 AktG) über alle Klagen einheitlich entschieden werden. Die einzelnen Klagen sind daher vom Gericht nach § 246 Abs. 3 S. 5 AktG zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

### c) Wirkungen

74 Anders als bei der einfachen Streitgenossenschaft, wo jeder Prozess für sich geführt wird, schränkt die notwendige Streitgenossenschaft die Dispositionsbefugnis der einzelnen Streitgenossen erheblich ein. Geständnis, Klagerücknahme, Erledigung der Hauptsache, Anerkenntnis, Verzicht oder Vergleich können nur von allen gemeinsam vorgenommen werden.

---

39 BGH, Beschluss vom 18.6.2007, Az.: II ZB 23/06 = BeckRS 2007, 10301.

► **Fall 10:** A verklagt die notwendigen Streitgenossen B und C vor dem LG. Im Termin zur mündlichen Verhandlung erscheint B ohne Rechtsanwalt. A beantragt ihm gegenüber den Erlass eines Versäumnisurteils. Wie ist zu entscheiden? ◀

Der Erlass eines VU setzt voraus, dass B in der Hauptverhandlung säumig ist (§ 331). B ist jedoch erschienen. Allerdings ist er selbst nicht postulationsfähig gemäß § 78 Abs. 1. Das Erscheinen der Partei ohne Rechtsanwalt begründet vor dem LG den Fall der Säumnis. Aus diesem Grunde scheint es zunächst so, als müsste im Beispielfall ein VU ergehen. Dem steht jedoch § 62 Abs. 1 entgegen. Da ein Fall der notwendigen Streitgenossenschaft vorliegt, wird ein Streitgenosse, wenn ein Termin oder eine Frist von ihm versäumt wird, als durch die nicht Säumigen vertreten angesehen. Daher liegt hier kein Fall der Säumnis vor. Es kann kein VU gegen B ergehen, sondern die Hauptverhandlung ist gegen beide notwendigen Streitgenossen durchzuführen.

75

**Merke:** Die Säumnis des Streitgenossen hat gemäß § 62 Abs. 1 keine Folgen, der Säumige wird durch die übrigen vertreten.

### 3. Behandlung in der Klausur

Bei der Prüfung der Zulässigkeit der subjektiven Klagehäufung nach der Prüfung der Zulässigkeit der Klage ist keine Differenzierung zwischen einfacher und notwendiger Streitgenossenschaft erforderlich. Die einzelnen Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft sind regelmäßig bei den Wirkungen von vorgenommenen oder nicht vorgenommenen Prozesshandlungen der Parteien zu erörtern, wie im Fall der Vertretung durch die übrigen notwendigen Streitgenossen. Auch die Wirkung eines Verzichts, Anerkenntnisses usw. für den nicht anerkennenden und nicht verzichtenden Streitgenossen kann an dieser Stelle erörtert werden.

76

### 4. Streitgenossenschaft und Klagehäufung

**Merke:** Jede subjektive Klagehäufung ist zugleich eine objektive Klagehäufung.

Wegen der Kumulation der Prozessrechtsverhältnisse werden immer auch mehrere prozessuale Ansprüche geltend gemacht werden. Daher müssen zusätzlich die Voraussetzungen des § 260 gegeben sein.

77

► **Klausurhinweis:** Im Falle einer subjektiven Klagehäufung ist als nächster Gliederungspunkt (s. Schema C) in der Klausur die Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung zu erörtern. Gem. § 260 muss dasselbe Prozessgericht zuständig sowie dieselbe Prozessart gegeben sein und es darf kein Klageverbindungsverbot bestehen. Erst nach Prüfung dieser Voraussetzungen ist auf die Begründetheit der Klage einzugehen. ◀

## VIII. Parteiänderung

**Literatur:** *de Boor*, Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, 1941; *Burbulla*, Parteiberichtigung, Parteiwechsel und Verjährung, MDR 2007, 439; *Heinrich*, Der gewillkürte Parteiwechsel, 1990; *Kisch*, Parteiänderung im Zivilprozess, 1912; *Kohler*, Die gewillkürte Parteiänderung, JuS 1993, 315; *Putzo*, Die gewillkürte Parteiänderung, Festgabe BGH, Bd. 3, 2000, S. 149; *Roth*, Gewillkürter Parteiwechsel und Bindung an Prozesslagen, NJW 1988, 2977; *Schink*, Rechtsnachfolge im Zivilprozess, JURA 1985, 291.

► **Fall 11:** K klagt gegen V auf Zahlung des Kaufpreises für ein Auto. Beim Vertragsschluss ist V durch B vertreten worden. Im Verfahren stellt sich heraus, dass B keine Vertretungsmacht hatte. Wie kann K reagieren, um den Prozess nicht zu verlieren? ◀

- 78 Im Verlauf eines Prozesses kann sich das Problem ergeben, dass auf der Seite des Klägers oder auf der des Beklagten eine Änderung eintritt und entweder eine andere Person das Verfahren fortführen soll (**Parteiwechsel**) oder eine weitere Partei hinzutreten soll (**Parteibeitritt**). Im Ausgangsfall möchte K seine Klage umstellen, weil er erkennt, dass er den Falschen verklagt hat. Aus prozessökonomischen Gründen wird es allgemein als erstrebenswert angesehen, den laufenden Prozess weiter zu führen und nicht das Verfahren zu beenden und ein neues mit den richtigen Parteien zu beginnen. Andererseits müssen neben der Prozessökonomie auch die Interessen der Parteien berücksichtigt werden. Die neue Partei tritt in das Verfahren ein und hat auf den bisherigen Verlauf keinen Einfluss gehabt. Dann stellt sich die Frage, ob die neue Partei mit oder ohne Zustimmung an bisherige Prozessergebnisse gebunden werden kann. Nur dann ist aber die Fortführung ökonomisch sinnvoll; wäre sie gar nicht gebunden, könnte man auch ein neues Verfahren beginnen.
- 79 Parteiwechsel und Parteibeitritt sind gesetzlich nur rudimentär geregelt. In der Praxis ist der gewillkürte Parteiwechsel, also der auf Initiative der Partei(en), häufig und wird auch zugelassen, ohne dass eine klare Dogmatik entstanden wäre.

### 1. Gesetzliche Regelung der Parteiänderung

- 80 Gesetzlich geregelt ist der Parteiwechsel z.B. beim Übergang des Prozesses auf den **Gesamtrechtsnachfolger** bei Tod eines Menschen (§ 1922 Abs. 1 BGB). Der Erbe tritt als Partei an die Stelle des Erblassers. Durch den Tod der Partei tritt eine Unterbrechung des Verfahrens ein, bis der Rechtsnachfolger das Verfahren aufnimmt (§ 239). Auf diese Weise kann ein überlebender Ehepartner einen von seinem verstorbenen Ehepartner geführten Prozess aufnehmen (§ 250). Er ist dann aufgrund der Rechtsnachfolge an alle bisher vorliegenden Prozessergebnisse in vollem Umfang gebunden.
- 81 Im Fall der **Veräußerung der streitbefangenen Sache** (§ 265) führt grundsätzlich der Rechtsvorgänger den Prozess weiter, obwohl er sachlich nicht mehr legitimiert ist (s.u. § 8 Rn. 81). Der Erwerber kann den Prozess jedoch mit Zustimmung des Gegners (§ 265 Abs. 2 S. 2) und des Rechtsvorgängers (ergibt sich nicht aus Gesetz, er kann aber nicht gezwungen werden, seine Parteistellung aufzugeben)<sup>40</sup> übernehmen. Tut er dies, ist er an bisherige Prozessergebnisse gebunden.

### 2. Gewillkürte Parteiänderung

- 82 Die gewillkürte Parteiänderung ist gesetzlich nicht geregelt. Zu unterscheiden sind der Parteiwechsel und der Parteibeitritt. Zu trennen sind die Frage der Zulässigkeit der Parteiänderung und die Frage, in welchem Umfang die neue Partei an bisherige Prozessergebnisse gebunden ist.

#### a) Der Parteiwechsel

- 83 Welche Regeln für den Parteiwechsel gelten, ist zwischen Rechtsprechung und Literatur heftig umstritten. Der Streit geht vor allem um die Frage, wer dem Parteiwechsel zustimmen muss und ob die Zustimmung durch das Kriterium der Sachdienlichkeit ersetzt werden kann.

---

40 Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 265 Rn. 17.

aa) Der BGH vertritt in Fortführung der Rechtsprechung des RG grds. die Auffassung, dass es sich bei dem Parteiwechsel um eine Klageänderung (§§ 263 ff.) handelt (**Klageänderungstheorie**). 84

Das gilt ohne Einschränkung zunächst in der **ersten Instanz**: Daher kann ein neuer Beklagter bei Zustimmung aller Beteiligten, aber ohne seine eigene Zustimmung bei Sachdienlichkeit in den Prozess eingebunden werden. Ein neuer Kläger kann mit Zustimmung des alten Klägers (durch Parteiwechselerklärung: er darf nicht einfach aus seiner prozessualen Rolle verdrängt werden),<sup>41</sup> aber ohne Zustimmung des Beklagten bei Sachdienlichkeit den Prozess übernehmen. 85

In **zweiter Instanz** ist die Zustimmung des Beklagten erforderlich, weil dieser eine Instanz verliert. Diese Zustimmung kann ausnahmsweise dann entfallen, wenn die Zustimmung rechtsmissbräuchlich verweigert wird.<sup>42</sup> Ein Klägerwechsel ist in zweiter Instanz auch gegen den Willen des Beklagten zulässig, wenn dies sachdienlich ist.<sup>43</sup> Zu beachten ist zusätzlich § 533 Nr. 2: Eine Klageänderung in zweiter Instanz ist nur zulässig, wenn die Klageänderung auf Tatsachen gestützt wird, die das Berufungsgericht nach § 529 zugrunde zu legen hat. In diesem Fall dürfte der Parteiwechsel aber auch nicht sachdienlich sein. 86

In der Revisionsinstanz ist der Parteiwechsel ausgeschlossen, weil er neuen Tatsachenvortrag erfordert, der gem. § 559 ausgeschlossen ist. 87

bb) Die **Klagerücknahmetheorie**<sup>44</sup> sieht den gewillkürten Parteiwechsel als Klagerücknahme der alten Partei und Erhebung einer neuen Klage an. Sie wird heute kaum noch vertreten, weil sie keine Verwertung der bisherigen Prozessergebnisse ermöglicht. Dies aber ist der Hauptgrund, warum das Institut überhaupt diskutiert wird. 88

cc) Die heute herrschende Lehre begreift den gewillkürten Parteiwechsel als **prozessuales Institut eigener Art** und sucht eine Lösung in Anlehnung an die Interessen der Partei und deren Berücksichtigung in bestehenden Instituten. Auch hier erfolgt der Rückgriff auf Klageänderung und Klagerücknahme. 89

Der **Klägerwechsel** bedarf danach immer der Zustimmung des alten Klägers, da dieser nicht ohne Weiteres aus seiner Parteirolle verdrängt werden darf. Auch der neue Kläger muss dem Wechsel zustimmen, weil niemand gezwungen werden kann, einen Prozess zu führen. Der Beklagte muss ebenfalls zustimmen, weil auch im Falle einer Klagerücknahme seine Zustimmung nötig wäre (§ 269 Abs. 1 analog). In keinem Fall kann die Zustimmung durch das Kriterium der Sachdienlichkeit ersetzt werden. 90

Beim **Beklagtenwechsel** muss der alte Beklagte zustimmen (Gedanke des § 269 Abs. 1). Der neue Beklagte muss dagegen nicht zustimmen, weil er ja auch unfreiwillig verklagt wird. Allerdings muss er in zweiter Instanz zustimmen, da er eine Instanz verliert und das nur freiwillig erfolgen darf. 91

Kläger- und Beklagtenwechsel in zweiter Instanz setzen heute zusätzlich voraus, dass die Tatsachen, die das Berufungsgericht zugrunde zu legen hat, die gleichen sind wie in der ersten Instanz (§ 533 Nr. 2). 92

41 R/S/G, ZPR, § 42 Rn. 23; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, Vorbem. § 50 Rn. 21.

42 BGH, Urteil vom 4.10.1985, Az.: V ZR 136/84 = NJW-RR 1986, 356 = NJW 1986, 2258.

43 BGH, Urteil vom 17.2.1955, Az.: II ZR 316/53 = NJW 1955, 667.

44 Kisch, Parteiänderung im Zivilprozess, 1912.

**b) Bindung an bisherige Prozessergebnisse/Wirkung der Parteiänderung**

- 93 Inwieweit eine Bindung der neuen Partei an bisherige Prozessergebnisse besteht, ist nicht abschließend geklärt.
- 94 Die neue Partei, sei es Kläger oder Beklagter, tritt in das bestehende Prozessrechtsverhältnis ein. Es wird kein neues begründet. Daher wirken im Grundsatz die bisherigen Prozessergebnisse fort. Bisher vorgenommene Prozesshandlungen und Beweisaufnahmen bleiben wirksam. Das kann aber nicht ohne Einschränkung gelten, weil die neue Partei keinen Einfluss auf den bisherigen Verfahrensverlauf hatte. Deshalb erlaubt man es zumindest dem neuen Beklagten, sich in Widerspruch zu dem bisherigen Parteiverhalten zu setzen, also z.B. Geständnisse zu widerrufen (§ 290 gilt nicht). Auch die Vorschriften über die Zurückweisung verspäteten Vorbringens (§ 296) können nicht angewandt werden. Für den Kläger wird dies z.T. ausgeschlossen, weil er den Prozess ja willentlich übernehme.<sup>45</sup>
- 95 Zum Teil wird danach differenziert, ob vor allem der neue Beklagte dem Wechsel zustimmt, ob eine Rechtskrafterstreckung erfolgt oder die neue Partei schon am Verfahren vor der Parteiänderung beteiligt war.<sup>46</sup>
- 96 Die Rechtshängigkeit gegenüber dem neuen Beklagten tritt in dem Zeitpunkt ein, in dem ihm der Schriftsatz, in dem der Kläger erklärt, die Klage nur noch gegen ihn zu richten, zugestellt wird. Ein neu eintretender Kläger kann sich auf die Folgen der Rechtshängigkeit erst ab seinem Eintritt berufen.

**c) Parteierweiterung**

- 97 Eine Parteierweiterung liegt vor, wenn auf Kläger- oder Beklagtenseite eine Partei hinzutritt. Es wird ein zusätzliches Prozessrechtsverhältnis zwischen Kläger- und Beklagtenseite begründet. Eine gesetzliche Regelung fehlt (bis auf § 856).
- 98 Nach einer Ansicht sind die §§ 59, 60 anzuwenden, da es sich um einen Fall der nachträglichen **Streitgenossenschaft** handele. Bei einem (erzwungenen) Parteibeitritt auf der Beklagtenseite ist danach keine Zustimmung des alten und neuen Beklagten erforderlich, da Beklagte auch sonst unfreiwillig und gemeinsam verklagt werden. Bei einem Beitritt auf Klägerseite wird überwiegend angenommen, dass der alte Kläger dem zustimmen muss, weil auch die anfängliche gemeinschaftliche Klageerhebung nur im Konsens erfolge. Eine Bindung an Verfahrensergebnisse besteht nicht, da es sich um ein eigenes, vom bereits bestehenden Prozessrechtsverhältnis zu trennendes Prozessrechtsverhältnis handelt. Ob eine Parteierweiterung in der zweiten Instanz zulässig ist, wird innerhalb dieser Ansicht unterschiedlich beurteilt. Einige sehen dafür ein Bedürfnis, fordern aber die Zustimmung des neuen Beklagten, der eine Instanz verliere, wenn er erst in zweiter Instanz beitrete bzw. bei einem Beitritt auf Klägerseite die Zustimmung des bisherigen Klägers.<sup>47</sup> Andere verneinen die Möglichkeit der Parteierweiterung in zweiter Instanz, weil die Berufungsinstanz funktionell nicht zuständig sei für erstinstanzliche Klagen.<sup>48</sup> Dies ist insofern dogmatisch konsequent, als ein neues Prozessrechtsverhältnis erst in zweiter Instanz begründet wird.

