

Großkommentare der Praxis

Wieczorek/Schütze

Zivilprozessordnung und Nebengesetze

—

Großkommentar

4., neu bearbeitete Auflage

begründet von

Dr. Bernhard Wieczorek

weiland Rechtsanwalt am BGH

herausgegeben von

Professor Dr. Dr. h.c. Rolf A. Schütze

Rechtsanwalt in Stuttgart

Vierter Band

§§ 253–299a

Bearbeiter:

§§ 253–283, 288–292, 294, 295, 296a–299a: Dorothea Assmann

Anh. zu § 261, § 293: Rolf A. Schütze

§§ 284–287: Hans-Jürgen Ahrens

§ 296: Stephan Weth

DE GRUYTER

Stand der Bearbeitung: 1. August 2012

Zitiervorschlag: z.B.: Wieczorek/Schütze/Schütze § 293 ZPO Rn. 3

ISBN 978-3-11-024840-1
e-ISBN 978-3-11-024841-8

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2013 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston
Datenkonvertierung und Satz: jürgen ullrich typosatz, Nördlingen
Druck und Bindung: Strauss GmbH, Mörlenbach
∞ Gedruckt auf säurefreiem Papier
Printed in Germany

www.degruyter.com

Die Bearbeiter der 4. Auflage

Professor Dr. **Hans-Jürgen Ahrens**, Universität Osnabrück, Richter am OLG Celle a.D.
Professor Dr. **Dorothea Assmann**, Universität Potsdam
Professor Dr. **Wolfgang Büscher**, Richter am BGH, Honorarprofessor Universität Osnabrück
Dr. **Lothar Gamp**, Rechtsanwalt, Brandenburg
Professor Dr. **Martin Gebauer**, Universität Tübingen
Uwe Gerken, Vors. Richter am OLG Oldenburg
Dr. **Helge Großrichter**, Rechtsanwalt, München
Professor Dr. **Burkhard Hess**, Universitäten Heidelberg und Luxemburg, Direktor des Max Planck Institute for International, European and Regulatory Procedural Law, Luxemburg
Professor Dr. **Volker Michael Jänich**, Universität Jena, Richter am OLG Jena
Dr. **Ferdinand Kruis**, Rechtsanwalt, München
Professor Dr. **Wolfgang Lüke**, LL.M. (Chicago), Universität Dresden, Direktor des Instituts für Ausländische und Internationale Rechtsangleichung, Richter am OLG Dresden a.D.
Professor Dr. **Heinz-Peter Mansel**, Universität Köln, Direktor des Instituts für internationales und ausländisches Privatrecht
Professor Dr. **Dirk Olzen**, Universität Düsseldorf
Professor Dr. **Christoph G. Paulus**, LL.M. (Berkeley), Humboldt-Universität zu Berlin
Professor Dr. **Hanns Prütting**, Universität zu Köln, Direktor des Instituts für Verfahrensrecht
Dr. **Hartmut Rensen**, Richter am LG Aachen
Dr. **Fabian Reuschle**, Richter am LG Stuttgart
Professor Dr. **Mathias Rohe**, M.A., Universität Erlangen, Richter am OLG Nürnberg a.D.
Dr. **Stephan Salzmann**, Dipl.-Kfm., Rechtsanwalt, Steuerberater, München
Dr. **Christoph Schreiber**, Universität zu Kiel
Professor Dr. **Klaus Schreiber**, Universität Bochum
Professor Dr. **Götz Schulze**, Universität Potsdam
Professor Dr. Dr. h.c. **Rolf A. Schütze**, Rechtsanwalt, Stuttgart, Honorarprofessor Universität Tübingen
Professor Dr. **Stefan Smid**, Universität Kiel
Professor Dr. **Christoph Thole**, Universität Tübingen
Professor Dr. **Roderich C. Thümmel**, LL.M. (Harvard), Rechtsanwalt, Stuttgart, Honorarprofessor Universität Tübingen
Dr. **Eyk Ueberschär**, Rechtsanwalt/Mediator (BAFM), Lehrbeauftragter, Universität Potsdam
Professor Dr. **Barbara Völmann-Stickelbrock**, FernUniversität Hagen
Dr. **Andreas Wax**, Maître en Droit, Rechtsanwalt, Stuttgart
Professor Dr. **Matthias Weller**, Mag. rer. publ., EBS Law School Wiesbaden
Professor Dr. **Stephan Weth**, Universität des Saarlandes
Dr. **Wolfgang Winter**, Rechtsanwalt, München

