

Zivilprozeßrecht

Rechtsweg und Gerichtsbarkeit

Nach Art. 95 GG unterscheidet man die ordentliche Gerichtsbarkeit (§13 GVG Zivil- und Strafsachen), die Verwaltungs- (§40 I VwGO), Finanz- (§33 FinanzGO), Arbeits- (§2 ArbGG) und Sozialgerichtsbarkeit (§51 SGG). Der Rechtsweg dient als Kompetenzabgrenzung zwischen den einzelnen Gerichtsbarkeiten. Hält das angegangene Gericht den Rechtsweg für unzulässig, so muß es den Streit an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs verweisen (§17a II 1 GVG), die Klage ist daher nicht unzulässig. Die Verweisung ist gemäß §17a II 3 GVG für das angewiesene Gericht bindend, dies aber nur bzgl. des Rechtswegs. Instanziell kann das angewiesene Gericht aber weiterverweisen. Bindend ist eine Verweisung (zB auch bei §281 ZPO) immer nur bezüglich der Verweisung selbst. Wenn also eine Verweisung aufgrund sachlicher Unzuständigkeit stattgefunden hat, ist zwar keine Weiterverweisung hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit möglich, wohl aber bezüglich zB der örtlichen Zuständigkeit.

Grundsätzlich gibt es aber nur zwei Rechtswege, den ordentlichen für alle privatrechtlichen Streitigkeiten (zusätzlich auch für Strafsachen, da früher nur die ordentliche Gerichtsbarkeit richterlich unabhängig war) und den außerordentlichen Rechtsweg für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten. Die Finanz-, Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit ist nach dem Wortlaut des §13 GVG und des §40 I 1 VwGO ein durch Bundesgesetz ausdrücklich zuständiges Gericht (hM, §33 FinanzGO, §2 ArbGG, §51 SGG), also eigentlich keine Frage der Rechtswegszuständigkeit. Daher erklärt zB auch §48 ArbGG die §§17,17a, 17b GVG für *entsprechend* anwendbar.

- Justizverwaltungsakte

Auch die sogenannten Justizverwaltungsakte sind nach §23 EGGVG der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugewiesen. Justizverwaltungsakte sind hoheitliche Akte einer Justizbehörde, die der Strafverfolgung dienen. Da der Begriff der Justizbehörde im *funktionellen Sinn* zu verstehen ist, werden auch Repressivakte *anderer Behörden* als Justizverwaltungsakte angesehen. Zu beachten ist hier aber, daß gemäß §29 II EGGVG sich das Verfahren bei der Überprüfung von Justizverwaltungsakten nach der *freiwilligen Gerichtsbarkeit* vollzieht. Dies deshalb, weil vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit an sich der Bebringungsgrundsatz gelten würde, dieser aber auf Akte von Justizbehörden nicht passen würde. Daher ist das freiwillige Gerichtsbarkeitsverfahren anzuwenden, da hier §12 FGG den Amtsermittlungsgrundsatz anordnet.

- Rechtsschutzgarantie Art. 19 IV GG

Art. 19 IV GG garantiert bei Eingriffen durch die öffentliche Gewalt die Möglichkeit der Anrufung der Gerichte. Fraglich ist aber, woraus sich eine Rechtsschutzgarantie bei privatrechtlichen Streitigkeiten ergibt, da Art. 19 IV GG nur die öffentliche Gewalt erfaßt. Nach hM ergibt sich die Rechtsschutzgarantie für privatrechtliche Streitigkeiten aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG), während §13 GVG die einfachgesetzliche Umsetzung des Verfassungsauftrags ist.

- Geltendes Verfahrensrecht

Fraglich kann bei beteiligten Ausländern sein, welches Verfahrensrecht oder welches materielle Recht gilt. Außer für die Exterritorialen (§§18-20 GVG) gilt bezüglich des Verfahrensrechts der Grundsatz *lex fori*, dh es gilt immer das Verfahrensrechts des Ortes (Territorial- und Flaggenprinzip). Welches materielle Recht das jeweilige Gericht anzuwenden hat, ergibt sich zB aus dem EGBGB. Das EGBGB ist selbst aber kein materielles Recht, sondern nur ein Verweisungsrecht, welches nationale Recht anzuwenden ist, Art. 3 EGBGB.

- Vollstreckung

Fraglich ist bei beteiligten Ausländern auch, ob zB ausländische Urteile in Deutschland vollstreckt werden können. Diese Urteile bilden jedoch keinen tauglichen Titel, ausländische Urteile stellen erst dann eine rechtliche Grundlage für eine Vollstreckung dar, wenn sie gemäß §722 I ZPO durch ein deutsches Gericht für zulässig erklärt wurden. Eine solche Zulässigkeitsklärung durch Vollstreckungsurteil findet aber immer dann nicht statt, wenn das ausländische Urteil gegen deutsche Rechtsgrundsätze (*ordre public*) verstößt. Zusätzlich gibt es auf der Europebene noch ein gegenseitiges Vollstreckungsabkommen (AVAG).

Gericht

Beim Begriff „Gericht“ unterscheidet man das Gericht als Behörde und das Gericht als Spruchkörper. Relevant in den Prozeßordnungen dürfte wohl nur das Gericht als Spruchkörper sein. Nachfolgend werden die Spruchkörper der unterschiedlichen Gerichte angeführt:

- **Amtsgericht**
Spruchkörper beim AG sind die Einzelrichter (§22 I GVG), bei Familiensachen heißen sie Familienrichter (§23b III 2 GVG).
- **Landgericht**
Spruchkörper beim LG sind die Zivil- und Strafkammern (§60 GVG, besetzt mit drei Berufsrichter, §75 GVG) und die Kammer für Handelssachen (§93 GVG, besetzt mit einem Berufsrichter und zwei ehrenamtlichen Richter, §105 GVG). Ob ein Prozeß vor der Kammer für Handelssachen ausgetragen wird, ist jedoch keine sachliche Zuständigkeitsfrage, sondern eine Frage der *Geschäftsverteilung*. Im Zivilprozeß entscheidet idR jedoch auch ein Einzelrichter und nicht das Kollegialgericht, §348 ZPO, wenn der Rechtsstreit keine besondere Schwierigkeit aufweist und die Sache keine grundsätzliche Bedeutung hat.
- **Oberlandesgericht**
Spruchkörper beim OLG sind die Zivil- und Strafsenate (§116 GVG, besetzt mit drei Berufsrichtern, §122 GVG). Zivilrechtlich haben die OLG keine erstinstanzielle Zuständigkeit, sie sind nur zuständig für die Berufung in Familiensachen (§119 Nr. 1 GVG) und als Berufungsinstanz gegen die Endurteile der Landgerichte.
- **Bayerisches Oberstes Landesgericht**
Nach Art. 10, 11 BayAGGVG ist das Bayerische Oberste zuständig für die Beschwerde in fG-Sachen. Außerhalb Bayern sind hierfür die OLG zuständig. Gemäß §8 EGGVG ist das BayObLG für die Revisionen zuständig, die eigentlich dem BGH zufallen würden. Zu beachten ist aber auch, daß dies nicht für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten gilt, für die *Bundesrecht* anzuwenden ist, §8 II EGGVG. In zivilrechtlichen Streitigkeiten bleibt also in der Regel die Revisionsinstanz zum BGH erhalten, da in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten hauptsächlich Bundesrecht anzuwenden ist.
- **Bundesgerichtshof**
Spruchkörper des BGH sind die Zivil- und Strafsenate (§130 GVG), sowie der Große Senat in Zivil- und Strafsachen und der aus diesen Senaten gebildete Vereinigte Große Senat (§132 GVG, besetzt mit 5 Berufsrichtern, §139 GVG). Grundsätzlich sind die Zivil- und Strafsenate zuständig, nur wenn ein Zivilsenat in einer Rechtsfrage von einem anderen Zivilsenat abweichen will (gleiches für Strafsenate), ist der Große Senat zuständig. Will ein Zivilsenat von der Rechtsprechung eines Strafsenats abweichen (oder umgekehrt), so entscheidet der Vereinigte Große Senat über diese Rechtsfrage, §132 II GVG.

Instanzenzug

- **1. Instanz: AG oder LG**
Die Zuständigkeit der AG richtet sich nach §§23-23b GVG, dh für Familienangelegenheiten und für Zivilsachen bis einschließlich 10.000 DM oder für Wohnraumstreitigkeiten ist das AG zuständig. Das LG ist für alle anderen Zivilstreitigkeiten zuständig und für Amtshaftungsansprüche ausschließlich, §71 GVG.
- **2. Instanz: LG oder OLG**
Zweitinstanzlich ist das LG nach §72 GVG zuständig für die Berufung gegen Urteile der AGe. Nicht aber für Urteile der Familiengerichte, hier muß die Berufung direkt beim OLG eingelegt werden (§119 I Nr. 1 GVG). Gegen erstinstanzliche Urteile des LG ist Berufung zum OLG statthaft, §119 I Nr. 3 GVG. Die Berufungsentscheidung des LG gegen Urteile des AG sind unanfechtbar, es ist keine Revision zum OLG möglich, §545 I ZPO.
- **3. Instanz: BGH**
Gegen die Berufungsurteile des OLG kann Revision zum BGH stattfinden, §133 Nr. 1 GVG. Möglich ist auch eine Sprungrevision gemäß §566a ZPO gegen Endurteile des LG direkt zum BGH unter Auslassung des OLG.

§§1025ff ZPO Schiedsgericht

Ein Schiedsgericht ist ein privates Gericht, das in einem schiedsrichterlichen Verfahren entscheidet. Es besteht in der Regel aus drei (oder bei Vereinbarung aus einem) Schiedsrichter, der Vorsitzende wird Obmann genannt. Das Schiedsgerichtsverfahren wird durch eine Schiedsgerichtsklausel bestimmt, §1029 ZPO, diese Klausel ist eine rechtsgeschäftliche Bestimmung mit der prozessualen Wirkung, daß ein Schiedsgericht an Stelle eines staatlichen Gerichts eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit entscheidet. Die Schiedsklausel führt zur Unzulässigkeit der Klage im ordentlichen Verfahren, hierfür muß sich der Beklagte aber auch auf den Schiedsvertrag berufen (§1027a ZPO aF). Das Schiedsverfahren wird mit einem Schiedsspruch beendet,

welcher nach §1055 ZPO die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils hat, der Schiedsspruch kann auf Antrag auch für vollstreckbar erklärt werden. Aus bestimmten Gründen kann bei einem ordentlichen Gericht auf Aufhebung des Schiedsspruchs geklagt werden, §1059 ZPO. Weil es sich nicht um ein staatliches Gericht handelt, gilt auch zB §169 GVG nicht, es ist daher eine Bild- und Tonübertragung der Verhandlung möglich.

Prozeßhandlungen

Im materiellen Recht handeln die Beteiligten durch Rechtsgeschäfte, im Prozeß durch Prozeßhandlungen. Es gibt Erwirkungshandlungen, die eine Entscheidung des Gerichts herbeiführen sollen, und Bewirkungshandlungen, die unmittelbare prozessuale Wirkung haben. Prozeßhandlungen sind grundsätzlich bedingungsfeindlich, da sie Klarheit schaffen soll. Eventualanträge fallen nicht darunter, da sie keine echte Bedingung darstellen, sondern nur eine innerprozessuale Bedingung (Rechtsbedingung), die das Gericht ohnehin erst berücksichtigen darf, wenn der Hauptantrag keinen Erfolg hat. Es liegt deshalb keine Bedingung vor, weil der Eventualantrag nur für den Fall des Scheiterns des Hauptantrags gedacht ist, und dieses auf der objektiven Rechtslage beruht, also nicht ein zukünftiges ungewisses Ereignis darstellt. Für Prozeßhandlungen gelten die Vorschriften über Willenserklärungen des BGB grundsätzlich nicht, ein Widerruf ist aber dennoch solange möglich, als der Prozeßgegner dadurch noch keine Rechtsstellung erlangt hat.

Streitgegenstand

Den Gegenstand des Rechtsstreit, das, worüber die Parteien streiten, bezeichnet man als Streitgegenstand (oder auch als „prozessualen Anspruch“, „Streitsache“, „Verfahrensgegenstand“). Dieser prozessuale Anspruch ist vom materiellen Anspruch zu unterscheiden. Der materielle Anspruch ist nach §§194, 241 BGB das Verlangen eines Tuns oder eines Unterlassens, dieser Anspruch muß sich auf einschlägige Anspruchsgrundlagen stützen. Ebenso wie der prozessuale Anspruch ist der materielle Anspruch nur das geforderte Begehren, es wird nur die gewünschte Tätigkeit bezeichnet, nicht aber, worauf sich diese stützt. Begründet ist dieses Begehren erst dann, wenn es sich auf eine materielle Anspruchsgrundlage stützen kann. Bedeutung hat der Streitgegenstand für die sachliche Zuständigkeit (Streitwert), für die Rechtshängigkeit, für die Rechtskraft (nur der gleiche Streitgegenstand ist rechtskräftig) und für eine objektive Klagenhäufung. Die ZPO definiert den Streitgegenstand nicht, sie setzt ihn (zB in §253 II ZPO) voraus. Über den Umfang des Streitgegenstands herrscht Streit:

- hM Die hM vertritt den *zweigliedrigen* Streitgegenstandsbegriff, dh der Streitgegenstand bestimmt sich durch den gestellten *Antrag* und den zur Begründung vorgetragenen *Lebenssachverhalt*.
- aA Die Gegenansicht dagegen vertritt den *eingliedrigen* Streitgegenstandsbegriff, dh der Streitgegenstand bestimmt sich nur nach dem gestellten *Antrag*. Der vorgetragene Sachverhalt ist für die Festlegung des Streitgegenstands ohne Bedeutung. Ändert sich zB der Lebenssachverhalt, so läge nach dieser Ansicht keine Änderung des Streitgegenstands vor, wohl aber nach der hM. Nur bei Anträgen, die auf Zahlung der gleichen Summe gehen, aber auf einen neuen Anspruch gestützt sind, macht diese Ansicht eine Ausnahme, denn sonst könnte das folgende Ergebnis nicht vermieden werden: A verlangt von B Zahlung von 2.000 DM aus einem formnichtigen Wechsel; dieses Begehren wird durch Rechtskraft abgewiesen; nun verlangt er Zahlung von 2.000 DM aus dem KV. Nach eingliedrigem Streitgegenstandsbegriff müßte die Klage wegen Rechtskraft (gleicher Antrag) abgewiesen werden.
- > Theorienstreit hat also keine Bedeutung, wenn verschiedene Anträge gestellt werden, weil dann nach beiden Ansichten verschiedene Streitgegenstände vorliegen. Bedeutung gewinnt dieser Streit nur, wenn bei gleichen Anträgen die Begründung wechselt (Klageänderung oder nicht) oder wenn in verschiedenen Prozessen sachlich gleiche Anträge gestellt werden (entgegenstehende Rechtshängigkeit oder nicht).
- aA Nach einer dritten Ansicht (Larenz) ist der prozessuale Streitgegenstand identisch mit den materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlagen.

§17 II 1 GVG Vorfragenkompetenz

Gemäß §17 II 1 GVG kann das für den Rechtsweg zuständige Gericht den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden Rechtsfragen entscheiden. Dies bedeutet, daß das zuständige Gericht (auch das Gericht, welches sich nach §17a I GVG für zuständig erklärt hat oder für welches die Rechtswegverweisung bindend ist) auch über Vorfragen entscheiden darf, für welche an sich, sollten diese Vorfragen alleine eingeklagt werden, ein anderes Gericht zuständig wäre. Dies deshalb, da die Rechtswegzuständigkeit die Kompetenz eines Gerichts nur in der Hauptsache betrifft, nicht aber auch bezüglich der Vorfragen. Der Begriff der „Vorfrage“ spielt jedoch keine eigenständige Rolle, das Gericht entscheidet unter allen in Betracht kommenden Rechtsfragen, es heißt nur Vorfragenkompetenz.

Davon ist aber der Fall einer *objektiven Klagenhäufung* zu unterscheiden: die Vorfragenkompetenz betrifft nur den Fall, daß eine für *eine* Klage zu erörternde Vorfrage auch von dem in der Hauptsache zu entscheidenden Gericht entschieden werden darf. Handelt es sich dagegen um mehrere Klagen (zB unterschiedliche Klageanträge nach dem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff) und wäre das angegangene Gericht für einen Klageantrag nicht zuständig, so handelt es sich nicht um einen Fall des §17 II 1 GVG, hier muß eine Trennung des Verfahrens nach §145 ZPO und eine Verweisung an das zuständige Gericht stattfinden.

Klagearten der ZPO

- **Leistungsklage**

Die Leistungsklage ist nicht gesetzlich geregelt, da die Klage auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen die häufigste Klageart ist und daher als Normalfall keiner ausdrücklichen Normierung bedarf. Beantragt ist die Verurteilung des Beklagten zur gewünschten Leistung; erstrebt wird aber letztlich der Vollstreckungstitel, falls der Beklagte dem Urteil nicht nachkommt.

Will der Kläger den Beklagten zu einer Leistung verurteilen, die aber noch gar nicht fällig ist, so helfen die §§257-259 ZPO. §§257, 258 ZPO regeln die Leistungsklage auf künftige oder wiederkehrende Leistung, §259 ZPO stellt eine Art Generalklausel für die Fälle dar, in denen „Besorgnis der Nichterfüllung“ besteht. Die Leistungsklage ist also auch dann begründet, obwohl die Leistung noch gar nicht fällig ist. Ein besonderes Interesse des Klägers ist nicht erforderlich. Es kann also sofort auf Leistung geklagt werden trotz Nichtfälligkeit der Forderung. Dem Schutz des Schuldners, der ohne eigenes Zutun in diesen Prozeß gezogen wurde, dient aber §§93, 307 ZPO. Durch ein sofortiges Anerkenntnis des Anspruch des Klägers muß der Kläger die Prozeßkosten tragen. Nur wenn der Beklagte Klageabweisung beantragt und verliert, muß er die Kosten nach §91 ZPO tragen.

- **Feststellungsklage**

Die Feststellungsklage ist in §256 ZPO geregelt; mit ihr soll das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt werden. Ein Rechtsverhältnis ist eine *rechtlich geregelte Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder Sache*. Kein Rechtsverhältnis sind abstrakte Rechtsfragen oder bloße Tatsachen (Ausnahme: Urkunden) sowie Vorfragen. Das Rechtsverhältnis muß gegenwärtig sein; gegenwärtig ist ein Rechtsverhältnis aber auch dann, wenn sich ein möglicher Anspruch erst in der Zukunft ergeben könnte (Spätfolgen eines Unfalls), das Rechtsverhältnis als solches aber schon feststeht.

Des weiteren muß ein Feststellungsinteresse bestehen, dh eine *tatsächliche Unklarheit muß das Rechtsverhältnis gefährden* und diese Gefährdung müßte durch eine gerichtliche Entscheidung beseitigt werden können. Es fehlt, wenn der Kläger auch auf einfacherem Weg sein Ziel erreichen kann, zB durch Leistungsklage (weil der Kläger dann auch einen Vollstreckungstitel hat und die Zwangsvollstreckung ohne zusätzlichen Akt vornehmen kann, falls sich der Beklagte weigert). Das BVerwG macht von diesem Subsidiaritätsgedanken dann eine Ausnahme, wenn zu erwarten ist, daß der Verpflichtete der Feststellung nachkommen wird (zB Hoheitsträger), die hL ist jedoch gegen diese Ansicht, da sie nicht vom Wortlaut des §256 ZPO gedeckt wird.

- **Zwischenfeststellungsklage**

Wird erst *im Laufe eines Prozesses* ein Rechtsverhältnis streitig, so kann nach §256 II ZPO dieses durch Zwischenfeststellungsklage im Wege einer Widerklage nach §33 ZPO festgestellt werden. Diese Klageart ist meistens dann relevant, wenn noch weitere Prozesse zu befürchten sind, da sich die Rechtskraft des ersten Urteils auf den im Urteilstenor festgestellten Anspruch beschränkt, §322 I ZPO, die dem Urteil zugrunde liegenden Tatsachen oder Rechtsverhältnisse erwachsen nicht in Rechtskraft, sind also für Folgeprozesse nicht präjudiziell. Diese Präjudizwirkung kann aber durch die Zwischenfeststellungsklage erreicht werden, in dem der Kläger ein ohnehin zu prüfendes Rechtsverhältnis durch das Gericht festgestellt haben will, da dann die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses Streitgegenstand ist und im Urteilstenor darüber entschieden wird. Nicht erforderlich ist aber trotz des Wortlauts des §256 II ZPO, daß das Rechtsverhältnis erst im Laufe des Prozesses streitig geworden ist. Eine solche Einschränkung macht keinen Sinn, daher ist die Zwischenfeststellungsklage auch bzgl. eines Rechtsverhältnisses, welches von vornherein streitig war, möglich.

- **Gestaltungsklage**

Mit der Gestaltungsklage wird eine *unmittelbare (Um)Gestaltung* eines Rechtsverhältnisses erreicht, *automatisch* mit Rechtskraft des Urteils tritt die Umgestaltung *von selbst* ein, es bedarf keines zusätzlichen Aktes des Beklagten. Die Gestaltungsklage darf aber nicht mit materiellen Gestaltungsrechten (Anfechtung, Rücktritt, Kündigung) verwechselt werden. Auch diese gestalten ein Rechtsverhältnis unmittelbar durch Erklärung, es handelt sich aber nicht um eine Gestaltungsklage. Zulässig ist die Gestaltungsklage nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen (numerus clausus der Gestaltungsklage):

zB Scheidung §1564 BGB, Eheaufhebung §1313 BGB, Anfechtung Vaterschaftsanerkennung §1600c II BGB, Auflösung OHG §133 HGB, Gesellschafterausschluß §140 HGB, Klage auf Herabsetzung der Vertragsstrafe §343 I BGB, Abänderungsklage §323 ZPO, Vollstreckungsabwehr §§767, 768 ZPO, Drittwiderspruchsklage §771 ZPO.

Prozeßmaxime (Verfahrensgrundsätze)

- *Konzentrationsmaxime §272 I ZPO*

Der Beschleunigungsgrundsatz besagt, daß der Rechtsstreit in möglichst einer Hauptverhandlung erledigt werden soll. Daher ist eine umfassende Vorbereitung nötig, welche im Wege eines ersten frühen Termins (§275 ZPO) oder in einem schriftlichen Vorverfahren (§276 ZPO) erreicht wird. Die Wahl steht im freien Ermessen des Gerichts, sie ist nicht überprüfbar.

- *Mündlichkeitsgrundsatz §128 I ZPO*

Nur das in der Verhandlung mündlich Vorgebrachte soll Grundlage des Urteils sein. Durchbrochen wird der Mündlichkeitsgrundsatz in folgenden Fällen:

§128 II ZPO (bei Einverständnis der Parteien), §128 III ZPO (bei vermögensrechtlichen Ansprüchen unter 1.500 DM), §§370 II, 331 III ZPO Erlaß eines Anerkenntnis- oder Versäumnisurteil, §§251a, 331a ZPO bei Entscheidung nach Aktenlage, §283 ZPO bei Berücksichtigung nachgelassener Schriftsätze.

- *Unmittelbarkeitsgrundsatz*

Die mündliche Verhandlung muß vor dem erkennenden Gericht stattfinden. Deshalb bestimmt auch §355 I ZPO, daß die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht zu erfolgen hat, da auch das beste Protokoll die Zeugenvernahme nicht ersetzen kann. Nur in gesetzlichen Ausnahmefällen (§§361-363 ZPO beauftragter und ersuchter Richter eines anderen Gerichts) ist eine Abweichung von der Unmittelbarkeit erlaubt. Der urteilende Richter soll selbst die Beweisaufnahme erlebt haben. Daher bestimmt auch §309 ZPO, daß das Urteil nur von einem Richter gefällt werden darf, der der Verhandlung beigewohnt hat.

- *Öffentlichkeitsgrundsatz*

Der Öffentlichkeitsgrundsatz ist in §§169-175 GVG geregelt, er dient der Kontrolle durch das Volk, daher hat grundsätzlich jedermann Zugang zu den Verhandlungen. Dies bedeutet aber nur ein Recht auf Zuhören, keine live-Berichterstattung. Diese ist sogar gemäß §169 S. 2 GVG verboten, um die Beeinflussung der Gerichte zu vermeiden. Die Verletzung des Öffentlichkeitsgrundes stellt einen absoluten Revisionsgrund dar, §551 Nr. 6 ZPO, dh es muß nicht mehr geprüft werden, ob das Urteil auch kausal auf dem Gesetzes- verstoß beruht. Nur bei einem Schiedsgerichtsverfahren nach §§1025ff ZPO gilt das Verbot der Ton- und Bildberichterstattung des §169 GVG nicht, es handelt sich nicht um ein Gericht, sondern um einen von den Parteien zu bestimmenden Schiedsrichter. Dennoch haben die Urteile des Schiedsgerichts nach §1055 ZPO die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils.

- *Dispositionsmaxime §308 I ZPO*

Allein die Parteien bestimmen über Beginn, Gegenstand und Ende des Zivilverfahrens. Den Gegensatz dazu bildet die Offizialmaxime, dh der Amtsermittlungsgrundsatz, der insbesondere im Strafprozeß gilt. Die Dispositionsmaxime wird in §308 I ZPO deutlich, da das Gericht einer Partei nichts zusprechen darf, was sie nicht beantragt hat (Ausnahme: Prozeßkosten §308 II ZPO und weitere genannte).

-> ohne Antrag kein Prozeß; der Antrag bestimmt den Umfang des Prozesses (§308 I ZPO); es liegt auch bei den Parteien, den Streitgegenstand des Verfahrens zu ändern oder das Verfahren zu beenden.

-> die Dispositionsmaxime gilt auch für das Rechtsmittelverfahren, dh das höhere Gericht kann das Urteil des vorinstanziellen Gerichts nur bezüglich der Punkte überprüfen, die der Rechtsmittelkläger beantragt hat, §§536, 559 ZPO (daraus ergibt sich auch das Verbot der reformatio in peius im Rechtsmittelverfahren, nicht aber bei einer Anschlußberufung oder einer Anschlußrevision §§521, 556 ZPO).

-> wegen der Dispositionsmaxime dürfte der Richter bei einer unbezifferten Klage (zB Schmerzensgeld mit ca.-Angabe) nicht mehr zusprechen, also der Kläger beantragt. Dennoch ist nach hM ein Abweichen von der ca.-Angabe um bis zu 20% zulässig. Die ca.-Angabe ist deshalb erforderlich, weil der Kläger sonst, würde er eine bestimmte Summe fordern und diese ihm nicht zugesprochen werden, teilweise unterliegen würde und er sich dann an den Prozeßkosten beteiligen müßte, §92 ZPO. Allerdings muß bei ca.-Angaben immer ein hinreichender Sachverhalt als Schätzungsgrundlage für das Gericht mitgeliefert werden.

- *Beibringungsgrundsatz*

Allein den Parteien obliegt die Beibringung des Sachverhalts, auf den das Gericht seine Entscheidung gründet. Den Gegensatz dazu bildet der Untersuchungsgrundsatz (Inquisitionsmaxime) im Strafrecht, wo

das Gericht selbst den Sachverhalt aufklären muß (§244 II StPO). Im Zivilprozeß darf das Gericht also nur die Tatsachen berücksichtigen, die die Parteien vorbringen. Nach §139 I ZPO darf das Gericht nur dazu *anregen*, daß bestimmte Tatsachen erklärt werden. Dies ist aber keine Einschränkung des Beibringungsgrundsatzes, da es ohne Folgen für die Partei bleibt, kommt sie der Anregung des Richters nicht nach. Das Gericht darf aber nicht auf völlig neue Gesichtspunkte (Verjährung, Einrede..) hinweisen, die die Rechtslage einer Partei materiell verbessern würde, weil dies ein Verstoß gegen das Gebot der Unparteilichkeit wäre.

Auch bestimmen allein die Parteien, welche Tatsachen bewiesen werden müssen und welche nicht. Zugestandene Behauptungen des Gegners (§288 ZPO) oder nicht bestrittene Tatsachen bedürfen keines Beweises (Geständnisfiktion des §138 III ZPO). Der Beibringungsgrundsatz bezieht sich aber nur auf Tatsachen, Rechtssätze müssen nicht vorgebracht werden, dies ist Aufgabe des Gerichts. Dieser Grundsatz gilt nicht in Ehe- und Kindschaftssachen, §§616 I, 640 I ZPO. Auch die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Klage müssen von Amts wegen geprüft werden, §56 ZPO.

-> hinsichtlich der *Beweismittel* ist aber der Beibringungsgrundsatz stark eingeschränkt. Er gilt nur noch für die Zeugenvernehmung nach §373 ZPO, da hier von der Partei ein Beweisantritt erfolgen muß (Antrag auf Beweiserhebung). Ansonsten aber kann das Gericht von Amts wegen Augenschein (§144 ZPO) anordnen, Sachverständige hinzuziehen (§273 II Nr. 4 ZPO), die Parteien vernehmen (§§141, 273 II Nr. 3 ZPO), öffentliche Urkunden von anderen Behörden hinzuziehen (§273 II Nr. 2 ZPO). Nur im Verfahren vor den Amtsgerichten nach §§495ff ZPO kann bei Bagatellsachen (Streitwert unter 1.200 DM) nach §495a ZPO das Beweisverfahren frei gewählt werden (sog. Freibeweis), hier ist auch die schriftliche oder telefonische Einholung von Auskünften möglich.