---

45 Musielak/Foerste, ZPO, § 263 Rn. 22; a.A. Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, Vorbem. § 50 Rn. 21.

46 Musielak/Foerste, ZPO, § 263 Rn. 18; Roth, NJW 1988, 2977, 2980 ff.

47 R/S/G, ZPR, § 42 Rn. 21 f.

48 Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, Vorbem. § 50 Rn. 26.

Die Rechtsprechung behandelt die Parteierweiterung wie im Fall der Parteiänderung als eine **Klageänderung** (§§ 263 ff.). Damit ist diese in erster und zweiter Instanz möglich.

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

---

- > Welches Rechtsverhältnis entsteht durch die Klageerhebung?
- > Wie wird der Parteibegriff bestimmt?
- > Was verstehen Sie unter dem Begriff des Zweiparteiensystems?
- > Wie viele Prozessrechtsverhältnisse liegen bei einer Streitgenossenschaft vor?
- > Grenzen Sie Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit, Postulationsfähigkeit und Prozessführungsbefugnis voneinander ab.
- > Was sind die materiellrechtlichen Pendanten?
- > Ist eine gewillkürte Prozessstandschaft zulässig?
- > Wie unterscheiden sich einfache und notwendige Streitgenossenschaft?
- > Nach welchen Regeln wird eine Parteiänderung behandelt?

## § 8 Die Klageerhebung

- 1 Die Initiative des Klägers in Form der Klageerhebung ist notwendige Voraussetzung für die Einleitung eines staatlichen Gerichtsverfahrens. Damit macht der Kläger seinen ihm gegenüber dem Staat bestehenden Justizgewährungsanspruch geltend. Da der **Dispositionsgrundsatz** und kein **Offizialprinzip** gilt, kann das Verfahren nur aufgrund privater, nicht aber staatlicher Initiative eingeleitet werden (§ 4 Rn. 7 ff.). Mit der Klage fixiert der Kläger ein bestimmtes Gericht, er benennt seinen Klagegegner, den Beklagten, und er nennt den Gegenstand, den das Gericht entscheiden soll.

### I. Die Klageschrift

- 2 Entschließt sich ein Kläger zur Klageerhebung, so erfolgt diese zweiaktig: Der Kläger sendet die Klageschrift an das Gericht, das diese an den Beklagten weiterleitet.
- 3 Mit der Einreichung der Klage bei Gericht ist diese **anhängig**, sie ist erst dann **rechts-hängig**, wenn sie durch das Gericht dem Beklagten zugestellt worden ist (§§ 261 Abs. 1, 253 Abs. 1).

Im Verwaltungsprozess wird dagegen die Klage bereits mit Eingang der Klageschrift bei Gericht (§ 81 Abs. 1 S. 1 VwGO) rechtshängig. Die Zustellung erfolgt dort informationshalber (§ 85 VwGO).

- 4 Die Klageschrift ist mehr als ein Schreiben an das Gericht, dass rechtlich etwas eingefordert wird. Die Vorschriften über die Klageerhebung dienen der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit. Sie sollen eine verlässliche Verfahrensgrundlage schaffen und den Beklagten über Grund und Höhe der klägerischen Forderung informieren, so dass dieser sich dagegen verteidigen kann. Welche Förmlichkeiten bei der Abfassung der Klageschrift zu beachten sind, ergibt sich aus § 253 Abs. 2 und 3 sowie aus den §§ 129 ff., auf die in § 253 Abs. 4 verwiesen wird. Dabei muss zwischen zwingend vorgeschriebenen Anforderungen unterschieden werden, ohne deren Beachtung die Klage nicht ordnungsgemäß erhoben ist, und solchen, die zwar beachtet werden sollen, deren Fehlen jedoch die Klage nicht unzulässig macht.
- 5 Bei den zwingenden Voraussetzungen muss weiter unterteilt werden nach Voraussetzungen, die Prozessvoraussetzung sind, also schon die Zustellung der Klage verhindern, und solchen, die Sachentscheidungs voraussetzung sind, also ohne Einfluss auf die Zustellung der Klage sind, aber bei Fehlen zu einem Prozessurteil führen (s.o. Schema B I, II).
- 6 Die Klage wird nur ausnahmsweise nicht zugestellt, wenn die Prozessgebühr (§ 12 Abs. 1 S. 1 GKG) nicht bezahlt ist, wenn der Beklagte nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegt, wenn die Klage nicht in deutscher Sprache abgefasst oder nicht unterschrieben ist oder nur Beleidigungen enthält, wenn der Beklagte nicht bezeichnet ist oder ein landesrechtliches Schlichtungsverfahren nicht durchgeführt wurde (Schema B I). Die Verfügung der **Zustellung darf nicht mit einer Zulassung der Klage verwechselt werden!!** Eine solche kennt die ZPO nicht (anders das Strafprozessrecht, zur Zulassung der Anklage s. § 203 StPO). Die Fragen der Zulässigkeit werden nach Zustellung im dadurch eröffneten Prozess (auch) in mündlicher Verhandlung vor der Begründetheit geprüft (dazu § 10 Rn. 14).
- 7 Andere Mängel hindern die Zustellung nicht, es kommt ein Prozessrechtsverhältnis zustande. Die Mängel können im Lauf des Verfahrens beseitigt werden. Liegen die

zwingenden Voraussetzungen aber zum Schluss der mündlichen Verhandlung immer noch nicht vor, so wird die Klage durch Prozessurteil als unzulässig abgewiesen, da die ordnungsgemäße Klageerhebung eine Sachentscheidungsvoraussetzung ist (Schema B II 3 a). Die Nichteinhaltung der Sollvorschriften (§ 253 Abs. 3, 4) ist dagegen ohne Einfluss auf die Zulässigkeit der Klage.

### 1. Parteien

Gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 1 sind die Parteien in der Klageschrift zu bezeichnen. Die Vorschrift wird durch § 130 Nr. 1 ergänzt, wonach die Parteien und ihre gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung bezeichnet werden sollen. Erforderlich sind alle Angaben, die eine ausreichende Individualisierung ermöglichen, so dass es nicht zu Verwechslungen kommen kann. Eine ladungsfähige Anschrift ist nach Ansicht des BGH zwingend anzugeben.<sup>1</sup> Um lästige Recherchen zu ersparen, bestimmt § 479 Abs. 1 Nr. 2 BGB, dass eine Garantieerklärung im Verbrauchsgüterkauf den Namen und die Anschrift des Garantiegebers enthalten muss.

### 2. Gericht

Weiter ist gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 1 das Gericht in der Klageschrift anzugeben, das örtlich und sachlich zuständig sei.

### 3. Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs

Gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 muss der Gegenstand und der Grund des erhobenen Anspruchs bestimmt angegeben werden. Der **Begriff des Anspruchs** deckt sich keineswegs mit dem des § 194 Abs. 1 BGB. Der Grund des erhobenen Anspruchs ist der tatsächliche Vorgang, der Lebenssachverhalt, mit dem der Kläger seinen Antrag begründet. Anspruchsgrund ist dagegen nicht das Rechtsverhältnis, das die Voraussetzung der begehrten Rechtsfolge ist und aus jenen Tatsachen hergeleitet wird. Keinesfalls darf der Begriff des Anspruchsgrundes mit dem der Anspruchsgrundlage verwechselt werden.

► **Fall 1:** Ein Handwerker verletzt den Auftraggeber bei Gelegenheit der vertraglichen Leistungserbringung. Es stehen dem Auftraggeber sowohl Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB als auch solche gemäß § 823 Abs. 1 BGB zu, da die Tatbestandsmerkmale zweier Anspruchsgrundlagen erfüllt sind. Anspruchsgrund ist jedoch nur der Lebenssachverhalt „Reparatur durch Handwerker“. ◀

### 4. Bestimmter Antrag

Gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 a.E. ist ein bestimmter Antrag notwendig, da dem Beklagten klar sein muss, was von ihm gerichtlich eingefordert wird. An diesen Antrag ist das Gericht gebunden (§ 308 Abs. 1). Allerdings kann der Antrag unter bestimmten Voraussetzungen auch noch nach Klageerhebung geändert werden (s.u. § 13). Der Antrag ist bestimmt, wenn er erkennen lässt, welchen Rechtsschutz der Kläger begehrt (ob Leistung, Feststellung oder Rechtsgestaltung) und in welchem Umfang. Als Faustregel lässt sich merken, dass der Antrag schon in der Klageschrift so formuliert sein muss, dass ihn das Gericht, sollte es ihn für begründet halten, ohne Weiteres in das Urteil

1 BGH, Urteil vom 9.12.1987, Az.: IVb ZR 4/87 = NJW 1988, 2114.

übernehmen kann, so dass der Antrag bei der Leistungsklage Grundlage einer Zwangsvollstreckung sein kann.<sup>2</sup> Er kann also lauten:

„Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 7.000 € zu zahlen.“ (Leistungsklage).

„Es wird festgestellt, dass der Kläger Eigentümer des XY-Grundstücks ist.“ (positive Feststellungsklage).

„Der Beklagte wird aus der XY-OHG ausgeschlossen.“ (Gestaltungsklage).

- 12 In diesem Bereich des bestimmten Anspruches gibt es einige klausurrelevante Probleme.

### a) Unbezahlte Zahlungsanträge

**Literatur:** *Butzer*, Prozessuale und kostenrechtliche Probleme beim unbezifferten Klageantrag, MDR 1992, 539; *Dunz*, Der unbezifferte Leistungsantrag nach der heutigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1984, 1734; v. *Gerlach*, Die prozessuale Behandlung von Schmerzensgeldansprüchen, VersR 2000, 525.

- 13 Nach der Rechtsprechung ist es ausnahmsweise bei auf Geld gerichteten Leistungsklagen nicht erforderlich, einen genau bezifferten Klageantrag zu stellen. Dies ist der Fall, wenn die Bezifferung erst nach einer Beweisaufnahme, insbesondere einer Sachverständigenvernehmung oder gerichtlichen Schätzung (§ 287), möglich ist (z.B. bei Minderungs-, Bereicherungs-, Schmerzensgeld- und Schadensersatzansprüchen) oder wenn das Gericht den Betrag nach billigem Ermessen festsetzen soll (Schmerzensgeld gem. § 253 Abs. 2 BGB).<sup>3</sup> Würde man hier die strengen Voraussetzungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 zugrunde legen, so würde der Kläger ein Kostenrisiko eingehen, wenn er unter Umständen zu viel verlangte (§ 92). Erforderlich ist jedoch, dass der Kläger die **tatsächlichen Grundlagen** für die Bemessung vorträgt. Zusätzlich wurde bisher die Angabe einer ungefähren **Größenordnung** bzw. eines Mindestbetrages gefordert.<sup>4</sup> Ohne diese Angabe der Größenordnung wurde die Klage als unzulässig angesehen. Zum Teil ging man davon aus, dass insoweit eine Abweichung von 20 % unschädlich war und nicht zu einer Kostentragungspflicht der insoweit abgewiesenen Partei führte. Nach neuer Rechtsprechung des BGH ist dagegen die Angabe einer Größenordnung keine Zulässigkeitsvoraussetzung der Klage mehr.<sup>5</sup> Das Gericht darf eine Angabe einer Größenordnung regelmäßig nach oben oder unten überschreiten.<sup>6</sup>

### b) Stufenklage

**Literatur:** *Assmann*, Das Verfahren der Stufenklage, 1990; *Bernreuther*, Die Stufenklage und ihre Erledigung, JA 2001, 490; *Hoffmann*, Die zivilprozessuale Informationsbeschaffung mittels Stufenklage, ZZZ 135 (2022), 3; *Lüke*, Die Stufenklage, JuS 1995, 143; *Rieländer*, Die Stufenklage in der höheren Instanz, ZZZ 135 (2022), 137; *Schäuble*, Die Stufenklage gem. § 254 ZPO, JuS 2011, 506.

2 BGH, Urteil vom 16.4.2019, Az.: XI ZR 755/17 = FD-ZVR 2019, 419176.

3 Vgl. BGH, Urteil vom 13.12.1951, Az.: III ZR 144/56 = BGHZ 4, 141 = NJW 1952, 382; BGH, Urteil vom 11.6.1964, Az.: III ZR 192/63 = NJW 1964, 1797.

4 BGH, Urteil vom 13.10.1981, Az.: VI ZR 162/80 = NJW 1982, 340; BGH, Urteil vom 20.9.1983, Az.: VI ZR 111/82 = VersR 1983, 1160.

5 BGH, Urteil vom 2.2.1999, Az.: VI ZR 25/98 = BGHZ 140, 335, 341 = NJW 1999, 1339, 1340; BGH, Urteil vom 30.4.1996, Az.: VI ZR 55/95 = BGHZ 132, 341, 351 = NJW 1996, 2425, 2427; *Thomas/Putzo/Reichold*, ZPO, § 253 Rn. 12; v. *Gerlach*, VersR 2000, 525, 527.

6 R/S/G, ZPR, § 95 Rn. 39.

Eine weitere Ausnahme besteht nach § 254 für die Stufenklage. Diese erlaubt die Verbindung mehrerer selbstständiger Ansprüche, über die das Gericht stufenweise entscheiden soll, wenn dem Kläger eine Bestimmung der Leistung nicht ohne Ermittlung unter Mitwirkung des Gerichts möglich ist. Häufig ist dem Kläger der zweite geltend gemachte Anspruch nach Bestand und Umfang unbekannt und zur bezifferten Antragsstellung zunächst auf der ersten Stufe eine Klage auf Auskunft,<sup>7</sup> Rechnungslegung oder auf Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses erforderlich. Spätestens danach muss jedoch der Leistungsantrag bestimmt bezeichnet werden, weil er sonst unzulässig würde. Der Vorteil besteht darin, dass der Kläger nicht nacheinander zwei Prozesse führen muss und bereits mit Erhebung der unbestimmten Klage die Klage rechtshängig ist (Hemmung der Verjährung, §§ 204 Abs. 1 Nr. 1, 209 BGB, s.u. § 8 Rn. 84).

14

## 5. Sollvorschriften

Durch das Gesetz zur Förderung der Mediation ist § 253 Abs. 3 neu gefasst worden. Gem. Nr. 1 soll die Angabe erforderlich sein, ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (zu diesen Verfahren § 2 Rn. 18 ff.) vorausgegangen ist, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen.

15

## 6. Unterschrift

**Literatur:** *Bacher*, Elektronisch eingereichte Schriftsätze im Zivilprozess, NJW 2009, 1548; *ders.*, Der elektronische Rechtsverkehr im Zivilprozess, NJW 2015, 2753; *Bernhardt*, Die deutsche Justiz im digitalen Zeitalter, Entwicklung und Entwicklungsperspektiven von E-Justice, NJW 2015, 2775; *Brosch/Sandkühler*, Das besondere elektronische Anwaltspostfach – Nutzungsobliegenheiten, Funktionen und Sicherheit, NJW 2015, 2760; *Hadidi/Mödl*, Die elektronische Einreichung zu den Gerichten, NJW 2010, 2097; *Lummel*, Die Zukunft des elektronischen Rechtsverkehrs, NJW-Spezial 2013, 510; *Müller*, Die Justiz wird digital, JuS 2015, 609; *Preuß*, Der elektronische Zivilprozess – Nutzen oder Schaden, ZJP 129 (2016), 421; *Rühl*, Digitale Justiz, oder : Zivilverfahren für das 21. Jahrhundert, JZ 2020, 809; *Specht*, Chancen und Risiken einer digitalen Justiz für den Zivilprozess, MMR 2019, 153.