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis — **IX**

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur — **XXIII**

Zivilprozessordnung

ZWEITES BUCH

Verfahren im ersten Rechtszug

Erster Abschnitt. Verfahren vor den Landgerichten

Titel 1

Verfahren bis zum Urteil

Vorbemerkung vor § 253 — **1**

§ 253 Klageschrift — **66**

§ 254 Stufenklage — **145**

§ 255 Fristbestimmung im Urteil — **182**

§ 256 Feststellungsklage — **190**

Vorbemerkung vor §§ 257–259 — **300**

§ 257 Klage auf künftige Zahlung oder Räumung — **304**

§ 258 Klage auf wiederkehrende Leistungen — **310**

§ 259 Klage wegen Besorgnis nicht rechtzeitiger Leistung — **320**

§ 260 Anspruchshäufung — **332**

§ 261 Rechtshängigkeit — **370**

Anhang zu § 261 ZPO. Internationale Rechtshängigkeit — **398**

§ 262 Sonstige Wirkungen der Rechtshängigkeit — **419**

§ 263 Klageänderung — **431**

§ 264 Keine Klageänderung — **479**

§ 265 Veräußerung oder Abtretung der Streitsache — **496**

§ 266 Veräußerung eines Grundstücks — **529**

§ 267 Vermutete Einwilligung in die Klageänderung — **538**

§ 268 Unanfechtbarkeit der Entscheidung — **540**

§ 269 Klagerücknahme — **544**

§ 270 Zustellung; formlose Mitteilung — **588**

§ 271 Zustellung der Klageschrift — **595**

§ 272 Bestimmung der Verfahrensweise — **606**

§ 273 Vorbereitung des Termins — **616**

§ 274 Ladung der Parteien; Einlassungsfrist — **631**

§ 275 Früher erster Termin — **637**

§ 276 Schriftliches Vorverfahren — **648**

§ 277 Klageerwiderung; Replik — **664**

§ 278 Gütliche Streitbeilegung, Güteverhandlung, Vergleich — **671**

§ 278a Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung — **706**

§ 279 Mündliche Verhandlung — **717**

§ 280 Abgesonderte Verhandlung über Zulässigkeit der Klage — **724**

§ 281 Verweisung bei Unzuständigkeit — **735**

§ 282 Rechtzeitigkeit des Vorbringens — **769**

§ 283 Schriftsatzfrist für Erklärungen zum Vorbringen des Gegners — **782**

Vorbemerkungen vor § 284 (Mitwirkungspflichten bei der Beweisaufnahme) — **795**

- § 284 Beweisaufnahme — **820**
- § 285 Verhandlung nach Beweisaufnahme — **844**
- Vor § 286
 - Teil A: Darlegungslast, Beweislast — **846**
 - Teil B: Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote — **910**
- § 286 Freie Beweiswürdigung — **937**
- § 287 Schadensermittlung; Höhe der Forderung — **970**
- § 288 Gerichtliches Geständnis — **992**
- § 289 Zusätze beim Geständnis — **1008**
- § 290 Widerruf des Geständnisses — **1013**
- § 291 Offenkundige Tatsachen — **1018**
- § 292 Gesetzliche Vermutungen — **1027**
- § 292a (weggefallen) — **1038**
- § 293 Fremdes Recht; Gewohnheitsrecht; Statuten — **1038**
- § 294 Glaubhaftmachung — **1057**
- § 295 Verfahrensrügen — **1067**
- § 296 Zurückweisung verspäteten Vorbringens — **1081**
- § 296a Vorbringen nach Schluss der mündlichen Verhandlung — **1135**
- § 297 Form der Antragstellung — **1142**
- § 298 Aktenausdruck — **1146**
- § 298a Elektronische Akte — **1151**
- § 299 Akteneinsicht; Abschriften — **1154**
- § 299a Datenträgerarchiv — **1173**