Ermittlungsgrundsatz und Prüfung von Amts wegen

Der Ermittlungsgrundsatz (Offizialmaxime, Amtsermittlungsgrundsatz) liegt nicht schon dann vor, wenn das Gesetz eine Prüfung durch das Gericht von Amts wegen vorschreibt. Der Ermittlungsgrundsatz gilt vor allem im Strafrecht (und zB nach §12 FGG) und bedeutet, daß das Gericht eine selbständige Erhebung von Tatsachen und Beweisen anstrengen muß, die Ermittlungen müssen durch das Gericht erfolgen. Eine Prüfung *von Amts wegen* dagegen bedeutet (zB §56 ZPO), daß das Gericht zwar auch von sich aus eine Tatsachenermittlung anstreben kann, dies jedoch nur innerhalb der von den Parteien beigebrachten Tatsachen. Der Unterschied liegt also darin, daß beim Ermittlungsgrundsatz das Gericht *jegliche* Tatsachen erforschen darf, während es bei der Prüfung von Amts wegen aufgrund der Dispositionsmaxime nur die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen näher untersuchen darf.

§138 I ZPO Tatsachenerbringung durch Partei

Gemäß §138 I ZPO müssen die Erklärungen der Parteien vollständig sein und der Wahrheit entsprechen. §138 I ZPO erfaßt nach hM aber nur eine *subjektive* Wahrheitspflicht, verboten ist also nur die *bewußte* Lüge. Daher ist es zulässig, daß eine Partei Tatsachen erklärt, über deren Wahrheit sie sich nicht sicher ist. Das Gericht hat die für die lügende Partei günstige Tatsache unberücksichtigt zu lassen; ein bewußt unwahres Geständnis darf gemäß §290 ZPO zum Nachteil verwendet werden. Auch kann sich die lügende Partei des Prozeßbetrugs nach §263 StGB strafbar machen, sie kann der anderen Partei nach §§826, 249 BGB zum Schadensersatz verpflichtet sein, auch kann eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach §580 Nr. 4 ZPO erfolgen.

§261 ZPO Rechtshängigkeit und Zustellung §§270, 271 ZPO

Rechtshängigkeit der Streitsache tritt gemäß §261 I ZPO mit Erhebung der Klage ein. Erhebung der Klage bedeutet nach §253 I ZPO Zustellung der Klageschrift an den Beklagten. Die Zustellung erfolgt nach §270 I, 271 I ZPO durch das Gericht *von Amts wegen* und *unverzüglich*. Die Zustellung kann aber auch von *Anwalt zu Anwalt* erfolgen, §198 ZPO. Erfolgt die Zustellung von Amts wegen, richtet sich diese nach den §§208ff ZPO, dh die Geschäftsstelle (§209 ZPO) fertigt eine beglaubigte Abschrift der Klage an (§210 ZPO), und schickt sie idR mit der Post (§211 ZPO) an den Beklagten. Gemäß §208 ZPO gelten die Vorschriften über die Zustellung *auf Betreiben der Parteien* (§§166ff ZPO) entsprechend, dh Zustellung ist auch an einen Vertreter §171 ZPO oder eine sonst annahmehereite Person §181 ZPO möglich. Nur wenn keiner anzutreffen ist, erfolgt die Zustellung durch Benachrichtigungsschreiben, mit Zugang des Benachrichtigungsschein ist die Zustellung vollzogen, §182 ZPO („dadurch erfolgen“).

• prozessuale Wirkung der Rechtshängigkeit

Die Rechtshängigkeit bewirkt, daß die Sache vor keinem anderen Gericht anhängig gemacht werden kann, §261 III Nr. 1 ZPO, und daß das Gericht trotz einer eventuellen Änderung der zuständigkeitsbegründenden Umstände dennoch zuständig bleibt, §261 III Nr. 2 ZPO. §261 III Nr. 2 ZPO umfaßt aber nur den Fall, in denen sich der Streitwert *erniedrigt*, dann bleibt zB die Zuständigkeit des LG erhalten, obwohl eigentlich

nach §23 GVG das Amtsgericht zuständig wäre. §261 III Nr. 2 ZPO erfaßt aber *nicht* den umgekehrten Fall, wenn sich der Streitwert *erhöht*, nach §§495, 506 I, 504 ZPO muß dann auf Antrag das Amtsgericht an das Landgericht verweisen (für das Amtsgericht gelten nach §§495ff ZPO Sondervorschriften zu dem Verfahren vor dem Landgericht, daher wird §261 ZPO durch die §§495ff ZPO modifiziert).

- materielle Wirkung der Rechtshängigkeit

Die Rechtshängigkeit hat aber auch materielle Wirkungen, zB Haftungsverschärfung §§818 IV, 987, 989 BGB und Unterbrechung der Verjährung §§209, 210 BGB. Ansonsten kann die Verjährung gemäß §217 BGB nur durch ein Anerkenntnis unterbrochen werden. Fraglich ist, ob eine Klageeinreichung vor Zustellung an den Beklagten auch die Verjährung iSd §209 I BGB unterbricht. Hier hilft §270 III ZPO weiter, die Klageeinreichung ohne Zustellung genügt, wenn dadurch eine Frist gewahrt werden soll (sog. Anhängigkeit). Hierfür muß die Zustellung aber *demnächst* erfolgen, dann findet eine *Rückwirkung* auf den Eingang der Klageschrift oder des Mahnantrags statt, §§270 III, 693 II ZPO. Eine Zustellung *demnächst* liegt vor, wenn die Klageschrift ordnungsgemäß ist und aus diesem Grund keine Verzögerung der Zustellung zu erwarten ist. Die Notwendigkeit einer Anhängigkeit ergibt sich daraus, daß die Zustellung von Amts wegen erfolgt und der Kläger hierauf keinen Einfluß hat.

Des weiteren unterbricht die Rechtshängigkeit auch die 10-Jahres-Frist für eine Ersitzung, §941 BGB. Zudem war bei §847 BGB (Schmerzensgeld bei unerlaubter Handlung) früher nach der Rechtsprechung eine Rechtshängigkeit erforderlich, dh der Schmerzensgeldanspruch konnte erst dann auf die Erben des Verstorbenen übergehen, wenn der Verletzte noch die Klage eingereicht hat. Dies ist heute aber nicht mehr erforderlich.

§253 II ZPO Klageschrift

Die in §253 II ZPO genannten Angaben einer Klageschrift gehören zum notwendigen Inhalt, müssen also ordnungsgemäß vorliegen. Mängel am notwendigen Inhalt können jedoch durch Schriftsatz oder in der mündlichen Verhandlung nachgeholt werden, erst damit ist die Klage ordnungsgemäß erhoben. Eine Heilung durch Rügeverzicht §295 ZPO kommt nicht in Betracht, da die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Klage nicht nur dem Interesse des Beklagten dienen, sondern auch dem öffentlichen Interesse und der Rechtskraft.

- Nr. 1: Bezeichnung der Parteien und des Gerichts

Gemäß §253 IV ZPO iVm §130 Nr. 1 ZPO müssen die Parteien namentlich und mit ladungsfähiger Anschrift bezeichnet werden, denn allein die Klageschrift entscheidet, wer Kläger oder Beklagter ist (formeller Parteibegriff). Bei der Bezeichnung des Gerichts genügt AG oder LG und der Ort, die einzelnen Kammern müssen nicht bezeichnet werden (außer es soll vor der Kammer für Handels-sachen geklagt werden).

- Nr. 2: Angabe des Gegenstands, des Grundes und eines bestimmten Antrags

(1) Angabe des Gegenstandes hat keine selbständige Bedeutung

(2) Angabe des Grundes: die Klageschrift soll alle Tatsachen bezeichnen, aus denen der Kläger den geltend gemachten Anspruch herleitet, gefordert wird also die Angabe des Lebenssachverhalts. Es müssen also zumindest diejenigen Tatsachen vorgetragen werden, die den Streitgegenstand eindeutig bestimmen.

(3) bestimmter Antrag: Der Klageantrag muß so genau bestimmt sein, daß das Gericht und der Beklagte sicher feststellen können, welche Entscheidung der Kläger begehrt. Dies wird häufig bei der Angabe des genauen Werts einer Zahlungsklage schwierig, zB bei

* §847 BGB unbezifferte Schmerzensgeldklage

* §§612, 632, 653 BGB „übliche“ Vergütung

* §642 BGB „angemessene“ Entschädigung

* §252 BGB „entgangener“ Gewinn

-> nach hM ist aber auch eine nicht genau bezifferte Zahlungsklage dann zulässig, wenn

* die ungefähre Größenordnung angegeben wird (ca.-Wert oder zwischen 100 und 200 DM)

* und der Antrag genügend Anhaltspunkte für die richterliche Einschätzung liefert

-> zusätzlich gibt §254 ZPO die Möglichkeit einer Stufenklage, es kann also, hängt die Einschätzung der Höhe der Zahlungsklage von einer Mitwirkung des Beklagten ab, dieser zuerst auf Offenlegung verklagt werden und dann (in der gleichen Klage) auf Zahlung. §287 ZPO gibt dem Gericht auch die Möglichkeit der Einschätzung der Höhe einer Forderung.

- §253 III ZPO

§253 III ZPO erfaßt den Fall eines bestimmten Antrags, wenn sich der Streitgegenstand nicht um eine Leistung in Geld handelt, sondern um eine Sache in Natura gestritten wird. Da es auch hier bezüglich der Zuständigkeitsbestimmung des Gerichts auf den Streitwert der Sache in Geld ankommt, muß der Antrag den Wert der Sache bestimmen (zB Herausgabe eines KFZ -> Angabe des Werts des KFZ).

§§12ff ZPO Gerichtsstände

§§12, 13 ZPO legen den *allgemeinen* Gerichtsstand fest, bei einer natürlichen Person ist dies der Wohnsitz des Beklagten, bei einer juristischen Person der Sitz. Liegt ein *besonderer* Gerichtsstand vor, so ist neben dem Gericht des allgemeinen Wohnsitzes auch das Gericht des besonderen Gerichtsstands zuständig. Dann hat der Kläger nach §35 ZPO die Wahl, an welchem Ort er klagen will. Der besondere Gerichtsstand hebt also die Privilegierung des Beklagten teilweise wieder auf. Ein besonderer Gerichtsstand kann ein ausschließlicher oder ein nicht-ausschließlicher Gerichtsstand sein. Bei einem ausschließlicher Gerichtsstand (§§24, 29a, 689 II ZPO, 7 HausTWG, 71 II GVG) hat der Kläger diese Wahlmöglichkeit nach §35 ZPO nicht, es ist nur der ausschließliche Gerichtsstand einschlägig. Wird in dem ausschließlichen Gerichtsstand auch festgelegt, daß das Amts- oder Landgericht zuständig ist, so ist auch dieses ausschließlich, dh unabhängig vom Streitwert sachlich zuständig (zB §689 II ZPO Mahnverfahren).

Von Prorogation spricht man, wenn die Parteien vor oder während des Prozesses eine abweichende Zuständigkeitsvereinbarung treffen (= Umkehrschluß ist dann Derogation, wenn ein an sich zuständiges Gericht als unzuständig vereinbart wird). Eine Prorogation (zB durch AGBs) ist vor dem Rechtsstreit nach §38 I ZPO nur für Kaufleute und juristische Personen des öffentlichen Rechts möglich, für Nichtkaufleute nach §38 III ZPO nur *nach* Entstehung des Rechtsstreits. Eine Prorogation ist nach §40 II ZPO schon dann nicht zulässig, wenn der Rechtsstreit nicht-vermögensrechtliche Ansprüche betrifft oder ein ausschließlicher Gerichtsstand einschlägig ist. Eine Prorogation ist nach §39 ZPO auch durch rügeloses Verhandeln möglich, aber nur dann, wenn der Beklagte nach §504 ZPO (Verfahren vor den Amtsgerichten) darauf hingewiesen wurde.

§33 ZPO Widerklage

Der Beklagte hat die Möglichkeit einer Gegenklage nach §33 ZPO. Dies hat den Vorteil, daß die vom Beklagten geltend gemachten Klageansprüche zusammen vor dem *gleichen Gericht* in derselben Verhandlung behandelt werden. Allerdings ist zu beachten, daß der Streitwert von Klage und Widerklage nicht zusammengerechnet wird. Eine Klage über 5.000 DM und eine Widerklage über 6.000 DM bleibt also vor dem Amtsgericht. Eine Klage über 5.000 DM und eine Widerklage über 11.000 DM bleibt aber nicht vor dem Amtsgericht, dieses wird unzulässig (§§261 III Nr. 2, 506 ZPO) und muß auf Antrag an das Landgericht verweisen (möglich ist aber auch ein rügeloses Verhandeln mit Belehrung nach §39 ZPO).

Um die Einordnung des §33 ZPO herrscht allerdings Streit. Die Rechtsprechung sieht §33 ZPO nicht nur als besonderen Gerichtsstand an, sondern auch als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Widerklage. Zulässigkeitsvoraussetzung ist daher insbesondere die Konnexität von Klage und Widerklage, dh *diese müssen in einem rechtlichen oder unmittelbar wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, ein einheitliches Lebensverhältnis bilden*. Die hM dagegen sieht §33 ZPO aber nur als besonderen Gerichtsstand an, wofür auch die Trennungsmöglichkeit nach §145 II ZPO spricht und die systematische Einordnung bei den Gerichtsständen. Nach der hM ist die Konnexität also nur eine Zulässigkeitsvoraussetzung für den Gerichtsstand, und nicht für die Klage als solche.

Wird die Widerklage nicht nur gegen den Kläger selbst erhoben, sondern auch noch zusätzlich gegen einen Dritten, so ist fraglich, ob die Widerklage nicht eine Parteiidentität erfordert. Die hM läßt eine solche Drittwiderklage aber zu, und wendet darauf die Regeln über den Parteibeitritt (§263 ZPO) an, dh nach §263 ZPO muß entweder der Beklagte der „Klageänderung“ zustimmen oder das Gericht muß die Drittwiderklage für sachdienlich erachten. Die Widerbeklagten sind dann meist einfache Streitgenossen, weil sie aus dem rechtlichen Grund verpflichtet sind. Häufigster Fall einer Drittwiderklage ist die Widerklage gegen einen Unfallgegner mit gleichzeitiger Einbeziehung dessen Versicherungsgesellschaft. Notwendige Streitgenossen sind sie nicht, da zwar der Schuldweispruch für die Versicherung wirkt, nicht aber auch die Schuldbelastung, da die Versicherung noch eigene Einwände geltend machen kann. Die Drittwiderklage wird auch deshalb verwendet, um einen Zeugen „abzuschießen“, da dieser dann Partei ist und nicht als Zeuge vernommen werden kann (zB Halter nennt Fahrer als Zeugen, der Beklagte erhebt nun Drittwiderklage gegen den Fahrer).

§322 I ZPO Rechtskraft

In Rechtskraft ergeht nur der Klageanspruch, über den auch im Urteilstenor entschieden wurde, §322 I ZPO. Dabei ist zu beachten, daß die Urteilsgründe nicht in Rechtskraft ergehen, sondern nur die Urteilsformel. So kann zB ein Beklagter, der rechtskräftig zur Zahlung aus einem Kaufvertrag verurteilt wurde, in einem

späteren Prozeß noch einmal das Bestehen des Kaufvertrags gerichtlich überprüfen lassen; das Gericht ist nicht an die Feststellungen des ersten Urteils bezüglich des Bestehens des Kaufvertrags gebunden, da dies kein für den zweiten Prozeß präjudizielles Rechtsverhältnis ist. Solche Rechtsverhältnisse erwachsen nur mit einer Feststellungsklage (oder der Zwischenfeststellungsklage nach §256 II ZPO) in Rechtskraft. Eine Ausnahme beinhaltet §322 II ZPO für eine Prozeßaufrechnung: wird im Prozeß die Aufrechnung erklärt, so ist das Urteil, daß diese Aufrechnungsforderung nicht besteht, bis zur Höhe des geltend gemachten Betrags der Rechtskraft fähig (sonst könnte der Beklagte aufrechnen und später in einem anderen Prozeß seine Forderung erneut eintreiben, das Gericht müßte den Sachverhalt erneut prüfen).

- Abweisung durch Prozeßurteil

Wird die Klage schon wegen Unzulässigkeit durch Prozeßurteil abgewiesen, so erwächst zwar auch dieses Urteil in Rechtskraft, dies steht jedoch einer erneuten Klageerhebung nicht entgegen, da sich dann aufgrund des späteren Lebenssachverhalts der Streitgegenstand geändert hat und dieser nicht von der bestehenden Rechtskraft des Prozeßurteils erfaßt wird.

Hilfsanträge (Eventualanträge)

- Rechtsnatur

Der Hilfsantrag ist ein Antrag, der nur dann vom Gericht berücksichtigt werden soll, wenn der Hauptantrag erfolglos geblieben ist. Auch hier handelt es sich um eine objektive Klagenhäufung nach §260 ZPO, allerdings nicht um eine kumulative, sondern um eine eventuelle Klagenhäufung. Obwohl grundsätzlich Prozeßhandlungen wegen der Klarheit unbedingt sein müssen, wird ein Eventualantrag von der hM als zulässig erachtet. Dies deshalb, weil es sich mit dem Eventualantrag nicht um eine Bedingung iSd §158 BGB handelt (zukünftiges ungewisses Ereignis), sondern um eine Rechtsbedingung. Die Erfolgsaussichten des Hauptantrags hängen vom Gesetz ab und nicht vom Willen einer Partei, es liegt kein zukünftiges, ungewisses Ereignis vor.

- Rechtshängigkeit von Hilfsanträgen

Ein Hilfsantrag wird für den Fall gestellt, daß die Partei mit dem Hauptantrag erfolglos bleibt. Der Hilfsantrag wird mit Zustellung der Klage nach §§261 I, 253 I ZPO rechtshängig, so daß die Partei den Hilfsantrag nicht in einem anderen Prozeß separat geltend machen kann. Hat aber schon der Hauptantrag Erfolg, wird der Hilfsantrag so behandelt, als wäre er nie gestellt worden, die Rechtshängigkeit entfällt also auflösend bedingt und rückwirkend. Erst dann kann ein zweiter Prozeß mit dem Hilfsantrag als Streitgegenstand geführt werden.

Beispiel: A rechnet *hilfsweise* gegen B aus Darlehensforderung auf. Während der Anhängigkeit dieses Prozesses kann A den Darlehensanspruch nicht gegen B in einem anderen Prozeß einklagen. Nur wenn das Gericht seine Entscheidung ausschließlich auf den Hauptantrag stützt, kann A die Darlehensforderung in einem anderen Prozeß geltend machen.

Aufrechnung (vor und im Prozeß)

- Aufrechnung schon vor dem Prozeß (-> §§387ff BGB)

- Geltendmachung einer vor dem Prozeß erfolgten Aufrechnung

Die Geltendmachung einer schon vor dem Prozeß bereits erfolgten Aufrechnung bedeutet die Einrede des Erlöschens des Klageanspruchs. Die Aufrechnung ist zwar an sich im materiellen Recht eine rechtsvernichtende Einwendung, jedoch heißen sowohl rechtshindernde als auch rechtsvernichtende Einwendungen im Zivilprozeß auch Einreden. Die Einrede der Aufrechnung ist also eine Prozeßhandlung, die gemäß §296 I ZPO fristgerecht erfolgen muß (Frist zur schriftlichen Klageerwidern nach §275 I 1 ZPO oder §276 I ZPO, nach §277 ZPO müssen die Verteidigungsmittel innerhalb von 2 Wochen vorgebracht werden). Dies führt sogar soweit, daß der Beklagte, der die bereits erfolgte Aufrechnung im Prozeß nicht fristgerecht erklärt, diese auch materiell-rechtlich verliert. Versäumt er nämlich die Frist des §296 I ZPO, so gibt das Gericht dem Klageanspruch in Rechtskraft statt und der Beklagte muß trotz erfolgter Aufrechnung bezahlen. Seine aufgerechnete Forderung kann der Aufrechnende auch später nicht einklagen, da die materiell-rechtliche Aufrechnungserklärung wirksam ist und daher die Forderung erloschen ist, auch wenn dies im Prozeß nicht berücksichtigt wurde.

- Aufrechnung im Prozeß

Die aufrechnende Partei nimmt materiell-rechtlich eine Aufrechnung nach §§387ff BGB vor und zugleich eine Prozeßhandlung. Fallen die materiell-rechtliche und die prozessuale Wirksamkeit der Aufrechnung auseinander, so ist nach ganz hM auch die materielle Aufrechnung nach den §§387ff BGB unwirksam (Begründung über §139 BGB: Einheit von Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung). Dies dient gerade dem Schutz

des Beklagten, weil er sonst durch einen prozessualen Fehler auch materiell seine Forderung verlieren würde (s.o.). Ist die Aufrechnung aber materiell unwirksam, ist sie nicht erfolgt, und der Beklagte behält weiterhin seine Forderung.

- **Eventualaufrechnung**

Die Aufrechnung wird hier hilfsweise für den Fall erklärt, daß die Klageforderung nicht schon aus anderen Gründen abzuweisen ist. Die Eventualaufrechnung verstößt nicht gegen das Bedingungsverbot des §388 S. 2 BGB, da keine echte Bedingung iSd §158 BGB vorliegt, sondern eine Rechtsbedingung (innerprozessuale Bedingung). Nach der *Beweiserhebungstheorie* (hM) darf das Gericht die Eventualaufrechnung aber erst dann berücksichtigen, wenn es auch das Nichtbestehen der Klageforderung (des Hauptantrags) bejaht hat. Nach der *Klageänderungstheorie* darf das Gericht die Klage durch Sachurteil als unbegründet abweisen, weil auf jeden Fall eine Aufrechnung existiert (mM, auch nicht prozeßökonomisch, weil dann §322 II ZPO *nicht* greift, der die Aufrechnung und damit das Nichtbestehen der Gegenforderung in Rechtskraft erwachsen läßt).

- **Sonstiges**

Im Prozeß können aber nach hM nur solche Forderung aufgerechnet werden, die auch in die jeweilige Gerichtsbarkeit fallen. Mit einer *rechtswegfremden Gegenforderung* kann nur dann im Prozeß aufgerechnet werden, wenn diese rechtskräftig festgestellt worden ist oder unbestritten ist. Denn sonst könnte zB ein Zivilgericht über das Bestehen einer verwaltungsrechtlichen Forderung entscheiden, was einen Eingriff in die Rechtswegzuständigkeit bedeuten würde. Ist aber bereits ein gerichtliches Verfahren über die Gegenforderung anhängig, so hat das entscheidende Gericht das Verfahren bis zur Entscheidung des anderen Gerichts nach §148 ZPO auszusetzen. Ist die Gegenforderung bereits spruchreif, so kann auch ein Vorbehaltsurteil ergehen.

Nach hM begründet die Aufrechnung im Prozeß nicht auch die Rechtshängigkeit der Gegenforderung, da diese nach §§261 I, 253 I ZPO nur durch Erhebung einer Klage begründet wird. Allerdings erwächst nach §322 II ZPO auch das Nichtbestehen der Gegenforderung in Rechtskraft.

Fraglich ist auch die Möglichkeit des Beklagten, eine Aufrechnung mit einer Gegenforderung zu erklären, die bereits in einem anderen Prozeß anhängig ist. Nach einer mM ist keine Aufrechnung mehr im Prozeß möglich, weil sonst die Gefahr zweier unterschiedlicher Entscheidungen besteht. Nach hM ist jedoch die Aufrechnung zulässig, der Gefahr einer unterschiedlichen Entscheidung kann mit der Aussetzung nach §148 ZPO begegnet werden. Außerdem wird durch eine im Prozeß erklärte Aufrechnung nicht die Gegenforderung rechtshängig, somit auch nicht die Rechtshängigkeit im zweiten Prozeß entgegenseht.

§§355ff ZPO Beweisverfahren

Grundsätzlich trägt jede Partei die Beweislast für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm. Abweichende gesetzliche Regelungen sind zB §179 I BGB (Vertreter muß seine Vertretungsmacht selbst nachweisen), §§282, 285 BGB (bei Ansprüchen aus Verzug oder Unmöglichkeit ist ein fehlendes Verschulden vom Beklagten nachzuweisen), §§891, 1006 BGB (Widerlegung einer gesetzlichen Vermutung), auch der prima-facie-Beweis (Beweis des ersten Anscheins bei typischen Geschehensabläufen, zB Auffahrunfall).

Man unterscheidet drei Beweisarten:

- (1) **Freibeweis**

Der Freibeweis ist ein formloses Beweisverfahren, in dem das Gericht selbst bestimmen kann, ob es Beweis erhebt und welcher Beweismittel es sich bedient. Freibeweis bedeutet, daß das Gericht nicht an bestimmte gesetzliche Formen der Beweisaufnahme gebunden ist. Den Freibeweis gibt es in der ZPO nur beim Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen (diese sind nach §56 ZPO von Amts wegen zu prüfen), ansonsten aber nur in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

- (2) **Strengbeweis**

Der Strengbeweis ist das übliche Beweisverfahren in der ZPO für die Belegung materieller Tatsachen. Das Verfahren ist in §§355ff ZPO geregelt. Es gibt nur 5 Beweismittel: Sachverständige, Augenschein, Parteivernehmung, Urkunden und Zeugen (SAPUZ).

- (3) **Glaubhaftmachung**

Grundsätzlich muß das Gericht zur *vollen Überzeugung* der Wahrheit der zu beweisenden Tatsachen gelangen. Wo das Gesetz nur eine Glaubhaftmachung (§294 ZPO) verlangt, genügt es, wenn das Gericht von einer *hinreichenden Wahrscheinlichkeit* überzeugt ist.

Die Durchführung des Beweisverfahrens durchläuft folgende Stufen:

- **Beweisantritt:** Antrag auf Beweiserhebung und Benennung der Beweismittel. Nur noch bei Zeugenbeweis nötig, ansonsten ist das Gericht von Amts wegen zur Beweisaufnahme berechtigt. Der Beweisantritt ist unzulässig, wenn nicht Tatsachen bewiesen werden sollen, sondern der Partei Grundlage für neue Behauptungen liefern soll (Verbot des Ausforschungsbeweises).
- **Ablehnung oder Stattgeben der Beweisaufnahme durch Beweisbeschluß** (§§358, 359 ZPO)
- **Beweisaufnahme:** erfolgt vor dem erkennenden Gericht (§355 ZPO), nur in Ausnahmefällen vor einem beauftragten oder ersuchten Richter §§361, 362 ZPO (Unmittelbarkeitsgrundsatz).
- **freie Beweiswürdigung:** der Richter entscheidet nach §286 ZPO nach freier Überzeugung, ob er eine tatsächliche Behauptung für wahr erachtet oder nicht. Auch an gesetzliche Beweisregeln (zB §§1006, 891 BGB) ist er nur gebunden, wenn es in der ZPO vorgeschrieben ist.

Verfahrensbeendigung durch die Parteien

(1) Klagerücknahme §269 ZPO

Ohne Einwilligung des Beklagten ist eine Klagerücknahme nur bis zur mündlichen Verhandlung möglich, §269 I ZPO, mit Einwilligung dagegen bis zur Rechtskraft des Urteils (§269 III 1 HS 2 ZPO iVm §705 ZPO). Die Einwilligung des Beklagten ist deshalb erforderlich, weil bei einer Klagerücknahme der Rechtsstreit gemäß §269 III ZPO als nicht anhängig geworden anzusehen ist, der Kläger später also erneut klagen könnte. Die Kosten bei einer Klagerücknahme trägt der Kläger. Stellt die *teilweise* Klagerücknahme (zB Ermäßigung des Klageanspruchs) gleichzeitig eine nach §§263, 264 Nr. 2 ZPO ohne Einwilligung des Beklagten zulässige Klageänderung dar, so ist nach hM dennoch die Zustimmung des Beklagten nötig, weil sonst dessen Rechtsstellung verschlechtert würde (er könnte nicht mehr Klageabweisung des gesamten Klageantrags fordern). Nach aA gehen die §§263, 264 ZPO dem §269 ZPO vor, so daß die Zustimmung des Beklagten nicht erforderlich ist, wenn zugleich eine zulässige Klageänderung vorliegt.

(2) Anerkenntnis §307 ZPO

Der Beklagte erklärt, daß der Anspruch des Klägers zu Recht besteht, es ergeht ein Anerkenntnisurteil, die Kosten trägt der Beklagte, außer die Anerkennung erfolgt sofort und der Beklagte hat zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben, §93 ZPO.

(3) Verzicht §306 ZPO

Erklärung des Klägers, daß er auf seinen Klageanspruch ganz oder teilweise verzichtet. Bei der Klagerücknahme verzichtet der Kläger nur auf die Klage, beim Verzicht dagegen auf seinen Anspruch. Der Verzicht nach §306 ZPO hat eine Doppelnatur, der Kläger verzichtet zugleich gemäß §397 I BGB (Erlaß) auf seinen materiellen Anspruch. Aufgrund dieser materiellen Konsequenzen ist daher bei einer erforderlichen Auslegung eher die Klagerücknahme zu wählen. Ein Verzicht wird zB dann gewählt, wenn der Kläger befürchtet, es könnten peinliche Tatsachen durch die Beweisaufnahme an die Öffentlichkeit kommen. Dann kann er nach Beginn der mündlichen Verhandlung nur den Verzicht wählen, da es hier auf eine Zustimmung des Beklagten nicht ankommt. Allerdings trägt der Kläger bei einem Verzicht die Kosten nach §91 ZPO, da ein klageabweisendes Sachurteil ergeht.