Unverzichtbar ist jedoch die **eigenhändige Unterschrift** des RA in Anwaltsprozessen, in übrigen Prozessen die des Klägers unter die Klageschrift. Obwohl § 130 Nr. 6, auf den § 253 Abs. 4 (und §§ 519 Abs. 4, 520 Abs. 5 für die Berufungs(begründungs)schrift und § 549 Abs. 2 für die Revisionschrift) verweist, nur eine Sollvorschrift enthält, fordert die ganz h.M. für **bestimmende Schriftsätze**, zu denen die Klageschrift zu rechnen ist, dass sie eigenhändig unterschrieben sein müssen.<sup>8</sup> Eine ausgeschnittene und auf die Fax-Kopiervorlage eines bestimmenden Schriftsatzes geklebte Unterschrift erfüllt daher nicht die an eine eigenhändige Unterschrift nach §§ 130 Nr. 6, 519 Abs. 4, 520 Abs. 5 zu stellenden Anforderungen.<sup>9</sup> Dagegen ist ein vereinfachter und nicht lesbarer Namenszug als Unterschrift anzuerkennen, wenn der Schriftzug individuelle und charakteristische Merkmale aufweist, die die Nachahmung erschweren, sich als Wiedergabe eines Namens darstellt und die Absicht einer vollen Unterschrift erkennen lässt.<sup>10</sup> Ist ein Schriftzug so oder geringfügig abweichend von den Gerichten über längere Zeit als in sehr verkürzter Weise geleistete Unterschrift unbeanstandet geblieben, darf der

16

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 2.3.2000, Az.: III ZR 65/99 = NJW 2000, 1645; Anm. *Löhnig*, JA 2000, 745.

<sup>8</sup> Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 253 Rn. 14.

<sup>9</sup> BGH, Beschluss vom 27.8.2015, Az.: III ZB 60/14 = BeckRS 2015, 15856 = NJW 2015, 3246.

<sup>10</sup> BGH, Beschluss vom 3.3.2015 – VI ZB 71/14 = NJW-RR 2015, 699.

Rechtsanwalt darauf vertrauen, dass die Unterschrift den Anforderungen entspricht. Will das Gericht die über längere Zeit nicht beanstandete Form der Unterschrift nicht mehr hinnehmen, muss der Rechtsanwalt wegen des Anspruchs auf faire Verfahrensgestaltung vorgewarnt werden.

► **Hinweis: Vorbereitende Schriftsätze** kündigen einen Vortrag in der mündlichen Verhandlung lediglich an, während **bestimmende Schriftsätze** selbst eine Parteierklärung enthalten und sie nicht nur in Aussicht stellen. ◀

Die Unterschrift soll den Urheber des Schriftsatzes identifizieren<sup>11</sup> und seinen Willen belegen, die Verantwortung für den Schriftsatz zu übernehmen und ihn bei Gericht einzureichen. Probleme entstehen, wenn ein Rechtsanwalt für einen anderen unterschreibt. Dies kann durch Zusätze wie „i.A.“, „i.V.“ oder „nach Diktat außer Haus/verreist“ geschehen. Der Zusatz „i.V.“ vor der Unterschrift eines Rechtsanwalts, der den eigentlichen Prozessbevollmächtigten vertreten will, ist nach Ansicht des BGH wirksam, weil der Unterschreibende damit als Unterbevollmächtigter die Verantwortung für den Inhalt übernimmt.<sup>12</sup> Steht vor der Unterschrift jedoch das Kürzel „i.A.“, so kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Unterzeichner die Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes übernimmt, er handelt nur als Erklärungsbote ggü. dem Gericht. Das gilt aber nicht, wenn der unterzeichnende Rechtsanwalt als Mitglied der Sozietät in Ausführung des auch ihm erteilten Mandats tätig wird.<sup>13</sup>

Fehlt eine Unterschrift des eigentlich prozessbevollmächtigten Rechtsanwalts, wird sein vollständiger Name im Schriftsatz im Zusammenhang mit dem Zusatz „nach Diktat außer Haus“ genannt, werde nach Ansicht des BGH ausreichend deutlich, dass der Schriftsatz von diesem Rechtsanwalt erstellt, aber wegen Ortsabwesenheit nicht selbst unterschrieben werden konnte. Wird dieser Schriftsatz dann durch einen anderen Rechtsanwalt unterschrieben, lasse sich dem entnehmen, dass der unterzeichnende Rechtsanwalt an Stelle des Abwesenden die Unterschrift leisten und damit als Unterbevollmächtigter in Wahrnehmung des Mandats auftreten wollte. Damit habe er zu erkennen gegeben, dass er zugleich die Verantwortung für den Inhalt der Berufungsbegründung übernehmen wollte.<sup>14</sup>

Ein nicht unterschriebener bestimmender Schriftsatz ist nach der Rechtsprechung unvollständig und deshalb nicht wirksam. Die Unterschrift kann aber nachgeholt werden. Das Gericht, das die Klage an den Beklagten zustellen soll, wird den Kläger daher auffordern, die Unterschrift nachzuholen und erst dann die Klage zustellen.

► **Vertiefung:** Die modernen Kommunikationstechniken halten zwar langsam, aber doch stetig Einzug auch in den Zivilprozess. Nachdem vor einigen Jahren noch das Problem des Telefaxes und später der eingescannten Unterschriften (Computerfax)<sup>15</sup> aktuell war, geht es heute nicht mehr nur um die Kommunikation der am Prozessrechtsverhältnis Beteiligten untereinander, sondern bereits um eine elektronische Aktenführung und -bearbeitung bei Gericht. Dazu hatte der Gesetzgeber 2013 das Gesetz zur Förderung des elektronischen

11 Zu den Anforderungen BGH, Beschluss vom 16.7.2013, Az.: VIII ZB 62/12 = BeckRS 2013, 13469.

12 BGH, Beschluss vom 26.4.2012, Az.: VII ZB 83/10 = NJW-RR 2012, 1139.

13 BGH, Beschluss vom 20.6.2012, Az.: IV ZB 18/11 = NJW-RR 2012, 1269; BGH, Beschluss vom 25.9.2012, Az.: VIII ZB 22/12 = NJW 2013, 237. S. auch den Fall BGH, Urteil vom 20.12.2022, Az.: VI ZR 279/21 = NJW-RR 2023, 495.

14 BGH, Beschluss vom 26.7.2012, Az.: III ZB 70/11 = NJW-RR 2012, 1142.

15 GmS-OGB, Beschluss vom 5.4.2000, Az.: GmS-OGB 1/98 = BGHZ 144, 160 = NJW 2000, 2340.

Rechtsverkehrs mit den Gerichten verabschiedet.<sup>16</sup> Es erweiterte den elektronischen Zugang zur Justiz durch bundeseinheitliche Regelungen u.a. in der ZPO und sollte die Kommunikation zwischen Anwälten und Gerichten erleichtern. Eine der wichtigsten Neuerungen stellte das **besondere elektronische Anwaltspostfach (beA)** dar, seit 2018 in Betrieb ist.<sup>17</sup> Die neuen Regelungen des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten sind zeitlich gestaffelt in Kraft getreten. Das Schlusslicht bildete § 130 d, der seit 2022 bundesweit für Rechtsanwälte und Behörden die Pflicht statuiert, Schriftsätze bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Eine Pflicht zur elektronischen Aktenführung besteht hingegen sowohl für Anwälte wie auch für Gerichte bis 2026 nicht (vgl. § 298 a). Im Jahr 2021 hat eine **Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses“** ein Thesenpapier vorgelegt,<sup>18</sup> dass dazu dienen soll, technische Möglichkeiten zu nutzen, den Zivilprozess bürgernäher, effizienter und ressourcenschonender zu machen.<sup>19</sup> Inhalte der Diskussion sind ein **beschleunigtes Online-Verfahren** mithilfe elektronischer Kommunikation für Streitwerte bis 5.000 Euro im Bereich der Verbraucherstreitigkeiten, eine digitale **Strukturierung von Parteivortrag** und Verfahren auf der Grundlage eines gemeinsamen **elektronisches Basisdokument**, in das die Parteien in strukturierter Weise Sachvortrag und Rechtsansichten einfügen, elektronische Beweismittel in Form einer der elektronischen Datei und die Möglichkeit einer virtuellen Verhandlung per Videokonferenz, bei der sich auch das Gericht nicht im Sitzungssaal aufhalten muss.

Durch Digitalisierung wird sich aber nicht nur die Kommunikation der am Prozess Beteiligten verändern, sondern die Rechtsdienstleistung und die Rechtsanwendung selbst. Unter dem Schlagwort **Legal Tech** werden verschiedene Phänomene zusammengefasst, die nicht nur Rechtsdienstleistung und -anwendung unterstützen, sondern auch automatisieren. Aufgrund der zunehmenden Rechenleistung von Computern und der Hilfe künstlicher Intelligenz erfolgt bereits eine Rechtserkenntnis durch Laien mithilfe von Computern. Computerprogramme analysieren dabei nicht nur Verträge, sondern verfassen diese nach den Anforderungen des Nutzers. In anderen Bereichen, wie bei der Homepage *geblitzt.de*, erfolgt das gesamte Einspruchsverfahren gegen Bußgeldbescheide durch eine Onlinedatenbank. Bedenkt man, dass einem Computer kein Urteil und keine Kommentierung entgeht und er möglicherweise schneller lernen kann als jeder Mensch,<sup>20</sup> so ist selbst eine wirkliche Subsumtion durch Computer nicht völlig abwegig.<sup>21</sup> ◀

16 Gesetz vom 10.10.2013, BGBl. I 2013 Nr. 62, 16.10.2013, S. 3786. Zur Entwicklung von „E-Justice“ und den wichtigsten Neuerungen des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vgl. die Aufsätze von *Bacher*, NJW 2015, 2753, *Brosch/Sandkühler*, NJW 2015, 2760, *Bernhardt*, NJW 2015, 2775 und *Radke*, JM 2014, 398.

17 S. auch die Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung - ERVV), BGBl. I. 3803).

18 Diskussionspapier zur Modernisierung des Zivilprozesses (vom 7.1.2021): [https://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/diskussionspapier\\_ag\\_modernisierung.pdf](https://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/diskussionspapier_ag_modernisierung.pdf) (abgerufen am 23.5.2021).

19 Dazu *Heil*, Modernisierung im Anwaltsprozess, ZIP 2021, 502.

20 *Römermann*, Der schwierige Umgang mit Legal Tech in der gerichtlichen Praxis, NJW 2020, 2678; *Wendt/Jung*, Rechtsrahmen für Legal Technology, ZPI 2020, 2201; *Freese*, Recht im zweiten Maschinenzeitalter, NJW 2015, 2090.

21 Zu den Chancen *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020; *Rühl*, Digitale Justiz, oder: Zivilverfahren für das 21. Jahrhundert, JZ 2020, 809; *Picker*, ZPO digital: Vision des Schreckens oder Chance für moderne Juristen, AnwBl Online 2018, 388; *Quarch/Hähle*, Zurück in die Zukunft: Gedanken zur Automatisierung von Gerichtsverfahren, NJOZ 2020, 1281.

- 17 § 130 Nr. 6 sieht vor, dass Schriftsätze durch **Telefax** übermittelt werden können.<sup>22</sup> Die Telekopie ist zulässig, wenn die Unterschrift der Person, die den Schriftsatz verantwortet, in der Kopie wiedergegeben ist. Der Gesetzgeber hielt diese Regelung mit der Rechtsprechung zu eingescannten Unterschriften (Computerfax<sup>23</sup>) für vereinbar und sah keinen Bedarf für eine Anpassung. Eine Wiedergabe i.S. dieser Vorschrift ist demnach auch dann gegeben, wenn die Unterschrift nicht für den Einzelfall geleistet wird, sondern durch elektronischen Befehl für eine mögliche Vielzahl von Fällen. Erforderlich ist aber eine Unterschrift, die, wenn es technisch nicht anders möglich ist, auch erst auf dem Ausdruck des Empfängers erscheinen kann. Das BVerfG hat aber entschieden, dass die für das Computerfax geltende Erleichterung der Zulassung einer eingescannten Unterschrift nicht für das normale Fax, bei dem der Absender einen unterschriftsfähigen Ausdruck erstellt, gilt. Wegen der bestehenden Missbrauchsmöglichkeiten wird der Einsatz eingescannter Unterschriften auf das Notwendigste begrenzt.<sup>24</sup> Der Hinweis – wie bei Behördenbriefen üblich – auf die technische Unmöglichkeit der Unterzeichnung oder eine Wiedergabe des Namens in Druckbuchstaben, ist unzulässig.
- 18 § 130 a lässt nunmehr auch das **elektronische Dokument** gelten. Dieses gilt als eingereicht, wenn es durch die für den Empfang bestimmte Einrichtung des Gerichts aufgezeichnet wurde (§ 130 a Abs. 5 S. 1). Auf den Zeitpunkt des Abrufs kommt es nicht an. Das elektronische Dokument muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden (§ 130 a Abs. 3).
- Ist ein übermitteltes elektronisches Dokument für das Gericht zur Bearbeitung nicht geeignet, ist dies dem Absender unter Angabe der geltenden technischen Rahmenbedingungen unverzüglich mitzuteilen (§ 130 a Abs. 6 S. 1). Wird eine Klageschrift unterschrieben eingescannt und als pdf-Datei an eine E-Mail angehängt an das Gericht übermittelt, ist dies kein elektronisches Dokument i.S. des § 130 a. Eine Übertragung der Rechtsprechung zur Einreichung durch Telefax (das als Fall der Schriftform anerkannt ist) scheidet aus, weil es sich bei einer pdf-Datei nicht um ein schriftliches Dokument i.S. § 130 Nr. 6 handelt, sondern um eine in einer elektronischen Datei enthaltene Datenfolge.<sup>25</sup> Nach Ansicht des BGH soll aber der spätere Ausdruck im Gericht dazu führen, dass das Dokument in schriftlicher Form eingereicht ist.<sup>26</sup> Dann ist aber für die Wahrung von Fristen nicht auf den Zeitpunkt der Speicherung im System des Gerichts sondern erst auf diesen Zeitpunkt des Ausdrucks abzustellen, der davon abhängt, wann die Geschäftsstelle diesen Ausdruck vornimmt.
- 19 Nachdem zunächst die technischen Voraussetzungen zur Nutzung elektronischer Signaturen bei den Gerichten nicht durchgehend gegeben waren, können seit 2018 elektronische Dokumente generell bei den Gerichten eingereicht werden.

22 Zusammenfassend *Quarch/Hähne*, Zurück in die Zukunft: Gedanken zur Automatisierung von Gerichtsverfahren, NJOZ 2020, 1281; *Toussaint*, Form- und Fristwahrung durch Telefax im Zivilprozess, NJW 2015, 3207.

23 Die Vorteile des Computerfaxes betonend *Hiss/Staudigel*, Digitale Einreichung ohne beA – Ein Beitrag nicht nur für die Übergangszeit, GRUR Prax 2021, 39.

24 BVerfG, Beschluss 18.4.2007, Az.: 1 BvR 110/07 = NJW 2007, 3117.

25 BGH, Beschluss vom 8.5.2019, Az.: XII ZB 8/19 = NJW 2019, 2096 (Rn. 14 ff.).

26 BGH, Beschluss vom 8.5.2019, Az.: XII ZB 8/19 = NJW 2019, 2096 (Rn. 17); ebenso BAG, Beschl. v. 11. 7. 2013 – 2 AZB 6/13 = NZA 2013, 983; a.A. BSG, Urteil vom 12.10.2016 – B 4 AS 1/16 R = NJW 2017, 1197.