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abk.	Abkommen
ABl.	Amtsblatt
abl.	ablehnend(e/er)
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
A.C.	The Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis [Band (Jahr) Seite]
ADSp.	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alter Fassung
AG	Aktiengesellschaft, auch Amtsgericht, auch Ausführungsgesetz, auch Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen (Jahr, Seite)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGS	Anwaltsgebühren spezial
AHK	Alliierte Hohe Kommission
AktG	Aktiengesetz
All E.R.	All England Law Reports
Allg.	Allgemein (e/er/es)
Allg.M.	allgemeine Meinung
Alt.	Alternative
a.M.	anderer Meinung
AMBl BY	Amtsblatt des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und soziale Fürsorge
AMG	Arzneimittelgesetz
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. J. Int. L.	American Journal for International Law
amtl.	amtlich
ÄndVO	Änderungsverordnung
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anh.	Anhang
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
App.	Corte di appello (Italien); Cour d'appel (Belgien, Frankreich)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Arb. Int.	Arbitration International
ArbuR	Arbeit und Recht
Art.	Artikel
art.	Article
AUG	Auslandsunterhaltsgesetz
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
AuRAG	Auslands-Rechtsauskunftsgesetz
AusfG	Ausführungsgesetz
AusfVO	Ausführungsverordnung
Ausg.	Ausgabe

Abkürzungsverzeichnis

ausl.	ausländisch
AuslInvestmG	Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen
AVAG	Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
BAföG	Bundesausbildungsförderungsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Amtliche Sammlung
BAnz.	Bundesanzeiger
BauR	Baurecht
bay.	bayerisch
BayOblG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayOblGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebs-Berater
BBergG	Bundesberggesetz
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeitung
BEG	Bundesentschädigungsgesetz
begr.	begründet
Beil.	Beilage
Bek.	Bekanntmachung
belg.	belgisch
Bem.	Bemerkung(en)
Ber.	Bericht
BerDGVR	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
ber.	berichtigt
bes.	besonders
Beschl.	Beschluss
bestr.	bestritten
betr.	betreffend
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BezG	Bezirksgericht
BfA	Bundesanstalt für Arbeit
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Bundesfinanzhofs
BFH/NV	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BFH-PR	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs für die Praxis der Steuerberatung
BG	Bundesgericht (Schweiz)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	Systematische Sammlung der Entscheidungen des BGH
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen; amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
BinSchG	Binnenschiffahrtsgesetz
BinSchVerfG	Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Binnenschiffahrtssachen
Bl.	Blatt
BNotO	Bundesnotarordnung
BörsG	Börsengesetz