(4) Erledigterklärung der Hauptsache §91a ZPO:

* übereinstimmende Erklärung beider Parteien

Der Rechtsstreit bleibt nur bzgl. der Kosten anhängig, das Gericht entscheidet hierüber nach billigem Ermessen. Es wird also prüfen, wer die Kosten zu tragen hätte, wäre die Erledigterklärung nicht erfolgt. Hierbei ist aber nur der voraussichtliche Ausgang zu prüfen („bisheriger Sach- und Streitstand“). Einer erneuten Klage steht die Rechtskraft nicht entgegen, da kein Urteil in der Hauptsache ergeht.

* einseitige Erledigterklärung des Klägers

gesetzlich nicht geregelt, aber nach ganz hM zulässig. Allerdings wird die Rechtshängigkeit der Klage nicht berührt, es findet nur eine Klageänderung nach §263 ZPO statt (die nach §264 Nr. 3 ZPO ohne Einwilligung des Beklagten zulässig ist), und zwar auf *Feststellung*, daß die Hauptsache erledigt ist. Voraussetzungen sind, daß das erledigende Ereignis nach Rechtshängigkeit eingetreten ist und daß die Klage bis zur Erledigterklärung *zulässig und begründet* war. Es ist also ein vollständiges Beweisverfahren durchzuführen. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte, da er in der Hauptsache unterlegen wäre, §91 ZPO.

* Erledigung vor Rechtshängigkeit

zB der Beklagte erfüllt den Anspruch nach Einreichung der Klage, aber vor der Zustellung an ihn. Eine einseitige Erledigterklärung kann hier nicht erfolgen, da das erledigende Ereignis schon vor der

Rechtshängigkeit eingetreten ist, eine Klageänderung also nicht vorliegen kann. Die Klage müßte durch Sachurteil als unbegründet abgewiesen werden. Erst in einem zweiten Prozeß auf Ersatz des Verzugschadens (Prozeßkosten) könnte der Beklagte verurteilt werden. Dies wird als unökonomisch angesehen, so daß schon im ersten Prozeß dem Beklagten die Kosten nach §91a ZPO aufgebürdet werden können oder der Kläger seine Klage im Prozeß auf Feststellung der Kostenerstattungspflicht umstellen kann (BGH).

(5) Prozeßvergleich §§794 I Nr. 1 ZPO, 779 BGB

Der Prozeßvergleich ist ein Vertrag mit Doppelnatur, er ist sowohl Prozeßhandlung als auch materielles Rechtsgeschäft (§779 BGB). Er dient der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits, worauf auch das Gericht nach §279 ZPO hinzuwirken hat. Ein Prozeßvergleich kann nach §794 I Nr. 1 ZPO vor jedem deutschen Gericht geschlossen werden, auf die Zuständigkeit kommt es nicht an; der Prozeßvergleich ist daher auch vor einem anderen Gericht als dem Prozeßgericht zulässig. Nach §160 III Nr. 1 ZPO muß der Vergleich protokolliert werden, dies ersetzt nach §127a BGB jede Formvorschrift. Materiell-rechtlich (§779 BGB) erfordert der Vergleich eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis, die durch beiderseitiges Nachgeben beseitigt werden soll. Jede Partei muß also ein Opfer erbringen, sei es auch nur geringfügig. Die Kosten regeln sich nach §98 ZPO, außer ein anderes wurde vereinbart. Gegenstand des Prozeßvergleichs braucht nicht nur der Streitgegenstand selbst zu sein, es können auch prozeßfremde Ansprüche in den Vergleich einbezogen werden (zB Verzicht auf alle anderen Ansprüche aus diesem Rechtsverhältnis). Der Prozeßvergleich ist als auch materielles Rechtsgeschäft *nicht bedingungsfeindlich*, Verfallsklauseln oder Widerrufsvorbehalte sind daher zulässig. Ansonsten sind Prozeßhandlungen aber bedingungsfeindlich, da sie Klarheit schaffen sollen (außer Eventualantrag, da keine echte Bedingung, sondern nur eine Rechtsbedingung). Nach Ansicht des BGH muß der Widerruf fristgerecht bei der gegnerischen Partei eingelegt werden, nach aA fristgerecht beim Gericht. Bei einem Widerruf wird der ursprüngliche Rechtsstreit fortgesetzt, bei einem Streit um den Prozeßvergleich selbst ist ein neuer Prozeß anzustrengen.

Durch den Prozeßvergleich wird der Rechtsstreit beendet; da er bis zur Rechtskraft möglich ist, wird durch einen erst in der Rechtsmittelinstanz geschlossenen Vergleich auch das Urteil der Vorinstanz wirkungslos. Der Prozeßvergleich ist ein Vollstreckungstitel, §794 I Nr. 1 ZPO. Materiell-rechtlich gestaltet ein Vergleich die bestehende Rechtslage um, ein Vorgehen ist nur noch aus dem Vergleich möglich (§§305, 241 BGB). Leidet der Prozeßvergleich unter prozessualen Mängeln, so kann dennoch der Vergleich materiell-rechtlich wirksam sein (zB bei fehlender Postulationsfähigkeit). Anders als bei der Aufrechnung, diese soll bei prozessualen Mängeln auch materiell unwirksam (§139 BGB) sein, um dem Beklagten zumindest seine Forderung zu belassen. Der *außergerichtliche Vergleich* alleine (§779 BGB) ist kein Vollstreckungstitel und hat auch keine Auswirkungen auf den Prozeß. Besondere Form des außergerichtlichen Vergleichs ist der Anwaltsvergleich nach §796a ZPO.

Urteilsaufbau

- Rubrum

Im Rubrum steht, daß das Urteil im Namen des Volkes ergeht und die Parteibezeichnung. Rubrum deshalb, weil früher dieser Teil des Urteils in roter Farbe geschrieben wurde.

- Tenor

Im dreigeteilten Tenor ergeht der Ausspruch zur Hauptsache (Streitgegenstand), der Ausspruch zu den Kosten und der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit. Nur der Tenor erwächst gemäß §322 ZPO in Rechtskraft.

- Urteilsbegründung

In der Urteilsbegründung wird der Sachverhalt, die Tatsachenfeststellung und das richterliche Ergebnis zum Tenor begründet.

§§330ff ZPO Versäumnisurteil

Ein *echtes* Versäumnisurteil ergeht *nur* dann, wenn eine Partei säumig ist und die Klage *zulässig und begründet* ist. Gegen ein solches echtes VU ist als Rechtsbehelf nur der Einspruch nach §338 ZPO zulässig. Echte Säumnisurteile ergehen also gegen die säumige Partei gerade wegen ihrer Säumnis. Als unechte Versäumnisurteile werden (fälschlicherweise) diejenigen Urteile bezeichnet, in denen zwar eine Partei säumig ist, die Klage aber entweder unzulässig oder unbegründet (unschlüssig) ist. Hier ergeht eben kein Versäumnisurteil, die Klage wird vielmehr durch Prozeßurteil als unzulässig oder durch Sachurteil als unbegründet abgewiesen. Hiergegen ist kein Einspruch nach §338 ZPO zulässig, sondern nur die Berufung. Sind beide Parteien säumig, so findet entweder eine Entscheidung nach Lage der Akten statt (§251a ZPO) oder eine Vertagung (§227 ZPO).

- VU hat Aussicht auf Erfolg, wenn eine Partei säumig ist und die Klage sowohl zulässig also auch begründet (schlüssig) ist.
- normale Zulässigkeitsprüfung
- besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen des VU
Säumnis (auch Nichtverhandeln §333 ZPO), kein Fall des §335 ZPO: ein VU scheitert meist an §335 I Nr. 2 ZPO, wenn der Beklagte nicht rechtzeitig geladen wurde (Verstoß gegen Ladungs- oder Einlassungsfrist), oder wenn der Kläger erst im mündlichen Termin eine Tatsache vorbringt, die für die Schlüssigkeit entscheidend ist (nach §132 I ZPO müssen Tatsachen dem Beklagten mindestens 1 Woche vorher bekanntgegeben werden).
- Schlüssigkeitsprüfung des Klagevortrags in der Begründetheit
Der Richter prüft bei Säumnis des Beklagten, ob der Klägervortrag (es wird dessen Wahrheit unterstellt), auch schlüssig ist, also den Klageanspruch rechtfertigt. Die anspruchsbegründenden Tatsachen müssen also nicht bewiesen werden, diese werden als wahr unterstellt (der Beklagte kann ja nicht widersprechen, er ist ja nicht da). Es findet also eine Geständnisfiktion nach §§138 III, 288 ZPO statt.

Ist ein echtes Versäumnisurteil ergangen, so ist gegen dieses Einspruch nach §338 ZPO möglich. Der Einspruch muß innerhalb der Notfrist von zwei Wochen erfolgen (§339 ZPO) und nach §340 ZPO das Urteil, das durch den Einspruch angegriffen werden soll bezeichnen. Diese Voraussetzungen sind nach §341 ZPO von Amts wegen zu prüfen. Liegen sie nicht vor, so ist der Einspruch als unzulässig abzuweisen, ansonsten wird nach §342 ZPO ein neuer Termin anberaumt. Die neue Verhandlung findet vor demselben Gericht statt, gerade wegen des fehlenden Devolutiveffekts (keine höhere Instanz) ist der Einspruch kein Rechtsmittel, sondern nur ein Rechtsbehelf. Wird die Partei im zweiten Termin erneut säumig, so ergeht ein zweites VU nach §345 ZPO. Gegen dieses ist ein Einspruch nicht mehr zulässig, allenfalls die Berufung nach §513 II ZPO mit der Begründung, daß kein Fall der Säumnis vorgelegen habe. Hier ist nach hM die Überprüfung des ersten VU nicht mehr erforderlich, allein die erneute Säumnis des Beklagten genügt für das zweite VU. Es handelt sich dann nicht um ein zweites VU, wenn der Beklagte im neu anberaumten Termin erscheint, später aber wieder säumig wird. Hier kann nur ein „erstes“ VU ergehen.

-> nach §331 I 1 ZPO gilt der tatsächlich mündlich vorgebrachte Klägervortrag als zugestanden. Auch eine Bezugnahme auf die vorbereitenden Schriftsätze ist nach §137 III ZPO möglich, es muß also nicht alles mündlich vorgetragen werden. Die gilt nicht für eine Zuständigkeitsvereinbarung (Prorogation). Für die Prorogation reicht aber nur die Geständnisfiktion (§288 ZPO) nicht aus, ein Beweis der Zuständigkeitsvereinbarung ist natürlich möglich. Würde auch die Zuständigkeit unter die Geständnisfiktion fallen, würde dies dazu führen, daß auch vor einem unzuständigen Gericht ein VU ergehen könnte, was nicht sein darf, da die Zuständigkeit des Gerichts auch den Beklagten schützen soll. Nur ein zuständiges Gericht soll ein Urteil fällen dürfen (aus Art. 101 I GG). In der Schlüssigkeitsprüfung wird der Klägervortrag als wahr unterstellt, hier muß das Gericht zur vollen Überzeugung gelangen, daß der Anspruch des Klägers besteht. Eine hinreichende Wahrscheinlichkeit ist nicht ausreichend. Auch wenn schon eine erfolgte Beweisaufnahme gegen den Kläger spricht, entscheidet sich die Schlüssigkeit der Klage nur nach dem Vorbringen des Klägers, die Beweisaufnahme wird ignoriert. Auch *Einreden*, die sich aus dem Klagevortrag selbst ergeben (zB Verjährung), werden nicht berücksichtigt, weil sie der Beklagte wegen seiner Säumnis nicht erhebt.

§260 ZPO objektive Klagenhäufung

Eine objektive Klagenhäufung nach §260 ZPO liegt vor, wenn der Kläger gegen denselben Beklagten mehrere prozessuale Ansprüche (Streitgegenstände) erhebt. Man unterscheidet hier eine kumulative, eventuelle und eine alternative Klagenhäufung. Keine Klagenhäufung liegt vor, wenn der Kläger seinen Anspruch auf mehrere *materielle* Anspruchsgrundlagen stützt, diese gehören nicht zum Streitgegenstandsbegriff (Klageantrag + Lebenssachverhalt, aA Larenz). Das Gericht ist aber an diese Verknüpfung nicht gebunden, es kann den Prozeß auch trennen, §§145, 150 ZPO. Eine objektive Klagenhäufung kann auch nachträglich erst im Prozeß durch eine Klageänderung entstehen, es muß dann der Prozeß nach §§147, 150 ZPO verbunden werden. Hier ist dann allerdings nach der Rechtsprechung auch die Einwilligung des Beklagten nach §263 ZPO nötig. Die objektive Klagenhäufung ist zulässig, wenn dasselbe Gericht zuständig ist und die gleiche Prozeßart gegeben ist.

- kumulativ: mehrere prozessuale Ansprüche stehen selbständig nebeneinander
- eventuell: ein unbedingter Hauptantrag, ein oder mehrere auf die Erfolglosigkeit des Hauptantrags bedingte Hilfsanträge. Die Rechtsprechung hält Eventualanträge schon dann zulässig, wenn sie den Voraussetzungen des §260 ZPO entsprechen, die hM nur dann, wenn sie auch das gleiche Ziel verfolgen.

- alternativ: zwei prozessuale Ansprüche stehen nebeneinander, von denen entweder der eine oder der andere erfüllt werden sollen. Zulässig ist dies nur beim Vorliegen einer Wahlschuld nach §262 BGB, ansonsten aber mangels eines bestimmten Antrags (§253 II Nr. 2 ZPO) unzulässig.

§265 ZPO Veräußerung der Streitsache

Auch im laufenden Prozeß ist die Veräußerung der im Streit befindlichen Sache möglich, ein Veräußerungsverbot diesbezüglich kennt das BGB oder die ZPO nicht, §265 I ZPO. Eigentlich würde eine Veräußerung dem Kläger die Aktiv- bzw. dem Beklagten die Passivlegitimation nehmen. Dies aber verhindert §265 II ZPO, indem er normiert, daß die Veräußerung keinen Einfluß auf den Prozeß hat, dieser wird also zwischen den ursprünglichen Parteien fortgesetzt. Es liegt mit §265 II ZPO also ein Fall einer *gesetzlichen* Prozeßstandschaft vor, die Parteien machen nunmehr fremde Rechte in eigenem Namen gelten. Eine Veräußerung oder Abtretung iSd §265 I ZPO meint jede rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Einzelrechtsnachfolge unter Lebenden (eine Universalsukzession mit Tod fällt nicht darunter). §265 I ZPO gilt aber erst für eine Veräußerung *nach* Rechtshängigkeit, wird die Sache vorher veräußert, so ist die Klage wegen fehlender Aktiv- oder Passivlegitimation als unbegründet abzuweisen. Weitere Fälle einer gesetzlichen Prozeßstandschaft sind die §§2212, 2213 BGB für Testamentsvollstrecker, §1422 BGB für die Gütergemeinschaft in der Ehe, §1984 BGB bei einer Nachlaßverwaltung (beschränkte Erbenhaftung), §2039 BGB für die Miterbengemeinschaft, und §§432, 1011 BGB bei gemeinschaftlicher Berechtigung.

- **Veräußerung auf Klägerseite**

Der Beklagte kann dem Kläger seine fehlende Aktivlegitimation nicht entgegenhalten, es sei denn, die Rechtskraft des Urteils würde nicht gegen den Rechtsnachfolger wirken. Denn ansonsten könnte der Beklagte trotz eines evtl. obsiegenden Urteils vom Rechtsnachfolger erneut verklagt werden. Die Rechtskraft des Urteils wirkt nach §325 II ZPO dann nicht gegen den Rechtsnachfolger, wenn dieser vom laufenden Prozeß keine Kenntnis hatte. Wußte er jedoch vom Prozeß, so wirkt das Urteil gemäß §325 I ZPO auch gegen ihn.

- **Veräußerung auf Beklagtenseite**

Ein obsiegendes Urteil des Klägers wirkt gemäß §325 I ZPO dann gegen den Rechtsnachfolger, wenn dieser vom Prozeß Kenntnis hatte. Dann kann der Kläger das Urteil auf den Rechtsnachfolger umschreiben lassen, §727 ZPO (Titelumschreibung). Er kann aber auch vom ursprünglichen Beklagten im Wege der Klageänderung Schadensersatz oder Surrogatsherausgabe verlangen.

Gewillkürte Prozeßstandschaft

Neben den gesetzlichen Fällen der Prozeßstandschaft ist auch eine rechtsgeschäftliche Geltendmachung fremder Rechte in eigenem Namen möglich. Diese gewillkürte Prozeßstandschaft ist gemäß §185 BGB durch eine Ermächtigung möglich, fremde Rechte in eigenem Namen geltend zu machen. Bei einer Ermächtigung ist der Nichtberechtigte nach §185 BGB zu einer Verfügung berechtigt, Rechtsinhaber bleibt aber der Ermächtigende. Allerdings wird eine solche Möglichkeit durch die Rechtsprechung des BGH eingeschränkt, es sind folgende Voraussetzungen erforderlich:

- Eine Geltendmachung fremder Rechte in eigenem Namen aufgrund einer Ermächtigung ist nur dann zulässig, wenn es sich um ein *übertragbares* Recht handelt. Höchstpersönliche und unübertragbare Rechte können nicht im Wege einer gewillkürten Prozeßstandschaft geltend gemacht werden.
- Des weiteren darf die Ermächtigung nicht *rechtsmißbräuchlich* verwendet werden, wenn also ein finanzschwacher Ermächtigter nur deshalb zur Prozeßführung gewählt wurde, damit im Falle eines Unterliegens der Schaden auf der Klägerseite unzulässig begrenzt wird.
- Weitere Voraussetzung ist nach der Rechtsprechung des BGH, daß der Ermächtigte ein eigenes wirtschaftliches Interesse *an der Geltendmachung* des Klageanspruchs haben muß. Dies wird daher in der Regel bei einer Inkasso-Ermächtigung (Einzugsermächtigung) verneint, da das Inkassobüro nur ein Interesse an den Inkasso-Gebühren hat, nicht aber an der Geltendmachung der Forderung selbst. In der Praxis wird dies durch eine treuhänderische Abtretung der Forderung an das Inkassobüro umgangen, da hier dann das Inkassobüro selbst Inhaber der Forderung wird, also kein fremdes Recht mehr geltend macht, sondern ein eigenes. Im Innenverhältnis ist das Inkasso-Unternehmen aber zur Weiterleitung des Betrags an den Abtretenden verpflichtet. Die treuhänderische Abtretung hat allerdings den Nachteil, daß Gläubiger des Inkasso-Unternehmens Zugriff auf die Forderung des Zedenten haben.

Gewillkürter Parteiwechsel und Parteibeitritt

Geregelt sind in der ZPO die Fälle eines gesetzlichen Parteiwechsels, zB §239 ZPO (Tod einer Partei), §265 II ZPO (Eintritt des Rechtsnachfolgers mit Zustimmung), §75 ZPO, §265 ZPO. Eine gesetzliche Regelung für den *gewillkürten* Parteiwechsel fehlt dagegen. Die Rechtsprechung sieht darin eine Klageänderung nach §263 ZPO, die hL ein Rechtsinstitut eigener Art. Ein gewillkürter Parteiwechsel liegt vor, wenn eine Partei auf Kläger- oder Beklagtenseite ausgetauscht werden soll.

- **Klägerwechsel in 1. und 2. Instanz**

Es muß eine Erklärung des Parteiwechsels vorliegen; die Zulässigkeit des Klägerwechsels bestimmt sich nach §263 ZPO, dh es ist entweder die Zustimmung des Beklagten, eine rügeloses Verhandeln (§267 ZPO) oder Sachdienlichkeit erforderlich.

- **Beklagtenwechsel in 1. Instanz**

Neben der Erklärung des Beklagtenwechsels muß der alte Beklagte dem Parteiwechsel nach §269 II ZPO zustimmen, da sich der Parteiwechsel für ihn wie eine Klagerücknahme auswirkt und diese nach §269 III als nicht rechtshängig angesehen wird. Da er also nochmals verklagt werden könnte nach der Klagerücknahme, ist seine Zustimmung erforderlich. Nach einer Ansicht muß der neue Beklagte dagegen nicht zustimmen, da der Kläger vor seiner Klage nicht um Erlaubnis fragen muß. Nach Ansicht der Rechtsprechung ist dagegen auch die Zustimmung des neuen Beklagten nach §263 ZPO einzuholen, da dieser den Prozeß so übernimmt, wie er *bisher* geführt wurde. Diese Zustimmung ist dann nicht nötig, wenn das Gericht den Beklagtenwechsel für sachdienlich hält.

- **Beklagtenwechsel in 2. Instanz**

Bei einem Beklagtenwechsel in 2. Instanz ist dagegen §263 ZPO nicht mehr anzuwenden, dh es genügt nicht die bloße Sachdienlichkeit. Vielmehr *muß* der neue Beklagte zustimmen, da dieser nach hM an den bisherigen Prozeßverlauf gebunden ist und so auch eine Instanz verliert. Auch der alte Beklagte muß nach §269 II zustimmen. Die Zustimmung des alten oder neuen Beklagten ist dann entbehrlich, wenn die Verweigerung rechtsmißbräuchlich ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Parteiwechsel nach der Sachlage zuzumuten ist (zB Klage gegen den Geschäftsführer wird auf GmbH umgestellt).

Bei einem Parteibeitritt werden Kläger oder Beklagte nicht ausgewechselt, es treten nur weitere Personen in den Rechtsstreit mit ein. Es entsteht eine Streitgenossenschaft. Eine Streitgenossenschaft liegt dann vor, wenn ursprünglich schon mehrere Personen klagen oder verklagt werden. Geschieht dies erst nachträglich während des Prozesses, so ist dies ein Parteibeitritt, für den nach hM auch die Vorschriften der Klageänderung nach §263 ZPO gelten. Es liegt dann eine „nachträgliche“ Streitgenossenschaft vor.

§§59ff ZPO Streitgenossenschaft

Eine Streitgenossenschaft (subjektive Klagenhäufung) liegt vor, wenn auf Kläger- oder Beklagtenseite mehrere Personen stehen. Dazu kann es entweder aufgrund der Klageschrift kommen (es klagen mehrere oder es werden mehrere verklagt) oder nachträglich durch Parteiwechsel (ein Beklagter scheidet aus, mehrere treten ein), Parteibeitritt oder Gesamtrechtsnachfolge (Beklagter stirbt, Erbengemeinschaft tritt ein). Man unterscheidet die einfache und die notwendige Streitgenossenschaft:

- **einfache Streitgenossenschaft**

Bei der einfachen Streitgenossenschaft werden mehrere Prozesse in einem Verfahren zusammengefaßt, damit aus prozeßökonomischen Gründen eine gemeinsame Verhandlung erfolgen kann. Einen weiterreichenden Zweck hat die einfache Streitgenossenschaft nicht, da nach §61 ZPO jedes Prozeßrechtsverhältnis selbständig bleibt, vollkommen unabhängig von den anderen Streitgenossen. Eine Streitgenossenschaft ist zulässig, wenn die Personenmehrheit in einer Rechtsgemeinschaft stehen (Gesamthand-, Miteigentums- oder Bruchteilsgemeinschaft, Gesamtschuldner, Bürge und Hauptschuldner) oder aus demselben rechtlichen Grund berechtigt oder verpflichtet sind. Voraussetzung ist aber zusätzlich, daß dieselbe Prozeßart einschlägig ist, kein Verbindungsverbot (§610 II ZPO) besteht und eine gemeinsame Verhandlung prozeßökonomisch ist. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist die Klage nicht unzulässig, die Verfahren werden jedoch nach §145 ZPO getrennt. Liegen die Voraussetzungen vor, so findet eine gemeinsame Verhandlung statt, die einzelnen Verhältnisse bleiben aber unabhängig: der Streitwert wird nicht addiert, Fristen laufen unterschiedlich, Vorbringen wird nur für den jeweiligen Streitgenossen, ebenso wie Prozeßhandlungen, es können auch unterschiedliche Urteile ergehen.

-> Zweck ist nur die gemeinsame Verhandlung

- notwendige Streitgenossenschaft

Eine notwendige Streitgenossenschaft liegt dann vor, wenn die gerichtliche Entscheidung nur allen Streitgenossen gegenüber *einheitlich* erfolgen kann (§62 I Alt. 1 ZPO - prozessuale Gründe) oder aus sonstigen Gründen eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegt (§62 I Alt. 2 ZPO - materiell-rechtliche Gründe).

Eine prozessual notwendige Streitgenossenschaft liegt in den Fällen einer Rechtskrafterstreckung vor (§§325-327, 856 IV ZPO), also wenn sich die Rechtskraft des Urteils auch auf andere Personen erstrecken würde. Diese sind dann notwendige Streitgenossen; Unterschied zur materiell-rechtlich notwendigen Streitgenossenschaft ist, daß bei der prozessual notwendigen die Streitgenossen nicht gemeinsam klagen *müssen* (es findet ja sowieso eine Rechtskrafterstreckung statt).

Eine materiell-rechtlich notwendige Streitgenossenschaft liegt zB vor, wenn nur mehrere Personen die Verfügungsbefugnis gemeinsam haben (§§747, 718 BGB), einer alleine also nicht wirksam darüber entscheiden könnte; sowie bei Gestaltungsklagen, die ein Rechtsverhältnis aufheben, an dem mehrere Personen beteiligt sind (zB Eheaufhebung, Auflösungsklage einer OHG §140 HGB). Die materiell-rechtlich notwendige Streitgenossenschaft kann nur gemeinsam klagen, sonst wird Klage als unzulässig abgewiesen.

-> Hauptpunkt ist, daß bei einer notw. StrGen nicht nur eine Verbindung der Prozesse aus prozeßökonomischen Gründen stattfindet, sondern aus prozessualen oder materiell-rechtlich zwingenden Gründen. Auch wirken Handlung der Streitgenossen für und gegen die anderen, so liegt zB keine Säumnis vor, wenn noch ein Streitgenosse anwesend ist und verhandelt, auch keine Fristversäumung, §62 ZPO. Keine notwendige Streitgenossenschaft liegt aber vor bei Klagen gegen:

- * OHG und Gesellschafter, da sie die Gesellschafter zusätzlich noch auf persönliche Einrede nach §129 HGB berufen können, also keine einheitliche Entscheidung ergehen muß
- * Versicherung und VN: zwar wirkt nach §3 Nr. 8 PflVG ein Urteil zugunsten des VN auch zugunsten der Versicherung, aber nicht umgekehrt, dh trotz eines negativen Urteils für den VN kann sich die Versicherung noch auf Umstände berufen, die eine Ersatzpflicht abwenden. Aus diesem Grund verneint die hM eine notwendige Streitgenossenschaft.

§§64ff ZPO Beteiligung Dritter am Rechtsstreit

Während die Streitgenossenschaft eine Personenmehrheit auf Kläger- oder Beklagtenseite regelt, gelten die §§64ff ZPO nur für *Dritte*, die einem Rechtsstreit betreten. Bei der subjektiven Klagenhäufung gibt es also mehrere Kläger oder Beklagte, während bei den §§64ff ZPO ein Dritter einer Partei beitreten kann, ohne dadurch selbst Kläger oder Beklagter zu sein.

- Hauptintervention §§64, 65 ZPO

Bei der Hauptintervention kann ein Dritter dann in den Prozeß eingreifen, wenn er den Streitgegenstand für sich selbst in Anspruch nimmt. Die Hauptintervention ist eine selbständige Klage gegen *beide* Parteien (Hauptinterventionsprozeß), die vor dem gleichen Gericht geführt werden kann (daher besonderer Gerichtsstand) und bei dem der ursprüngliche Kläger und Beklagte Streitgenossen sind.

Beispiel: A klagt gegen B auf Herausgabe der Sache, C interveniert, weil er selbst Eigentümer ist.

- Nebenintervention §§66-71 ZPO

Bei der Nebenintervention führt der Dritte keinen eigenen Prozeß, er tritt vielmehr einer Partei bei, um dieser beim Streit zu helfen, weil er ein eigenes rechtliches Interesse am Sieg dieser Partei hat. Dies liegt meist dann vor, wenn der Dritte bei einem Verlieren dieser Partei Regreßansprüche gegen sich selbst erwartet (zB Autoversicherung) oder wenn der Dritte die Streitsache in Kenntnis des Prozesses erworben hat und diese beim Verlieren herausgeben müssen. Der Dritte tritt somit als Streithelfer auf. Als solcher kann er nach §67 ZPO gewisse Prozeßhandlungen selbst vornehmen. Der Dritte darf zwar nicht über den Streitgegenstand verfügen, ansonsten aber alle Prozeßhandlungen vornehmen, solange diese nicht im Widerspruch zur Hauptpartei stehen. Verhandelt der Dritte, kann auch kein VU ergehen.

-> Wichtigste Folge der Nebenintervention ist aber §68 ZPO: der Streithelfer kann gegen die unterstützte Partei in einem späteren Prozeß nicht vorbringen, der Rechtsstreit sei unrichtig entschieden oder mangelhaft geführt worden. Alle rechtlichen oder tatsächlichen Feststellungen des Urteils wirken auch gegen ihn.

Beispiel: A kauft eine Maschine von B, die C mangelhaft produziert hat, und klagt auf Schadensersatz. C muß nun befürchten, bei einem Verlieren von B Regreßansprüchen ausgesetzt zu sein und tritt ihm zur Unterstützung als Nebenintervenient bei.

- Streitverkündung §§72-74 ZPO

Um diese Interventionswirkung des §68 ZPO herbeizuführen, ist es auch möglich, daß der Beitritt des Dritten erzwungen wird. Dieser erfolgt also nicht mehr auf freiwilliges Betreiben des Dritten hin, sondern durch eine Streitverkündung.