## 7. Sprache

Gem. § 184 GVG ist die Gerichtssprache **deutsch**. Vor dem Hintergrund der expandierenden Schiedsgerichtsbarkeit, die zwar in absoluten Zahlen keine echte Konkurrenz zur staatlichen Gerichtsbarkeit ist, aber durchschnittlich sehr hohe Streitwerte aufweist, gibt es seit langer Zeit Ideen, auch Englisch als Gerichtssprache zuzulassen, um den Justizstandort Deutschland im internationalen Wettbewerb zu stärken. Modellversuche waren zunächst wenig erfolgreich. Durch § 184 a GVG-E werden die Landesregierungen ermächtigt, zu bestimmen, dass vor allem Verfahren vor den **Commercial Courts** (s.o. § 6 Rn. 26) vollständig in **englischer Sprache** geführt werden können. Die Revision vor dem BGH (§ 543 Abs. 2 ZPO-E) soll aber nur dann in englischer Sprache stattfinden, wenn der BGH dem Antrag der Parteien stattgibt (§ 184 b Nr. 3 GVG-E). Das Ganze wird nur eine Übergangsregelung bleiben, bis auch der BGH sicherstellen kann, dass seine Senate zur Prozessführung in englischer Sprache in der Lage sind.

19a

## II. Die Klageart

**Literatur:** *Lüke*, Zum zivilprozessualen Klagensystem, JuS 1969, 301.

In Abhängigkeit vom Rechtsschutzziel muss der Kläger eine bestimmte Form der Rechtsdurchsetzung auswählen.

20

Behauptet jemand, Inhaber eines materiellrechtlichen Anspruchs i.S. von § 194 BGB zu sein, fordert er also ein Tun oder Unterlassen, so muss er den Beklagten auf diese Handlung verklagen, um seinen Anspruch durchzusetzen. Die richtige Klageart ist die **Leistungsklage**. Er besorgt sich also für sein behauptetes Recht einen staatlichen Leistungsbefehl, der notfalls im Wege der Zwangsvollstreckung durch staatliche Organe durchgesetzt wird.

21

Will der Kläger dagegen die Feststellung des Bestehens (oder auch Nichtbestehens) eines konkreten Rechtsverhältnisses zum Gegner durch das Gericht, so kommt er offensichtlich ohne staatlichen Leistungsbefehl aus. Die richtige Klageart ist die **Feststellungsklage**.

22

Begehrt der Kläger dagegen, das Gericht möge die Rechtslage umgestalten, weil das materielle Recht, wie im Fall der Scheidung (§ 1564 BGB), dieses nur durch das staatliche Gericht zulässt, so muss der Kläger Klage auf Umgestaltung der Rechtslage erheben. Die richtige Klageart ist die **Gestaltungsklage**.

23

Auch wenn bei allen Klagearten etwas „vom Gericht verlangt wird“, ist das Gericht doch nie Klagegegner, sondern immer der andere, von dem Leistung begehrt wird, der andere am Rechtsverhältnis Beteiligte bzw. der, gegenüber dem die Rechtslage umgestaltet werden soll.

24

### 1. Die Leistungsklage

**Literatur:** *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, 2000; *Peter*, Aus der Praxis, Klage auf künftige Leistung von Miete, JuS 2011, 322; *Schaumburg*, Die neue Verbandsklage, DB 2002, 723; *Schubert*, Klageantrag und Streitgegenstand bei Unterlassungsklagen, ZZP 85 (1972), 29; *ders.*, Zur Bestimmtheit des Urteilstenors bei Unterlassungsklagen, JR 1972, 177.

a) Rechtsschutzziel

- 25 Das Rechtsschutzziel der Leistungsklage liegt in einem Tun oder Unterlassen des Beklagten, das der Kläger mithilfe des Staates zwangsweise durchsetzen kann, indem er die Zwangsvollstreckung durchführen lässt. Nur die Leistungsklage gibt dem Kläger einen der Zwangsvollstreckung fähigen Titel, aber auch nicht alle Leistungsklagen, weil nicht alle zwangsvollstreckt werden (§§ 888 Abs. 3 (Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag), 888 a).
- 26 Das Rechtsschutzziel kann auch in einem **Dulden** bestehen; dieses ist letztlich ein Unterfall des Unterlassens, da Widerstand zu unterlassen ist. Die Duldung der Zwangsvollstreckung (§§ 737, 743, 745 Abs. 2, 748 Abs. 2) und Klagen auf Befriedigung aus einem Pfandrecht oder einer Hypothek (§§ 1204 Abs. 1, 1147 BGB) sind demnach Leistungsklagen.
- 27 Das Gericht gibt der Leistungsklage statt, wenn es den Kläger für den Inhaber des behaupteten materiellrechtlichen Anspruchs gegenüber dem Beklagten hält und diesem Anspruch weder rechtsvernichtende noch rechtshemmende Einreden entgegenstehen.

b) Teilklagen

- 28 Der Kläger kann sogleich seine gesamte ihm zustehende Forderung einklagen, er kann aber auch nur einen Teil einklagen, vor allem, um sein Kostenrisiko in Grenzen zu halten. Man spricht insofern von Teilklagen. Diese sind zulässig, weil das Interesse des Klägers und seine Dispositionsfreiheit das Interesse des Staates am sparsamen Einsatz von Justizressourcen verdrängt. Zu unterscheiden sind **offene** und **verdeckte Teilklagen**. Bei ersteren macht der Kläger deutlich, dass er nur einen Teil einklagt und sich eine Nachforderung vorbehält. Bei verdeckten Teilklagen tut er dies hingegen nicht. Unterschiedliche Ansichten bestehen bei der Frage der Rechtshängigkeit (Rn. 75) und der Rechtskraft (§ 28 Rn. 34 ff.) von Entscheidungen über Teilklagen.

c) Unterlassungsklagen

- 29 Unterlassungsklagen setzen, wie alle anderen Leistungsklagen auch, einen materiellrechtlichen (vertraglichen oder gesetzlichen) Unterlassungsanspruch voraus (z.B. §§ 12, 863, 1004 BGB, Ansprüche nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG)). Auch eine vorbeugende Unterlassungsklage ist möglich, wenn entweder die Erstbegehung oder eine Wiederholung droht.
- **Klausurhinweis:** Dieses sind Voraussetzungen des materiellrechtlichen Anspruchs selbst, keineswegs, da die Unterlassungsklage kein besonderes prozessuales Institut ist, besondere Voraussetzungen dieser Klage und daher nicht im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses zu erörtern.<sup>27</sup> ◀
- 30 Besteht keine Gefahr der Erstbegehung oder der Wiederholung, ist die Klage als unbegründet, nicht etwa als unzulässig abzuweisen. Klageantrag und Urteilsformel müssen bei der Unterlassungsklage möglichst so formuliert werden, dass der Beklagte das Unterlassungsgebot nicht einfach durch andere ähnliche Handlungen umgehen kann. Der BGH hilft hier mit der sog. **Kerntheorie**, wonach auch solche Handlungen von der Rechtskraft des Unterlassungsgebots mit umfasst werden, die im Kern mit der verbote-

---

27 BGH, Urteil vom 14.10.1994, Az.: V ZR 76/93 = NJW 1995, 132, 134; R/S/G, ZPR, § 89 Rn. 6.

nen Verletzungshandlung übereinstimmen und sich innerhalb der durch Auslegung zu ermittelnden Grenzen des Urteils halten.<sup>28</sup>

#### d) Fälligkeit des Anspruchs

Im Grundsatz ist die **Fälligkeit des Anspruchs** erforderlich, damit das Gericht der Leistungsklage stattgibt. Stellt das Gericht fest, dass der geltend gemachte Anspruch nicht fällig ist, so wird die Klage als zurzeit unbegründet abgewiesen.<sup>29</sup> 31

Es besteht aber auch die Möglichkeit, Ansprüche, die noch nicht fällig sind, gerichtlich geltend zu machen. Die Voraussetzungen ergeben sich aus §§ 257–259. Auf diese dort aufgeführten besonderen Prozessvoraussetzungen kommt es aber nur an, wenn der Anspruch auch am Schluss der mündlichen Verhandlung nicht fällig ist. Tritt zuvor Fälligkeit ein, so handelt es sich gar nicht um eine Klage auf künftige Leistungen. Wenn der Kläger in den Fällen der §§ 257–259 auch schon vor Fälligkeit einen staatlichen Leistungsbefehl erhält, wird dieser doch erst nach Fälligkeit zwangsweise durchgesetzt (§§ 726 Abs. 1, 751 Abs. 1). Denn leisten muss der Schuldner natürlich erst, wenn der Anspruch fällig ist. Der BGH entschied 2011, dass eine Klage des Vermieters auf zukünftige Leistung gem. § 259 zulässig ist, wenn der Mieter einen Rückstand an Miete und Mietnebenkosten in einer die Bruttomiete mehrfach übersteigenden Höhe hat auflaufen lassen.<sup>30</sup> Es bestehe die Besorgnis, dass die Mieter die Forderungen des Vermieters auch in Zukunft nicht erfüllen werden. Ein ausdrückliches Bestreiten der Forderung des Vermieters ist dafür ebenso wenig erforderlich wie die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit des Mieters. 32

## 2. Die Feststellungsklage

**Literatur:** *Arz*, Die Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht dem Grunde nach, NJW 2020, 3364; *Baltzer*, Die negative Feststellungsklage aus § 256 I ZPO, 1980; *Chern*, Die Feststellungsklage im Zivilprozeß, 1997; *Gruber*, Das Verhältnis der negativen Feststellungsklage zu den anderen Klagearten im deutschen Zivilprozeß – Plädoyer für eine Neubewertung, ZZZP 117 (2004), 133; *Haas*, Das Feststellungsinteresse, FS Gottwald 2014, S. 215; *Thole*, Aktuelle Entwicklungen bei der negativen Feststellungsklage, NJW 2013, 1192; *Zeuner*, Überlegungen zum Begriff des Rechtsverhältnisses i.S. von § 256 ZPO, FS Schumann, 2001, S. 595.

#### a) Gegenstand und Inhalt der Feststellungsklage

► **Fall 2:** K klagt gegen B auf Feststellung, dass er Eigentümer eines bestimmten Fahrrades sei. B hat dies immer bestritten. Das Gericht stellt das Eigentum des K fest.

Wie wirkt sich dieses Urteil aus? ◀

Mit der Feststellungsklage erhält der Kläger die gerichtliche Feststellung des Bestehens (**positive Feststellungsklage**) oder Nichtbestehens (**negative Feststellungsklage**) eines Rechtsverhältnisses.<sup>31</sup> Er erhält keinen zur Zwangsvollstreckung tauglichen staatlichen Leistungsbefehl. 33

28 BGH, Urteil vom 23.6.1994, Az.: I ZR 15/92 = BGHZ 126, 287 = NJW 1994, 2820; *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, S. 223 ff., 562 ff. Vgl. auch die gängigen Kommentare zu § 890.

29 BGH, Urteil vom 27.10.1994, Az.: VII ZR 217/93 = BGHZ 127, 254, 259 = NJW 1995, 399, 400; BGH, Urteil vom 11.2.1999, Az.: VII ZR 399/97 = BGHZ 140, 365, 368 = NJW 1999, 1867 ff.

30 BGH, Urteil vom 4.5.2011, Az.: VIII ZR 146/10 = NJW 2011, 2886.

31 Die weiteren Fälle (Anerkennung einer Urkunde, Feststellung ihrer Echtheit) bleiben im Folgenden wegen der geringen Praxis- und Examensrelevanz außer Betracht.

**Merke:** Rechtsverhältnis ist jede rechtliche Beziehung zwischen Personen oder zwischen Personen und Sachen.

- 34 Das Rechtsverhältnis wird regelmäßig zwischen Kläger und Beklagtem bestehen, dies ist aber nicht zwingend. Wenn das Rechtsverhältnis nur zwischen Beklagtem und Drittem besteht, muss es aber für die Rechtsbeziehung zwischen Kläger und Beklagtem von rechtlicher Relevanz sein.<sup>32</sup> Ansonsten fehlt das Feststellungsinteresse.
- 35 Gesellschaftliche Verhältnisse wie die Freundschaft sind keine Rechtsverhältnisse. Kein Rechtsverhältnis sind abstrakte Rechtsfragen<sup>33</sup> (das Gericht ist den Parteien ja nicht zur Gutachtenerstellung verpflichtet), Vorfagen oder bloße Tatsachen,<sup>34</sup> außer in dem gesetzlich geregelten, praktisch nicht sehr bedeutsamen Anwendungsfall der Echtheit einer Urkunde. Dies ist eine Tatsachenfeststellung.

### b) Ziel der Feststellungsklage

- 36 Ziel der Erhebung einer Feststellungsklage ist es, den Bestand des Rechtsverhältnisses ein für alle Mal zwischen den Parteien zu klären. Im obigen Fall steht das „Rechtsverhältnis Eigentum“ in Frage. Eigentum ist ein Rechtsverhältnis, das zwischen dem Eigentümer und allen anderen Rechtsgenossen, nach h.M. nicht zwischen dem Eigentümer und der Sache besteht. Das folgt aus § 903 BGB. Ist ein Schuldverhältnis das festzustellende Rechtsverhältnis kann auch der vertragliche Erfüllungsort als Gerichtsstand genutzt werden (s.o. § 6 Rn. 65).
- 37 Auch wenn B in Fall 2 später einmal in einem anderen Prozess K auf Herausgabe verklagt und den Anspruch auf § 985 BGB stützt, wäre das Zweitgericht an die Feststellung des Erstgerichts gebunden. Die Klage wäre als unbegründet abzuweisen, weil K als Eigentümer anzusehen ist und das erste Feststellungsurteil insoweit Rechtskraft entfaltet (zur Präjudizialität § 28 Rn. 13 f.).
- 38 Die Feststellungsklage hat in § 256 Abs. 1 (Abs. 2 enthält die davon zu unterscheidende Zwischenfeststellungsklage) eine gesetzliche Ausgestaltung erfahren. Danach kann nur die Feststellung eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses begehrt werden. Künftige und vergangene Rechtsverhältnisse sind nicht feststellungsfähig, wohl aber bedingte, wenn die rechtliche Grundlage schon besteht, die Bedingung aber noch nicht eingetreten ist.

### c) Feststellungsinteresse/Subsidiarität der Feststellungsklage

- 39 Hinzukommen muss ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung (Schema B II 4).

► **Klausurhinweis:** Das sonst bei allen Klagen nötige Rechtsschutzbedürfnis geht in dieser besonderen Prozessvoraussetzung des Feststellungsinteresses auf und ist daher nicht erneut gesondert zu prüfen. ◀

► **Fall 3:** K hat B ein Darlehen gegeben. B macht geltend, er müsse nichts mehr zurückzahlen, da er mit einer anderen Forderung aufgerechnet habe.

Kann K Feststellung der Verpflichtung des B zur Rückzahlung beantragen? ◀

32 BGH, Urteil vom 19.1.2000, Az.: IV ZR 57/99 = ZIP 2000, 679.

33 BGH, Urteil vom 4.10.2000, Az.: VIII ZR 289/99 = NJW 2001, 445, 447.

34 RGZ 85, 441; BGH, Urteil vom 15.10.1956, Az.: III ZR 226/55 = BGHZ 22, 47 = NJW 1957, 21.

Ein Feststellungsinteresse ist nicht gegeben, wenn der Kläger auch eine Leistungsklage erheben könnte. Man spricht insofern von der **Subsidiarität der Feststellungsklage** gegenüber der Leistungsklage. Da die Leistungsklage neben der Feststellung auch einen staatlichen Leistungsbefehl beinhaltet, also ein Plus gegenüber der Feststellungsklage, kann so verhindert werden, dass Gerichte zweimal in Anspruch genommen werden (erst Feststellung, dann in einem weiteren Verfahren Erlangung eines Leistungsbefehls). Daher ist dieses Verhältnis im Grundsatz sachgerecht.