BPatG	Bundespatentgericht
BR	Bundesrat
BRAGO	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR(-Drucks.)	Bundesrat(-sdrucksache)
BRAK-Mitt.	Bundesrechtsanwaltskammer Mitteilungen
Breith.	Sammlung von Entscheidungen aus dem Sozialrecht. Begr. v. Breithaupt
brit.	britisch
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts, Amtliche Sammlung
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT(-Drucks.)	Bundestag(-sdrucksache)
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, Amtliche Sammlung
BWNotZ	Mitteilungen aus der Praxis, Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
BYIL	The British Yearbook of International Law
C.A.	Court of Appeal (England)
Cahiers dr. europ.	Cahiers de droit européen
Cass. Civ. (com., soc.)	Cour de Cassation (Frankreich/Belgien), Chambre civile (commerciale, sociale)
Cass. (Italien) S.U.	Corte di cassazione, Sezioni Unite
Cc (cc)	Code civil (Frankreich/Belgien/Luxemburg); Codice civile (Italien)
ch.	Chapter
Ch. D.	Chancery Divison
CIM	Convention internationale concernant le transport des marchandises par chemins des fer; Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr
CISG	Convention on the International Sale of Goods (Wiener Übereinkommen über Verträ- ge über den internationalen Warenkauf)
CIV	Einheitliche Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbe- förderung von Personen und Gepäck (Anlage A zum COTIF)
Civ. J. Q.	Civil Justice Quarterly
Clunet	Journal du droit international (Frankreich)
C.M.L.R.	Commen Market Law Reports
CML Rev.	Commen Market Law Review
CMR	Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßenverkehr
COTIF	Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr
Cour sup.	Cour supérieure de justice (Luxemburg)
CPC, cpc	Codice di procedura civile (Italien). Code de procédure civile (Frankreich/Belgien/ Luxemburg)
CPO	Civilprozeßordnung
CR	Computer und Recht
DAR	Deutsches Autorecht
das.	dasselbst
DAVorm	Der Amtsvormund
DB	Der Betrieb (Jahr, Seite)
Dem. Rep.	Demokratische Republik

Abkürzungsverzeichnis

DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieherzeitung
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
d.h.	das heißt
d. i. P.	Droit international privé
Dir. Comm. Int.	Diritto del commercio internazionale
Dir. Com.	
Scambi int.	Diritto comunitario negli scambi internazionali
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
DiskE	Diskussionsentwurf
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz, Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtspolitik
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotV	Zeitschrift des Deutschen Notarvereins
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift (früher: Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, DNotV)
doc.	Document
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRpfl	Der Deutsche Rechtspfleger
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
Drucks.	Drucksache
D. S.	Recueil Dalloz Sirey
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStZ	Deutsche Steuerzeitung
dt	deutsch (e/er/es)
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift
DuR	Demokratie und Recht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E	Entwurf
€	Euro
E. C. C.	European Commercial Cases
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
EFTA	European Free Trade Association
EG	Einführungsgesetz; Europäische Gemeinschaft
EG-BewVO	Europäische Beweisaufnahmeverordnung
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EG-PKHVV	EG-Prozesskostenvordrucksverordnung
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
EheG	Ehegesetz
Einf.	Einführung
EinfG	Einführungsgesetz
EingV	Einigungsvertrag
Einl.	Einleitung
EMRK	(Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ENA	Europäisches Niederlassungsabkommen
entspr.	entsprechend
Entw.	Entwurf
ErbbauRG	Erbbaurechtsgesetz
ErbbauVO	Verordnung über das Erbbaurecht

Erg.	Ergebnis
Erl.	Erläuterungen
ESA	Europäisches Übereinkommen über die Staatenimmunität
EuAÜ	Europäisches Rechtsauskunftsübereinkommen
EÜ	(Genfer) Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit
EU	Europäische Union
EuBagatellVO	Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen
EuBVO	Europäische Beweisaufnahmeverordnung
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Amtliche Sammlung
EuGVVO	Europäische Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuGVÜ	Brüsseler EWG-Übereinkommen vom 27.9.1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuInsVO	Europäische Insolvenzverordnung
EuR	Europarecht
Europ. L. Rev.	European Law Review
EuÜHS	Europäisches Übereinkommen über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit 1961
EuVTVO	Europäische Vollstreckungstitelverordnung
EuZVO	Europäische Zustellungsverordnung
EuZVR	Europäisches Zivilverfahrensrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EV	Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertrag –
evtl.	eventuell
EVÜ	Europäisches Schuldvertragsübereinkommen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EWZ	Europäischer Wirtschaftsraum
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
EzFamR aktuell	Entscheidungssammlung zum Familienrecht aktuell
f.	folgend(e)
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamG	Familiengericht
FamR	Familienrecht
FamRÄndG	Familienrechtsänderungsgesetz
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FamS	Familiensenat
ff.	fortfolgende
FG	Finanzgericht; Festgabe; Freiwillige Gerichtsbarkeit
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
Foro it.	Foro italiano