Beispiel: wie im obigen Beispiel, nur verkündet B dem C den Streit, damit dieser gemäß §68 ZPO an die Feststellungen des Urteils (Mangelhaftigkeit der Maschine) gebunden ist und er seine Regreßansprüche gegen C geltend machen kann.

Zulässig ist die Streitverkündung nach §72 ZPO nur, wenn der Streitverkünder bei Verlieren des Prozesses einen Regreßanspruch gegen den Dritten zu haben glaubt oder einen solchen des Dritten gegen ihn selbst befürchtet. Die Form der Streitverkündung bestimmt sich nach §72 ZPO. Zu beachten ist allerdings, daß eine evtl. Unzulässigkeit der Streitverkündung oder ein Formmangel auf diesen Prozeß keine Auswirkungen hat, dies muß erst in einem Folgeprozeß zwischen Streitverkünder und Drittem festgestellt werden (wie §71 III ZPO).

Gemäß §74 I ZPO kann der Dritte dem Streitverkünder beitreten, dann bestimmt sich seine Stellung nach den Vorschriften über die Nebenintervention (mit §§67, 68 ZPO als Folge). Der Dritte kann den Beitritt aber auch gemäß §74 II ZPO ablehnen. Dann trifft ihn aber auch die Interventionswirkung des §68 ZPO, weil ihm ein Beitritt *möglich* war. Der Dritte muß sich also immer die Feststellungen des Urteils gegen sich gelten lassen, egal, ob er nun beigetreten ist oder nicht.

Rechtsmittel

Charakteristisch für Rechtsmittel ist, daß die formelle Rechtskraft der Entscheidung gehemmt wird (Suspensiveffekt) und daß die Entscheidung auf eine höhere Instanz übergewälzt wird (Devolutiveffekt). Rechtsmittel sind daher nur die Beschwerde, Berufung und Revision, obwohl die Beschwerde nur in bestimmten Fällen einen Suspensiveffekt aufweist (§572 ZPO). Alle anderen Angriffsmittel gegen gerichtliche Entscheidungen sind daher nur Rechtsbehelfe (Einspruch gegen VU, Widerspruch gegen Mahnbescheid, Rechtspflegererinnerung).

Mit der Berufung werden erstinstanzliche Urteile durch das LG (§72 GVG) oder durch das OLG (§119 Nr. 3 GVG) sowohl in *rechtlicher* als auch in *tatsächlicher* Hinsicht überprüft, die Verhandlung findet gemäß §525 ZPO von neuem statt. Die Revision durch den BGH findet gegen die Berufungsurteile des OLG dagegen nur in *rechtlicher* Hinsicht statt, §549 ZPO, das Revisionsgericht ist gemäß §561 II ZPO an die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts gebunden. Die Beschwerde dient der Überprüfung sonstiger gerichtlicher Entscheidungen, die keine Urteile sind. Ein unzulässiges Rechtsmittel wird *verworfen*, ein unbegründetes Rechtsmittel *zurückgewiesen*. Ist die Entscheidung schon ihrer Art nach falsch (zB Beschluß statt Urteil), so ist nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung (BGH) jedes in Betracht kommende Rechtsmittel zulässig (Beschwerde oder Berufung). Der Kläger ist beschwert, wenn die Entscheidung von seinem Klageantrag zu seinem Nachteil abweicht (formelle Beschwer). Der Beklagte ist beschwert, weil er durch das Urteil in seiner materiellen Rechtslage beeinträchtigt ist (materielle Beschwer). Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten muß die Beschwer eine bestimmte Summe überschreiten (Beschwerdewert), bei der Berufung 1.500 DM, bei der Revision 60.000 DM (oder Zulassungsrevision, §546 I ZPO).

Im Gegensatz zur VwGO gilt im Zivilprozeß ein Verbot der *reformatio in peius*, §§536, 559 ZPO, das Revisionsgericht ist an die *gestellten Anträge* des Rechtsmittelklägers gebunden. Die Partei, die ein Rechtsmittel eingelegt hat, darf nicht schlechter gestellt werden als durch das Ersturteil. Das schlimmste, was der Rechtsmittelpartei also passieren kann, ist, daß das Rechtsmittel keinen Erfolg hat. Daraus ergibt sich auch die Terminologie, daß ein unbegründetes Rechtsmittel zurückverwiesen wird. Für den Rechtsmittelgegner ist natürlich eine Verschlechterung möglich. Das Verbot der *reformatio in peius* ergibt sich aus §§536, 559 I ZPO, dh das Urteil darf nur insoweit abgeändert werden, als dies auch beantragt worden ist (und eine Verschlechterung wird der Kläger nicht beantragen). Wird allerdings eine *selbständige* Anschlußberufung (§521 ZPO) oder eine Anschlußrevision (§556 ZPO) auch vom Rechtsmittelbeklagten eingelegt, so gilt das Verschlechterungsverbot nicht mehr, da es dann nicht möglich wäre, nur den Kläger besserzustellen, ohne gleichzeitig die Position des Beklagten zu verschlechtern. Eine selbständige Anschlußberufung oder -revision liegt vor, wenn auch der Beklagte auch innerhalb der Rechtsmittelfrist Berufung oder Revision einlegt. Eine unselbständige Anschlußberufung liegt vor, wenn sich der Beklagte nach Ablauf der Frist dem Rechtsmittel des Klägers anschließt.

§§511ff ZPO Berufung

Statthaft ist die Berufung nur gegen erstinstanzliche Urteile. Gegen Urteile des Amtsgerichts (§§23, 23a GVG) findet die Berufung zum Landgericht statt (§72 GVG), gegen erstinstanzliche Urteile des Landgerichts (§71 GVG) findet die Berufung zum OLG statt (§119 Nr. 3 GVG). Für Urteile des Familiengerichts ist ausschließlich eine Berufung zum OLG möglich, §119 Nr. 1 GVG.

Erforderlich für die Zulässigkeit der Berufung ist eine Beschwer von mindestens 1.500 DM. Diese bestimmt sich beim *Kläger* nach der *formellen Beschwer*, also dem Abweichen des Tenors vom Klageantrag. War der Klageantrag unbeziffert (auch keine ca.-Angabe), liegt keine Differenz vor, es fehlt dem Kläger die Beschwer. Die Beschwer des *Beklagten* ergibt sich daraus, daß das Urteil die Rechtslage des Beklagten materiell umgestaltet (sog. *materielle Beschwer*), das Urteil für ihn eine Verpflichtung darstellt.

Die Berufung muß innerhalb eines Monats nach Zustellung des Ersturteils erfolgen, §516 ZPO, danach hat der Berufungskläger einen weiteren Monat zur Berufungsbegründung Zeit, §519 II 2 ZPO.

Bei der Berufung wird der Rechtsstreit in *rechtlicher* und *tatsächlicher* Hinsicht neu verhandelt, §525 ZPO. Allerdings sind *neue* Angriffs- und Verteidigungsmittel nur dann zulässig, wenn sie den Rechtsstreit nicht verzögern oder deren Nichtvorbringung in der ersten Instanz genügend entschuldigt wird, §528 ZPO. Die Prüfung, ob die Berufung zulässig ist (Beschwerdewert, Form, Frist), erfolgt gemäß §519b ZPO von Amts wegen durch das Berufungsgericht (*iudex ad quem*) und ist bei einem Mangel als unzulässig zu verwerfen. Die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels treffen gemäß §97 ZPO die Partei, die das Rechtsmittel eingelegt hat. Ist die Berufung dagegen zulässig und begründet, so hebt das Berufungsgericht das Ersturteil auf und entscheidet selbst in der Sache, §540 ZPO, wenn es eine eigene Sachentscheidung für sachdienlich hält. Nur in bestimmten Fällen verweist das Berufungsgericht die Sache zur erneuten Verhandlung zurück., §§538, 539 ZPO.

§§545ff ZPO Revision

Die Revision ist nach §545 ZPO *nur* gegen die Berufungsurteile der *OLGe* zulässig. Die Berufungsurteile der LG sind dagegen unanfechtbar. Bei vermögensrechtlichen Ansprüchen muß der Beschwerdewert 60.000 DM übersteigen, bei nichtvermögensrechtlichen Ansprüchen ist eine Revision nur zulässig, wenn das OLG die Revision zugelassen hat. Es gibt also eine *Streitwertrevision* und eine *Zulassungsrevision*. Zulassen muß das OLG die Revision dann, wenn die Sache grundsätzliche Bedeutung hat oder das OLG von der Rechtsprechung des BGH abweicht. Eine Revision ist ferner stets zulässig, wenn das OLG schon die Berufung selbst als unzulässig verworfen hat, §547 ZPO.

Revisionsgericht ist nach §133 GVG der BGH. Jedoch ist nach §8 I EGGVG iVm Art. 10, 11 I BayAGGVG das BayObLG anstelle des BGH für die Revisionen zuständig. Dies jedoch nur dann, wenn ausschließlich Landesrecht strittig ist, §8 II EGGVG, sobald Bundesrecht strittig ist, bleibt es bei der Revisionszuständigkeit des BGH.

In der Revision wird das Berufungsurteil nur in *rechtlicher* Hinsicht überprüft, also ob das Berufungsgericht ein Gesetz verletzt hat, §549 ZPO. An die Tatsachenfeststellung der OLGe ist das Revisionsgericht gebunden, §561 II ZPO, neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sind nicht mehr zulässig. Eine Gesetzesverletzung liegt nach §550 ZPO immer dann vor, wenn ein Gesetz nicht oder nicht richtig angewendet wurde. Dies allein genügt für eine begründete Revision aber noch nicht, gemäß §§550, 563 ZPO muß auch die Gesetzesverletzung *ursächlich* für das falsche Urteil sein, dh die Gesetzesverletzung muß kausal für das unrichtige Urteil sein. Ist das Berufungsurteil trotz Gesetzesverletzung richtig, so ist die Revision unbegründet, §563 ZPO. Dieser Nachweis der Ursächlichkeit ist dann nicht mehr nötig, wenn ein besonders schwerer Gesetzesverstoß vorliegt. Diese absoluten Revisionsgründe sind in §551 ZPO genannt.

Eine Revision gegen erstinstanzliche Entscheidungen der Landgerichte ist auch ohne das Rechtsmittel der Berufung möglich durch eine Sprungrevision nach §566a ZPO. Eine Sprungrevision wird dann gewählt, wenn der Tatsachensachverhalt unstrittig ist und nur Rechtsfragen geklärt werden sollen.

§§567ff ZPO Beschwerde

Die Beschwerde ist das Rechtsmittel gegen gerichtliche Beschlüsse und Verfügungen, die keine Urteile sind. Es gibt eine einfache, eine weitere und eine sofortige Beschwerde.

• einfache Beschwerde

Die einfache Beschwerde ist gemäß §567 ZPO zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist oder wenn für den Beschluß des Gerichts keine mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist. Nicht zulässig ist die Beschwerde gemäß §567 III, IV ZPO gegen Entscheidungen des Landgerichts als Berufungsinstanz oder gegen Entscheidungen der OLG. Es bleibt also nur Raum für eine Beschwerde gegen Entscheidungen der Amtsgerichte und gegen *erstinstanzliche* Entscheidungen der Landgerichte (§71 GVG).

- weitere Beschwerde
Eine weitere Beschwerde kann nach §568 II 1 ZPO gegen die Entscheidungen des Beschwerdegerichts stattfinden. Dies aber gemäß §568 II 2 ZPO nur dann, wenn die Entscheidung des Beschwerdegerichts einen neuen, selbständigen Beschwerdegrund enthält.
- sofortige Beschwerde
Die sofortige Beschwerde findet nur in gesetzlich ausdrücklich bestimmten Fällen statt.

Die Beschwerde wird nach §569 I ZPO bei dem Gericht eingereicht, welches die Entscheidung erlassen hat (*judex a quo*). In dringenden Fällen kann die Beschwerde auch bei Beschwerdegericht (*judex ad quem*) eingereicht werden (§568 ZPO, nächsthöhere Gericht). Die Einlegung der einfachen Beschwerde ist nicht fristgebunden, nur für die sofortige gilt eine Notfrist von 2 Wochen, eine Begründung ist nicht erforderlich. Gemäß §570 ZPO ist das Vorbringen neuer Tatsachen möglich. Hält das Gericht, das die Entscheidung erlassen hat, die Beschwerde für begründet, so hilft er dieser ab, §571 ZPO. Wenn nicht, ist die Beschwerde dem Beschwerdegericht (§568 I ZPO) vorzulegen. Hält dieses die Beschwerde für unzulässig, so verwirft es diese, §574 ZPO, hält es sie dagegen für begründet, so hilft es dieser ab, §575 ZPO, die angefochtene Entscheidung wird aufgehoben.

Eintritt in die Begründetheitsprüfung

Fraglich ist, ob ein Richter die Prüfung der Begründetheit der Klage erst dann beginnen darf, wenn die Zulässigkeit positiv feststeht oder aber der Richter der Klage schon dann stattgeben kann, wenn die Zulässigkeit zwar fraglich ist, die Begründetheit aber auf jeden Fall feststeht. Letzteres ist jedoch zu verneinen, da nur auch der zuständige Richter über die Begründetheit einer Klage entscheiden darf, alles andere wäre ein Verstoß gegen Art. 101 I GG, es läge ein Entzug des gesetzlichen Richters vor.

Nur beim allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis macht die hM hiervon eine Ausnahme, auch wenn dieses nicht zweifelsfrei feststeht, ist ein Offenlassen möglich und auch der Eintritt in die Begründetheitsprüfung.

§§705, 322 ZPO Rechtskraft

- rechtskräftiges Urteil
Ein rechtskräftiges Urteil ist selbst durch das Gericht nicht abänderbar, §318 ZPO, außer in den Fällen der §§319-321 ZPO (Schreibfehler, Berichtigung des Tatbestands, nachträgliche Berichtigung eines übersehenen Anspruchs). Die Bindung des Gerichts tritt sogar schon vor der formellen Rechtskraft ein. Diese Wirkung heißt innerprozessuale Bindungswirkung. Ein rechtskräftiges Urteil kann sogar Tatbestandswirkung haben: ein rechtskräftig festgestellter Anspruch verjährt gemäß §218 BGB nach 30 Jahren, das rechtskräftige Urteil ist gemäß §218 BGB Tatbestandsmerkmal.
- formelle Rechtskraft
Die formelle Rechtskraft tritt gemäß §705 ZPO mit Ablauf der Rechtsmittel- oder Rechtsbehelfsfrist ein, da dann die Wirkung des Urteils nicht mehr durch einen Rechtsbehelf gehemmt werden kann. Nach Ansicht der Rechtsprechung gibt es aber weitere Möglichkeiten, wie formelle Rechtskraft eintreten kann:
 - * Unanfechtbarkeit mit Rechtsmitteln §705 ZPO
 - * Verzicht auf die Geltendmachung des Rechtsbehelfs
 - * Rechtsweg ist erschöpft
 - * es ist kein Rechtsmittel einschlägig
- materielle Rechtskraft
Die materielle Rechtskraft verhindert nach der herrschenden ne-bis-in-idem-Lehre des BGH als negative Sachurteilsvoraussetzungen jede weitere Verhandlung über *denselben Streitgegenstand*. Die Klage wäre als unzulässig abzuweisen. Nach aA verhindert die Rechtskraft nicht einen weiteren Prozeß, das Zweitgericht ist jedoch an das Ersturteil gebunden (Bindungslehre). Materielle Rechtskraft bedeutet, daß das Urteil zwischen den Parteien (inter partes) als bindend gilt, der im Urteilstenor festgestellte Klageanspruch bindet die Parteien materiell, nur das Urteil ist für die Zukunft maßgeblich.
In Rechtskraft erwächst nach §322 ZPO der im Urteilstenor festgestellte Klageanspruch. Die für diesen als Vorfragen zu klärenden Rechtsverhältnisse sind dagegen nicht rechtskraftfähig. Eine solche präjudizielle Wirkung von Vorfragen kommt nur Feststellungsurteilen zu, da hier die „Vorfrage“ schon als Streitgegenstand im Tenor in Rechtskraft erwächst.
Die Bindung des Zweitgerichts wurde früher damit erklärt, daß das Ersturteil die materielle Rechtslage umgestaltete. Nach heute hM wirkt sich das Ersturteil nicht auf die materielle Rechtslage aus, es hat nur die prozessuale Wirkung, daß der Zweitrichter an das (wenn auch falsche) Ersturteil gebunden ist.

- Grenzen der Rechtskraft

- (1) zeitlich

Die materielle Rechtskraft erstreckt sich nur auf die Form des Streitgegenstands, den dieser im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung hatte. Neue Tatsachen können daher in einem neuen Prozeß vorgebracht werden. Entscheidend ist aber der Zeitpunkt der *Entstehung* der neuen Tatsachen, nicht deren Kenntnis oder Ausübung. Dies gilt auch für die Gestaltungsrechte wie Anfechtung, Rücktritt oder Kündigung. Nach BGH kommt es darauf an, daß die Geltendmachung des Gestaltungsrechts erst nach der letzten Tatsachenverhandlung möglich wurde, da sonst die Rechtskraft entgegensteht. Nach hL ist es nur entscheidend, wann das Gestaltungsrecht tatsächlich ausgeübt wurde (vor oder nach der letzten Verhandlung).

- (2) objektiv

Die objektiven Grenzen ergeben sich aus §322 I ZPO. In Rechtskraft erwächst nur über den im Urteilstenor entschiedene Anspruch, womit der prozessuale Anspruch gemeint ist (Streitgegenstand), und nicht die materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlagen. Die Urteilsbegründung erwächst grundsätzlich nicht in Rechtskraft. Wäre dies gewollt, müßte eine (Zwischen)Feststellungsklage erhoben werden, weil dann das streitige Rechtsverhältnis im Tenor genannt würde. Gleichzeitig erwächst aber noch das mit der Entscheidung unvereinbare *kontradiktorische Gegenteil* in Rechtskraft.

Nicht in Rechtskraft erwachsen folglich die Tatsachen oder Tatbestandsmerkmale des materiell-rechtlichen Anspruchs, die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts, die Einwendungen oder Einreden des Beklagten (außer §322 II ZPO: bei Aufrechnung erwächst auch das Nicht-Bestehen der Gegenforderung in Rechtskraft).

- (3) subjektiv

Grundsätzlich wirkt die Rechtskraft nur zwischen den Parteien, eine Rechtskrafterstreckung auf Dritte findet nur ausnahmsweise in den Fällen der §§325-327 ZPO statt. Das Urteil wirkt gemäß §325 ZPO auch auf die Rechtsnachfolger der Parteien. Rechtsnachfolger ist, wer die streitbefangene Sache erwirbt, sei es durch Rechtsgeschäft oder kraft Gesetz, durch Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge. Zu klären ist nur, ob auch die streitbefangene Sache erworben wurde (streitbefangene Sache ist zB bei einer Herausgabeklage die herauszugebende Sache selbst, bei einer Zahlungsklage der schuldrechtliche Anspruch; es liegt also dann keine Rechtsnachfolge vor, wenn der Kläger einen schuldrechtlichen Anspruch auf Lieferung einer bestimmten Sache hat und der Beklagte diese veräußert, da hier die streitbefangene Sache nur der schuldrechtliche Anspruch ist und nicht die Sache selbst). Nach §325 I Alt. 2 ZPO wirkt das Urteil auch dann gegen den Rechtsnachfolger, wenn dieser die streitbefangene Sache derart erworben hat, daß entweder er selbst oder die veräußernde Partei mittelbarer Besitzer ist (zB Beklagter vermietet streitbefangene Sache). In den Fällen des §325 I ZPO ist es gemäß §727 ZPO möglich, den Titel auf den Dritten umzuschreiben, es kann gegen den Dritten vollstreckt werden.

Eine Rechtskrafterstreckung findet dann nicht statt, wenn der Dritte bzgl. des Erwerb und bzgl. des Prozesses gutgläubig war. Ein Eingehen auf §325 II ZPO ist aber dann nicht erforderlich, wenn ohnehin schon feststeht, daß das Urteil für den Rechtsnachfolger wirkt. Ein klageabweisendes Urteil wirkt immer für den Rechtsnachfolger auf der Beklagtenseite, so daß es auf die Gut- oder Bösgläubigkeit nicht mehr ankommt. Nur wenn ein obsiegendes Urteil vorläge, käme es bzgl. der Rechtskrafterstreckung auf die Gutgläubigkeit an.

- Ausnahmen der Rechtskraft

- (1) Abänderungsklage §323 ZPO

Spricht das Urteil dem Kläger künftig fälligwerdende wiederkehrende Leistungen zu und ändern sich die klagebegründenden Umstände *wesentlich*, so kann jeder Teil eine Abänderung verlangen (zB Beklagter wurde auf monatliche Rentenzahlung verklagt wegen Unfall, der Zustand des Klägers bessert sich später aber wesentlich, so kann die Rente verringert werden).

- (2) Wiederaufnahme des Verfahrens §§578ff ZPO durch Nichtigkeitsklage §579 ZPO bei schwersten Verfahrensverstößen oder Restitutionsklage §580 ZPO bei schwerer Verfälschung der Urteilsgrundlage (zB Nr. 7b Wiederauffinden einer Urkunde).

- (3) Wiedereinsetzung in vorherigen Stand §233 ZPO bei unverschuldeter Fristversäumung

- (4) Die Rechtsprechung läßt trotz eines rechtskräftigen Urteils dann die Geltendmachung eines Anspruchs aus §826 BGB zu (*Vorrang der materiellen Gerechtigkeit*), wenn das Urteil materiell unrichtig ist und der Gegner die Unrichtigkeit kennt und besondere Umstände hinzutreten, die die Durchsetzung des Urteils als sittenwidrig erscheinen lassen. Die Klage aus §826 BGB ist somit auf Extremfälle zu be-

schränken. In diesen kann aber durch die Klage aus §826 BGB (Naturalrestitution) Unterlassung der Zwangsvollstreckung und Herausgabe des Titels verlangt werden. Hier findet sich auch die vom BGH vertretene Ansicht wieder, daß das materielle Recht absoluten Vorrang vor den Formalien hat (zB auch Verbot der Fernwirkung von unerlaubt erlangten Beweisen).

Beispiele: bei Prozeßbetrug, bei Betreiben einer öffentlichen Zustellung trotz Kenntnis des Wohnorts des Beklagten und dann Erlaß eines VU, Täuschung von Sachverständigen, Bestimmung eines Zeugen zu Falschaussage.

(5) §§1368, 1428, 1455 Nr. 8 BGB

Die sog. revokatorischen Klagen erlauben es dem Ehegatten, einen vom anderen Ehegatten zu Unrecht veräußerten Gegenstand gerichtlich einzuklagen (gesetzliche Prozeßstandschaft). Dies sogar dann, wenn der veräußernde Ehegatte selbst schon ein (unterliegendes) gerichtliches Urteil erstritten hat, also normalerweise die Rechtskraft einem erneuten Prozeß entgegenstehen würde. Dies deshalb, weil sonst der schutzwürdige Ehegatte an eine schlechte Prozeßführung gebunden wäre.

§§592ff ZPO Urkundenprozeß (auch Wechsel- und Scheckprozeß)

Der Urkundenprozeß ist gemäß §592 ZPO dann einschlägig, wenn der Kläger sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen durch Urkunden beweisen kann. Die hM ist großzügiger, dh der Kläger muß nur die *bestrittenen* Tatsachen durch Urkunden beweisen können. Vorteil des Urkundenprozesses ist, daß in einem vereinfachten Verfahren der Kläger schnell durch ein Vorbehaltsurteil nach §599 ZPO zu einem vorläufig vollstreckbaren Urteil nach §708 Nr. 4 ZPO gelangt. Dies deshalb, weil dem Beklagten viele Rechte abgeschnitten sind, zB ist keine Widerklage zulässig (§595 I ZPO), als Beweismittel gelten nur die Urkunden oder auf Antrag die Parteivernehmung (§595 II ZPO), andere Einwendungen des Beklagten zählen nicht. Daher ergeht auch bei einem Widerspruch des Beklagten vorerst nur ein Vorbehaltsurteil, dh dem Beklagten werden seine Rechte vorbehalten. Anschließend wird erst im (ordentlichen) Nachverfahren nach §600 ZPO der Beklagte vollständig gehört. Erst hier kann er sämtliche Verteidigungsmittel anbringen. Je nach Entscheidung im Nachverfahren wird das Vorbehaltsurteil aufgehoben (mit Schadensersatzfolge des §302 IV ZPO) oder bestätigt.

§§916ff ZPO Arrest und einstweilige Verfügung

In der ZPO gibt es als Eilverfahren den Arrest und die einstweilige Verfügung. Es handelt sich hierbei um beschleunigte Erkenntnisverfahren:

- Arrest §§916ff ZPO

Der Arrest bezweckt die Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer *Geldforderung*. Man unterscheidet den dinglichen und den persönlichen Arrest. Der dingliche Arrest (§917 ZPO) findet in das gesamte Vermögen des Schuldners statt und erfolgt durch Pfändung oder Hypothek (§§930-932 ZPO). Der persönliche Arrest (§918 ZPO) richtet sich dagegen gegen die Person des Schuldners selbst (Haft, Entzug der Ausweise..).

An die Stelle der Klageschrift tritt das Arrestgesuch, §920 ZPO, der Arrest ist begründet, wenn sowohl Arrestanspruch (materieller Anspruch) also auch Arrestgrund (Eilbedürftigkeit) schlüssig sind und vom Antragsteller glaubhaft gemacht werden können, §920 II ZPO. Arrestgrund ist die Gefährdung der künftigen Zwangsvollstreckung, also daß ohne den Arrest die künftige Zwangsvollstreckung wesentlich gefährdet ist. Kein Arrestgrund ist eine schon bestehende schlechte Vermögenslage des Schuldners, wenn dieser seine Lage durch Handlungen nicht weiter verschlechtert. Nur um anderen Gläubigern zuvorzukommen, ist kein Arrest möglich. Ist der Antrag begründet, ergeht ein Arrestbefehl. Gemäß §928 ZPO gelten die Vorschriften der Zwangsvollstreckung entsprechend, nur ist gemäß §929 I, III ZPO keine Vollstreckungsklausel oder eine Zustellung erforderlich.

Die Tatsache, daß bereits eine gerichtliche Klage am Laufen ist, hindert das Arrestgesuch nicht. Gemäß §261 III Nr. 1 ZPO hat der Arrest einen anderen Streitgegenstand, da er die zwangsweise Sicherung bezweckt. Das Arrestgesuch kann mit oder ohne mündliche Verhandlung verhandelt werden. Bei mündlicher Verhandlung ist die Berufung gegen die Arrestentscheidung möglich, erfolgt sie ohne mündliche Verhandlung, so kann bei positivem Bescheid der *Antragsgegner* nach §924 I ZPO Widerspruch einlegen, bei negativem Bescheid kann der *Antragsteller* nach §567 ZPO Beschwerde einlegen.

- einstweilige Verfügung §§935ff ZPO

Während der Arrestanspruch zur Sicherung einer Geldforderung dient, ist Gegenstand der einstweiligen Anordnung die Sicherung eines *Individualanspruchs* (§935 ZPO, Sicherungsanordnung, zB Herausgabe, Unterlassung) oder die Sicherung eines streitigen Rechtsverhältnisses (§940 ZPO, Regelungsanordnung). Nicht gesetzlich geregelt, aber auch anerkannt ist die Leistungsanordnung, also die (vorläufige) Ver-

pflichtung des Antragsgegner zur einer Leistung, wenn der Gläubiger auf die sofortige Erfüllung dringend angewiesen ist (zB Unterhaltspflicht, aus §§620, 940 ZPO, 1615o BGB analog).

Nach §938 ZPO entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen, welche Anordnung zur Sicherung des bestehenden Zustands am besten geeignet ist. Da nach §936 ZPO das Verfahren des Arrestes entsprechend gilt, ist auch hier Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund schlüssig darzulegen und glaubhaft zu machen, §920 II ZPO. Wie immer im einstweiligen Rechtsschutz darf das Gericht nur eine vorläufige Maßnahme anordnen, keine endgültige Regelung treffen. Anordnung können Gebote oder Verbote sein, oder nach §938 II ZPO auch eine *Sequestration*, dh Herausgabe einer Sache an den Gerichtsvollzieher, welcher dann die Sache sicherheitshalber aufbewahrt.

§§688ff ZPO Mahnverfahren

Das Mahnverfahren ist kein Streitiges Verfahren, sondern ein unstreitiges Verfahren. Es verschafft dem Gläubiger ohne Urteil oder mündliche Verhandlung schnell einen Vollstreckungstitel, §794 I Nr. 4 ZPO. Der Gläubiger reicht beim Gericht *seines* allgemeinen Gerichtsstandes einen Antrag auf einen Mahnbescheid ein, auf die Höhe der Geldforderung kommt es nicht an (ausschließlicher Gerichtsstand, §689 II 1 ZPO). Funktionell zuständig ist der Rechtspfleger nach §20 Nr. 1 RPflG, dieser überprüft das Vorliegen der Voraussetzungen der §§689, 690 ZPO (Inhalt des Antrags). Bezüglich der Schlüssigkeit des Antrags wird nur überprüft, ob der Anspruch des Gläubigers generell geeignet ist, den geltend gemachten Anspruch zu rechtfertigen, eine weitere Überprüfung findet nicht statt. Dann erläßt der Rechtspfleger ohne Anhörung des Schuldners einen Mahnbescheid, dieser wird dem Schuldner zugestellt.