40

Im obigen Fall kann K auf Rückzahlung klagen. Dabei wird geprüft, ob B zur Rückzahlung verpflichtet ist. Zusätzlich erhält K einen Titel, mit dem er, wenn B immer noch nicht zahlt, die Zwangsvollstreckung betreiben kann. Ansonsten wäre er nach Feststellung der Verpflichtung des B gezwungen, bei Gericht unter Zugrundelegung des Feststellungsurteils auf Leistung gegen B zu klagen.<sup>35</sup>

41

Dieser Subsidiaritätsgrundsatz ist aber kein unumstößliches Dogma; entscheidend ist immer der Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit: Bei Klagen gegen öffentlich-rechtliche Körperschaften, Krankenkassen, Versicherungen oder Insolvenzverwalter geht man davon aus, dass sich diese an die Feststellung halten werden; ein Vorrang der Leistungsklage soll nicht bestehen. Flexibel wird auch der Fall gehandhabt, in dem es dem Kläger aktuell nicht möglich ist, einen Schaden schon zu beziffern. Im **Dieselskandal** entschied der BGH 2022, dass in Fällen, in denen eine Schadensentwicklung noch nicht abgeschlossen ist, ein Teil des Schadens bei Klageerhebung schon entstanden, die Entstehung weiterer Schäden aber noch zu erwarten ist, der Kläger in vollem Umfange Feststellung der Ersatzpflicht begehren kann. Er ist dann nicht gezwungen, für den abgeschlossenen Teil schon auf eine Feststellungsklage umzustellen.<sup>36</sup>

42

► **Fall 4:** A wird bei einem von B verschuldeten Verkehrsunfall verletzt. A erleidet Verbrennungen, die in Zukunft etwa 40 Hauttransplantationen erforderlich machen.

Kann A schon jetzt gegen B klagen, um zeitnah zum Unfall (Beweisbarkeit) ein Urteil zu erhalten? ◀

Ist eine Rechtsgutsverletzung erfolgt und sind einige, aber noch nicht alle Schadensfolgen eingetreten, so kann der Kläger zunächst Feststellungsklage auf das Bestehen der Ersatzpflicht und nach Eintritt aller Schadensfolgen Leistungsklage erheben.<sup>37</sup> Daher ist in diesen Fällen eine Feststellungsklage zulässig, auch wenn eine Leistungsklage (zumindest für die bereits feststehenden Schadensfolgen) möglich wäre (zur Rechtskraftproblematik § 28 Rn. 41 ff.).

43

#### d) Das Problem nachfolgender Leistungsklagen in gleicher Sache

**Literatur:** *Gottwald*, Negative Feststellungsklage und prozessuale Gerechtigkeit, MDR 2016, 936; *Gruber*, Das Verhältnis der negativen Feststellungsklage zu den anderen Klagearten im deutschen Zivilprozess – Plädoyer für eine Neubewertung, ZZP 117 (2004), 133; *Haas*, Rechtshängigkeitssperre und Sachzusammenhang, FS Ishikawa, 2001, S. 165.

35 Zu einem ähnlichen Fall vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 21.2.2017, Az.: XI ZR 467/15 = NJW 2017, 1823.

36 BGH, Urteil vom 21.12.2021, Az.: VI ZR 455/20 = NJW 2022, 1093 (3. Leitsatz, Rn. 11); Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 256 Rn. 18; *Arz*, Die Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht dem Grunde nach, NJW 2020, 3364 Rn. 9.

37 BGH, Urteil vom 19.4.2016, Az.: VI ZR 506/14 = NJW-RR 2016, 759; BGH, Urteil vom 20.3.2001, Az.: VI ZR 325/99 = NJW 2001, 3414, 3415.

44 Schwierigkeiten entstehen, wenn nach einer Feststellungsklage eine Leistungsklage erhoben wird.

► **Fall 5:** K erhebt gegen B negative Feststellungsklage, dass er wegen des Unfalls nicht haftet. B erhebt im Lauf des Verfahrens vor einem anderen Gericht Klage auf Schadensersatz und Schmerzensgeld aus genau diesem Unfall.

Was ist die Folge? ◀

45 Dieses Verhältnis lässt sich nicht mit dem Institut der Rechtshängigkeit bewältigen, da Feststellungsklage und Leistungsklage nach deutschem Recht immer verschiedene Streitgegenstände haben, da sich die Anträge unterscheiden (Rn. 62). Die zweite Klage ist also nicht wegen anderweitiger Rechtshängigkeit als unzulässig abzuweisen.<sup>38</sup>

46 Nach h.M. entfällt in dem Zeitpunkt das **Feststellungsinteresse** für die negative Feststellungsklage, wenn die nachfolgende Leistungsklage erhoben ist und nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann.<sup>39</sup> Das soll ausnahmsweise dann nicht gelten, wenn die negative Feststellungsklage entscheidungsreif (dazu § 26 Rn. 3) ist.<sup>40</sup>

Diese Lösung ist wenig befriedigend, weil sie häufig prozessunökonomisch ist, da wesentliche Ergebnisse des bisherigen Verfahrens nicht weiter genutzt werden können. Der Richter des Zweitverfahrens kann zwar die Akten des Feststellungsverfahrens beziehen (§§ 273 Abs. 2 Nr. 2) und auch ein Sachverständigengutachten aus dem Erstverfahren verwerten (§ 411 a), er kann aber nicht einfach die protokollierten Zeugenaussagen des Erstverfahrens heranziehen, weil er sich selbst ein Bild machen muss (Unmittelbarkeitsgrundsatz § 4 Rn. 31 ff.). Sinnvoller wäre es, dem Beklagten des Erstverfahrens eine Konzentrationslast aufzubürden, so dass er gezwungen wird, eine Leistungswiderklage am Erstgericht zu erheben. Dann könnten die beiden Verfahren gemeinsam verhandelt und die bisherigen Ergebnisse des Erstverfahrens genutzt werden. Das entspricht aber nicht der Rechtsprechung des BGH.

► **Vertiefung:** Auch die nachfolgende Erhebung einer positiven Feststellungsklage lässt das Feststellungsinteresse für die zuvor erhobene negative Feststellungsklage entfallen, weil nur die positive Feststellungsklage die Verjährung hemmt (s.u. § 8 Rn. 84).<sup>41</sup> ◀

47 In Europäischen Fällen entfiel das Feststellungsinteresse nicht, da der nachfolgenden Leistungsklage der Einwand der Rechtshängigkeit entgegengehalten werden kann, weil die **Kernpunkttheorie** des EuGH weiter ist als der deutsche Streitgegenstandsbegriff, der für die Rechtshängigkeit im deutschen Recht maßgeblich ist. Hier wäre der Beklagte, da negative Feststellungsklage und nachfolgende Leistungsklage den gleichen Streitgegenstand haben, gezwungen, Leistungswiderklage am Gerichtsstand der negativen Leistungsklage zu erheben.<sup>42</sup>

38 BGH, Urteil vom 4.7.2013, Az.: VII ZR 52/12, BeckRS 2013, 12817; a.A. Stein/Jonas/Roth, ZPO, vor § 253 Rn. 54, der für die Rechtshängigkeit die Rechtsschutzform nicht zum Streitgegenstand zählen will.

39 BGH, Urteil vom 2.3.1999, Az.: VI ZR 71/98 = NJW 1999, 2516, 2517; BGH, Urteil vom 11.12.1996, Az.: 154/95 = BGHZ 134, 201 = NJW 1997, 870, 872; BGH, Urteil vom 7.7.1999, Az.: I ZR 30/92 = NJW 1994, 3107; BGH, Urteil vom 22.1.1987, Az.: I ZR 230/85 = BGHZ 99, 340, 342 = NJW 1987, 2680, 2681.

40 BGH, Urteil vom 22.1.1987, Az.: I ZR 230/85 = BGHZ 99, 340 = NJW 1987, 2680; Gottwald, MDR 2016, 936, 937.

41 Offengelassen noch BGH, Urteil vom 15.12.2009, Az.: XI ZR 110/09 = NJW-RR 2010, 640 Rn. 13 b; OLG Düsseldorf, Urteil vom 3.11.2022, Az.: 2 U 51/22 = GRUR 2023, 672; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 256 Rn. 19.

42 EuGH, 6.12.1994 – 406/92, Taty/Maciej Rataj; Adolphsen, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kap. 4 Rn. 25 ff.

### e) Zwischenfeststellungsklage

Auch die Zwischenfeststellungsklage (§ 256 Abs. 2) dient der Feststellung eines Rechtsverhältnisses. Ihre Funktion erklärt sich letztlich aus dem im deutschen Recht stark begrenzten Umfang der Rechtskraft. Die Darstellung erfolgt daher im Rahmen der Rechtskraft (§ 28 Rn. 45 ff.).

48

### 3. Die Gestaltungsklage

**Literatur:** *Lüke*, Zu den handelsrechtlichen Gestaltungsklagen, JuS 1998, 594; *K. Schmidt*, Mehrseitige Gestaltungsprozesse bei Personengesellschaften, 1992; *ders.*, Grundfälle zum Gestaltungsprozess, JuS 1986, 35.

Gestaltungsrechte werden in aller Regel durch den Berechtigten ausgeübt, z.B. indem ein Vertrag gekündigt oder eine Willenserklärung angefochten wird (§ 143 BGB). Eine Tätigkeit des Gerichts ist nicht erforderlich. In bestimmten Fällen ordnet jedoch der Gesetzgeber an, dass eine bestimmte Gestaltung eines Rechtsverhältnisses nur nach Antrag der Partei durch Klage und stattgebendes Urteil erfolgen darf. Standardbeispiel für eine familienrechtliche Gestaltungsklage ist die Auflösung der Ehe: Diese setzt – anders als z.B. in arabischen Ländern, wo eine Verstoßung durch den Mann (!) möglich ist – ein gerichtliches Urteil voraus. Die Auflösung der OHG (§ 133 HGB) oder die Ausschließung eines Gesellschafters (§ 140 HGB) sind Beispiele für gesellschaftsrechtliche Gestaltungsklagen. Prozessrechtliche Gestaltungsklage ist z.B. die Vollstreckungsgegenklage gem. § 767.

49

Anders als bei Leistungs- und Feststellungsklagen bewirkt bei Gestaltungsklagen das Urteil die Umgestaltung der materiellen Rechtslage, während bei allen anderen Klagen die materielle Rechtslage durch Urteil nur festgestellt wird (und im Fall der Leistungsklage mit einem staatlichen Leistungsbefehl versehen wird). Die Gestaltungsklage setzt demnach keinen Anspruch voraus, sie ist nicht vollstreckungsfähig und auch nicht vollstreckungsbedürftig, weil die Gestaltung mit der formellen Rechtskraft des Urteils (§ 28 Rn. 3 ff.) mit Wirkung für und gegen alle eintritt.

50

### III. Der Streitgegenstand

#### 1. Fehlende Regelung in der ZPO

Worüber wird eigentlich im Prozess gestritten und entschieden? Diese zunächst banal anmutende Frage hat die Gerichte und die Prozessrechtswissenschaft seit Jahren beschäftigt, wobei lange nicht klar war, ob diese Diskussion eher wegen ihrer dogmatischen Faszination oder wegen ihrer praktischen Relevanz geführt wurde. Durch die Rechtsprechung des EuGH ist aber wieder Bewegung in die Diskussion gekommen, die damit von neuer Aktualität aber auch praktischer Relevanz ist. Der BGH entschied erst im Juni 2003 wieder, dass sich die Bindungswirkung eines Urteils nicht auf präjudizielle Rechtsverhältnisse erstrecke.<sup>43</sup>

51

Der Begriff des Streitgegenstands taucht in der ZPO kaum auf (s. aber § 2), meist spricht der Gesetzgeber von dem erhobenen Anspruch (§§ 253 Abs. 2 Nr. 2, 322 Abs. 1), womit er keinesfalls die materiellrechtliche Anspruchsgrundlage, sondern

52

43 BGH, Urteil vom 26.6.2003, Az.: I ZR 269/00 = NJW 2003, 3058.

eben den Gegenstand des Streits unabhängig von der jeweiligen Anspruchsgrundlage meint.<sup>44</sup>

► **Fall 6:** K klagt gegen den Hehler B auf Herausgabe gestohlenen Schmucks. K möchte den Richter dazu bewegen, nur die Voraussetzungen des § 985 BGB zu erörtern, um sich andere Anspruchsgrundlagen für ein paralleles oder nachfolgendes Verfahren aufzuheben. Geht das? ◀

- 53 Dem K stehen eine ganze Reihe von Anspruchsgrundlagen zur Seite. Zu prüfen wären in der examenstypischen Kette §§ 985, 1007, 861, 823 Abs. 1, Abs. 2, 826, 812 Abs. 1 S. 1 BGB. Zwischen diesen Ansprüchen herrscht **Anspruchsgrundlagenkonkurrenz**.<sup>45</sup> Das Gericht hat die Rechtsanwendung von Amts wegen zu prüfen. Auch wenn der K seine Klage nur auf § 985 BGB stützt, steht es dem Gericht frei, andere Anspruchsgrundlagen heranzuziehen. Der BGH hat dies 2020 in einem Leitsatz wie folgt formuliert: „Die rechtliche Würdigung des durch den Vortrag der Klagepartei zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplexes ist Sache des Gerichts. Für die Frage des Streitgegenstands ist es daher unerheblich, ob die Klagepartei ihre Klage auf einen bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt gestützt hat; entscheidend ist vielmehr, dass sie einen Lebenssachverhalt vorgetragen hat, der sich rechtlich unter diesen Gesichtspunkt einordnen lässt.“<sup>46</sup>

K kann auch nicht parallel vor einem Gericht die Klage mit § 985 BGB und vor einem anderen mit § 861 BGB begründen. Da der gleiche Streitgegenstand vorliegt, stünde der zweiten Klage der Rechtshängigkeitseinwand (§ 261 Abs. 3 Nr. 1) entgegen. Auch in aufeinanderfolgenden Prozessen wäre dies durch das Institut der Rechtskraft ausgeschlossen. Materielle Anspruchsgrundlage und Gegenstand des Streits vor Gericht fallen offenbar auseinander.

- 54 Der Begriff des Streitgegenstands muss demnach unabhängig von dem des materiellen Anspruchs gesucht werden.<sup>47</sup>

## 2. Bedeutung des Streitgegenstands

- 55 Der Streitgegenstand ist im Wesentlichen in vier Zusammenhängen von Bedeutung. Dies sind die **Rechtshängigkeit**, die **Klageänderung**, die **Klagehäufung** und die **Rechtskraft**:

- Nur die parallele Geltendmachung desselben Streitgegenstands wird durch die Einrede der Rechtshängigkeit verhindert (§ 261 Abs. 3 Nr. 1).
- Klageänderung ist immer Streitgegenstandsänderung, das heißt, dass bezogen auf den gleichen Streitgegenstand neue Tatsachen vorgebracht werden können, bezogen auf einen neuen aber die Klageänderungsvorschriften (§§ 263 ff.) anzuwenden sind.
- Klagehäufung ist immer Streitgegenstandshäufung (§ 260).
- Nur über den Streitgegenstand wird rechtskräftig entschieden (§ 322 Abs. 1). Die erneute Instreitstellung desselben Streitgegenstands wird durch die Rechtskraftvorschriften verhindert. Die Bindung an vorgreifliche Entscheidungen wird durch

44 BGH, Urteil vom 25.10.2012, Az.: IX ZR 207/11, BeckRS 2012, 23345.

45 Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 170.