Abkürzungsverzeichnis

FPR	Familie, Partnerschaft, Recht
franz.	französisch
FS	Festschrift
Fundst.	Fundstelle(n)
FuR	Familie und Recht
G.	Gesetz
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais (Frankreich)
GBBerG	Grundbuchbereinigungsgesetz
GBI	Gesetzblatt
GBO	Grundbuchordnung
g.E.	gegen Ende
geänd.	geändert
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
GenfA	Genfer Abkommen zur Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche 1927
GenfP	Genfer Protokoll über die Schiedsklauseln 1923
GenG	Genossenschaftsgesetz
GenTG	Gentechnikgesetz
GeschMG	Geschmacksmustergesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
Giur it.	Giurisprudenza italiana
GK	Großkommentar
GKG	Gerichtskostengesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GrS	Großer Senat
GS	Gedächtnisschrift
GSZ	Großer Senat in Zivilsachen
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVBl. RhPf.	Gesetz- und Verordnungsblatt Rheinland-Pfalz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
H	Heft
HaftpflG	Haftpflichtgesetz
HmbGVBl.	Hamburger Gesetz- und Verordnungsblatt
HausTWG	Haustürwiderrufsgesetz
HBÜ	Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handels- sachen
H. C.	High Court
Hdb.	Handbuch
HessVGRspr	Rechtsprechung der Hessischen Verwaltungsgerichte
HGB	Handelsgesetzbuch
HinterlO	Hinterlegungsordnung
HKO	Haager Landkriegsordnung
hL	herrschende Lehre
H. L.	House of Lords
h.M.	herrschende Meinung
H. R.	Hoge Raad (Niederlande)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung

Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
Hs.	Halbsatz
HZPA	Haager Zivilprozessabkommen 1905
HZPÜ	Haager Übereinkommen über den Zivilprozess
HZÜ	Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen
ICC	International Chamber of Commerce (Internationale Handelskammer)
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
IGH	Internationaler Gerichtshof
i.e.S.	im engeren Sinne
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
insb.	insbesondere
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.ü.	im Übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
IWB	Internationale Wirtschaftsbriefe
IWF	Internationaler Währungsfond
i.w.S.	im weiteren Sinne
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
i. Zw.	im Zweifel
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbIntR	Jahrbuch für internationales Recht
JBl.	Justizblatt; Juristische Blätter (Österreich)
J. Bus. L.	The Journal of Business Law (England)
JbRR	Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechtes
J. Int. Arb.	Journal of International Arbitration
JMBL	Justizministerialblatt
JMBINrw	Justizministerialblatt von Nordrhein-Westfalen
JN	Jurisdiktionsnorm (Österreich)
JOR	Jahrbuch für Ostrecht
JPS	Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit
JR	Juristische Rundschau
Judicium	Vierteljahresschrift für die gesamte Zivilrechtspflege
JURA	Juristische Ausbildung
JurBüro	Das juristische Büro
JurTag(s)	Juristentag(es)
JuS	Juristische Schulung
Justiz	Die Justiz, Amtsblatt des Justizministeriums Baden Württemberg
JVBl	Justizverwaltungsblatt
JVEG	Justizvergütungs- und Entschädigungsgesetz
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
Kap	Kapitel