Nach §694 I ZPO kann der Schuldner innerhalb von 2 Wochen (§692 I Nr. 3 ZPO) gegen den Mahnbescheid Widerspruch einlegen. Bei einem rechtzeitigen Widerspruch wird die Sache an das zuständige Gericht abgegeben, §696 I ZPO, jedoch nur auf Antrag einer Partei. Jetzt findet ein Streitiges Verfahren statt, der Kläger hat nach §697 I ZPO seinen Anspruch zu begründen.

Wurde der Widerspruch nicht eingelegt, so erläßt der Rechtspfleger nach §699 I ZPO einen Vollstreckungsbescheid, dieser steht nach §700 I ZPO einen vorläufig vollstreckbarem Versäumnisurteil gleich, und ist daher nach §794 I Nr. 4 ZPO ein Vollstreckungstitel.

Gegen diesen Vollstreckungstitel kann nach §700 III ZPO Einspruch (wie bei einem VU) eingelegt werden, dann wird das Mahnverfahren auch in ein Streitiges Verfahren an das zuständige Gericht abgegeben. Zu beachten ist, daß auch ein verspäteter Widerspruch nach §694 II ZPO wie ein Einspruch wirkt, dh auch hier wird das Verfahren an das zuständige Gericht nach §700 III ZPO abgegeben. Wird kein Einspruch eingelegt, so wird der Vollstreckungsbescheid rechtskräftig und erlangt materielle Rechtskraft.

§§704ff ZPO Zwangsvollstreckung

Die Zwangsvollstreckung ist ein staatliches Verfahren zur zwangsweisen Durchsetzung von Vollstreckungstiteln. Dieses Verfahren ist deshalb nötig, weil das Gewaltmonopol beim Staat liegt und der Gläubiger seinen Titel nicht selbst durchsetzen darf. Durchgesetzt werden aber nur Leistungsansprüche; Gestaltungsurteile scheiden aus, da sie die Rechtslage schon selbst unmittelbar ändern und keiner Durchsetzung mehr bedürfen. Feststellungsurteile haben keinen vollstreckbaren Inhalt, da sie nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses bestätigen.

Wesentliche Verfahrensvoraussetzungen für die Zwangsvollstreckung sind *Titel, Klausel* und *Zustellung*. Die Zwangsvollstreckung kann nur aus einem Titel betrieben werden, Titel sind gemäß §704 I ZPO Endurteile oder vorläufig vollstreckbare Urteile, in §794 ZPO sind weitere Vollstreckungstitel genannt. Diese Titel sind als solche aber noch nicht vollstreckbar, dies werden sie erst durch die Anfügung einer Vollstreckungsklausel, §724 I ZPO. Diese hat den Inhalt nach §725 ZPO („Vorstehende Ausfertigung wird dem Gläubiger zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt“) und wird dem Titel am Schluß angehängt. Ohne diese Klausel ist der Titel nicht vollstreckbar. Des weiteren muß dieser vollstreckbare Titel nach §750 I ZPO dem Schuldner zugestellt werden, dh nach §§166ff ZPO (wichtig sind §190 ZPO Übergabe und §170 ZPO Zustellungsurkunde). Eine gleichzeitige Zustellung mit Beginn der Zwangsvollstreckung ist ausreichend.

Vollstreckungsorgane sind der Gerichtsvollzieher §753 ZPO, das Vollstreckungsgericht §764 ZPO, das Grundbuchamt und das Prozeßgericht. Der Gerichtsvollzieher ist nach §753 ZPO immer dann zuständig, wenn nicht ein Gericht ausdrücklich im Gesetz als zuständig erklärt ist. Das Grundbuchamt ist nur für die Eintragung einer Zwangshypothek nach §866 ZPO zuständig.

Welche Art der Zwangsvollstreckung einschlägig ist, entscheidet sich danach, was gefordert ist und in welches Vermögen vollstreckt wird. Es ist zwischen Vollstreckung einer Geldforderung (in bewegliches und unbewegliches Vermögen) und der Vornahme von Handlungen zu unterscheiden.

Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen

Wesentliche Voraussetzungen sind ein Vollstreckungstitel, eine Vollstreckungsklausel und die Zustellung an den Schuldner.

(1) Vollstreckungstitel

Der Titel ist die Grundlage, um gegen den Schuldner vorgehen zu können. Aus dem Titel muß sich der Umfang der zu vollstreckenden Forderung ergeben, die Bezeichnung der Parteien und die Angabe, wegen was vollstreckt wird (zB Geldforderung). Was dann gepfändet wird, bestimmt entweder der Gerichtsvollzieher oder der Gläubiger selbst, §§753, 754 ZPO. Die Zwangsvollstreckung hat gemäß §707 ZPO auf Antrag einstweilig eingestellt zu werden, wenn der Schuldner Wiedereinsetzung in vorherigen Stand (§233 ZPO) oder Wiederaufnahme des Verfahrens (§578 ZPO) beantragt. Das gleiche gilt gemäß §719 ZPO für die Einlegung von Rechtsmitteln gegen ein vorläufig vollstreckbares Urteil.

* rechtskräftige Endurteile §704 I Alt. 1 ZPO

Wichtigster Vollstreckungstitel ist das formell rechtskräftig gewordene Endurteil, die Rechtskraft tritt nach §705 ZPO mit Ablauf der Rechtsmittelfrist ein. Zu beachten ist, daß hierunter nach §19 I EGZPO auch der Einspruch nach §338 ZPO (VU) gehört, obwohl dieser wegen des fehlenden Devolutiveffekts kein Rechtsmittel ist, sondern nur ein Rechtsbehelf. Wird auch nur ein Teil des Urteils mit einem Rechtsmittel angefochten, so wird die Rechtskraft des gesamten Urteils gehindert. Möglich ist dann nur ein Antrag in der Rechtsmittelinstanz auf vorläufige Vollstreckung.

* vorläufig vollstreckbare Urteile §704 I Alt. 2 ZPO

Ein Urteil ist auch dann ein Titel, wenn die Rechtsmittelfrist noch nicht abgelaufen ist, es aber den Tenor der vorläufigen Vollstreckbarkeit enthält, §313 I Nr. 4 ZPO. Dann kann die Zwangsvollstreckung aus diesem Urteil betrieben werden, obwohl der Beklagte noch durch ein Rechtsmittel das Urteil aufheben könnte. Im Regelfall ist dies nur gegen Sicherheitsleistung des Klägers möglich, §709 ZPO (mit den Ausnahmen des §708 ZPO), da diese den Schadensersatzanspruch des Beklagten aus §717 II ZPO sichern soll, wenn das Urteil nach der Zwangsvollstreckung aufgehoben wird. Eine vorläufige Vollstreckbarkeit kann der Beklagte nach §712 ZPO verhindern, wenn er seinerseits eine Sicherheitsleistung zahlt und ihm die vorläufige Vollstreckung Nachteile bringen würde.

* weitere Titel des §794 I ZPO

(1) §794 I Nr. 1 ZPO

Der Prozeßvergleich hat Doppelnatur (§794 I Nr. 1 ZPO und §779 BGB) und wirkt prozeßbeendend und beseitigt die Rechtshängigkeit. Aus der Vergleichsurkunde kann der Kläger vollstrecken. Der Prozeßvergleich kann vor irgendeinem Gericht geschlossen werden, nicht zwingend nur vor dem Prozeßgericht. Ist der Prozeßvergleich unwirksam (fehlende Prozeßfähigkeit, kein beiderseitiges Nachgeben...), stellt er keinen Titel zur Zwangsvollstreckung dar. In jedem Fall muß sich der Gläubiger einen neuen Titel beschaffen, irrelevant, ob der Vergleich materiell-rechtlich oder prozeßrechtlich weggefallen ist. Fällt der Vergleich materiell-rechtlich weg, so muß dann ein *neuer Rechtsstreit* geführt werden, wenn dieser aufgrund Umstände wegfällt, die nach dem Vergleich eingetreten sind. Ist der Vergleich materiell-rechtlich *von Anfang an* unwirksam (§§142, 346 BGB), so wird der alte Rechtsstreit wieder fortgesetzt. Die Parteien können auch durch einen Verzicht auf die Rechte aus dem Vergleich nicht erreichen, daß der ursprüngliche Rechtsstreit wieder fortgeführt wird (BGH).

Der Schuldner kann sich einer Zwangsvollstreckung, die auf einem unwirksamen Vergleich beruht, mit der Vollstreckungsgegenklage nach §767 ZPO wehren (materielle Einwendungen). Für diese wären normalerweise nur solche Einwendungen zulässig, die sich erst *nach* der letzten mündlichen Verhandlung ergeben haben, §767 II ZPO. Diese zeitliche Grenze gilt jedoch nicht für die Titel aus §794 I ZPO, hierfür gibt §§795, 797 IV ZPO eine abweichende Regelung, hier können auch Einwendungen vorgebracht werden, die schon vorher bestanden haben. Der Schuldner kann sich aber auch durch §766 ZPO mit der Erinnerung wehren, daß ein vollstreckbarer Titel nicht bestünde.

(2) §794 I Nr. 2 ZPO

Allein aus dem Tenor, wer die Kosten zu tragen hat, kann noch nicht vollstreckt werden. Vielmehr ist hier ein Kostenfestsetzungsbeschluß erforderlich, der gemäß §§103, 105 I 1 ZPO ergeht. Erst dieser Beschluß nach §105 I 1 ZPO bildet einen Vollstreckungstitel nach §794 I Nr. 2 ZPO, allerdings gilt nach §798 ZPO eine zweiwöchige Wartefrist.

(3) §794 I Nr. 4 ZPO

Vollstreckungstitel sind nach §794 I Nr. 4 ZPO auch die Vollstreckungsbescheide (Mahnbescheid). Diese ergehen nach §699 I 1 ZPO, wenn der Schuldner nicht rechtzeitig Widerspruch gegen einen Mahnbescheid einlegt. Eine Vollstreckungsklausel nach §§724, 725 ZPO ist hier gemäß §796 ZPO nicht erforderlich, nur dann, wenn der für einen anderen Gläubiger oder gegen einen anderen Schuldner als den bezeichneten erfolgen soll.

Der Schuldner hat aber gemäß §700 III ZPO die Möglichkeit des Einspruchs gegen den Vollstreckungsbescheid (nach §338 ZPO, weil nach §700 I ZPO der Vollstreckungsbescheid wie ein vorläufig vollstreckbares VU behandelt wird; oder nach §694 II ZPO, weil ein verspäteter Widerspruch als Einspruch ausgelegt wird).

Legt der Schuldner innerhalb der Frist des §339 ZPO den Einspruch ein, so hat er gemäß §719 I ZPO die Möglichkeit, auf Antrag die Zwangsvollstreckung nach §707 I ZPO einstweilig einstellen zu lassen.

(4) §794 I Nr. 5 ZPO

Auch aus Urkunden, die vor einem Gericht oder vor einem Notar aufgenommen wurden, ist ohne Erkenntnisverfahren und ohne Urteil eine Zwangsvollstreckung möglich, wenn sich der Schuldner darin der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. §794 I Nr. 5 ZPO ist Ausfluß der Dispositionsmaxime und gewährt dem Gläubiger einen schnellen Zugriff auf das Vermögen des Schuldners. Will sich dieser gegen die Zwangsvollstreckung materiell-rechtlich wehren, so kann er Vollstreckungsabwehrklage nach §767 ZPO erheben. Auch hier gilt die zeitliche Grenze der letzten mündlichen Verhandlung nach §§795, 797 IV ZPO nicht, da kein Erkenntnisverfahren stattgefunden hat.

* Arrest §928 ZPO und einstweilige Verfügung §§936, 928 ZPO

Da gemäß §928 ZPO die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechend gelten, ist der Arrestbefehl (§922 ZPO) und die einstweilige Anordnung (§§936, 922 ZPO) ein Vollstreckungstitel. Auch hier ist gemäß §929 I ZPO eine Vollstreckungsklausel entbehrlich, diese ist nur dann erforderlich, wenn die Zwangsvollstreckung für einen anderen Gläubiger oder gegen einen anderen Schuldner als den bezeichneten betrieben werden soll.

(2) Vollstreckungsklausel

Die Vollstreckungsklausel bezeugt Bestehen und Vollstreckungsreife des Titels, sie ist gemäß §725 ZPO am Schluß des Titels anzubringen. Ohne die Vollstreckungsklausel ist der Titel nicht vollstreckbar. Die Klausel ist nötig, weil das Vollstreckungsorgan die Rechtmäßigkeit und Richtigkeit des Titels nicht nachprüft (formalisiertes Verfahren). Erst durch die Klausel erkennt das Vollstreckungsorgan, daß ein vollstreckbarer Titel vorliegt. Die Vollstreckungsklausel erleichtert aber auch die Zwangsvollstreckung gegen Rechtsnachfolger, nach §727 ZPO muß gegen den Rechtsnachfolger kein neuer Titel erwirkt werden, es genügt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel. Keine Vollstreckungsklausel bedarf es nach §§795a ZPO (Kostenbescheid), 796 ZPO (Vollstreckungsbescheid), 929 ZPO (Arrest und einstweilige Verfügung), 908, 830 I 2, 836 III ZPO. Zuständig für die Erteilung der Klausel ist nach §724 II ZPO der Urkundsbeamte, bei Urkunden kann dies nach §§795, 797 II ZPO auch der verwahrende Notar sein.

Sonderformen:

* titelergänzende Klausel

Ist ein Titel erst nach Eintritt einer Bedingung vollstreckbar, so darf gemäß §726 I ZPO die Vollstreckungsklausel erst dann erteilt werden, wenn der Gläubiger den Eintritt dieser Bedingung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachweist (§§415, 417 ZPO, 129 BGB). Eine solche Bedingung findet sich idR nur bei Prozeßvergleichen und vollstreckbaren Urkunden, selten aber bei Urteilen. Zuständig für die titelergänzenden Klauseln ist nicht nach §724 II ZPO der Urkundsbeamte, sondern der Rechtspfleger nach §20 Nr. 12 RPfIG. Bei einer Zug-um-Zug Leistung ist nach §726 II ZPO der Nachweis der erbrachten Leistung durch den Gläubiger nicht erforderlich für die Erteilung der Vollstreckungsklausel, da schon nach §756 ZPO der Gerichtsvollzieher *selbst* die Leistung des Gläubigers erbringen muß (oder §765 ZPO für Vollstreckungsgericht) oder die bereits erbrachte Leistung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden gemäß §756 ZPO nachgewiesen werden muß. Es besteht also ohnehin schon eine Nachprüfungspflicht durch die Vollstreckungsorgane. Besteht die Leistung des Schuldners aber in der Abgabe einer Willenserklärung, so wird die Vollstreckungsklausel nicht erteilt, bevor nicht der Nachweis erbracht wurde, daß auch der Gläubiger geleistet hat. Denn gemäß §894 I 2 ZPO wäre die Abgabe dieser Willenserklärung schon dann fingiert, wenn die Vollstreckungsklausel erteilt wäre.

* titelübertragende Klausel

Die titelübertragende Klausel heißt auch titelumschreibende Klausel und wird dann nötig, wenn sich Gläubiger oder Schuldner ändern. Nach §727 ZPO kann der Titel auf die Rechtsnachfolger von Gläubiger und Schuldner umgeschrieben werden. Auf die Parteien kraft Amtes findet §727 ZPO analoge Anwendung, dh zB ein Nachlaß- oder ein Insolvenzverwalter können die erstrittenen Titel auf sich umschreiben lassen. §728 ZPO korrespondiert mit den Fällen der Rechtskrafterstreckung nach §§326, 327 ZPO (Testamentsvollstreckung, Nacherbschaft). Nacherben und Erben können daher die Titel, die der Vorerbe oder der Testamentsvollstrecker erstritten hat, auf sich umschreiben lassen. §729 I ZPO erfaßt die Fälle einer gesamten Vermögensübernahme durch Vertrag, der Titel kann also auf den Erwerber umgeschrieben werden. §729 II ZPO regelt den Fall des Erwerbs eines Handelsgeschäfts unter Lebenden bei Fortführung unter der bisherigen Firma. Der Titel kann also gegen den Erwerber des Handelsgeschäfts umgeschrieben werden.

Tod des Schuldners bei der Zwangsvollstreckung:

* keine Annahme durch den Erben

Gemäß §779 I ZPO wird die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß des Schuldners fortgesetzt, wenn dieser verstirbt, der Tod des Schuldners unterbricht eine *begonnene* Zwangsvollstreckung nicht. Die Zwangsvollstreckung ist hier aber nur in den Nachlaß selbst möglich, eine Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen ist nicht möglich. Gemäß §779 II ZPO ist eine Titelumschreibung auf den Erben dann nicht erforderlich, wenn die Zuziehung des Schuldners (Erbe) nicht erforderlich ist. Ist diese allerdings erforderlich, so

kann der Gläubiger beim Prozeßgericht beantragen, daß dem Erben ein besonderer Vertreter bestellt wird. Eine Titelum-schreibung auf den Erben scheidet schon deshalb aus, weil vor der Annahme der Erbschaft eine Zwangsvollstreckung gegen den Erben nach §1958 BGB unzulässig ist (auch §778 I ZPO).

Eine fortgesetzte Vollstreckung in den Nachlaß nach §779 ZPO ist aber nur dann zulässig, wenn die Zwangsvollstreckung gegen den verstorbenen Schuldner schon begonnen hat. Hat diese noch nicht begonnen, dann ist sie vor der Annahme der Erbschaft nur in den Nachlaß zulässig, §778 I ZPO.

* Annahme durch den Erben

Nach der Annahme durch den Erben muß der Titel auf den Erben nach §727 ZPO umgeschrieben werden. Bei einem einzelnen Erben oder bei einer Erbengemeinschaft (vor der Teilung des Nachlasses) ist dies kein Problem. Nur bei einer Zwangsvollstreckung nicht in den Nachlaß, sondern in das Privatvermögen der Miterben ist dies problematischer, da diese nach §2059 I 1 BGB ein besonderes Verweigerungsrecht haben. Dieses muß allerdings gemäß §780 ZPO im Urteil vorbehalten sein. Wird der Miterbe als Gesamtschuldner verurteilt, so muß er in der Zwangsvollstreckung nach §§781, 785, 767 ZPO die Vollstreckungsgegenklage bei einer Zwangsvollstreckung trotz Vorbehalts im Urteil erheben.

Rechtsbehelfe bzgl. Vollstreckungsklausel:

- * der Schuldner kann nach §732 ZPO (Erinnerung) oder nach §768 ZPO (Klauselgegenklage) gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel vorgehen. Die Erinnerung nach §732 ZPO ist begründet, wenn die Vollstreckungsklausel an formellen Fehlern leidet. §768 ZPO dagegen erfaßt nur materielle Einwendungen gegen die Klausel, und zwar nur gegen die „als bewiesen angenommenen“ Voraussetzungen der Klausel.
- * der Gläubiger kann sich gegen eine Verweigerung der Vollstreckungsklausel gleich auf vier Wegen wehren. Bei einfachen Klausel gibt es die Erinnerung des Urkundsbeamten, bei titelergänzenden oder titelum-schreibenden Klauseln die Rechtspflegererinnerung §§20 Nr. 12, 11 RPflG. Wurde die Erteilung von einem Notar verweigert, so kann der Gläubiger nach §§795, 797 II ZPO, 54 BeurkG dagegen vorgehen. Auch §731 ZPO ermöglicht ihm ein Vorgehen, wenn der Gläubiger die nötigen Voraussetzungen der §§726ff ZPO nicht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden beweisen kann. Dann kann er nach §731 ZPO auf die Erteilung der Klausel klagen und beim Prozeßgericht des ersten Rechtszuges hierfür anderweitig Beweis erbringen.

(3) Zustellung

Die Zustellung des Urteils ist die letzte Warnung des Schuldners, der von dem Titel nicht unbedingt Kenntnis haben muß, da dieses auch auf die Rechtsnachfolger umgeschrieben werden kann. Gemäß §750 I 1 ZPO muß das Urteil zumindest gleichzeitig mit der Zwangsvollstreckung zugestellt werden. Diese Gleichzeitigkeit ist dann nicht möglich, wenn das Gesetz eine Wartezeit zwischen Zustellung und Zwangsvollstreckung anordnet (zB §§750 III, 798, 798a ZPO). Grundsätzlich muß nach §750 I 1 ZPO nur der Titel zugestellt werden. Die Zustellung auch der Vollstreckungsklausel ist nach §750 II ZPO nur dann erforderlich, wenn es sich um eine titelergänzende (§726 ZPO) oder um eine titelum-schreibende (§§727ff ZPO) Klausel handelt, weil dann die Rechtsnachfolger vom Titel nichts wissen müssen.

Die Zustellung des Urteils erfolgt nach §317 I ZPO von Amts wegen, es gelten daher die §§208ff ZPO. Die Zustellung kann aber auch auf Betreiben der Parteien geschehen, dann gelten die §§166ff ZPO (die auch subsidiär bei einer Zustellung von Amts wegen gelten). Zuzustellen ist an die Partei (oder Rechtsnachfolger), bei einem Prozeßbevollmächtigten gemäß §176 ZPO an diesen. Eine persönliche Zustellung ist nicht zwingend erforderlich, es gibt Möglichkeiten der Ersatzzustellung (§§181ff ZPO). Bei §181 I ZPO gilt zu beachten, daß die Rechtsprechung den Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht „als zur Familie gehörend“ ansieht. Eine Familie bildet eine nicht-eheliche Lebensgemeinschaft erst dann, wenn Kinder vorhanden sind.

-> Ein Verstoß gegen die Zustellungs-vorschriften ist ein wesentlicher Verfahrensverstoß, außer es besteht gemäß §187 ZPO die Möglichkeit einer Heilung. Ein Zustellungsfehler „kann“ (richterliches Ermessen) als bewirkt angesehen werden zu dem Zeitpunkt, in dem die Zustellung *tatsächlich* erfolgt ist. Dies gilt dann nicht, wenn durch die Zustellung eine Notfrist in Gang gesetzt wird, da diese nicht vom gerichtlichen Ermessen abhängig sein sollen. Das gleiche gilt nach BGH auch für die Berufungs- und Revisions**begründungsfrist** (§§519 II 2, 554 II 2 ZPO). Eine Heilung von Zustellungsmängeln kann aber auch nach §295 ZPO durch Verzicht auf den Schutz der Zustellungs-vorschrift erfolgen (rügeloses Verhandeln).

(4) keine Vollstreckungshindernisse

Die Zwangsvollstreckung ist bei Vorliegen eines Titels, einer Vollstreckungsklausel und einer Zustellung aber erst dann zulässig, wenn keine Vollstreckungshindernisse in Betracht kommen:

- * Konkurs des Schuldners
- * Einstellung der Zwangsvollstreckung nach §775 ZPO
- * Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung (§§719, 707, 769 ZPO)
- * Vollstreckungsbeschränkende Vereinbarungen (mit als Prozeßvergleich beachtlich)

Verhältnis Mobiliar- zu Immobiliarvollstreckung §865 ZPO

Wegen einer Geldforderung kann der Gläubiger wahlweise in das bewegliche Vermögen (§§808ff ZPO) oder in das unbewegliche Vermögen (§§864ff ZPO) des Schuldners vollstrecken. Bei der Vollstreckung in das bewegliche Vermögen ergeben sich mehrere Zugriffsmöglichkeiten, zB auf körperliche Sachen, auf Forderungen, auf Herausgabe und auf sonstige Vermögensrechte.

Die Unterscheidung zwischen Mobiliar- und Immobiliarvollstreckung ist relevant, da nach §808 ZPO für die Mobiliarvollstreckung der Gerichtsvollzieher zuständig ist und für die Immobiliarvollstreckung nach §1 ZVG das Amtsgericht (nach §867 ZPO das Grundbuchamt für die Zwangshypothek). Die nötige Abgrenzung trifft §865 ZPO: zur Immobiliarvollstreckung gehören auch die körperlichen bewegliche Gegenstände, auf die sich das Grundstück erstreckt. Diejenigen beweglichen Gegenstände, die vom Haftungsverband des §1120 BGB erfaßt werden, unterfallen nicht der Zwangsvollstreckung nach §808 ZPO, sondern der Immobiliarvollstreckung nach §§864ff ZPO. Dies aber erst dann, wenn sie nach §§865 II 2 ZPO, 15ff ZVG beschlagnahmt worden sind, vorher ist nur die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen möglich.

Der Gerichtsvollzieher darf also keine beweglichen Sachen pfänden, die vom Haftungsverband des §1120 BGB erfaßt sind und bereits beschlagnahmt wurden, da er hierfür nicht zuständig ist. Vom Haftungsverband des §1120 BGB werden die wesentlichen Bestandteile des Grundstücks §§93, 94 BGB, die sonstigen Bestandteile sowie das Zubehör, sofern es dem Grundstückseigentümer gehört, erfaßt. Strittig ist die Behandlung eines Anwartschaftsrecht (zB EV-Kauf): nach hM unterfällt das Anwartschaftsrecht ebenfalls dem Haftungsverband, wenn auch die Sache selbst diesem unterliegt. Nach einer Ansicht darf dann die Sache, an der das Anwartschaftsrecht besteht, wegen §865 II ZPO gepfändet werden, auch wenn die Sache als Zubehör gilt, da nur das Anwartschaftsrecht als Zubehör unpfändbar ist. Nach aA darf auch die Sache selbst nicht gepfändet werden, da sonst die wirtschaftliche Einheit, die §865 II ZPO bezweckt, zerstört werden würde.

-> auf das Vorliegen einer bestehenden Hypothek kommt es nicht an, §865 ZPO erfaßt immer die wesentlichen Bestandteile, die sonstigen Bestandteile und das Zubehör, auch wenn gar keine Hypothek besteht. Diese Nachprüfung kann dem Gerichtsvollzieher auch nicht zugemutet werden. Besteht keine Hypothek, so kann sich der Schuldner mit der Erinnerung nach §766 ZPO gegen die Zwangsvollstreckung wehren. Besteht aber eine Hypothek, so kann sich auch der Hypothekengläubiger nach §771 ZPO mit der Drittwiderspruchsklage dagegen wehren, da §865 II 1 ZPO ein die Veräußerung hinderndes Recht ist.

-> vor der Beschlagnahme können die beweglichen Sachen nach §§808ff ZPO gepfändet werden, §865 II 2 ZPO. Dies gilt aber nicht für Zubehör, §865 II 1 ZPO. Dieses kann nie nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen gepfändet werden, sondern unterliegt immer der Immobiliarvollstreckung, da die wirtschaftliche Einheit zum Grundstück nicht gefährdet werden soll. Handelt der Gerichtsvollzieher aber in Widerspruch zu §865 II 1 ZPO, indem er auch Zubehör pfändet, so ist diese Pfändung dennoch wirksam und lediglich anfechtbar, da die Eigenschaft als Zubehör selten evident ist.

§§803ff ZPO Zwangsvollstreckung wegen Geldforderung

Bei der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung wird unterschieden zwischen der Zwangsvollstreckung in das bewegliche und unbewegliche Vermögen.

• bewegliches Vermögen

- (1) Sachpfändung §§808ff ZPO
- (2) Forderungspfändung §§828ff ZPO
 - * Geldforderung §829 ZPO
 - * Zwangsvollstreckung in Herausgabeansprüche §846 ZPO
 - * Zwangsvollstreckung in hypothekarisch gesicherte Forderung §830 ZPO
- (3) Pfändung in sonstige Vermögensrechte §857 ZPO

• unbewegliches Vermögen

- (1) Zwangshypothek §§866 I Alt. 1, 867, 868 ZPO (Eintragung Sicherungshypothek §1184 BGB)
- (2) Zwangsversteigerung §§866 I Alt. 2, 869 ZPO, 15ff ZVG (Befriedigung aus Verwertung)
- (3) Zwangsverwaltung §§866 I Alt. 3, 869 ZPO, 146ff ZVG (Befriedigung aus Erzeugnissen)

§808 I ZPO Pfändung in schuldnerfremde Sachen

Gemäß §808 I ZPO unterliegen all diejenigen *beweglichen Sachen* der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung, die sich *im Gewahrsam* des Schuldners befinden. Auf die Eigentumsverhältnisse kommt es nicht an, diese Überprüfung ist dem Gerichtsvollzieher nicht zumutbar. Der wirkliche Eigentümer kann sich nur mit der Drittwiderspruchsklage nach §771 ZPO dagegen wehren. Gewahrsam bedeutet die tatsächliche

Sachherrschaft über die zu pfändende Sache. Dies entspricht dem unmittelbaren Besitz im BGB, nicht aber dem mittelbaren. Dieses formalisierte Verfahren der Zwangsvollstreckung dient der Effektivität (so muß der Gerichtsvollzieher zB nur prüfen, ob ein Titel vorliegt, nicht aber, ob dieser auch materiell gerechtfertigt ist). Haben zwei Personen Mitgewahrsam (zB §866 BGB), so gilt derjenige Mitgewahrsamsinhaber, der nicht Schuldner ist, als Dritter iSd §809 Alt. 2 ZPO, dh eine Pfändung der Sache bei ihm kann nur dann erfolgen, wenn dieser auch damit einverstanden ist. Dies auch dann, wenn der Schuldner Eigentümer ist. Pfändet der Gerichtsvollzieher eine Sache gegen den Willen des Dritten, so hat dieser die Möglichkeit der Erinnerung nach §766 ZPO, da §809 ZPO eine drittschützende Verfahrensvorschrift ist. Bei juristischen Personen ist zu beachten, daß die Organe den Gewahrsam ausüben, während Angestellte nur bloße Besitzdiener nach §855 BGB sind. Die Organe müssen also nach §809 Alt. 2 ZPO zur Herausgabe bereit sein, die Angestellten nicht.