46 BGH, Urteil vom 20.2.2020, Az.: I ZR 5/19 = NJW-RR 2020, 743.

47 Deutlich BGH, Urteil vom 25.10.2012, Az.: IX ZR 207/11 = NJW 2013, 540.

die rechtskräftige Entscheidung über den Streitgegenstand herbeigeführt (§ 28 Rn. 13 f.).

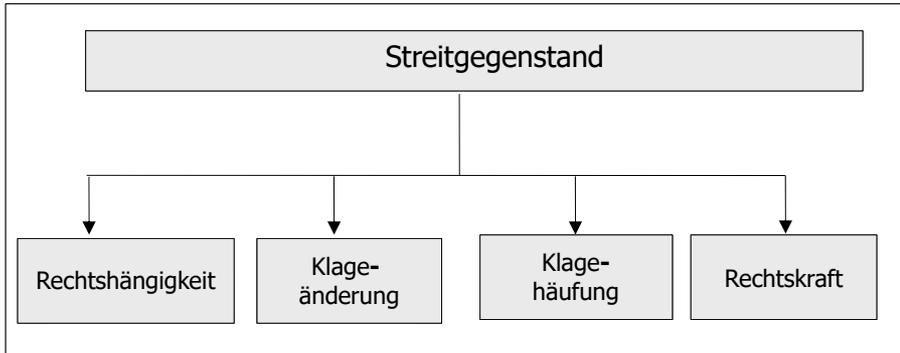


Abb. 15 Bedeutung des Streitgegenstands

Daneben ist auch für die sachliche, teilweise auch für die örtliche Zuständigkeit der Streitgegenstandsbegriff von Bedeutung. 56

Überwiegend geht man davon aus, dass allen diesen Komplexen ein einheitlicher Streitgegenstandsbegriff zugrunde liegt (sog. **Einheitstheorie**).<sup>48</sup> Zwingend ist dies aber nicht. 57

Dies zeigt schon der Blick auf das europäische Prozessrecht. Der EuGH ermittelt einen autonomen Streitgegenstandsbegriff für die Koordination paralleler Verfahren durch die Rechtshängigkeitsvorschrift des Art. 29 EuGVO, muss aber bei der Anerkennung von Urteilen (Art. 36 EuGVO) auf nationale Rechtskraftkonzepte zurückgreifen, die sich an unterschiedlichen nationalen Streitgegenständen orientieren. Denn die EuGVO kennt keine einheitlichen Urteilstwirkungen für Urteile aller Mitgliedstaaten (§ 28 Rn. 9). Der Umfang der Rechtskraft variiert international aber schon innerhalb der europäischen Mitgliedstaaten erheblich. 58

### 3. Alte und neue Streitgegenstandstheorien

Die heute ganz überwiegende Meinung in Deutschland geht davon aus, dass der Streitgegenstand durch den klägerischen Antrag und den zu dessen Begründung vorgetragene Lebenssachverhalt bestimmt wird (sog. **zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff**). Zum Lebenssachverhalt eines Streitgegenstandes sind – so der BGH – alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden und den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtung zu dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören, den der Kläger zur Stützung seines Rechtsschutzbegehrens dem Gericht vorträgt.<sup>49</sup> 59

Allein der Antrag ohne Berücksichtigung des Lebenssachverhalts wäre für die Bestimmung des Streitgegenstandes nicht geeignet:

<sup>48</sup> So auch der BGH, Urteil vom 13.9.2012, Az.: I ZR 230/11 = GRUR 2013, 401; R/S/G, ZPR, § 98 Rn. 22. Vertiefend zu dieser Problematik siehe *Gottwald*, Die Rückkehr zum klassischen Streitgegenstandsbegriff – dank „Biomineralewasser“, FS Köhler, 2014, S. 173.

<sup>49</sup> BGH, Beschluss vom 15.12.2020, Az.: VIII ZR 304/19 = FD-ZVR 2021, 437159.

► **Fall 7:** K klagt gegen B auf 1.000 € Rückzahlung eines 2020 gegebenen Darlehens und Zahlung von 1.000 € aus einem 2022 abgeschlossenen Kaufvertrag. Liegt der gleiche Streitgegenstand vor? ◀

- 60 Die Streitgegenstände sind verschieden, obwohl der Antrag in beiden Fällen lautet: „Der Beklagte wird zur Zahlung von 1.000 € verurteilt.“ Der Lebenssachverhalt ist unterschiedlich.
- 61 Die Vertreter der **Theorie vom eingliedrigen Streitgegenstandsbegriff** wollen dagegen nur auf den Antrag abstellen, müssen aber im Fall von Zahlungsklagen mit identisch geforderten Summen zugeben, dass zur Bestimmung des Streitgegenstands die vorgebrachten Tatsachen herangezogen werden müssen.
- 62 Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung zum EuGVÜ einen eigenen, übereinkommen-  
sautonomen Streitgegenstandsbegriff gebildet, der jetzt, nach dem Erlass der EuGVO,  
als verordnungsautonomer Streitgegenstandsbegriff fort gilt. Die **Kernpunkttheorie**  
des EuGH findet sich in dieser Form in keiner Rechtsordnung eines Mitgliedstaates.  
Bei der Bestimmung des Begriffs „wegen desselben Anspruchs“ in der europäischen  
Rechtshängigkeitsvorschrift des Art. 29 EuGVO stellt der EuGH auf einen verordnungsautonom zu ermittelnden Streitgegenstand ab. Der EuGH sieht im Fall einer nach einer Leistungsklage erhobenen Feststellungsklage denselben Streitgegenstand und wendet deshalb Art. 29 EuGVO an. Er tut dies auch, wenn erst negative Feststellungsklage erhoben worden ist und darauf in einem anderen Mitgliedstaat Leistungsklage erhoben wird. Entscheidend bei der Bestimmung des Streitgegenstands ist nach Ansicht des EuGH, dass in beiden Verfahren bei natürlicher Betrachtungsweise über die gleiche Sache gestritten wird. Dieses sei der Fall, wenn beide Verfahren im Kern übereinstimmen. Auf die Formulierung der Anträge kommt es daher im Rahmen dieses Streitgegenstandsbegriffs gar nicht an, während im deutschen Recht immer gilt, dass ein anderer Antrag immer einen anderen Streitgegenstand begründet.

#### IV. Die Wirkungen der Klageerhebung

- 63 Die Klageerhebung erfolgt durch Zustellung der Klageschrift (§ 253 Abs. 1). Dadurch wird die **Rechtshängigkeit** der Streitsache begründet (§ 261 Abs. 1). Die rechtshängige Streitsache entfaltet von diesem Zeitpunkt an rechtliche Dauerwirkungen, die man nach prozessualen und materiellechtlichen Wirkungen trennen kann.
- **Klausurhinweis:** Im 1. Examen sind alle Wirkungen relevant: Die prozessualen, weil man damit die prozessrechtlichen Kenntnisse des Kandidaten abprüfen kann und die materiellen, weil sie sich hervorragend für die häufigen gemischten Klausuren eignen, da es hier darauf ankommt, materiellechtliche Auswirkungen von Prozesshandlungen zu beurteilen. ◀
- 64 Von der Rechtshängigkeit muss die **Anhängigkeit** der Klage unterschieden werden, die durch die Einreichung bei Gericht eintritt. Sie hat nicht die Wirkungen der Rechtshängigkeit. § 167 enthält jedoch eine examenstypische Ausnahme der Vorwirkung (Rn. 84).

##### 1. Prozessuale Wirkungen

- 65 Die Wirkungen der Rechtshängigkeit sind in den §§ 261 Abs. 3, 262–269 enthalten, die weder redaktionell besonders genau gefasst noch besonders klar aufgebaut sind.

## a) Einrede der Rechtshängigkeit

Während der Dauer der Rechtshängigkeit kann die Streitsache von keiner Partei anderweitig rechtshängig gemacht werden (§ 261 Abs. 3 Nr. 1). Das gilt auch für Gerichte verschiedener Rechtswege (§ 17 Abs. 1 S. 2 GVG). Dort heißt es zwar jeweils redaktionell ungenau anhängig, gemeint ist aber nur rechtshängig! Der Begriff „Einrede der Rechtshängigkeit“ ist irreführend, weil es sich bei der Rechtshängigkeit um eine **negative Sachentscheidungsvoraussetzung** (anderweitige Rechtshängigkeit darf nicht vorliegen, damit ein Urteil in der Sache ergeht) handelt, die von Amts wegen zu beachten ist. Besteht eine anderweitige Rechtshängigkeit, so wird die zweite Klage als unzulässig abgewiesen (Schema B II 3 b).

66

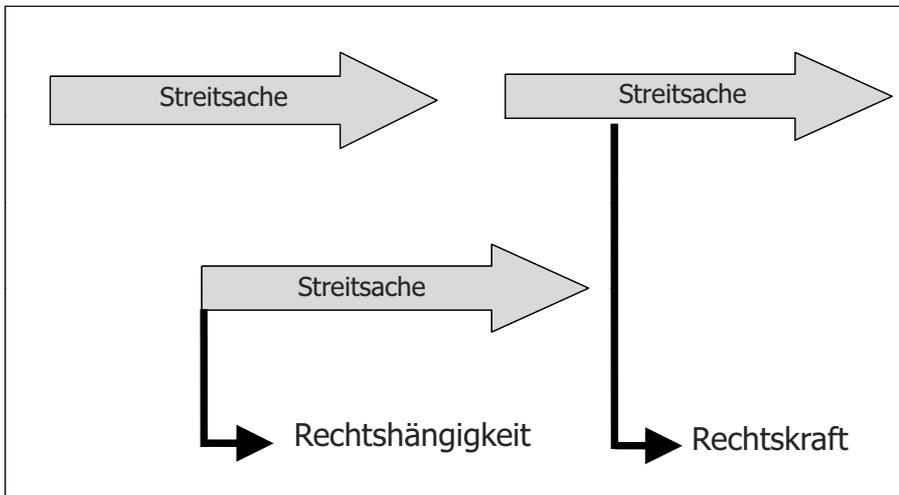


Abb. 16 Verhinderung doppelter Befassung der Gerichte mit einer Streitsache

**Ziel der Regelungen** ist es, parallele Prozesse zwischen denselben Parteien über denselben Streitgegenstand, damit die doppelte Befassung von Gerichten (ökonomisches Argument) und potenziell sich widersprechende Entscheidungen verschiedener Gerichte (Argument der Rechtssicherheit, des Vertrauens in die Rechtsprechung), zu verhindern. Nach dem Ende der Rechtshängigkeit wird diese Funktion für aufeinanderfolgende Prozesse von der materiellen Rechtskraft übernommen (§ 28 Rn. 7 ff.). Abb. 16 soll das verdeutlichen. Als Streitsache wird ein Rechtsstreit mit demselben Streitgegenstand zwischen denselben Parteien bezeichnet.

67

Die **Rechtshängigkeit beginnt** mit Klageerhebung, ein im laufenden Verfahren erhobener Anspruch wird rechtshängig, wenn er in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht oder ein § 253 Abs. 2 Nr. 2 entsprechender Schriftsatz zugestellt wird (§ 261 Abs. 2).<sup>50</sup> Ob die Klage zulässig ist, ist grundsätzlich unerheblich.

68

Die Erhebung einer Schiedsklage hat keine Rechtshängigkeit zur Folge; die entsprechende Funktion übernimmt die **Einrede des Schiedsvertrages** (§ 1032 Abs. 1, s. Schema B III 1).

69

50 Vgl. BGH, Urteil vom 17.5.2001, Az.: IX ZR 256/99 = NJW 2001, 3713.

- 70 Werden im Anwendungsbereich der EuGVO bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten Klagen wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien erhoben, so hat sich gem. Art. 29 EuGVO das später angerufene Gericht für unzuständig zu erklären, wenn die Zuständigkeit des Erstgerichts feststeht. Die Klageerhebung vor einem ausländischen Gericht außerhalb des Anwendungsbereichs der EuGVO hat die Rechtshängigkeit nach dem dort geltenden Recht zur Folge, wenn mit der Anerkennung der Entscheidung zu rechnen ist.<sup>51</sup>
- 71 Die **Rechtshängigkeit endet** so wie auch der Prozess: mit Eintritt der formellen Rechtskraft eines Urteils (§ 705),<sup>52</sup> durch Vergleich, Klagerücknahme usw.
- 72 Der Rechtshängigkeitseinwand greift aber nur bei parallelen Verfahren, die auch wirklich den gleichen Streitgegenstand haben:
- **Fall 8:** K erhebt Leistungsklage auf Schadensersatz und Schmerzensgeld aus einem Unfall gegen B. B erhebt im Lauf dieses Verfahrens negative Feststellungsklage vor einem anderen Gericht, dass ihn aus dem Unfall keine Haftung trifft. Welche prozessuale Folge hat dies? ◀
- 73 Steht der nachfolgenden Feststellungsklage die Rechtshängigkeit der ersten Leistungsklage entgegen? Nach h.M. in Deutschland nicht, weil der Antrag ein anderer ist und somit ein anderer Streitgegenstand vorliegt. Allein die Tatsache, dass es sich um einen einheitlichen Lebenssachverhalt „Unfall“ zwischen denselben Parteien handelt, reicht nicht aus. Die nachfolgend erhobene negative Feststellungsklage ist aber trotzdem als unzulässig abzuweisen, weil das Feststellungsinteresse fehlt. Der gesamte Lebenssachverhalt wird richtigerweise vom zuerst angerufenen Gericht geklärt, das bei der Entscheidung über den Leistungsantrag auch die Feststellung trifft, wen die Schuld an dem Unfall trifft.
- 74 In europäischen Fällen unter Anwendung von Art. 29 EuGVO wäre die zweite Klage dagegen wegen anderweitiger Rechtshängigkeit abzuweisen.
- 75 Bei **Teilklagen** ist der Umfang der Rechtshängigkeit zweifelhaft. Das Problem stellt sich wegen der Einheitstheorie stärker noch beim Umfang der Rechtskraft, da der Sinn der Teilklage gerade in einer Nachforderung unter Kenntnis einer schon ergangenen Entscheidung des Gerichts besteht (§ 28 Rn. 34 ff.). Es ist davon auszugehen, dass nur der geltend gemachte Teil rechtshängig wird, da das Gericht auch nur über diesen entscheiden darf (§ 308).<sup>53</sup> Der Beklagte hat jedoch zumindest bei offenen Teilklagen die Möglichkeit, durch die Erhebung einer negativen Feststellungswiderklage zu reagieren und so den ganzen Anspruch rechtshängig zu machen. Diese Möglichkeit besteht bei verdeckten Teilklagen nicht, soweit der Beklagte nicht erkennt, dass die geltend gemachte Forderung offensichtlich nur eine Teilforderung ist.
- 76 Macht der Kläger unbegrenzt einen **Schmerzensgeldanspruch** geltend und stellt dessen Festsetzung in das Ermessen des Gerichts, so wird der gesamte Schmerzensgeldan-

---

51 BGH, Urteil vom 10.10.1985, Az.: I ZR 1/83 = NJW 1986, 2195; *Reuß*, Internationale Rechtshängigkeit im Zivilprozess, JURA 2009, 1.