Abkürzungsverzeichnis

KG	Kammergericht, Kommanditgesellschaft
KGBl.	Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen
KO	Konkursordnung
KonsulG	Konsulargesetz
KostO	Kostenordnung
KrG	Kreisgericht
krit.	kritisch
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (Jahr, Seite)
KV	Kostenverzeichnis
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LAG	Gesetz über den Lastenausgleich; auch Landesarbeitsgericht
Lb	Lehrbuch
LG	Landgericht
Lit.	Buchstabe
LJ	The Law Journal (England)
LJV	Landesjustizverwaltung
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, hrsg. von Lindenmaier und Möhring
LS	Leitsatz
LSG	Landessozialgericht
LuftfzRG	Gesetz über Rechte an Luftfahrzeugen
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LUG	Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst (LiteratururheberG)
LugÜ I	Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988
LugÜ II	Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. 10. 2007
lux.	luxemburgisch
LwAnpG	Gesetz über die strukturelle Anpassung der Landwirtschaft an die soziale und ökologische Marktwirtschaft in der Deutschen Demokratischen Republik Landwirtschaftsanpassungsgesetz
LwVG	Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m. ausf. N.	mit ausführlichen Nachweisen
maW	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittBayNot.	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
MittRuhrKn	Mitteilungen der Ruhrknappschaft Bochum
Mot.	Motive
MSA	Haager Minderjährigenschutzabkommen
MünchKomm	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
MünchKomm-BGB	Münchener Kommentar zum BGB
MünchKomm-InsO	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung
MünchKomm-ZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
MuW	Markenschutz und Wettbewerb (Jahr, Seite)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweis(e/n)
N. C. p. c.	Nouveau Code de procédure civile
Nds.Rpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NdsVB1	Niedersächsische Verwaltungsblätter

NEheLG	Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder
n.F.	neue Fassung; neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWE WettR	NJW-Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport Zivilrecht
NTS	NATO-Truppenstatut
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nov.	Novelle
Nr.	Nummer
NRW, NW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
NZM	Neue Zeitschrift für Mietrecht
öffentl.	öffentlich
öGZ	(österr.) Gerichts-Zeitung
öJBl	Österreichische Juristische Blätter
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
Österr.	Österreichisch (en, es)
ÖRiZ	Österreichische Richterzeitung
OFD	Oberfinanzdirektion
OGH	Oberster Gerichtshof (für die britische Zone, Österreich)
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone in Zivilsachen
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLG-NL	OLG-Rechtsprechung Neue Länder
OLGR	OLG-Report: Zivilrechtsprechung der Oberlandesgerichte
OLGRspr	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OrderlagerscheinV	Orderlagerscheinverordnung
OVG	Oberverwaltungsgericht
PA	Patentamt
PatAnwO	Patentanwaltsordnung
PatG	Patentgesetz
PersV	Die Personalvertretung
PflVG	Pflichtversicherungsgesetz
PKH	Prozesskostenhilfe
PKHRL	Prozesskostenhilfe-Richtlinie
ProdHG	Produkthaftungsgesetz
Prot.	Protokoll
ProzRB	Der Prozess-Rechts-Berater
PStG	Personenstandsgesetz
PStV	Personenstandsverordnung
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAG	Reichsarbeitsgericht
Rb.	Rechtsbank (Niederlande)
Rbeistand	Der Rechtsbeistand
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RdA	Recht der Arbeit
RdL	Recht der Landwirtschaft (Jahr, Seite)

Abkürzungsverzeichnis

Rdn.	Randnummer
Recht	Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand
RefE	Referentenentwurf
RegBl	Regierungsblatt
RegE	Regierungsentwurf
ReichsschuldenO	Reichsschuldenordnung
RFH	Reichsfinanzhof; amtliche Sammlung der Entscheidungen des RFH
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGes.	Reichsgesetz
RGRK	Reichsgerichtsrätekomentar
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (1.1880 – 77.1944; Band, Seite)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen; amtliche Sammlung der Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen
Rh.-Pf.	Rheinland-Pfalz
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
ROW	Recht in Ost und West
Rpflger	Der Deutsche Rechtspfleger
RpflG	Rechtspflegegesetz
Rs	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RuStAG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz
RzW	Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht
RuS	Recht und Schaden
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
s.	siehe
S.	Seite
s.a.	siehe auch
SaBremR	Sammlung des bremischen Rechts
Sachg	Sachgebiet
SachenRBerG	Sachenrechtsbereinigungsgesetz
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen der Vereinigung der Arbeitgeberverbände
SächsVBl	Sächsische Verwaltungsblätter
S. C.	Supreme Court
ScheckG	Scheckgesetz
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchRegO	Schiffsregisterordnung
SchRG	Schiffsregistergesetz
Sch-Ztg	Schiedsmannszeitung
SchuldR	Schuldrecht
SchwJbIntR	Schweizer Jahrbuch für Internationales Recht
Sec.	Section
Sess.	Session
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SeuffBl	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung in Bayern
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte

SozG	Sozialgericht
Sp.	Spalte
StAZ	Zeitschrift für Standesamtswesen
StGB	Strafgesetzbuch
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
StPO	Strafprozessordnung
StB	Der Steuerberater
str.	strittig
StRK	Steuerrechtsprechung in Karteiform. Höchstgerichtliche Entscheidungen in Steuersachen
stRspr.	ständige Rechtsprechung
StuB	Steuern und Bilanzen
StuW	Steuer und Wirtschaft
StVG	Straßenverkehrsgesetz
Suppl.	Supplement
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung
s.u.	siehe unten
SZIER	Schweizer Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
teilw.	teilweise
ThürBl	Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt
Tit.	Titel
TRG	Gesetz zur Neuregelung des Fracht-, Speditions- und Lagerrechts
T. P. R.	Tijdschrift voor Privaatrecht (Niederlande)
TranspR	Transportrecht
Trib.	Tribunal; Tribunale
Trib. com.	Tribunal de commerce (Belgien/Frankreich)
u.a.	und andere(m)
u.Ä.	und Ähnliche(s)
Übers.	Übersicht
Übk.	Übereinkommen
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
UmweltHG	Umwelthaftungsgesetz
UN	United Nations
unstr.	unstreitig
UNÜ	UN-Übereinkommen 1958
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UNUVÜ	UN-Übereinkommen über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Ausland
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	versus
VA	Versicherungsaufsicht
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen (Versicherungsaufsichtsgesetz)
Var.	Variante
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
Verf.	Verfassung
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerglO	Vergleichsordnung
Verh.	Verhandlungen
VerlG	Gesetz über das Verlagsrecht

Abkürzungsverzeichnis

VerlR	Verlagsrecht
VermA	Vermittlungsausschuss
VermG	Vermögensgesetz
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
VerschG	Verschollenheitsgesetz
VerwAO	Verwaltungsanordnung
Vfg	Verfügung
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht
VO	Verordnung
VOBl	Verordnungsblatt
VoraufL.	Vorauslage
Vorb.	Vorbemerkung
VR	Verwaltungs-rundschau
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVG	(Bundes-) Verwaltungsvollstreckungsgesetz
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VZS	Vereinigte Zivilsenate
WahrnG	Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (Urheberrechtswahrnehmungsgesetz)
Warn.	Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, als Fortsetzung der von Otto Warneyer hrsg. Rechtsprechung des Reichsgerichts
WarnRspr	Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des RG abgedruckt ist, hrsg. von Warneyer
WBÜ	Washingtoner Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz)
WertpBG	Wertpapierbereinigungsgesetz
WG	Wechselgesetz
WieDÜ	Wiener Übereinkommen 1961 (Diplomanten)
WieKÜ	Wiener Übereinkommen 1963 (Konsuln)
WiGBI	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebiets
W. L. R.	Weekly Law Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen
w.N.	weitere Nachweise
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WÜD	Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen
WÜK	Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WVRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
WZG	Warenzeichengesetz
Yb. Eurp. L.	Yearbook of European Law
ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZBinnSch	Zeitschrift für Binnenschifffahrt