-> Bei der Sachpfändung nach §808 I ZPO ist aber immer zu beachten, daß diejenigen beweglichen Sachen nicht über die Mobiliarpfändung gepfändet werden dürfen, die als Zubehör eines Grundstücks gelten. Für diese ist trotz ihrer Eigenschaft als bewegliche Sache nur die Immobiliarpfändung einschlägig, §865 II 1 ZPO, da sonst die wirtschaftliche Einheit eines Grundstücks gefährdet wäre. Es ist also immer zuerst zu prüfen, ob nicht Zubehör eines Grundstücks nach §97 BGB vorliegt, denn dieses darf durch den Gerichtsvollzieher nicht gepfändet werden, zuständiges Organ ist nach §1 ZVG das Amtsgericht, hiergegen kann mit der Erinnerung nach §766 ZPO vorgegangen werden. Nur die Bestandteile eines Grundstücks dürfen gepfändet werden, dies aber nur dann, solange sie nicht beschlagnahmt worden sind, §865 II 2 ZPO.

-> bei Ehegatten wird dies erleichtert: nach §1362 BGB wird immer vermutet, daß der Schuldner auch Eigentümer ist. §739 ZPO setzt diese Eigentumsvermutung auch auf den Gewahrsam um. Der Schuldner gilt als **alleiniger** Gewahrsamsinhaber. Der andere Ehegatte ist also kein Dritter iSd §809 Alt. 2 ZPO, er muß folglich auch nicht zur Herausgabe bereit sein. Ihm bleibt bei Alleineigentum nur die Möglichkeit der Drittwiderspruchsklage nach §771 ZPO, wobei er dann die gesetzliche Vermutung des §1362 BGB widerlegen muß. §739 ZPO gilt aber nur für Ehegatten, nicht für eine nichteheliche Lebensgemeinschaft. Der Partner einer solchen kann also durch den Hinweis auf seinen Mitgewahrsam eine Pfändung leicht vereiteln.

Der Gläubiger kann auch seine eigenen Gegenstände pfänden, die sich im Gewahrsam des Schuldners befinden (zB bei EV-Kauf). Diese Konstellation taucht dann auf, wenn der Vorbehaltsverkäufer im Prozeß auf Zahlung obsiegt hat, vom Vorbehaltskäufer aber keine Zahlung zu erwarten ist. Dann kann der Gläubiger seine Sachen pfänden lassen (er könnte aber auch eine Herausgabevollstreckung nach §883 ZPO aufgrund der §§985, 346 BGB betreiben, was wirtschaftlich besser ist). Daß die Pfändung eigener Sachen möglich ist, entspricht ganz hM. Umstritten ist aber, ob bei einer Pfändung eigener Sachen nach §§808ff ZPO dann auch der Pfändungsschutz des §811 ZPO (unpfändbare Sachen) eingreift:

- nach der Rechtsprechung greift §811 ZPO nicht, da es sich nicht um eine Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung handelt, sondern wirtschaftlich um ein Herausgabeverlangen nach §883 ZPO, und für dieses ist §811 ZPO nicht einschlägig.
- nach aA handelt es sich aber gerade nicht um ein Herausgabeverlangen nach §883 ZPO, sondern um eine Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung. Außerdem müßte der Gerichtsvollzieher dann doch die Eigentumslage prüfen, was ihm nach §808 I ZPO gerade nicht zugemutet werden soll. Auch wäre es dem Gläubiger zumutbar, auch wirklich ein Herausgabeverlangen nach §883 ZPO zu betreiben und könnte so den §811 ZPO ausschalten. Ansonsten würde auch der Schuldner bei jedem EV-Kauf auf den Schuldnerschutz des §811 ZPO verzichten, was wegen dem überwiegend öffentlichen Interesse nicht möglich ist.

Tätigwerden des Gerichtsvollziehers

Gemäß §753 I ZPO wird der Gerichtsvollzieher nur auf „Auftrag“ des Gläubigers tätig. Dabei ist kein Auftrag iSd §662 BGB gemeint, da die Beauftragung des Gerichtsvollziehers als Hoheitsperson ein öffentlich-rechtliches Verhältnis begründet. Dennoch ist der Gerichtsvollzieher an die Weisungen des Gläubigers gebunden, außer sie widersprechen öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Der Gläubiger kann zB bestimmen, welche Sachen gepfändet werden sollen (außer die des §811 ZPO).

Dem Gerichtsvollzieher stehen zur Durchsetzung seines Auftrags die Rechte aus §758 ZPO zu (Betretungs-, Durchsuchungs-, und Gewaltrechte). Bei einer Pfändung in der Wohnung des Schuldners ist aber zu beachten, daß wegen Art. 13 II GG eine Anordnung des Richters einzuholen ist, §758a I ZPO (außer bei Gefahr im Verzug). Auch darf die Pfändung nicht zu Unzeiten erfolgen.

Nach §808 I ZPO werden die zu pfändenden Sachen vom GV „in Besitz“ genommen. Andere Sachen als Geld, Kostbarkeiten und Wertpapiere werden nach §808 II ZPO aber regelmäßig bei Schuldner belassen.

Dann aber ist ein Pfandsiegel (sog. Kuckuck) anzubringen, der die Pfändung der Sache ersichtlich macht. Die Ersichtlichkeit der Pfändung ist von hoher Bedeutung: wurde das Siegel versteckt angebracht oder hält es nicht auf der Sache, so ist die Pfändung nichtig. Außerdem muß klar sein, welche Sache gepfändet werden soll.

Verstrickung und Pfändungspfandrecht

Mit Durchführung der Pfändung (Inbesitznahme §808 I ZPO oder Siegelanbringung §808 II ZPO) entsteht die Verstrickung und das sog. Pfändungspfandrecht.

- **Verstrickung**

Verstrickung bedeutet die Beschlagnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher und Entzug der Verfügungsbefugnis des Schuldners. Die Verstrickung stellt ein relatives Verfügungsverbot iSd §§136, 135 BGB dar (gutgläubiger Erwerb ist nach §135 II BGB aber möglich). Diese Folge ergibt sich aus der Stellung des Gerichtsvollziehers als hoheitliches Organ. Die Verstrickung entsteht aber nur dann, wenn der Pfändungsakt nicht nichtig ist. Die Nichtigkeit des Vollstreckungsakts ergibt sich aber nur bei besonders schwerwiegenden und evidenten Verstößen, nicht jeder Fehler führt auch zur Nichtigkeit. Schwerwiegende Fehler sind **nur** eine Pfändung ohne Titel, durch ein *funktionell* unzuständiges Organ oder bei einer fehlerhaften Anbringung des Pfandsiegels. Sonstige nur fehlerhafte Akte sind wirksam und nur mit den Rechtsbehelfen der Zwangsvollstreckung anfechtbar. Auch die Nichtzustellung des Titels oder eine fehlende Vollstreckungsklausel führen nur zur Fehlerhaftigkeit, nicht aber zur Nichtigkeit. Da es bei der Pfändung gemäß §808 I ZPO nur auf den Gewahrsam ankommt, ist auch eine Pfändung schuldnerfremder Sachen wirksam und führt nicht zur Nichtigkeit. Die Verstrickung endet bei Aufhebung durch den Gerichtsvollzieher (Entstrickung), bei der Beendigung der Zwangsvollstreckung durch die Verwertung der Sache oder bei einem *gutgläubigen Erwerb* nach §135 II BGB.

- **Pfändungspfandrecht**

Gemäß §804 I ZPO erwirbt der Gläubiger mit der Pfändung (Inbesitznahme durch Gerichtsvollzieher §808 I ZPO oder durch Anbringung des Pfandsiegel §808 II 2 ZPO) ein Pfändungspfandrecht. Das Rangverhältnis dieses Pfändungspfandrecht zu anderen Pfändungspfandrechten regelt §804 III ZPO, das Verhältnis zu anderen sonstigen Pfandrechten regelt §804 II ZPO iVm dem allgemeinen Prioritätsgrundsatz des §1209 BGB. Für beide Rangverhältnisse gilt der Vorrang des früheren Pfandrechts. Durch einen gutgläubigen Erwerb der gepfändeten und beim Schuldner belassenen Sache erlischt aber nur die Verstrickung, nicht aber das Pfändungspfandrecht. Ein einmal entstandenes Pfändungspfandrecht ist von seiner weiteren Erkennbarkeit (zB Entfernen des Siegels durch den Schuldner und anschließende Veräußerung) unabhängig. Dann allerdings besteht die Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs nach §936 BGB. Streit herrscht allerdings über die Entstehung des Pfändungspfandrechts. Im wesentlichen werden drei Meinungen vertreten:

- (1) **privatrechtliche Theorie**

Nach dieser Ansicht steht das Pfändungspfandrecht den vertraglichen und gesetzlichen Pfandrechten gleich und entsteht daher nur dann, wenn auch die zugrundeliegende Forderung besteht (Akzessorietät des §1204 BGB), die Verfahrensvorschriften gewahrt sind und auch nur eine schuldner eigene Sache gepfändet wurde.

- (2) **öffentlich-rechtliche Theorie**

Nach dieser Ansicht ist das Pfändungspfandrecht untrennbar mit der Verstrickung (Beschlagnahme) verbunden. Da die Verstrickung ein öffentlicher Akt ist, entsteht *automatisch* mit der Verstrickung auch ein Pfändungspfandrecht, auf die zugrundeliegende Forderung oder die Einhaltung von Verfahrensvorschriften kommt es genauso wenig an wie auf das Eigentum des Schuldners an der Sache. Die Verstrickung darf nur nicht an besonders schweren Fehlern leiden, da sie sonst nichtig ist und dadurch auch kein Pfändungspfandrecht begründet werden kann. Die Wirksamkeit der Verstrickung bestimmt also zugleich auch das Entstehen des Pfändungspfandrechts.

- (3) **gemischt privatrechtlich-öffentlichrechtliche Theorie**

Die hM aber trennt die Verstrickung von dem Pfändungspfandrecht. Die Verstrickung entsteht grundsätzlich immer, außer es liegen besonders schwere und offensichtliche Fehler vor. Dies führt aber nicht auch zur Entstehung eines Pfändungspfandrechts. Die Verstrickung folgt also der öffentlich-rechtlichen Theorie.

Bei der Entstehung des Pfändungspfandrechts folgt die hM aber der privatrechtlichen Theorie. Dieses entsteht nach hM nur dann, wenn auch die Pfändung rechtmäßig durchgeführt wurde. Es dürfen also *keine Verstöße gegen Verfahrensvorschriften* vorliegen. Sobald also ein Verstoß zB gegen die

Zustellungsvorschriften oder die Vollstreckungsklausel vorliegt, entsteht zwar eine wirksame Verstrickung, nicht aber auch ein Pfändungspfandrecht. Auch die Pfändung einer schuldnerfremden Sache führt zwar nicht zur Unwirksamkeit der Verstrickung, da es bei §808 I ZPO nur auf den Gewahrsam ankommt, wohl aber zur Nichtentstehung eines Pfändungspfandrechts. Auch ein gutgläubiger Erwerb eines Pfändungspfandrechts an einer schuldnerfremden Sache scheidet aus, dies ist nur durch Rechtsgeschäft möglich, nicht aber durch Hoheitsakt. Ebenso entsteht ein Pfändungspfandrecht dann nicht, wenn diesem keine Forderung zugrundeliegt (Akzessorietät). Hier ist jedoch zu beachten, daß eine Einwendung hiergegen meist schon durch die Rechtskraft des Urteils (Titel) ausgeschlossen ist, da hier die Forderung schon rechtskräftig als bestehend angesehen wird.

Unterschiedliche Ergebnisse der Pfandrechts theorien

- *keine* Unterschiede bei Bereicherungsansprüchen nach der Verwertung

Beispiel: Pfändung einer schuldnerfremden Sache und anschließende Verwertung. Bereicherungsansprüche des wirklichen Eigentümers?

Ansprüche aus §816 I 1 BGB scheiden aus, da die Verwertung keine rechtsgeschäftliche Verfügung ist und der Gerichtsvollzieher auch nicht als Nichtberechtigter angesehen werden kann. Auch eine Leistungskondition nach §812 I 1 Alt. 1 BGB scheidet aus, da die Übergabe des Erlöses der Verwertung durch den Gerichtsvollzieher nach hM nicht als Leistung des wirklichen Eigentümers angesehen wird (Gerichtsvollzieher handelt nicht als Vertreter für den wirklichen Eigentümer).

Es besteht allerdings ein Anspruch aus §812 I 1 Alt. 2 BGB: Erlangt hat der Gläubiger das Eigentum am Erlös der Verwertung kraft Hoheitsakt (Übergabe durch Gerichtsvollzieher), dies auf Kosten des wahren Eigentümers, da dieser eigentlich Eigentümer des Erlöses wäre, weil sich sein Eigentum an der gepfändeten Sache wegen dinglichen Surrogation nach §1247 S. 2 BGB analog fortgesetzt hätte, wäre der Erlös nicht kraft Hoheitsakt an den Gläubiger übergegangen (§819 ZPO). Ein Sonderfall liegt dann vor, wenn der Gläubiger die Sache selbst nach §817 IV ZPO ersteigert, da er dann keinen Erlös erhalten hat. Nach hM ist dann aber das „erlangte Etwas“ die Befreiung von der Barzahlungspflicht nach §817 II ZPO (-> Wertersatz) sowie das ersteigerte Eigentum an der gepfändeten Sache. Hinsichtlich dieses Eigentumserwerbs scheidet ein Bereicherungsanspruch aber aus, der Gläubiger kann als Rechtsgrund den kaufähnlichen Vertrag nach §817 I ZPO iVm §156 BGB vorweisen.

Fraglich ist also, ob der Gläubiger bei der Pfändung einer schuldnerfremden Sache den Anspruch aus §812 I 1 Alt. 2 BGB des wirklichen Eigentümers hinsichtlich des Erlösempfangs (oder der Befreiung von der Barzahlungspflicht) abwehren kann, weil diesbezüglich ein Rechtsgrund vorliegt. Als Rechtsgrund für die Verwertung der gepfändeten Sache kommt nur ein Pfändungspfandrecht in Betracht.

-> nach der gemischt privat- und öffentlich-rechtlichen Theorie kann bei einer Pfändung in schuldnerfremde Sachen kein Pfändungspfandrecht entstehen, da dieses nach den Vorschriften der §§1204ff BGB wie ein vertragliches oder gesetzliches Pfandrecht behandelt wird, ein Pfandrecht an einer schuldnerfremden Sache mangels Vorliegen einer Forderung (Akzessorietät §§1204, 1250 BGB) daher nicht möglich ist. Auch ein gutgläubiger Erwerb nach §1207 BGB scheidet aus, da dies nur durch Rechtsgeschäft, nicht aber durch Hoheitsakt möglich ist. Nach der Ansicht der hM besteht also kein Pfändungspfandrecht als Rechtsgrund, der Gläubiger muß den Erlös nach §812 I 1 Alt. 2 BGB herausgeben.

-> nach der rein öffentlich-rechtlichen Theorie besteht aber ein Pfändungspfandrecht, weil auch bei einer Pfändung in schuldnerfremde Sachen die Verstrickung wirksam ist und dies alleine für das Pfändungspfandrecht maßgeblich ist. Allerdings bildet dieses zwar wirksame Pfändungspfandrecht keinen Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Erlöses iSd §812 I 1 Alt. 2 BGB. Das Pfändungspfandrecht gewährt nur ein *formelles Verwertungsrecht*, es bildet aber kein materielles Befriedigungsrecht des Gläubigers. Auch nach dieser Theorie muß der Gläubiger den Erlös herausgeben.

-> Ansprüche aus §812 I 1 Alt. 2 BGB gegen den Ersteigerer der Sache scheiden aus, er kann als Rechtsgrund den kaufähnlichen Vertrag nach §817 I ZPO iVm §156 BGB vorbringen.

- *keine* Unterschiede bei nacheinander erfolgten Pfändungen einer schuldnerfremden Sache, deren Eigentümer später dann doch der Schuldner wird

Beispiel: Gläubiger 1 läßt eine schuldnerfremde Sache pfänden, kurz danach läßt auch Gläubiger 2 die Sache pfänden. Erst danach erwirbt der Schuldner auch das Eigentum an der gepfändeten Sache (zB Schenkung).

-> nach der öffentlich-rechtlichen Theorie entsteht bei beiden Gläubigern ein wirksames Pfändungspfandrecht, da es nur auf die wirksame Verstrickung ankommt und diese nicht durch eine schuldnerfremde Sache gehindert wird, da es nach §808 ZPO nur auf den Gewahrsam ankommt. Gläubiger 1 besitzt also ein vorrangiges Pfändungspfandrecht vor Gläubiger 2, §804 III ZPO.

-> nach der gemischten Theorie entsteht zwar bei der Pfändung schuldnerfremder Sachen kein Pfändungspfandrecht, es ist nach hM aber auch im Zwangsvollstreckungsrecht §185 II BGB anwendbar. Daher entsteht mit dem Eigentumserwerb auch das Pfändungspfandrecht, §185 II 1 Alt. 2 BGB. Nach §185 II 2 BGB hat das frühere Pfändungspfandrecht des Gläubigers 1 den besseren Rang.

- Unterschiede bei Rangwirkung des Pfandrechts

Beispiel: Pfändung trotz Verstoßes gegen Zustellungsvorschrift §750 ZPO oder Vollstreckungsklausel §724 ZPO Dennoch entsteht wirksame Verstrickung, da besonders schwere Fehler nur ein fehlender Titel, ein funktionell unzuständiges Organ oder eine fehlerhafte Siegelanbringung ist.

-> es liegt eine wirksame Verstrickung vor

-> nach der öffentlich-rechtlichen Theorie führt die wirksame Verstrickung automatisch zum wirksamen Pfändungspfandrecht, da es allein auf den hoheitlichen Akt der Verstrickung ankommt. Es existiert also ein Pfändungspfandrecht, welches gemäß §804 II, III ZPO rangsichernde Wirkung hat.

-> nach der gemischt privatrechtlichen-öffentlichrechtlichen Theorie entsteht aber kein Pfändungspfandrecht weil ein Verstoß gegen Verfahrensvorschriften vorliegt, die nicht als bloße Ordnungsvorschriften angesehen werden können. Daher ist ein Pfändungspfandrecht nicht entstanden, rangsichernde Wirkung tritt nicht ein.

- Unterschiede bei Schutzansprüchen des Gläubigers gegen Dritte aus §1227 BGB

Unterschiedliche Ergebnisse ergeben sich auch dann, wenn nach der öffentlich-rechtlichen Theorie ein Pfändungspfandrecht vorliegt, nach der gemischten Theorie aber nicht. Denn wenn ein Pfändungspfandrecht vorliegt, kann der Gläubiger gemäß §804 II ZPO iVm §1227 BGB Schutzansprüche gegen Dritte geltend machen, da das Pfandrecht dann wie Eigentum behandelt wird (insbesondere also §§985, 1004, 823 BGB). Dies ist dem Gläubiger nach der gemischten Theorie nicht möglich, weil kein Pfändungspfandrecht vorliegt.

§§814ff ZPO Verwertung

Mit der Verwertung wird die gepfändete Sache in einen Geldwert umgesetzt. Grundlage der Verwertung ist sowohl nach öffentlich-rechtlicher Theorie als auch nach der gemischter Theorie nur eine wirksame Verstrickung, auf ein wirksames Pfändungspfandrecht kommt es überhaupt nicht an. Für die Verwertung müssen also nur die wesentlichsten Verfahrensvorschriften eingehalten worden sein (Titel, funktionelle Zuständigkeit, fehlerfreies Pfandsiegel).

- Verwertung von Geld

Gepfändetes Geld ist nach §815 I ZPO dem Gläubiger abzuliefern. Durch diesen staatlichen Hoheitsakt erwirbt der Gläubiger das Eigentum am Geld, irrelevant, ob es auch dem Schuldner gehört hat oder ob der Gläubiger bösgläubig ist. Die Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher gilt nach §815 III ZPO als Zahlung. Die Erfüllungswirkung des §362 I BGB tritt nach hM aber erst mit *Ablieferung* des Geldes beim Gläubiger ein. Vorher trägt allerdings der Gläubiger die Gefahr des Untergangs beim Gerichtsvollziehers, §815 III ZPO stellt also nur eine besondere Gefahrtragungsregel dar.

- Verwertung von anderen Sachen

Andere gepfändete Sachen werden nach §814 ZPO durch eine öffentliche Versteigerung verwertet. Auf Antrag kann nach §825 ZPO aber das Verfahren der Versteigerung geändert werden. §825 ZPO spricht zwar nur von einer anderen Weise der Verwertung, zulässig ist aber auch eine gänzlich andere Verwertungsart. Die Verwertung muß also nicht zwingend durch öffentliche Versteigerung erfolgen.

Gemäß §816 IV ZPO iVm §1239 BGB können auch Gläubiger und Schuldner mitbieten. Der Zuschlag nach §817 I ZPO läßt einen kaufähnlichen Vertrag entstehen, was auch der Verweis auf §156 BGB („Vertrag kommt mit Zuschlag zustande“) nahelegt. Da die Verwertung aber aufgrund hoheitlicher Befugnisse erfolgt, handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag. Gemäß §806 ZPO sind bei einer öffentlichen Versteigerung Sachmängelgewährleistungsansprüche ausgeschlossen.

Der Ersteigerer hat einen Anspruch auf Übereignung der ersteigerten Sache. Die Eigentumsverschaffung erfolgt gemäß §817 II ZPO *durch die Ablieferung* der Sache (gegen Barzahlung). Durch die Ablieferung findet eine Eigentumsverschaffung *kraft Hoheitsakt* statt, bei dem auch der Erwerb schuldnerfremder Sachen ohne weiteres möglich ist. Selbst *Bösgläubigkeit* des Erwerbers hierbei schadet nicht. Der Erwerber ist nicht Rechtsnachfolger des Schuldners, sondern erwirbt das Eigentum originär. Der Erwerber ist aber zur sofortigen Barzahlung verpflichtet. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, und erzielt die weitere Versteigerung nur einen geringeren Wert, so hat der Gläubiger gegen den Erstbieter einen Differenzanspruch aus §817 III 2 ZPO.

Von der Barzahlungspflicht Zug-um-Zug gegen Ablieferung §817 II ZPO ist nur der *Gläubiger* befreit, wenn er die gepfändete Sache selbst ersteigert, sofern der Betrag zu seiner Befriedigung dienen würde, §817 IV 1 ZPO. Diesbezüglich gilt der Betrag auch als Zahlung des Schuldners an den Gläubiger mit der Erfüllungswirkung des §362 I BGB.

Bei anderen Ersteigern gilt die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher nach §819 ZPO als Zahlung durch den Schuldner. Wie auch bei §815 III ZPO stellt dies vorerst nur eine Gefahrtragungsregel dar, die Erfüllungswirkung des §362 I BGB tritt erst mit Ablieferung des Geldes beim Gläubiger ein. Kraft dinglicher Surrogation entsprechend §1247 S. 2 BGB tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes. Dies bedeutet, daß sich die Eigentumsverhältnisse, wie sie an der gepfändeten Sache bestanden haben, sich auch

am Erlös fortsetzen. Wurde also eine schuldnerfremde Sache versteigert, so erlangt der wirkliche Eigentümer kraft §1247 S. 2 BGB Eigentum am Erlös. Das Eigentum an der Sache verliert er aber durch den Hoheitsakt der Ablieferung. Sobald also der Gerichtsvollzieher den Erlös an den Gläubiger abgeliefert, verliert der ursprüngliche Eigentümer der Sache auch das Eigentum am Erlös, da es sich hier um einen hoheitlichen Übertragungsakt handelt, bei dem selbst Bösgläubigkeit nicht schadet. Dem ursprünglichen Eigentümer bleibt nur der Weg über die ungerechtfertigte Bereicherung nach §812 I 1 Alt. 2 BGB, der Hoheitsakt bietet kein materielles Recht für das Behaltendürfen, einerseits begründet mit einem fehlenden Pfändungspfandrecht (hM, gemischte Theorie), andererseits soll nach der öffentlich-rechtlichen Theorie das Pfändungspfandrecht bei einer schuldnerfremden Sache kein materielle Befriedigungsrecht bieten.

§§828ff ZPO Zwangsvollstreckung in Forderungen

• Geldforderungen

Die zu pfändende Forderung muß vom Gläubiger hinreichend bestimmt werden, da es dem Vollstreckungsgericht nicht zumutbar ist, den ganzen Forderungsbestand des Schuldners zu überprüfen. Gepfändet werden können auch erst künftig fällig werdende Forderungen; im Gegensatz zur Forderungsabtretung des BGB genügt es aber nicht, daß die Forderung mit ihrem Entstehen bestimmt ist, es muß vielmehr schon eine Rechtsbeziehung des Schuldners mit dem Dritten bestehen.

- (1) Nach §851 I ZPO können aber die Forderungen, die nicht übertragbar sind, nicht gepfändet werden. Allerdings genügt für die Nichtübertragbarkeit keine Parteivereinbarung (wie bei §399 BGB), denn sonst könnten private Vereinbarungen die Zwangsvollstreckung leicht verhindern. Daher bestimmt §851 II ZPO, daß solche Forderungen nur dann unpfändbar sind, wenn diesen auch ein Gegenstand zugrunde liegt, der der Pfändung nicht unterworfen wäre (nach §§811, 850 ff ZPO). Aber auch bei der Unpfändbarkeit einer Forderung wegen *Einstellung in ein Kontokorrent* nach §355 HGB hindert nach dem BGH die Pfändbarkeit nicht (obwohl die Forderungen eigentlich weder übertragbar noch pfändbar sind), da sonst zB ein Girokonto nur zum Saldoabschluß (vierteljährlich) pfändbar wäre.
- (2) Die Pfändungsbeschränkungen regeln die §§850ff ZPO. Grundsätzlich ist hier zwar eine Pfändung zulässig, jedoch nur innerhalb bestimmter Grenzen. Die Einkünfte, die für die Existenz des Schuldners und seiner Familie erforderlich sind, dürfen nicht gepfändet werden. Dies soll verhindern, daß der Schuldner sonst ein Sozialhilfefall wird und der Staat die Kosten tragen muß. Die §§850ff ZPO dienen daher auch dem öffentlichen Interesse, ein Verzicht des Schuldners auf deren Schutz ist daher wie bei §811 ZPO nicht möglich.
- (3) Arbeitseinkommen sind nach §850 II ZPO alle Arbeits- und Dienstlöhne, für die der Schuldner einen wesentlichen Teil seiner Erwerbsfähigkeit aufwendet; wie dieses Entgelt nun letztlich genannt wird, ist nach §850 IV ZPO irrelevant. Auch macht es nach §850k ZPO keinen Unterschied, ob der Schuldner eine Forderung gegen seinen Arbeitgeber hat oder nur einen Auszahlungsanspruch gegen die Bank. Der Gläubiger kann daher nicht einfach das Bankguthaben pfänden mit der Begründung, es handelt sich hierbei nicht um Arbeitseinkommen, da dem Schuldner nur eine Forderung gegen die Bank zusteht, nicht aber gegen den Arbeitgeber. Arbeitseinkommen ist nach §850 III ZPO auch die Zahlungen für eine evtl. Wettbewerbsbeschränkung nach Beendigung des Dienstverhältnisses oder auch Rentenansprüche.
- (4) §850a ZPO regelt, welche Geldbezüge gänzlich unpfändbar sind (Überstundenlohn, Urlaubs- und Weihnachtsgeld etc.). §850b ZPO führt die nur bedingt pfändbaren Einkünfte auf: diese sind nur dann pfändbar, wenn die Zwangsvollstreckung in das *sonstige* Vermögen des Schuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führt. Ansonsten unterfällt das Arbeitseinkommen den Pfändungsgrenzen des §850c ZPO. Die Höhe des Arbeitseinkommens wird nach §850e ZPO berechnet. Sollte der Schuldner versuchen, sein Arbeitseinkommen zu verschleiern, gilt §850h ZPO (fiktive Anrechnung).
- (5) Pfändung von Geld auf Girokonto
Der Girovertrag ist ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag §675 BGB, regelmäßig kombiniert mit einer Kontokorrentabrede nach §355 I HGB (analog bei Privatkunden). Dies bedeutet, daß alle eingehenden Forderungen in gewissen Zeitabständen (-> Periodenkontokorrent) verrechnet werden und ein Saldo gebildet und anerkannt wird. Bis zu diesem Zeitpunkt sind die Forderungen aber gelähmt, dh sie können weder abgetreten noch gepfändet werden.
Der Gläubiger kann daher nur den Saldoüberschuß des Schuldners nach §357 HGB pfänden lassen. Hierfür muß er aber nach Ansicht des BGH nicht bis zum Rechnungszeitpunkt warten, da sonst der

Schuldner bis dahin sein Guthaben verringern könnte. Obwohl das Saldoanerkennnis nach §355 II HGB noch nicht erfolgt ist, ist die Pfändung des Tagesguthabens möglich.

Mit Zustellung des Pfändungsbeschlusses nach §829 III ZPO erfolgt diese Saldoziehung auch vor dem normalen Zeitpunkt des Rechnungsabschlusses. Dieser Saldo ist nach §835 III ZPO nach 2 Wochen dem Gläubiger auszuführen. Meist wird der Gläubiger aber die Pfändung des vorhandenen Guthabens kombinieren mit einer Pfändung künftig eingehender Gutschriften. Auch dies ist nach BGH möglich, die Forderungen sind ausreichend bestimmt durch den Girovertrag. Nicht pfändbar ist aber die Kreditlinie des Schuldners, also dessen Möglichkeit, einen Überziehungskredit in Anspruch zu nehmen.