52 BGH, Beschluss vom 1.2.1995, Az.: VIII ZB 53/94 = NJW 1995, 1095, 1096.

53 BGH, Urteil vom 15.6.1994, Az.: XII 128/93 = NJW 1994, 3165, 3166; *Thomas/Putzo/Reichold*, ZPO, § 261 Rn. 14; R/S/G, ZPR, § 99 Rn. 9.

spruch rechtshängig.<sup>54</sup> Beziffert er dagegen den Anspruch, so wird der Anspruch bis zu dieser Höhe rechtshängig, auch wenn er den Betrag übersteigt.<sup>55</sup>

Die **Stufenklage** (§ 254) erlaubt ausnahmsweise die Stellung eines zunächst unbestimmten Antrags, der erst dann bestimmt wird, wenn der Auskunftsanspruch erster Stufe beschieden ist (Rn. 14). Der Zahlungsantrag wird gleichwohl schon mit Erhebung der Stufenklage rechtshängig.<sup>56</sup>

77

### b) Fortbestehen der Zuständigkeit – *perpetuatio fori*

► **Fall 9:** K erhebt Klage gegen B auf Zahlung von 6.000 € vor dem LG. Später reduziert er seine Forderung auf 4.000 €. Ändert sich die Zuständigkeit und muss der Richter am LG den Rechtsstreit an ein anderes Gericht verweisen? ◀

Die Zuständigkeit des Prozessgerichts wird durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt (§ 261 Abs. 3 Nr. 2; § 17 Abs. 1 S. 1 GVG). Wird also Klage am Beklagtenwohnsitz (§§ 12, 13) erhoben und verzieht der Beklagte im Lauf des Prozesses, bleibt es bei der örtlichen Zuständigkeit des erst angerufenen Gerichts. Klagt der Kläger wie in Fall 9 erst 6.000 € ein und reduziert später seine Forderung auf 4.000 €, bleibt die sachliche Zuständigkeit des LG (§§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG) erhalten.

78

Die Wirkung der *perpetuatio fori* gilt nur für die Zuständigkeit, nicht für die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts. Wird dieses erst im Lauf des Verfahrens nach Rechtshängigkeit zuständig, so schadet das nichts, da die Zuständigkeit als Sachentscheidungsvoraussetzung erst am Schluss der mündlichen Verhandlung gegeben sein muss.

79

### c) Verbot der Klageänderung

Durch die Klageerhebung wird ein bestimmter Streitgegenstand zur Entscheidung durch das Gericht gestellt. Auf diesen lassen sich die Beteiligten ein. Ständige Änderungen durch den grds. dispositionsbefugten Kläger würden viele Ergebnisse im Lauf des Verfahrens wertlos werden lassen. Trotzdem kann es durchaus notwendig werden, dass der Streitgegenstand im Lauf des Verfahrens geändert wird. Der Gesetzgeber steht daher einer Änderung des Streitgegenstands und damit einer Änderung der Klage offener gegenüber, als es das Schlagwort vom „Verbot der Klageänderung“ aussagt. Die Vorschriften sind in §§ 263, 264, 267 enthalten. Die Darstellung erfolgt gesondert (§ 13).

80

### d) Veräußerung der streitbefangenen Sache

**Literatur:** *Fervers*, Die Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 2022; *Huber*, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Die Abtretung der eingeklagten Forderung, JuS 2010, 582; *Lye*, Der gutgläubige Erwerb der streitbefangenen Sache, 2017; *Stamm*, Das Mysterium der gesetzlichen Prozessstandschaft bei Abtretung oder Veräußerung der streitbefangenen Sache, ZZP 2018, 143.

► **Fall 10:** K klagt eine Forderung gegen B ein. Nach Rechtshängigkeit tritt K die Forderung an Z ab. Wie wird der Prozess fortgesetzt? ◀

<sup>54</sup> R/S/G, ZPR, § 99 Rn. 9.

<sup>55</sup> BGH, Urteil vom 10.10.1961, Az.: VI ZR 40/61 = NJW 1961, 2347.

<sup>56</sup> BGH, Beschluss vom 18.1.1995, Az.: XII ZR 36/94 = NJW-RR 1995, 513.

- 81 An sich müsste der Richter die Klage als unbegründet abweisen, da dem K nach Abtretung der Forderung die Aktivlegitimation fehlt. Der Gesetzgeber hat sich jedoch dazu entschieden, die Veräußerung der streitbefangenen Sache zuzulassen (§ 265). Der neue Berechtigte, hier Z, hat nicht die Möglichkeit, ohne Zustimmung des „Gegners“ den Prozess fortzuführen. Gegner wäre vorliegend B. Aber auch K muss zustimmen, weil er nicht aus dem Prozessrechtsverhältnis ohne seine Zustimmung ausscheiden muss (mit Zustimmung erfolgt eine Parteiänderung, § 7 Rn. 82). K verbleibt daher, obwohl er nicht mehr Forderungsinhaber ist, in der Rolle als Kläger. Prozessuale Parteienstellung und materielle Berechtigung fallen auseinander. K führt als Partei im eigenen Namen in gesetzlicher Prozessstandschaft den Prozess fort. Er ist aber wegen seiner fehlenden Sachlegitimation nach h.M. trotz des Wortlauts von § 265 Abs. 2 S. 1 gezwungen, seinen Antrag umzustellen: Er muss Zahlung an Z beantragen (sog. **Relevanztheorie**). Tue er dies nicht, müsse die Klage abgewiesen werden.<sup>57</sup>
- 82 Das zwischen K und B ergehende Urteil entfaltet allerdings Rechtskraft gegen Z, so dass dieser nach ungünstigem Prozessausgang zwischen K und B nicht erneut klagen kann (§ 325 Abs. 1). Dies ist letztlich die direkte Konsequenz der zulässigen Trennung von Parteistellung und materiellrechtlicher Sachlegitimation. Wollte Z während des Verfahrens zwischen K und B seinerseits den B verklagen, so wäre diese zweite Klage wegen anderweitiger Rechtshängigkeit abzuweisen.

## 2. Materiellrechtliche Wirkungen

- 83 Die materiellrechtlichen Wirkungen der Klageerhebung sind die Hemmung der Verjährung, die Haftungsverschärfung und die Prozesszinsen:

### a) Hemmung der Verjährung

- 84 Nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB hemmt die Klageerhebung die Verjährung. Die Hemmung setzt die materielle **Berechtigung** (Aktivlegitimation) des Klägers voraus, weil die Klage eine Warnfunktion für den Schuldner hat, der erkennen soll, dass er vom Berechtigten verklagt wird.<sup>58</sup> Dabei kommt es auf die materiell-rechtliche Verfügungsbefugnis an und nicht auf die Rechtsinhaberschaft: sowohl der Rechtsinhaber (auch der Zessionar nach Abtretung) als auch der gesetzliche oder gewillkürte Prozessstandschafter sind Berechtigte. Für den Umfang der Hemmung ist auf den Streitgegenstand abzustellen, nicht auf die einzelnen Anspruchsgrundlagen.<sup>59</sup> Auch eine unzulässige Klage führt zur Hemmung.<sup>60</sup> Bei einer **Teilklage** wird die Verjährung nur für den eingeklagten Teil gehemmt. Die Erhebung einer **negativen Feststellungsklage** durch den Schuldner oder die Verteidigung des Gläubigers dagegen, hemmt nach aktueller Rechtsprechung des BGH die Verjährung nicht, weil eine aktive Betreibung der Feststellung oder Durchsetzung des Anspruchs erforderlich ist.<sup>61</sup> Die Erhebung der **Stufenklage** hemmt die Verjährung, weil sie die Rechtshängigkeit aller damit erhobener

---

57 Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 265 Rn. 13; a.A. R/S/G, ZPR, § 101 Rn. 31 f.; Fervers, Die Bindung Dritter an Prozessergebnisse, 178.

58 Grothe, NJW 2022, 1962, 1963.

59 BGH, Urteil vom 24.2.2022, Az.: VII ZR 13/20 = NJW 2022, 1959 Rn. 44.

60 St. Rspr., zuletzt BGH, Urteil vom 9.12.2010, Az.: III ZR 56/10 = NJW 2011, 2193; Althammer, Verjährungshemmung durch Klage, NJW 2011, 2172.

61 BGH, Urteil vom 15.8.2012, Az.: XII ZR 86/11 = NJW 2012, 3633; Tolani, Verjährungshemmung durch Feststellungsklage, NJW 2019, 2751, 2752; kritisch Thole, Aktuelle Entwicklungen bei der negativen Feststellungsklage, NJW 2013, 1192.

Ansprüche zur Folge hat (s.o. § 8 Rn. 14).<sup>62</sup> Die **Auskunftsklage** bewirkt dagegen für den Leistungsanspruch keine Hemmung, auch wenn eine Leistungsklage angekündigt wird. Die Hemmung endet nach § 204 Abs. 2 S. 1 BGB erst sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitiger Beendigung des Verfahrens.

► **Klausurhinweis:** Prüfungsstandort der prozessualen Kenntnisse des Kandidaten ist in diesem Fall die Ebene der Durchsetzbarkeit, nachdem die Entstehung des Anspruchs und sein fehlendes Erlöschen durch rechtsvernichtende Einreden bejaht wurden. Bei der Prüfung der rechtshemmenden Einrede der Verjährung ist dann diese Wirkung der Rechtshängigkeit zu erörtern. In Klausuren ist die Frage häufig mit der **Vorwirkung nach § 167** kombiniert. Die Hemmung der Verjährung nach § 204 BGB erfolgt gem. § 167 bereits mit Eingang des Antrags, wenn die Zustellung *demnächst* erfolgt. Sie wird also, wenn es zur Zustellung kommt, rückwirkend auf den Tag des Eingangs fingiert. Die Unwirksamkeit der Zustellung an eine prozessunfähige Person (§ 170 Abs. 1 S. 2) kann gem. § 189 dadurch geheilt werden, dass das zuzustellende Schriftstück dem gesetzlichen Vertreter der prozessunfähigen Person tatsächlich zugeht.<sup>63</sup>

§ 167 erfasst auch die erst durch eine – insgesamt noch „demnächst“ erfolgende – Heilung wirksam gewordene Zustellung.

Ziel des § 167 ist es, dem Zustellungsveranlasser insoweit Rechtssicherheit zu gewähren, als es nicht auf Verzögerungen ankommt, die außerhalb seines Verantwortungsbereichs liegen. Bei der Frage, wann eine Zustellung noch demnächst erfolgt ist, darf nach Ansicht des BGH nicht auf eine rein zeitliche Komponente abgestellt werden.<sup>64</sup> Es gibt keine zeitliche Grenze für Verzögerungen, so dass selbst mehrmonatige Verzögerungen noch zu einer Zustellung demnächst führen können. Die Zustellung ist nicht demnächst, wenn der Zustellungsveranlasser zumutbare Handlungen unterlässt, die die Zustellung in einem angemessenen Zeitraum verzögern (z.B. falsche Zustellungsanschrift) bzw. selbst noch nicht alles getan hat, was das Verfahrensrecht ihm zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Zustellung abverlangt (z.B. Zahlung des Gerichtskostenvorschusses nach Aufforderung innerhalb von grob zwei Wochen<sup>65</sup> oder Nachfrage, wenn Gerichtskostenvorschuss nicht angefordert wird).<sup>66</sup> Hat die Partei aber alles getan und liegt die Verzögerung allein im Verantwortungsbereich des Gerichts, so sind Verzögerungen der Partei nicht zuzurechnen, die Zustellung erfolgt demnächst.<sup>67</sup> Verzögerungen im Zustellungsverfahren, die durch eine fehlerhafte Sachbehandlung des Gerichts verursacht sind, muss sich die Partei, der die Fristwahrung obliegt, grundsätzlich nicht zurechnen lassen.<sup>68</sup> Es besteht auch keine Nachfrageobliegenheit nach sechs Monaten.<sup>69</sup> ◀

62 BGH, Urteil vom 24.5.2012, Az.: IX ZR 168/11 = NJW 2012, 2180.

63 BGH, Urteil vom 12.3.2015, Az.: III ZR 207/14 = NJW 2015, 1760.

64 BGH, Urteil vom 21.03.2022, Az.: VIa ZR 275/21 = NJW 2022, 2196; BGH, Urteil vom 3.2.2012, Az.: V ZR 44/11 = NJW-RR 2012, 527.

65 BGH, Urteil vom 3.2.2012, Az.: V ZR 44/11 = NJW-RR 2012, 527.

66 Zur Konkretisierung der Rechtsprechung in diesen Kostenvorschussfällen s. BGH, Urteil vom 10.7.2015, Az.: V ZR 154/14 = NJW 2015, 2666 (im Anschluss an BGH, Urteil vom 10.2.2011, Az.: VII ZR 185/07 = NJW 2011, 1227; Aufgabe von BGH, Urteil vom 30.3.2012, Az.: V ZR 148/11, ZMR 2012, 643). Dazu Elzer, FD-ZVR 2015, 371304.

67 BVerfG, Beschluss vom 30.5.2012, Az.: 1 BvR 509/11 = NJW 2012, 2869; BGH, Urteil vom 12.7.2006, Az.: IV ZR 23/05 = NJW 2006, 3206.

68 BGH, Urteil vom 25.2.2021, Az.: IX ZR 156/19 = NJW 2021, 1598 Rn. 18.

69 BGH, Beschluss vom 7.4.2022, Az.: V ZR 165/21 = NJW-RR 2022, 1167.

**Merke:** Durch § 167 erfolgt die Hemmung der Verjährung gem. § 204 BGB bereits mit Eingang des Antrags bei Gericht und nicht erst mit Zustellung. § 167 gilt nicht für die sonstigen Wirkungen der Zustellung.

- 85 Die Hemmung der Verjährung tritt nur ein für den eingeklagten Teil des Anspruchs.<sup>70</sup> Erfolgt später eine Klageänderung, so wird die Verjährung für den neu eingeklagten Anspruch erst dann gehemmt.

#### b) Haftungsverschärfung

- 86 Von besonderer Bedeutung ist die Haftungsverschärfung (§§ 292, 818 Abs. 4, 987, 989, 991, 994 Abs. 2, 996 BGB). Meist sind im Sachverhalt die Ausführungen zum Verschulden so geschildert, dass sich nur bei Berücksichtigung der Haftungsverschärfung eine Haftung des Gläubigers bejahen lässt.

#### c) Prozesszinsen

- 87 Nach § 291 BGB hat der Schuldner eine fällige Geldschuld vom Eintritt der Rechtshängigkeit an zu verzinsen. § 291 BGB verweist für die Höhe des Zinses auf die Regelung des Verzugszinses in § 288 BGB. Die Vorwirkung durch Einreichung der Klage nach § 167 gilt für diese materiellrechtliche Wirkung nicht.

### V. Die Klagehäufung

**Literatur:** *Gottwald/Adolphsen*, Zur Zulässigkeit der eventuellen subjektiven Klagehäufung, (Linzer) Beiträge zum Zivilprozessrecht, Bd. VI, 2002, S. 19; *Lüke/Kerwer*, Eine „neuartige“ Klagehäufung, NJW 1996, 2121; *Wendtland*, Die Verbindung von Haupt- und Hilfsantrag im Zivilprozess, 2001.

► **Fall 11:** K klagt gegen B auf Herausgabe seines Autos aus § 985 BGB. Zugleich verlangt er Herausgabe der Nutzungen gem. § 987 BGB.

Kann oder muss K dies in einem Verfahren tun? ◀

- 88 K macht gegen B mehrere Ansprüche geltend. Diese resultieren vorliegend aus einem Lebenssachverhalt. Damit liegen aber trotzdem zwei Streitgegenstände vor, da es auf der Grundlage des zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriffs ausreicht, wenn sich ein Element – Antrag oder Lebenssachverhalt – ändert (Rn. 59 f.). Möglich ist es auch, dass ein Kläger gegen einen Beklagten mehrere Ansprüche aus ganz unterschiedlichen Lebenssachverhalten in Streit stellt. Es handelt sich um eine objektive Klagehäufung.