- (6) Pfändung einer Forderung, die dem Schuldner nur neben anderen Personen als Mitgläubiger nach §432 BGB zusteht: der Gläubiger kann nicht den dem Schuldner zustehenden Anteil pfänden, da diese Forderung nur mit Leistung an alle geltend gemacht werden kann und sich der jeweilige Anteil erst aus dem Innenverhältnis ergibt. Der Gläubiger kann aber die dem Schuldner als Mitgläubiger zustehende Ausgleichsforderung (§§426 I, 743 I BGB) pfänden lassen.

• Verfahren

Zuständig für die Forderungspfändung ist nach §828 I ZPO das Vollstreckungsgericht, hierfür wiederum der Rechtspfleger nach §20 Nr. 17 RPflG. Dieser prüft, ob Titel, Klausel und Zustellung vorliegen. Dann wird geprüft, ob die Geldforderung des Schuldners gegen einen Drittschuldner vom Gläubiger schlüssig behauptet wurde, also ob die Forderung überhaupt bestehen kann. Vollstreckt wird also immer nur in eine angebliche Forderung des Schuldners. Anschließend ergeht ein Pfändungsbeschuß nach §829 I ZPO und meist gleichzeitig auch ein Überweisungsbeschuß nach §835 I ZPO.

(1) Pfändungsbeschuß §829 ZPO

Der Pfändungsbeschuß muß dem Drittschuldner zugestellt werden, §829 II 1 ZPO. Dies ist Wirksamkeitsvoraussetzung, da die Pfändung erst mit der Zustellung „als bewirkt angesehen“ wird, §829 III ZPO. Nach dieser Zustellung entsteht ein Pfändungspfandrecht des Gläubigers nach §804 I ZPO. Nach der Zustellung an den Drittschuldner erfolgt die Zustellung der Abschrift an den Schuldner. Dies ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Nach §834 ZPO ist der Schuldner vor der Pfändung nicht anzuhören, damit er nicht die Forderung noch abtreten kann.

Nach §804 III ZPO geht ein früheres Pfändungspfandrecht einem späteren im Rang vor. Aber schon vor der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner nach §829 III ZPO kann sich der Gläubiger den Rang sichern lassen. Er kann nach §845 I ZPO (Vorphändung) den Schuldner und den Drittschuldner informieren, daß eine Pfändung bevorsteht. Der Gläubiger fordert also den Drittschuldner selbst auf, nicht an den Schuldner zu zahlen (arrestatorium), während der Schuldner die Forderung nicht abtreten soll (inhibitorium). Wird die Pfändung dann innerhalb eines Monats bewirkt (§845 II ZPO), so entsteht das Pfändungspfandrecht *rückwirkend* mit dem Zeitpunkt der Vorabinformation. Dann allerdings läuft der Gläubiger Gefahr, daß der Schuldner die Forderung beiseite schafft oder der Drittschuldner doch an den Schuldner zahlt, da die Aufforderung des Gläubigers zum inhibitorium/arrestatorium nicht von einer Behörde erfolgt und daher auch kein Verfügungsverbot iSd §§136, 135 BGB begründen kann.

Der Pfändungsbeschuß beinhaltet ein arrestatorium (§829 I 1 ZPO), dh dem Drittschuldner wird verboten, an den Schuldner zu zahlen. Der Pfändungsbeschuß beinhaltet auch ein inhibitorium (§829 I 2 ZPO), dh es wird dem Schuldner verboten, über die Forderung zu verfügen. Da der Pfändungsbeschuß durch das Vollstreckungsgericht erfolgt und dadurch die Verstrickung der Forderung bewirkt wird, stellt sowohl arrestatorium als auch inhibitorium eine relative Verfügungsbeschränkung nach §§136, 135 I BGB dar (anders bei §845 ZPO, hier erfolgt die Mitteilung durch den Gläubiger). Ein gutgläubiger Erwerb nach §135 II BGB ist bei Forderungen ohnehin ausgeschlossen, so daß eine Verfügung des Schuldners immer *unwirksam* ist. Aber auch wenn der Drittschuldner trotzdem an den Schuldner zahlt, so tritt keine Erfüllungswirkung nach §362 I BGB ein wegen §§136, 135 I BGB, diese beschränken auch den Drittschuldner.

Anders als bei einer Sachpfändung geht die Verstrickung bei einer Forderungspfändung gänzlich ins Leere, wenn eine nichtbestehende oder eine schuldnerfremde Forderung gepfändet wird. Gehört die Forderung nicht dem Schuldner, tritt nach hM auch keine Verstrickung ein, da kein Anknüpfungspunkt wie der *Gewahrsam* bei §808 I ZPO vorhanden ist. Daher spielen bei der Forderungspfändung auch die Pfandrechtstheorien keine Rolle, da mangels wirksamer Verstrickung nach keiner der Theorien ein Pfändungspfandrecht entstehen kann.

Dies hat auch Konsequenzen für den Fall, daß der Schuldner nach der Pfändung die damals nicht bestehende Forderung erwirbt. Bei der Sachpfändung macht dies nach beiden Theorien keinen Unter-

schied, da auch nach der gemischten Theorie das Pfändungspfandrecht wegen der analogen Anwendung des §185 II 1 BGB rückwirkend entsteht. Jedoch wird die Anwendung des §185 II BGB auf die Forderungspfändung von der hM abgelehnt, weil bei der Forderungspfändung die Forderung noch nicht einmal verstrickt ist, es also jeder Grundlage für §185 II BGB entbehrt. Dies entspricht auch ganz der schuldrechtlichen Auffassung, daß es keinen gutgläubigen Erwerb von Forderungen gibt, da kein Anknüpfungstatbestand besteht.

(2) Überweisungsbeschluß §835 ZPO

Mit dem Überweisungsbeschluß wird die Forderung dem Gläubiger *wahlweise* zur Einziehung (§835 I Alt. 1 ZPO) oder an Zahlungs Statt (§835 I Alt. 2 ZPO) überwiesen.

* die Überweisung an Zahlungs Statt hat die gleichen Wirkungen wie eine Leistung an Erfüllungs Statt nach §364 I BGB, dh durch die Überweisung der Forderung an den Gläubiger wird der Schuldner von seiner Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber frei. Mit der Überweisung hat der Schuldner seine Verbindlichkeit erfüllt. Diese Art der Überweisung ist aber mit einem Risiko verbunden, da der Gläubiger nun das Insolvenzrisiko der Einziehung der Forderung trägt. Denn wie bei einem Rechtskauf trägt der Gläubiger das Risiko der Bonität, §437 I BGB, der Schuldner haftet nur für die Verität. Kann der Dritte nicht leisten, so ist es dem Gläubiger nicht mehr möglich, gegen den Schuldner Rückgriff zu nehmen, da der Gläubiger die Forderungsabtretung als Erfüllung angenommen hat und hiermit die Pflicht des Schuldners endet. Daher wird diese Überweisungsart in der Praxis nicht gewählt. Dies auch deshalb, weil der Drittschuldner nach §§412, 404ff BGB dem Gläubiger gegenüber die Einwendungen, die er gegen den Schuldner hat, entgegensetzen kann.

* Regelfall ist daher die Überweisung zur Einziehung, hier bleibt der Schuldner Inhaber der Forderung, der Gläubiger ist aber ermächtigt, die Forderung in eigenem Namen (Prozeßstandschaft) geltend zu machen (fremdes Recht in eigenem Namen). Die hierfür eigentlich notwendige Einwilligung des Schuldners wird durch den Überweisungsbeschluß ersetzt, dieser ersetzt alle förmlichen Erklärungen des Schuldners, §836 I ZPO. Diese Art der Überweisung wirkt wie eine Leistung erfüllungshalber nach §364 II BGB, dh dem Gläubiger bleibt bei Involvenz des Drittschuldners immer noch der Rückgriff auf den Schuldner.

* Nach §841 ZPO ist der Gläubiger aber immer verpflichtet, bei einer klageweisen Geltendmachung der Forderung gegenüber dem Drittschuldner auch dem Schuldner den Streit zu verkünden (§§72ff ZPO). Verzögert der Gläubiger die Klageerhebung, so ist er dem Schuldner nach §842 ZPO zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Drittschuldner inzwischen zahlungsunfähig geworden ist und daher der Gläubiger den Schuldner rückgriffsweise in Anspruch nimmt und dem Schuldner aus der Verzögerung ein eigener Rückgriff auf den Drittschuldner erschwert oder unmöglich gemacht wurde.

Da die Pfändung einer Forderung dem Drittschuldner gegenüber wie eine Abtretung wirkt, kann dieser nach §§412, 404ff BGB analog dem Gläubiger alle Einwendungen entgegenhalten, die zur Zeit der Pfändung begründet waren. Der Drittschuldner darf wegen der Pfändung nicht schlechter gestellt werden als gegenüber dem Schuldner. Auch kann der Drittschuldner gegenüber dem Gläubiger mit Forderungen aufrechnen, die zur Zeit der Pfändung bereits bestanden haben, §392 BGB.

Auch wenn der Drittschuldner in Unkenntnis der Pfändung (arrestatorium) an den Schuldner leistet, muß sich dies der Gläubiger gemäß §407 I BGB analog gegen sich gelten lassen. Er hat dann nur einen Anspruch aus §816 II BGB gegen den Schuldner. Diese Unkenntnis des Drittschuldners liegt aber selten vor, da nach §829 III ZPO der Pfändungsbeschluß an den Drittschuldner zuzustellen ist. Eine mögliche Konstellation der Unkenntnis des Pfändungsbeschlusses wäre, wenn die Zustellung an eine Ersatzperson erfolgt (zB Ehegatte): nach §181 ZPO ist die Zustellung an den Drittschuldner zwar ordnungsgemäß erfolgt, bezüglich der Kenntnis iSd §407 I BGB kommt es aber auf die *tatsächliche* Kenntnisnahme des Drittschuldners an, da der Ehegatte nur als Empfangsbote angesehen wird und nicht als Vertreter, dessen Kenntnis man nach §166 I BGB zurechnen könnte. Zum Schutz des Drittschuldners gilt §836 II ZPO, dh die Pfändung gilt solange als wirksam, wie sie nicht aufgehoben wird. Bis zur Bekanntgabe der Aufhebung kann der Dritte also mit befreiender Wirkung an den Gläubiger leisten.

• Pfändung hypothekarisch gesicherter Forderungen

Da bei hypothekarisch gesicherten Forderungen die Forderung wegen §1153 BGB nicht gesondert von der Hypothek übertragen werden kann, ist nach §830 I ZPO für den Pfändungsbeschluß zusätzlich die Briefübergabe erforderlich (oder bei Buchhypothek die Eintragung der Pfändung).

- Pfändung von Herausgabeansprüchen §846 ZPO

Die Pfändung von Herausgabeansprüchen nach §846 ZPO ist zu unterscheiden von der zwangsweisen Durchsetzung von Herausgabeansprüchen nach §883 ZPO. Bei §883 ZPO setzt der Gläubiger einen eigenen Herausgabeanspruch zwangsweise durch, während er nach §846 ZPO eine Herausgabeforderung des Schuldners gegen einen Drittschuldner pfändet.

Die Pfändung nach §846 ZPO läuft genauso wie die Pfändung von Forderungen, es ist also ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluß erforderlich, jedoch ist nach §849 ZPO eine Überweisung an Zahlungs Statt nicht möglich. Die Zwangsvollstreckung erfolgt nach Pfändungs- und Überweisungsbeschluß nach §847 I ZPO dadurch, daß die bewegliche Sache vom Drittschuldner an den Gerichtsvollzieher zu übergeben ist. Betrifft der Herausgabeanspruch eine unbewegliche Sache, so ist sie nach §848 I ZPO dem Sequester zu übergeben. Geht der Herausgabeanspruch auf Eigentumsverschaffung, so handelt der Sequester bei der Auflassung als Vertreter des *Schuldners*, der Gläubiger erhält an dem Eigentum des Schuldners im Wege *dinglicher Surrogation* eine *Sicherungshypothek*, §848 II 2 ZPO.

- Pfändung in andere Vermögensrechte §857 ZPO

Da der Gläubiger in das *gesamte* Vermögen des Schuldners vollstrecken können soll, stellt §857 ZPO einen Auffangtatbestand dar, der die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung des Gläubigers in andere Vermögensrechte des Schuldners entsprechend der Forderungspfändung behandelt. Sonstige Vermögensrechte iSd §857 ZPO sind alle geldwerten Positionen des Schuldners, wie zB das Anwartschaftsrecht, Anteile an Gesamthands- oder Bruchteilsgemeinschaften, an Gesellschaften, die Grundschuld, das Leasingrecht oder Schuldbefreiungsansprüche.

Da die Pfändung in nicht übertragbare **Forderungen** nach §851 I ZPO unzulässig ist, erweitert §857 III ZPO die Anwendbarkeit bei sonstigen nicht-übertragbaren Vermögens**rechten**: die Pfändung unveräußerlicher Rechte ist insoweit möglich, als diese einem anderen *überlassen werden können*, zB Nießbrauch, Wohnungsrecht.

(1) Anwartschaftsrecht

Strittig ist hier, ob das Anwartschaftsrecht durch eine Rechtspfändung nach §§857, 828ff ZPO gepfändet wird oder durch eine Sachpfändung nach §§808ff ZPO oder durch eine Kombination von beiden. Es ist also fraglich, ob das Anwartschaftsrecht als solches gepfändet wird oder ob die Sache, an der das Anwartschaftsrecht besteht, nach §§808ff ZPO gepfändet wird (oder eine Kombination).

Grundsätzlich könnte der Gläubiger die im Gewahrsam des Schuldners befindliche Anwartschaftssache selbst pfänden, er wäre dann allerdings einer Drittwiderspruchsklage nach §771 ZPO durch den Vorbehaltsverkäufer ausgesetzt. Der Gläubiger könnte allerdings die noch ausstehenden Raten des Schuldners bezahlen (§267 I BGB), diesen damit zum Eigentümer machen und die Zwangsvollstreckung fortsetzen.

In der Praxis würde alleine die Sachpfändung nach §§808ff ZPO ausreichen. Da der Vorbehaltsverkäufer die Zahlung durch den Dritten nach §267 II BGB aber ablehnen könnte, wenn der Schuldner widerspricht, fordert die hM bei einer Pfändung einer Anwartschaftssache die sog. *Doppelpfändung*:

-> der Gläubiger muß einerseits die Anwartschaftssache selbst nach §§808ff ZPO pfänden

-> zusätzlich muß der Gläubiger auch das Anwartschaftsrecht als solches nach §§857, 828ff ZPO pfänden. Dann nämlich ist ein Widerspruch des Schuldners wegen des Verlusts seines Anwartschaftsrechts unbeachtlich, der Vorbehaltsverkäufer kann eine Zahlung durch den Gläubiger nach §267 I BGB nicht mehr verhindern. Auch ist der Vorbehaltsverkäufer nach §840 ZPO zur Auskunft verpflichtet, wieviele Raten noch ausstehen.

-> nach der Theorie der reinen Rechtspfändung, nach der eine Pfändung des Anwartschaftsrechts selbst nach §§857, 828ff ZPO ausreichend ist, setzt sich das Pfändungspfandrecht am Anwartschaftsrecht automatisch bei Eigentumserwerb durch den Schuldner am neu erworbenen Eigentum fort. Nötig ist dann nur noch eine Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher nach §847 I ZPO analog. Diese Ansicht ist aber abzulehnen, da sich das Pfändungspfandrecht am Anwartschaftsrecht nicht automatisch auch an der Sache selbst fortsetzt, da diese nicht verstrickt ist, sondern nur das Recht.

-> nach der Theorie der reinen Sachpfändung wird nur die Sache selbst und damit auch das Anwartschaftsrecht gepfändet. Daher kann, wenn der Vorbehaltsverkäufer nicht nach §771 ZPO widerspricht, auch schon vor Bedingungseintritt in die Sache vollstreckt werden. IdR wird aber der Vorbehaltsverkäufer aufgrund seines Eigentums widersprechen, weshalb auch die Theorie der reinen Sachpfändung abzulehnen ist.

(2) Miteigentumsanteile

Miteigentumsanteile werden nach hM nach §857 I ZPO gepfändet. Die Pfändung ist aber nur der erste Schritt. Für die materielle Befriedigung muß der Gläubiger erst nach §§749ff BGB Auseinander-

setzung verlangen. Das Recht hierzu ergibt sich aus der formellen Sachbefugnis nach §836 I ZPO. Die Auseinandersetzung erfolgt durch Teilung in Natur (§752 BGB), sofern die Sache trennbar ist, ansonsten durch Verkauf (§753 BGB). In einen Miteigentumsanteil an einer unbeweglichen Sache kann dagegen nur nach §864 II ZPO vollstreckt werden.

(3) Anteil an Gesamthandsgemeinschaft

Der Anteil eines Schuldners an einer Gesamthandsgemeinschaft (zB GbR) ist nach §859 I ZPO pfändbar, nicht aber der jeweilige Anteil an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens. Durch die Pfändung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters erhält dieser aber nur den Gewinnanteil des Schuldners (§722 BGB). Will er dagegen den wirklichen Anteil am Gesellschaftsvermögen, so muß er nach §725 BGB die Gesellschaft kündigen und sich am Auseinandersetzungsguthaben befriedigen. Gleiches gilt nach §135 HGB für die OHG, KG und nach §859 II ZPO auch für die Vollstreckung in einen Miterbenanteil.

Nicht aber für GmbH: da es hier kein Kündigungsrecht des Privatgläubigers gibt, erfolgt Pfändung der GmbH-Anteile nach §857 ZPO, die Verwertung erfolgt durch Versteigerung oder Verkauf, §844 ZPO.

(4) Grundschuld

Nach §857 VI ZPO gelten für die Zwangsvollstreckung in eine Grundschuld als Grundpfandrecht die Vorschriften über die Pfändung einer Forderung, für die eine Hypothek bestellt ist, entsprechend (-> §§830, 837 ZPO, Herausgabe des Grundschuldbriefs). Dies ist aber nicht zu verwechseln mit einer Zwangsvollstreckung nach §1147 BGB in ein Grundstück, da hier der Gläubiger nicht auch der Grundschuldgläubiger ist. Umstritten ist dies für eine Eigentümergrundschuld, sei es eine rechtsgeschäftliche Eigenbestellung nach §1196 BGB oder eine gesetzliche Umwandlung nach §§1163 I, 1177 BGB. Die hM wendet auch hier §857 VI ZPO an, eine andere Ansicht §857 II ZPO, da ja kein Drittschuldner vorhanden ist.

aber: die Forderung des Schuldners, für die eine Grundschuld bestellt ist, wird nach §§828ff ZPO gepfändet, weil die Grundschuld unabhängig von der Forderung besteht und §1153 BGB nicht der alleinigen Pfändung der Forderung entgegensteht.

Die Grundschuld selbst wird dagegen nach §857 VI ZPO gepfändet, dh nach §830 ZPO Übergabe des Grundschuldbriefs (Pfändungsbeschluß, dadurch entsteht Pfändungspfandrecht an der Grundschuld), danach §837 ZPO Überweisungsbeschluß.

§§864ff ZPO Zwangsvollstreckung wegen Geldforderung in unbewegliches Vermögen

Es gibt bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen drei Arten der Vollstreckung, §866 I ZPO:

- §§866 I Alt. 1, 867, 868 ZPO, 1184 BGB (Eintragung einer Sicherungshypothek)
- §§866 I Alt. 2, 869 ZPO, 15ff ZVG (Zwangsversteigerung zur Verwertung des Grundstücks)
- §§866 I Alt. 3, 869 ZPO, 146ff ZVG (Zwangsverwaltung zur Befriedigung als Erzeugnissen des Grdst.)

(1) Gegenstand der Immobilizarzwangsvollstreckung ist nach §864 I ZPO das Grundstück selbst und das Erbaurecht (§11 I ErbbauVO), nach §864 II ZPO auch Bruchteile an unbeweglichem Vermögen (zB §1008 BGB Miteigentum).

Der Gegenstand der Immobilizarvollstreckung kann sich aber auch nach §865 I ZPO auf bewegliche Sachen erstrecken. Nach §865 I ZPO unterfallen auch diejenigen Sachen der Immobilizarvollstreckung, die Gegenstand des Hypothekenhaftungsverbands nach §1120 BGB sein würden. Dabei kommt es überhaupt nicht darauf an, ob auch wirklich eine Hypothek besteht, da ein solches Nachprüfen dem Gerichtsvollzieher wegen des formalisierten Verfahrens nicht zugemutet werden kann. Wird also in ein Grundstück vollstreckt, so ist fraglich, ob die Zwangsvollstreckung dabei auch die beweglichen Sachen erfaßt. Wäre dies der Fall, so könnte nach §23 I 1 ZVG der Schuldner über diese nicht mehr verfügen, da die Beschlagnahme wie ein Veräußerungsverbot nach §§136, 135 BGB wirkt.

(a) Zubehör: Zubehör eines Grundstücks darf nie über die Mobilarpfändung nach §808 ZPO gepfändet werden, da sonst die wirtschaftliche Einheit des Grundstücks gefährdet wäre. Hiergegen könnte der Schuldner nach §766 ZPO mit der Erinnerung vorgehen. Will der Gläubiger also das Zubehör eines Grundstücks pfänden (zB LKWs einer Spedition), so muß er die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen betreiben. Von dieser Zwangsvollstreckung wird dann nach §865 I ZPO auch das Zubehör umfaßt.

(b) Wesentliche Bestandteile unterliegen wegen der meist untrennbaren Zugehörigkeit zum Grundstück (§93 BGB) immer nur der Immobilizarvollstreckung.

- (c) Sonstige Bestandteile: Sonstige Bestandteile unterliegen nach §865 I ZPO zwar auch dem Haftungsverband der Hypothek nach §1120 BGB, sie unterliegen nach §865 II 2 ZPO aber dennoch der Mobilienvollstreckung, solange nicht ihre Beschlagnahme im Wege der Immobilienvollstreckung erfolgt ist. Die Beschlagnahme erfolgt nach §20 II ZVG zugleich mit der Beschlagnahme des Grundstücks.

Meist geht es um die Fälle, in denen die Immobilienzwangsvollstreckung in ein Grundstück betrieben wird, der Schuldner aber vorher einer Bank eine Zubehörsache sicherungsübereignet hat (§930 BGB). Dann ist fraglich, ob die Bank gegen die Zwangsversteigerung ein die Versteigerung hinderndes Recht hat (ob sie Eigentum erworben hat).

* Gläubiger hat keine Hypothek

Fraglich ist hier, ob die Bank Sicherungseigentum erworben hat. Der Schuldner darf die Zubehörstücke solange veräußern, bis die Immobilienvollstreckung betrieben wird. Danach nämlich gilt die Zwangsvollstreckung nach §20 I ZVG als Beschlagnahme des Grundstücks, nach §20 II ZVG erstreckt sich die Beschlagnahme dann auch auf die beweglichen Gegenstände auf dem Grundstück. Dies würde nach §23 I 1 ZVG zu einem relativen Veräußerungsverbot nach §§136, 135 BGB führen, dh es käme dann auf die Gutgläubigkeit der Bank an, ob sie Eigentum erworben hat.

Nach §55 II ZVG erstreckt sich die Immobilienvollstreckung zwar auch auf die beweglichen Gegenstände, die sich beim Schuldner befinden (es kommt nur auf Besitz an, nicht auf die Eigentumsverhältnisse), jedoch kann die Bank diese aus dem Umfang der Zwangsvollstreckung herausnehmen, wenn sie Eigentum erworben hat, §§37 Nr. 5 ZVG, 771 ZPO. Hier kommt es also darauf an, ob die Veräußerung durch den Schuldner vor Betreiben der Zwangsvollstreckung erfolgt ist, oder ob die Bank gutgläubig war. Nur dann unterliegen die sicherungsübereigneten Gegenstände nicht der Immobilienvollstreckung.

* Gläubiger hat eine Hypothek

Sollte der Gläubiger allerdings eine Hypothek haben, so ist die Veräußerung des Schuldners auch vor der Beschlagnahme nicht ohne weiteres möglich. Dann nämlich unterliegen auch die beweglichen Sachen dem Haftungsverband der Hypothek, eine Enthftung nach §§1121 ff BGB ist nur bei *Entfernung* von dem Grundstück möglich. Da der Erwerber vom Schuldner als Eigentümer erwirbt, ist nicht §932 I BGB einschlägig, sondern nur der lastenfreie Erwerb nach §936 BGB. Belastet ist die bewegliche Sache mit der Zugehörigkeit zum Haftungsverband. Und gerade für den lastenfreien Erwerb ist nach §936 I BGB meist auch die Besitzübergabe erforderlich, und dies ist gerade beim Sicherungseigentum nicht der Fall, die Sache bleibt im Besitz des Schuldners. Dann kann sich die Bank auch nicht auf ein die Versteigerung hinderndes Recht iSd §37 Nr. 5 ZVG (Eigentum) berufen, dieser ist nicht über §55 II ZVG anwendbar, da §55 II ZVG überhaupt nicht benötigt wird. Schon der Haftungsverband als solcher regelt die Zugehörigkeit der Sache zum Versteigerung, so daß sich die Versteigerung des Grundstücks schon nach §1120 BGB auf die Sache ausdehnt. Der Ersteigerer des Grundstücks erwirbt nach §90 II ZVG mit dem Zuschlag das Eigentum.

(2) Zwangsversteigerung §§15ff ZVG

Auf Antrag nach §15 ZVG beschließt und ordnet das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht nach §1 ZVG die Beschlagnahme des Grundstücks an, §20 ZVG. Dies ist dem Schuldner von Amts wegen nach §3 ZVG zuzustellen. Für die öffentliche Versteigerung gilt das Prinzip des geringsten Gebots nach §44 ZVG, dh das Mindestgebot für das Grundstück muß die Kosten des Verfahrens decken (§109 ZVG) sowie die sonstigen Kosten nach §§10 Nr. 1-3, 12 Nr. 1-2 ZVG, ebenso wie die vorrangigen Rechte an dem Grundstück.

Beispiel: Kosten des Verfahrens 2.000 DM, öffentliche Lasten 1.000 DM, Hypothek Rang 1 20.000 DM
-> Betreibt nun Hypothekengläubiger 2 oder sonstiger Gläubiger die Zwangsversteigerung, so beläuft sich das Mindestgebot auf 23.000 DM. Nach §49 I ZVG muß der Ersteigerer aber nur die Kosten des Verfahrens sowie die sonstigen Kosten und sein Mehrgebot bezahlen, nicht aber den Wert der vorrangigen Rechte, da diese nach §52 I ZVG ohnehin bestehen bleiben. Bietet der Ersteigerer also nun 30.000 DM, so muß er nur 10.000 DM bar bezahlen, die Hypothek 1 bleibt weiterhin bestehen.

-> Mit dem Zuschlag erwirbt der Ersteigerer nach §90 I ZVG originäres Eigentum, ohne daß es zB auf eine Ablieferung des Grundstücks ankäme (wie zB bei §817 II ZPO). Gleichzeitig erwirbt er auch Eigentum an den Gegenständen des Grundstücks, auf die sich der Haftungsverband erstreckt, §90 II ZVG. Der Haftungsverband des §1120 BGB erstreckt sich zwar nicht auf schuldnerfremde Sachen, die sich auf dem Grundstück befinden (Wortlaut), so daß diese auch nicht von der Beschlagnahme nach

§20 II ZVG umfaßt sind. Jedoch erwirbt der Ersteigerer nach §90 II ZVG das Eigentum auch an schuldnerfremden Sachen, da es hier nicht auf den Haftungsverband des §1120 BGB ankommt, sondern nur auf die Gegenstände, auf die sich die Versteigerung erstreckt hat. Und diese erstreckt sich nach §55 II ZVG auf alle im Besitz des Schuldners befindlichen Sachen, auf die Eigentumsverhältnisse kommt es nicht an.

(3) Zwangsverwaltung §§146ff ZVG

Wesensunterschied zur Zwangsversteigerung liegt darin, daß sich der Gläubiger nur aus den Erzeugnissen des Grundstücks befriedigt, nicht aber aus der Verwertung des Grundstücks selbst. Dies macht dann Sinn, wenn das Grundstück schon hoch dinglich belastet ist, da die vorrangigen Gläubiger bei der Verwertung nach §44 ZVG auch vorrangig befriedigt werden müssen, also kein Überschuß zu erwarten ist.

Klausurrelevanter Unterschied zur Zwangsversteigerung liegt darin, daß der Umfang der Zwangsverwaltung weiter geht als bei der Zwangsversteigerung. Nach §21 ZVG sind bestimmte Gegenstände (landwirtschaftliche Erzeugnisse) und Forderungen (Miet- und Pachtzins) nicht der Zwangsversteigerung unterworfen. Dies bedeutet, daß sich darauf auch die Beschlagnahme nach §20 II ZVG nicht erstreckt und daher auch das Verfügungsverbot des §23 I 1 ZVG nicht greifen kann. Wohl aber bei der Zwangsverwaltung, da gemäß §148 ZVG auch die Gegenstände des §21 ZVG der Beschlagnahme unterworfen sind.

Beispiel: Abtretung einer Mietzinsforderung an Bank zur Sicherung eines Darlehens

- > auch bei schon angeordneter Zwangsversteigerung ist Abtretung ohne weiteres möglich, da das Verfügungsverbot des §23 I 1 ZVG nicht greift, weil Mietzinsforderungen gemäß §§21 II, 20 II ZVG nicht der Beschlagnahme unterworfen sind.
- > wurde dagegen Zwangsverwaltung angeordnet, so unterliegen auch die Mietzinsforderungen der Beschlagnahme, §148 I ZVG, so daß das relative Verfügungsverbot des §23 I 1 ZVG greift.

(4) Zwangshypothek

Die Bestellung einer Sicherungshypothek dient nicht der Befriedigung, sondern der Sicherung der Forderung des Gläubigers, da die Sicherungshypothek dann nach §10 I Nr. 4 ZVG rangsichernde Wirkung hat und dem Gläubiger bevorzugte Befriedigung sichert. Ab der Eintragung gelten die §§1184ff BGB.

§§883ff ZPO Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Herausgabe oder Handlungen

Die Zwangsvollstreckung wegen anderer Ansprüche als Geldforderungen regeln die §§883ff ZPO. Das Gesetz unterscheidet hier zwischen Herausgabeansprüchen und Vornahme- bzw. Unterlassungsansprüchen.

• Herausgabeansprüche §§883, 885 ZPO

Die vom Gläubiger im Antrag nach §753 ZPO genau bezeichnete bewegliche Sache ist nach §883 I ZPO vom Gerichtsvollzieher wegzunehmen und dem Gläubiger zu übergeben. §811 ZPO greift hier nicht, §811 ZPO ist als Ausnahmenvorschrift auch nicht analogiefähig. Der Gläubiger kann nach hM daher auch eine eigene Sache wegen einer *Geldforderung* nach §§808ff ZPO pfänden - ohne daß §811 ZPO beachtet werden muß -, da es sich faktisch um ein Herausgabeverlangen nach §§883ff ZPO handelt.

Bei unbeweglichen Sachen hat der Gerichtsvollzieher nach §885 I ZPO den Schuldner „aus dem Besitz zu setzen“ und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen. Relevant ist dies vor allem bei Zwangsräumungen von Wohnungen. Da „aus dem Besitz setzen“ das Herauswerfen des Schuldners meint, gelten auch hier die Zwangsrechte der §§758, 758a ZPO. Da die Wohnungsräumung stark schutzbedürftig ist, hat der Mieter mehrere Möglichkeiten, sich dagegen zu wehren:

Zunächst kann er sich nach §556a I BGB schon gegen die Kündigung mit einem Widerspruch wehren und Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen. Erstreitet der Gläubiger dennoch ein Räumungsurteil, so kann der Mieter nach §721 ZPO eine Räumungsfrist beantragen. Nach Ablauf dieser Frist kann sich der Mieter nach §765a ZPO gegen die Zwangsäumung mit dem Hinweis auf einen Härtefall wehren. Und auch nach der erfolgten Zwangsäumung kann sich der Mieter an die Sicherheitsbehörde wenden, die ihn zwangsweise wieder in die Wohnung einweisen kann, Art. 7 II Nr. 3 LStVG (zB drohende Obdachlosigkeit).

• Handlungsvollstreckung §§887, 888 ZPO

Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen unterscheidet zwischen vertretbaren (§887 ZPO) und unvertretbaren (§888 ZPO) Handlungen. Vertretbare Handlungen sind solche, die auch durch einen Dritten vorgenommen werden können; unvertretbare Handlungen liegen vor, wenn sie nur der Schuldner vornehmen kann.

- (1) Die Zwangsvollstreckung findet bei vertretbaren Handlungen nach §887 ZPO dadurch statt, daß das Prozeßgericht den Gläubiger ermächtigt, die Handlung durch einen Dritten auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen. Der Antrag des Gläubiger muß aber genau bestimmt sein, da im Urteil festgeschrieben werden muß, welche Kosten der Schuldner für welche Handlung zu zahlen hat.
- (2) Die Zwangsvollstreckung bei unvertretbaren Handlungen findet nach §888 ZPO dadurch statt, daß das Prozeßgericht versucht, den Schuldner durch Zwangsgeld oder Zwangshaft zur Vornahme der Handlung anzuhalten. Diese Beugemaßnahme setzt kein Verschulden des Schuldners voraus.

- **Duldung- und Unterlassungsvollstreckung §890 ZPO**

Dem Schuldner wird ein Ordnungsgeld oder eine Ordnungshaft für jede Zuwiderhandlung gegen seine Unterlassungs- oder Duldungspflicht angedroht. Schwierig ist die Abgrenzung bei der Unterlassung von weiteren Störungen. Meist ist es hierfür nämlich erforderlich, daß die schon erfolgte Störung erst beseitigt wird (Handlung -> §§887, 888 ZPO), bevor weitere Störungen unterlassen werden können. Dann wird dem Gläubiger ein Wahlrecht zugestanden.

Das Ordnungsgeld ist nicht nur Beugemittel, es hat auch repressive Funktion. Es kann daher auch verhängt werden, wenn die zugrundeliegende Verpflichtung des Schuldners nicht mehr eingehalten werden kann (zB Schuldner hat den nicht zu fällenden Baum schon gefällt).

- **Abgabe von Willenserklärungen §894 ZPO**

Mit §894 ZPO ist es möglich, eine vom Schuldner abzugebende Willenserklärung mit Rechtskraft des Urteils (§705 ZPO) als fingiert anzusehen. Mit Eintritt der formellen Rechtskraft gilt die Willenserklärung als vom Schuldner abgegeben. Dies ist nicht bei vorläufig vollstreckbaren Urteilen möglich, nur bei der Ausnahme des §895 ZPO. Auch bei der Fiktion der Willenserklärung gibt es einen Gutglaubensschutz, da die §§932, 892 BGB mangels Rechtsgeschäfts nicht anwendbar sind. Nach §898 ZPO finden die Vorschriften des Gutgläubenserwerbs des BGB entsprechende Anwendung.

Beispiel: die WE eines Schuldners auf Eigentumsverschaffung wird über §894 ZPO fingiert, obwohl die Sache nicht dem Schuldner gehörte. Ein gutgläubiger Gläubiger erwirbt aber dennoch nach §898 ZPO iVm §932 I BGB das Eigentum an der Sache.

Bei der Wandelung nach §465 BGB aber ist zu beachten, daß nach der Theorie vom richterlichen Gestaltungsakt nicht eine Klage nach §894 ZPO auf das Einverständnis des Verkäufers nötig ist. Das nötige Einverständnis des Verkäufers zur Wandelung wird schon durch das positive Urteil auf die Wandelung selbst ersetzt. Nur nach der Vertragstheorie wäre vorher eine Klage nach §894 ZPO erforderlich.

Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung

Die Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung werden unterschieden danach, ob sie materiell-rechtliche Einwendungen oder nur verfahrensrechtliche Einwendungen betreffen.

- **materiell-rechtliche Einwendungen**
 - (1) Vollstreckungsabwehrklage §767 ZPO
 - (2) Drittwiderspruchsklage §771 ZPO
 - (3) Klage auf vorzugsweise Befriedigung §805 ZPO
- **verfahrensrechtliche Einwendungen**
 - (1) Erinnerung §766 ZPO
 - (2) sofortige Beschwerde §793 ZPO
 - (3) Rechtspflegererinnerung §11 I RPflG
- **Rechtsbehelfe gegen Vollstreckungsklausel**
 - (1) Klauselabwehrklage §768 ZPO (entspricht §767 ZPO)
 - (2) Klauselerinnerung §732 ZPO (entspricht §766 ZPO)
 - (3) Rechtspflegererinnerung §11 RPflG
 - (4) Erinnerung des Urkundsbeamten

§767 ZPO Vollstreckungsabwehrklage

Bei der Vollstreckungsabwehrklage müssen materiell-rechtliche Einwendungen gegen den im „Urteil festgestellten Anspruch selbst“ vorliegen. Hier wird aber nicht der Titel selbst beseitigt, sondern nur seine Vollstreckbarkeit, es wird nur ein zwangsweises Vorgehen aus dem Titel verhindert. §767 ZPO durchbricht also gerade nicht die materielle Rechtskraft des Urteils. Es sind aber solche materiellen Einwendungen ausgeschlossen nach §767 II ZPO, die schon bei der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung hätten vorgebracht werden können. Bei besonderer Eilbedürftigkeit kann der Schuldner auch eine einstweilige An-

ordnung nach §769 ZPO begehren. Dennoch haben die Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung keinen Suspensiveffekt.

1. Sachlich und örtlich ausschließlich (§802 ZPO) zuständig ist das Prozeßgericht. Bei vollstreckbaren Urkunden gilt die Zuständigkeit nach §797 V ZPO. Bei Vollstreckungsbescheiden greift §796 III ZPO.
2. Statthaft ist die Vollstreckungsabwehrklage, wenn ein Titel vorliegt und sich der Schuldner gegen die Vollstreckung mit materiell-rechtlichen Einwendungen dagegen wehren will, die nicht nach §767 II ZPO ausgeschlossen sind.
3. Es gelten die allgemeinen Formvorschriften, insbesondere §253 ZPO. Der Klageantrag muß darauf laufen, daß die Zwangsvollstreckung aus dem Titel für unzulässig erklärt wird.
4. Das Rechtsschutzbedürfnis liegt schon ab unmittelbarem Bestehen der Zwangsvollstreckung vor, es fehlt nach Beendigung der Zwangsvollstreckung. Bei einem vorläufig vollstreckbarem Titel hat der Schuldner die Wahl zwischen Berufung und §767 ZPO. Legt er Berufung ein, fehlt ihm für §767 ZPO das Rechtsschutzbedürfnis, da die Berufung aufschiebende Wirkung hat.

Die Vollstreckungsabwehrklage ist begründet, wenn materiell-rechtliche Einwendungen gegen die Vollstreckbarkeit bestehen, die nicht nach §767 II ZPO ausgeschlossen sind. Beruhen die Einwendungen auf Gründen, die schon zur Zeit der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung vorlagen, hätten sie dort vorgebracht werden müssen und können nicht nachgeschoben werden. §767 II ZPO gilt nicht für die vollstreckbaren Urkunden nach §797 IV ZPO, da dort keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat.

Problematisch ist §767 II ZPO bei Gestaltungsrechten wie Anfechtung, Aufrechnung oder Rücktritt. Hier kommen mehrere Zeitpunkte in Betracht. Zum einen der Zeitpunkt der *tatsächlichen Ausübung* des Gestaltungsrechts, zum anderen das Entstehen des Gestaltungsrechts mit *Kenntnis* des Schuldners und letztens das *Entstehen ohne Kenntnis* des Schuldners.

- > die Rspr. stellt nur auf das Entstehen des Gestaltungsrechts ab; ein Schuldner, der erst nach der letzten mündlichen Verhandlung erfährt, daß er getäuscht wurde, kann daher die Anfechtung nicht mehr mit der Vollstreckungsabwehrklage geltend machen. Dadurch kann es zu einer erheblichen Verkürzung der materiellen Verjährungsfristen kommen (zB §124 BGB).
- > die Gegenansicht stellt deshalb auf die Kenntnis des Schuldners ab. Dies kann aber das Verfahren verzögern.
- > bei Urteilen werden also nur Gründe zugelassen, die nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind, §767 II ZPO. Bei Urkunden ist der Zeitpunkt irrelevant, §797 IV ZPO, da keine Verhandlung stattgefunden hat. Bei Versäumnisurteilen darf nach §767 II ZPO die Einspruchsfrist des §339 ZPO noch nicht abgelaufen sein. Bei Vollstreckungsbescheiden, die nach §700 I ZPO den VU gleichstehen, gilt §796 II ZPO für das Vorbringen von Gründen (entspricht §767 II ZPO, auch hier gilt die Einspruchsfrist des §339 ZPO).
- > der Klageantrag ist auf §775 Nr. 1 ZPO ausgerichtet, daß also die Zwangsvollstreckung durch das Gericht für unzulässig erklärt wird und einzustellen ist. Dann sind zugleich die bereits getroffenen Vollstreckungsmaßnahmen aufzuheben.

§771 ZPO Drittwiderspruchsklage

Die Drittwiderspruchsklage kann nur von einem Dritten geltend gemacht werden, wenn die Zwangsvollstreckung in dessen Rechtspositionen eingreifen würde. Der Klageantrag des §771 I ZPO ist auf die Erklärung des Gerichts der Unzulässigkeit und der Einstellung der Zwangsvollstreckung nach §775 Nr. 1 ZPO gerichtet. Eine bereits erfolgte Zwangsvollstreckung ist nach §776 ZPO aufzuheben. Nach §771 III 1 ZPO hat auch hier der Dritte die Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung bei Eilbedürftigkeit.

Zu beachten ist, daß die Klage gegen den Gläubiger nach §771 I ZPO die Geltendmachung von §985 BGB ausschließt, da §771 I ZPO der speziellere Rechtsbehelf ist. Neben §771 I ZPO ist nur die Klage aus §§1004, 823 BGB gegen den Gläubiger zulässig. Möglich ist aber die Klage aus §771 I ZPO gegen den Gläubiger und die Klage aus §985 BGB gegen den Schuldner. Diese sind dann nach §771 II ZPO einfache Streitgenossen.

1. Örtlich ausschließlich (§802 ZPO) zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung erfolgt. Der ausschließliche Gerichtsstand gilt aber **nicht** für die sachliche Zuständigkeit, hierfür gelten die allgemeinen Vorschriften des §1 ZPO iVm §§23, 71 GVG. Entscheidend ist also der Streitwert. Hierfür ist im Zwangsvollstreckungsrecht §6 ZPO besonders relevant: Nach §6 S. 1 ZPO richtet sich der Streitwert entweder nach dem Wert der Sache, wenn es auf den Besitz ankommt, oder nach dem Betrag der Forderung, die gepfändet werden soll.

Beispiel: A läßt eine Sache wegen einer Forderung iHv 8.000 DM pfänden, die Sache selbst ist aber 11.000 DM wert. Dennoch ist das Amtsgericht für die Drittwiderspruchsklage sachlich zuständig, da es nur auf den Betrag der Forderung ankommt. Eine Ausnahme gilt nach §6 S. 2 ZPO nur dann, wenn die Sache weniger wert ist als die Forderung, zB Forderung ist 11.000 DM wert, die hierfür

gepfändete Sache aber nur 5.000 DM. Dann ist entgegen §6 S. 1 ZPO nicht das LG zuständig, sondern nach §6 S. 2 ZPO das Amtsgericht.

2. Statthaft ist die Drittwiderspruchsklage nach §771 I ZPO, wenn die Zwangsvollstreckung möglicherweise in „ein die Veräußerung hinderndes Recht“ eines Dritten eingreifen würde. Der Wortlaut des §771 I ZPO ist dabei mißlich formuliert, denn selbst das Eigentum als stärkste dingliche Rechtsposition kann wegen der Möglichkeit des Gutgläubenserwerbs eine Veräußerung nicht verhindern. Gemeint ist vielmehr, daß die Zwangsvollstreckung in den Zuweisungsgehalt eines Drittrechts eingreifen würde. „Ein die Veräußerung hinderndes Recht“ liegt somit dann vor, wenn die Veräußerung durch einen Nichtberechtigten zivilrechtswidrig wäre, weil sie in den Rechtskreis des Dritten eingreifen würde.

Begründet ist die Klage nach §771 I ZPO, wenn der Gläubiger mit der Zwangsvollstreckung widerrechtlich in „ein die Veräußerung hinderndes Recht“ eines Dritten vollstreckt. Als von §771 I ZPO geschützte Dritt-rechte kommen in Betracht:

1. Eigentum

Die stärkste dingliche Rechtsposition stellt das Eigentum dar. Zum einen kann der Miteigentümer Klage nach §771 ZPO erheben, wenn der Gläubiger nicht nur den Miteigentumsanteil des Schuldners nach §857 ZPO pfändet, sondern die ganze Sache. Auch das Vorbehaltseigentum berechtigt zur Klage nach §771 ZPO. Umstritten ist dies für das Sicherungseigentum nach §930 BGB:

- * nach einer Ansicht berechtigt das Eigentum des Sicherungsnehmers nicht zur Klage nach §771 ZPO, sondern nur zur vorzugsweisen Befriedigung nach §805 ZPO, weil das Sicherungseigentum einem besitzlosen Pfandrecht viel näher steht als dem Eigentum. §930 BGB dient nur der Sicherung einer Forderung *auf Zeit*, es ist von vornherein nicht auf Dauer angelegt, weil die Sicherungsabrede eine Rückübereignungspflicht vorsieht. Für diese Ansicht spricht auch, daß der Sicherungseigentümer kein Aussonderungsrecht nach §47 InsO hat wie ein „normaler“ Eigentümer, sondern nur ein Absonderungsrecht nach §51 Nr. 1 InsO, welches dem Absonderungsrecht der Pfandgläubiger nach §50 InsO gleichsteht.
- * die hM gibt aber auch dem Sicherungseigentümer die Möglichkeit einer Klage nach §771 I ZPO, weil auch der Sicherungseigentümer nach der Wertung des BGB Volleigentümer ist, auf die wirtschaftliche Funktion des §930 BGB kommt es nicht an. Außerdem wäre dem Sicherungsnehmer die Bestimmung genommen, ob und wann das Sicherungsgut verwertet würde, da der Sicherungseigentümer bei einer Klage nach §805 ZPO nur vorzugsweise (Geld)Befriedigung geltend machen könnte. Dadurch wäre auch die Erfüllung der zugrundeliegenden Darlehensforderung gefährdet, weil der Sicherungsgeber die ihm überlassene Sache nicht mehr für seinen Betrieb benutzen kann.
- * die hM gesteht sogar dem *Sicherungsgeber* die Möglichkeit der Drittwiderspruchsklage nach §771 ZPO zu, obwohl dieser überhaupt kein Eigentum mehr an der Sache hat. Dies ergibt sich aus der Überlegung, daß die Sicherungsübereignung nur zur Sicherheit für eine Forderung getätigt wurde, die übereignete Sache soll aber nicht den Gläubigern des Sicherungseigentümers zur Befriedigung dienen. Denn dann wäre die Rückübereignungspflicht aus der Sicherungsabrede gefährdet. Die Sicherungsabrede hat somit *quasidingliche* Wirkung. Etwas anderes gilt nur, wenn Verwertungsreife eingetreten ist, wenn als der Sicherungseigentümer selbst die Sache verwerten dürfte nach der Sicherungsabrede.

2. Anwartschaftsrecht

Die hM gesteht die Drittwiderspruchsklage nach §771 ZPO auch dem Anwartschaftsberechtigten zu, da das Anwartschaftsrecht als *wesensgleiches minus* zum Eigentum angesehen wird. Relevant wird das Anwartschaftsrecht als Recht iSd §771 I ZPO dann, wenn sich die Vorbehaltssache bei einer anderen Person als dem Vorbehaltskäufer befindet und in dessen Vermögen gepfändet werden soll. Dann kann der Vorbehaltskäufer dieser Pfändung wegen seines Anwartschaftsrechts widersprechen. Dies kann zB dann geschehen, wenn die Gläubiger des Vorbehaltverkäufers, der schließlich noch Eigentümer ist, in diese Sache vollstrecken wollen.

Wenn sich die Sache noch beim Vorbehaltskäufer befindet, ist §771 ZPO nicht nötig, da der Käufer als nicht zur Herausgabe bereiter Dritter iSd §809 ZPO angesehen wird, er die Zwangsvollstreckung einfach durch einen Widerspruch bei der Pfändung verhindern kann.

Auch der Schutz des Anwartschaftsberechtigten über §161 I BGB schadet nicht der Einordnung des Anwartschaftsrechts als Recht iSd §771 ZPO. Man könnte nämlich den Schutz des §771 ZPO deshalb verweigern, weil man sagt, daß der Anwartschaftsberechtigte schon ausreichend über §161 I BGB geschützt ist, weil zwischenzeitliche Verfügungen dem Anwartschaftsberechtigten gegenüber relativ unwirksam sind. Die hM verneint dies aber, weil §161 I BGB nur rechtsgeschäftliche Verfügungen meint und nicht die Eigentumsverschaffung kraft Hoheitsakt an den Ersteigerer. Daher muß dem Anwartschafts-

berechtigten der Schutz des §771 ZPO zustehen, damit er dem drohenden Rechtsverlust zuvorkommen kann.

3. Beschränkt dingliche Rechte

Beschränkt dingliche Rechte wie Grundpfandrechte gewähren den Schutz nach §771 ZPO. Denkbar ist zB der Fall, wenn ein Gläubiger in den Haftungsverband des §1120 BGB vollstreckt. Dann kann der Hypothekengläubiger nach §771 ZPO Drittwiderspruchsklage erheben. Daneben bleibt die Erinnerung nach §766 ZPO, wenn Zubehör entgegen §865 II 1 ZPO durch Mobiliarpfändung gepfändet wird.

4. Besitz

Der Besitz ist nach hM kein Recht iSd §771 ZPO, da der Besitz ein bloß tatsächliches Verhältnis darstellt (Sachherrschaft), aber ansonsten keinen Zuweisungsgehalt hat.

5. Obligatorische Ansprüche

Bei den schuldrechtlichen Ansprüchen ist zu unterscheiden zwischen Herausgabe- und Verschaffungsansprüchen. Schuldrechtliche Herausgabeansprüche (Leihe, Verwahrung, Auftrag, Miete...) berechtigen zum Drittwiderspruch nach §771 ZPO, bloße Verschaffungsansprüche (zB §433 I 1 BGB) dagegen nicht, weil hier der Gegenstand noch zum Vermögen des Schuldners gehört, während bei den Herausgabeansprüchen der Gegenstand bereits dem Vermögen des Dritten zugeordnet werden kann.

6. Pfandrechte

Besitzende Pfandrechte (§§1204ff BGB, gesetzliche Pfandrechte) geben die Möglichkeit zum Drittwiderspruch, nicht aber die besitzlosen Pfandrechte. Letztere berechtigen nur zur Klage auf vorzugsweise Befriedigung nach §805 ZPO. Aber auch bei besitzenden Pfandrechten wird die Klage nach §771 ZPO selten begründet sein, weil nicht die Pfändung sie in ihrem Recht verletzt, sondern erst die Verwertung. Daß besitzende Pfandrechte die Möglichkeit nach §771 ZPO eröffnen, ergibt sich aus einem Vergleich mit §805 ZPO: dort ist normiert, daß die Inhaber von besitzlosen Pfandrechten der Pfändung nicht widersprechen können. Damit ist im Umkehrschluß auch festgehalten, daß die Inhaber besitzender Pfandrechte dies sehr wohl können. Nach hM hat ein besitzender Pfandgläubiger neben der Widerspruchsmöglichkeit des §771 ZPO als minus zudem noch das Recht auf vorzugsweise Befriedigung nach §805 ZPO, denn wenn schon der Inhaber eines besitzlosen Pfandrechts nach §805 ZPO vorgehen kann, dann muß dies erst recht auch ein besitzender Pfandgläubiger können. Ein besitzender Pfandgläubiger kann also sowohl nach §771 ZPO als auch nach §805 ZPO vorgehen, wobei in der Regel die Klage auf vorzugsweise Befriedigung nach §805 ZPO mehr Aussicht auf Erfolg hat, da der Pfandgläubiger durch die Pfändung nicht in seinem Pfandrecht verletzt wird, sondern erst durch die anschließende Verwertung.

Fraglich ist aber noch, inwieweit der Vollstreckungsgläubiger materiell-rechtliche Einwendungen gegen die Drittwiderspruchsklage geltend machen kann, daß er also doch die Zwangsvollstreckung betreiben darf.

* früher wurde vertreten, daß der Gläubiger dann Widerklage nach §33 ZPO erheben muß und einen Duldungstitel gegen den Drittwiderspruchskläger auf Duldung der Zwangsvollstreckung erstreiten muß.

* dies wird nach heute hM als bloßer Formalismus angesehen. Der Vollstreckungsgläubiger kann daher die materiellen Einwendungen direkt im Drittwiderspruchsverfahren geltend machen. Der materielle Einwand der Duldungspflicht des Drittwiderspruchsklägers greift direkt durch.

Beispiel: Klage gegen OHG auf Herausgabe einer Sache. Diese steht aber im Eigentum eines Gesellschafters. Dieser kann Drittwiderspruchsklage nach §771 ZPO erheben. In diesem Verfahren kann der Gläubiger aber geltend machen, daß dieser Gesellschafter wegen §128 HGB zur Duldung verpflichtet ist. Mit dem Hinweis auf §129 IV HGB (Titel gegen OHG wirkt nicht gegen Gesellschafter) kann sich der Gesellschafter nicht wehren, dies wäre eine unzulässige Rechtsausübung.

Ansprüche gegen Gläubiger nach erfolgter Zwangsvollstreckung

Hier wird geklärt, welche Ansprüche sowohl Schuldner als auch Drittberechtigter nach der Zwangsvollstreckung gegen den Gläubiger geltend machen können. Begehrt werden kann dann die Herausgabe des Erlöses der Zwangsversteigerung. Sollten §§771, 767 ZPO schon erhoben worden sein, so können diese Klagen nach Beendigung der Zwangsvollstreckung auf Bereicherungsansprüche umgestellt werden, sog. verlängerte Drittwiderspruchsklage oder Vollstreckungsabwehrklage.

• §816 I 1 BGB: scheidet aus, da die Zwangsvollstreckung und die Versteigerung keine rechtsgeschäftliche Verfügung ist, sondern ein Hoheitsakt. Auch kann der Gerichtsvollzieher nicht als Nichtberechtigter angesehen werden, die hoheitliche Eigentumszuweisung läßt sich nicht mit einer Verfügung eines NB gleichsetzen.

- §812 I 1 Alt. 1 BGB: die Erlösübergabe an den Gläubiger wird nach hM nicht als Leistung angesehen, außerdem erfolgt sie vom Gerichtsvollzieher an den Gläubiger und nicht im Verhältnis Schuldner/Dritter an den Gläubiger.
- §812 I 1 Alt. 2 BGB: Eingriffskondiktion greift durch, entweder gibt das Pfändungspfandrecht nach der öffentlich-rechtlichen Theorie kein materielles Befriedigungsrecht oder es liegt schon nach der gemischten Theorie kein Pfändungspfandrecht vor.
- §823 I BGB: die Zwangsvollstreckung in schuldnerfremde Sachen stellt eine Eigentumsverletzung des Dritten dar, begangen durch den Gerichtsvollzieher, dessen Handlung dem Gläubiger zugerechnet wird (weil nur auf Auftrag tätig, §753 ZPO). Hat der Gläubiger keine Verwertungsbefugnis, geschieht dies auch rechtswidrig. Allerdings ist ein Verschulden des Gläubigers notwendig, dh die Kenntnis des fremden Eigentums.
- pVV: nach der Rspr. des BGH kommt zwischen dem Pfändungsgläubiger und dem Drittberechtigten ein gesetzliches Schuldverhältnis zustande, wenn der Drittberechtigte die Freigabe der Sache verlangt und sein Recht hinreichend glaubhaft macht. Allerdings ist auch hier ein Verschulden des Gläubigers notwendig. Dieses liegt aber vor, wenn der Gläubiger das geltend gemachte Recht des Dritten nicht gewissenhaft überprüft.

§805 ZPO Klage auf vorzugsweise Befriedigung

Die Inhaber von besitzlosen Pfand- oder Vorzugsrechten können einer Pfändung nicht widersprechen (iSd §771 ZPO). Ihr Recht dient von vornherein nur der Sicherung eines Geldanspruchs. Daher können diese nach §805 I 2 ZPO nur vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös verlangen, nicht aber die Pfändung blockieren. Der Kläger wird daher mit seinem vorrangigen Recht am Erlös beteiligt. Die Klage ist begründet, wenn dem Dritten auch wirklich das Pfand- oder Vorzugsrecht zusteht und dieses auch vorrangig ist (siehe §804 II, III ZPO). Nach hM ist aber entgegen dem Wortlaut des §805 I ZPO anerkannt, daß sich auch der Inhaber eines *besitzenden* Pfandrechts auf §805 ZPO berufen kann. Begründet wird dies damit, daß die Klage nach §805 ZPO ein minus zur Klage nach §771 ZPO ist und daher auch bei besitzenden Pfandrechten möglich sein muß.

§766 ZPO Vollstreckungserinnerung

Nach §§766 I 1, 802 ZPO ist sachlich und örtlich ausschließlich das Vollstreckungsgericht zuständig, funktionell zuständig ist nach §20 Nr. 17a RPflG der Richter. Statthaft ist die Erinnerung bei Einwänden gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, also insbesondere bei

- Fehlern des Gerichtsvollziehers bei der Ausführung
- Weigerung des Gerichtsvollziehers, Weisungen des Gläubigers zu befolgen (§§766 II, 753 I ZPO)
- bei jeder Maßnahme des Vollstreckungsgerichts, die keine Entscheidung ist (-> §793 ZPO)
- beim Kostenansatz nach §788 ZPO und bei ausreichender Sicherung des Gläubigers §777 ZPO

Eine Frist ist nicht zu wahren, die Erinnerung muß schriftlich eingelegt werden. Der Rechtsbehelfsführer muß aber beschwert sein. Die Beschwerde ist dann problematisch, wenn nicht der Schuldner selbst, sondern ein Dritter die Erinnerung einlegt (sog. Dritterinnerung). Dann muß die verletzte Verfahrensvorschrift gerade den Dritten schützen wollen (zB §§809, 829 II ZPO, auch bestimmte Tatbestände des §811 ZPO, dann aber nur für Familienangehörige). Der Erlaß einer einstweiligen Anordnung ist nach §§766 I 2, 732 ZPO möglich. Begründet ist die Erinnerung, wenn ein Verfahrensverstöß vorliegt. Die Erinnerung ist kein Rechtsmittel, da kein Devolutiveffekt vorliegt, es findet eine Überprüfung in derselben Instanz statt.