► **Hinweis:** Der Ausdruck Klagehäufung ist ungenau: Es liegt eine Klage (ein einheitliches Verfahren) vor, in der mehrere Ansprüche geltend gemacht werden. Wegen der Verbreitung des Begriffs Klagehäufung wird dieser hier trotzdem verwendet. ◀

**Merke:** Eine objektive Klagehäufung liegt vor, wenn derselbe Kläger gegen denselben Beklagten in einem Verfahren mehrere Ansprüche geltend macht. **Klagehäufung ist Streitgegenstandshäufung.**

- 89-90 Die Geltendmachung mehrerer Ansprüche ist streng von der mehrfachen Anspruchsbe-  
gründung im Fall von Anspruchsgrundlagenkonkurrenz zu unterscheiden. Auch bei

---

70 BGH, Urteil vom 5.5.2005, Az.: VIII ZR 93/04 = NJW 2005, 2004; BGH, Urteil vom 16.3.1988, Az.: VIII ZR 184/87 = BGHZ 104, 6, 12; BGH, Urteil vom 27.3.1996, Az.: IV ZR 185/95 = BGHZ 132, 240, 243; BGH, Urteil vom 17.10.1995, Az.: VI ZR 246/94 = WM 1996, 125 = NJW 1996, 117; *Grüneberg/Heinrichs*, BGB, § 204 Rn. 13.

mehrfacher Anspruchsbegründung liegt nur ein Streitgegenstand, also gerade keine Klagehäufung vor, den der Kläger prozessual geltend macht (Rn. 52, bei Streitgegenstand).

Die objektive Klagehäufung kann daraus resultieren, dass ein Kläger von vornherein oder nachträglich mehrere Klagen erhebt oder daraus, dass ein Kläger mehrere Klagen getrennt erhebt, das zuständige Gericht diese aber zur gleichzeitigen Verhandlung nach § 147 verbindet.

91

Als Folge der Verbindung der einzelnen Klagen erfolgt eine gemeinsame Verhandlung, eine gemeinsame Beweisaufnahme und eine gemeinsame Entscheidung in einem Urteil. Nur wenn eine Klage von mehreren schon entscheidungsreif ist, kann das Gericht insoweit ein Teilurteil erlassen (§ 301, § 26 Rn. 8).

92

### 1. Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung

Die Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung beurteilt sich nach § 260. Danach können mehrere Ansprüche des Klägers gegen einen Beklagten in einer Klage verbunden werden, wenn

93

- Kläger und Beklagter hinsichtlich aller Ansprüche identisch sind
- das Prozessgericht für alle Ansprüche zuständig ist

Dies betrifft die sachliche und die örtliche Zuständigkeit. Gem. § 5 Hs. 1 werden zur Bestimmung des zuständigkeitrelevanten Streitgegenstands mehrere Ansprüche zusammengerechnet (§ 6 Rn. 36). Fehlt für einen Anspruch die sachliche oder die örtliche Zuständigkeit, so hat das Gericht den Streit über diesen Anspruch an das zuständige Gericht zu verweisen (§ 281 Abs. 1 S. 1). Das verweisende Gericht muss danach noch für den verbliebenen Anspruch sachlich zuständig sein. Eine Addition der Streitwerte findet dann nicht statt, da keine zulässige Klagehäufung vorliegt. Ist eine der erhobenen Klagen aus einem anderen Grund unzulässig, ist diese durch Prozessurteil als unzulässig abzuweisen.

- dieselbe Prozessart gegeben ist

Es dürfen insbesondere nicht ein Urkundsprozess und ein normaler Prozess verbunden werden. Ein Vermieter ist also gehindert, im Urkundsprozess unter Vorlage des Mietvertrages auf Zahlung von Mietzins (zu dieser Möglichkeit § 34 Rn. 6) und gleichzeitig auf Schadensersatz wegen Beschädigung der Mietsache zu klagen. Werden Ansprüche, die in verschiedenen Prozessarten geltend gemacht werden müssen, gehäuft in einem Verfahren erhoben, so hat das Gericht die Ansprüche zu trennen (§ 145, neu gefasst durch das Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung.<sup>71</sup> Die Neufassung der Vorschrift soll verdeutlichen, dass eine Trennung der Verfahren nur zulässig ist, wenn dafür sachliche Gründe bestehen. Sachliche Gründe können insbesondere die Vermeidung einer verzögerten Erledigung einzelner abtrennbarer Teile des Rechtsstreits, die Förderung der Übersichtlichkeit des Prozessstoffes sowie die Ermöglichung einer Teilaussetzung sein).

71 BGBl. I, 2418.

- kein Verbindungsverbot besteht

Das ist äußerst selten der Fall (z.B. §§ 126 Abs. 2 S. 1; 179 Abs. 2 FamFG). Werden Ansprüche trotz eines Verbindungsverbots gehäuft in einem Verfahren erhoben, so hat das Gericht die Ansprüche zu trennen (§ 145).

Nach der Trennung muss das Gericht noch für die einzelnen Ansprüche sachlich zuständig sein. Sonst muss es verweisen.

► **Klausurhinweis:** Probleme bereitet in einer Klausur allenfalls die erste Voraussetzung. Die anderen sollten aber grundsätzlich knapp erwähnt werden. ◀

- 94 Auch wenn die Voraussetzungen der objektiven Klagehäufung vorliegen, steht es im Ermessen des Gerichts, die Klagen gemeinsam zu verhandeln oder die Verbindung zu unterlassen (§ 147) bzw. die Trennung herbeizuführen (§ 145).
- 95 Im obigen Fall 11 kann K daher beide Klagen zusammen erheben, wenn das Gericht für beide zuständig ist. Ein Zwang hierzu besteht nicht. Das Gericht würde aber wohl aus prozessökonomischen Gründen die Klagen verbinden (§ 147).

## 2. Die nachträgliche objektive Klagehäufung

- 96 Diese Klagenhäufung entsteht, wenn der Kläger erst nach Rechtshängigkeit des einen Anspruchs einen weiteren geltend macht. Dies kann in der mündlichen Verhandlung oder durch Zustellung eines Schriftsatzes geschehen (§ 261 Abs. 2). Der Kläger kann z.B. bei einer Herausgabeklage, die er auf § 985 BGB stützt, eine Zwischenfeststellungsklage erheben (§ 256 Abs. 2), damit sein Eigentum rechtskräftig festgestellt wird, um den Umfang der Rechtskraft zu erweitern (§ 28 Rn. 45 ff.).
- 97 Der BGH wendet in ständiger Rechtsprechung im Fall der nachträglichen Klagehäufung die Regeln der Klageänderung an.  
**Merke:** Bei einer nachträglichen objektiven Klagehäufung sind neben den Regeln der objektiven Klagehäufung auch die der Klageänderung zu prüfen.
- 98 Die Folge ist in einer Klausur ein relativ komplexer Aufbau, der leider examenstypisch ist, obwohl es in der Praxis meist nur darum geht, die Sachdienlichkeit der Klageänderung (§ 13 Rn. 12) zu prüfen.

► **Klausurhinweis:** In der nachfolgenden Abb. 17 wird entgegen dem sonst verwendeten Schema ein anderer Aufbau gewählt. Es wird die Bestimmung des Antrags voran gestellt. Dies ist immer dann sinnvoll, wenn sich der Antrag im Lauf des Verfahrens in irgendeiner Form ändert. Das Gericht darf nur etwas zusprechen was (noch) beantragt ist (§ 308 Abs. 1). Deshalb empfiehlt es sich, gleich zu Beginn klarzustellen, was zuletzt beantragt wurde. Ein **historischer Aufbau**, der in materiellechtlichen Klausuren sinnvoll sein kann, um die Übersicht zu behalten, ist in ZPO-Klausuren unbedingt zu **vermeiden**. Nach der Antragsänderung kommt es auf zuvor gestellte Anträge gar nicht mehr an, das Gericht darf darüber nicht befinden und Sie sich dazu nicht auslassen. ◀

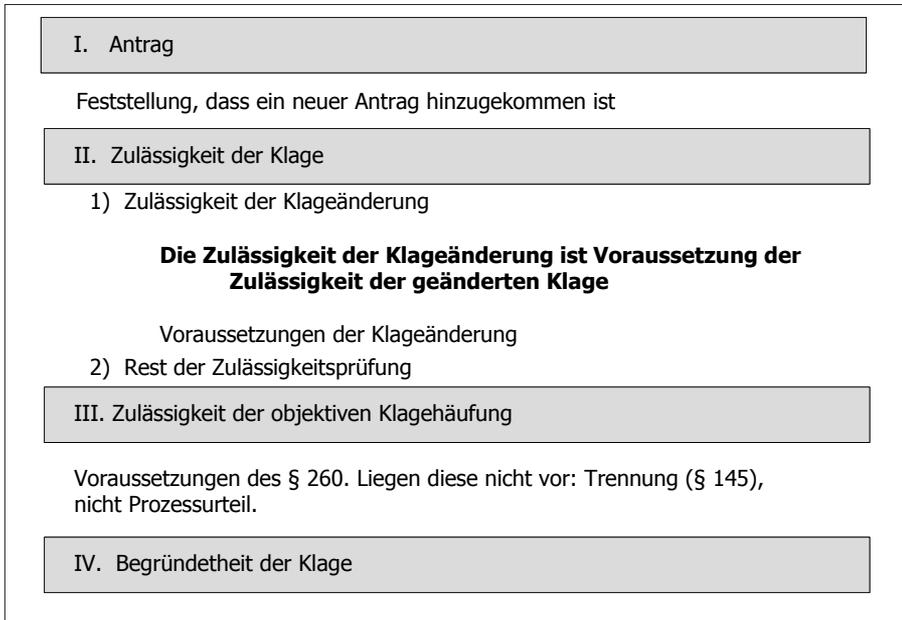


Abb. 17 Aufbau bei nachträglicher objektiver Klagehäufung

### 3. Kumulative und eventuelle Klagehäufung

Im Fall 11 will K sowohl eine Entscheidung des Gerichts über die Herausgabe als auch über die Nutzungen. Es liegt ein Fall der **kumulativen Klagehäufung** vor. Zu beachten ist, dass bei einer kumulativen Klagehäufung die einzelnen Streitwerte addiert werden (§ 39 Abs. 1 GKG), so dass sich daraus die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten ergeben, die der Unterliegende trägt (§ 91).

99

Anders ist dies in folgendem Fall:

100

► **Fall 12:** K verlangt von B Auskunft, Rechnungslegung und Vorlage von Belegen, weil er geltend macht, B habe sein Patent verletzt. Gleichzeitig verlangt er Zahlung des sich daraus ergebenden Gewinns des B. ◀

Es liegt eine **eventuelle Klagehäufung** vor. Von einer solchen spricht man, wenn der Kläger zwar mehrere Ansprüche erhebt, die Entscheidung darüber aber von einer innerprozessualen Bedingung abhängig macht. Anschauliches Beispiel ist das Verhältnis von Haupt- und Hilfsantrag (§ 11 Rn. 37 ff.). Das Gericht darf über den Hilfsantrag nur entscheiden, wenn die vom Kläger gestellte innerprozessuale Bedingung eingetreten ist. Im Fall der **Stufenklage** liegt eine objektive Klagehäufung vor. Der zweite Anspruch auf Zahlung ist davon abhängig, dass das Gericht dem ersten Anspruch stattgibt. Es ist sukzessiv über jede Stufe zu entscheiden, auch wenn bereits mit Klageerhebung alle Ansprüche rechtshängig sind. Für die Stufenklage enthält § 44 GKG eine spezielle Regelung der Berechnung der Gerichtskosten. Ansonsten sind bei einer eventuellen Klagehäufung Haupt- und Hilfsanspruch zu addieren, soweit über den Hilfsanspruch entschieden wird (§ 45 Abs. 1 S. 2 GKG).

101

102 Die Zulässigkeit der eventuellen Klagehäufung wird dann bejaht, wenn Haupt- und Hilfsantrag in einem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang stehen.

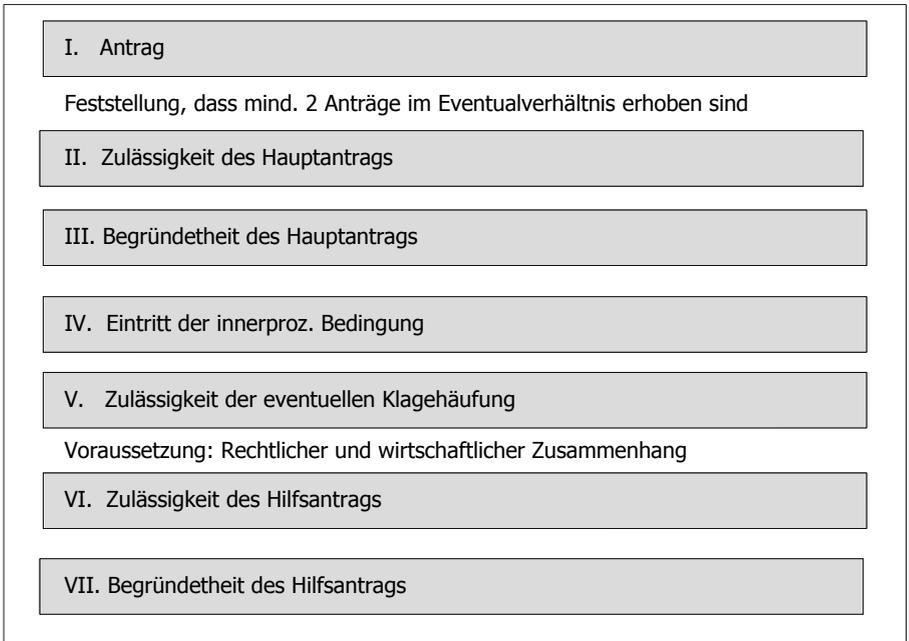


Abb. 18 Aufbau bei eventueller Klagehäufung

► **Vertiefung:** Bei einer **alternativen Klagehäufung** macht der Kläger den einen oder den anderen Anspruch geltend. Dies ist grds. unzulässig, da der Antrag nicht ausreichend bestimmt ist.<sup>72</sup> Auch die alternative Klageerhebung gegen verschiedene Beklagte ist unzulässig. Zulässig ist die alternative Klagehäufung nur in Fällen der Wahlschuld, wenn der Schuldner die Ausübung des Wahlrechts verzögert. Der Gläubiger kann dann Leistungsklage mit alternativem Antrag stellen (§ 264 Abs. 1 BGB). Auch bei einer Ersetzungsbefugnis des Schuldners (z.B. § 251 Abs. 2 BGB) ist eine alternative Klagehäufung zulässig. ◀

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- > Wodurch erfolgt die Klageerhebung?
- > Welche Klagearten kennen Sie?
- > Ist die Erhebung von Teilklagen zulässig? Welcher Teil wird rechtshängig?
- > Wie wird der Streitgegenstand im deutschen und im europäischen Zivilprozessrecht bestimmt?
- > Wofür ist der Streitgegenstand relevant?
- > Wodurch wird die Rechtshängigkeit begründet? Welche Wirkungen hat sie?
- > Welche Funktion hat § 167?

72 BGH, Hinweisbeschluss vom 24.3.2011, Az.: I ZR 108/09 = GRUR 2011, 521.

- > Was sind die Voraussetzungen der objektiven Klagehäufung?
- > Wie hat das Gericht zu entscheiden, wenn die Voraussetzungen der objektiven Klagehäufung nicht gegeben sind?