ZBIFG	Zentralblatt für die freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat
ZBJugR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (Jahr, Seite)
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Österreich)
ZfS	Zeitschrift für Schadensrecht (Jahr, Seite)
ZfSH	Zeitschrift für Sozialhilfe
ZGB	Zivilgesetzbuch (DDR/Schweiz)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZIR	Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht
ZLR	Zeitschrift für Luftrecht und Weltraumrechtsfragen
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZöffR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRHÖ	Rechtshilfeordnung in Zivilsachen
ZPR	Zivilprozessrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZS	Zivilsenat
ZSEG	Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen
ZSR	Zeitschrift für Schweizer Recht
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend
ZustDG	EG-Zustellungsdurchführungsgesetz
ZustErgG	Zuständigkeitsergänzungsgesetz
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (Zwangsversteigerungsgesetz)
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- Anders/Gehle* Das Assessorexamen im Zivilrecht, 10. Aufl. 2010
AK/Bearbeiter *Ankermann/Wassermann* (Hrsg.) Alternativkommentar zur Zivilprozessordnung, 1987
- Bamberger/Roth/Bearbeiter* *Bamberger/Roth* (Hrsg.) Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.5.2012, Edition 23
Baumann/Brehm Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. 1982
Baumbach/Lauterbach/Bearbeiter Baumbach/Lauterbach/Hartmann, Zivilprozessordnung, 70. Aufl. 2012
Baur/Stürner/Bruns Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl. 2006
Bernhardt Das Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1968
Blomeyer ZPR Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren 2. Aufl. 1985
Brox/Walker Zwangsvollstreckungsrecht, 9. Aufl. 2011
Bruns ZPR Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1979
Bruns/Peters ZVR Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl. 1987
Bülow/Böckstiegel/Geimer/Schütze Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, 2. Aufl. 2005
Bunge Zivilprozess und Zwangsvollstreckung in England und Schottland, 2. Aufl. 2005
- Fasching* Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, 2. Aufl. 1990
Gaul/Schilken/Becker-Grunsky *Grunsky* Zivilprozessrecht, 13. Aufl. 2008 (begr. von *Baur*)
Eberhard ZVR Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010
Gebauer/Wiedmann *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg.) Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. 2010
- Geimer Anerkennung* Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland, 1995
Geimer IZPR Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2009
Geimer/Schütze Internationale Urteilsanerkennung Internationale Urteilsanerkennung, Bd. I/1 1983, Bd. I/2 1984, Bd. II 1982
Geimer/Schütze IRV *Geimer/Schütze* (Hrsg.) Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Loseblattsammlung, Stand: 42. Ergänzungslieferung 10/2011
- Geimer/Schütze EZVR* Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. 2010
Gerhardt Vollstreckungsrecht, 2. Aufl. 1982
Gloy/Loschelder/Spätgens Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl. 2010
Grunsky *Grunsky* Zivilprozessrecht, 13. Aufl. 2008
Grunsky Grundlagen Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. 1974
Hahn/Mugdan *Hahn* Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Neudruck 1983 unter: *Hahn/Mugdan* Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen; Band 2 Materialien zur Zivilprozessordnung Abt. 1, Hrsg. *Stegemann*, 2. Aufl. 1881; Band 2 Materialien zur Zivilprozessordnung Abt. 2, Hrsg. *Stegemann*, 2. Aufl. 1881; Band 8 Materialien zum Gesetz betr. Änderungen der Zivilprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozessordnung, fortgesetzt von *Mugdan*, 1898
- Hahn/Stegemann* Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 2. Band, Die gesammelten Materialien zur Civilprozessordnung und dem Einföhrungsgesetz zu derselben vom 30.1.1877, 1. und 2. Abt. 1881, Neudruck 1983 unter dem Titel: *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 2
- Hellwig Lehrbuch* Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Band 1 (1903), Band 2 (1907), Band 3 (1909)
- Hellwig System* System des deutschen Zivilprozessrechts, 2 Bände, 1912
HK-ZPO/Bearbeiter (teilw.: *Saenger/Bearbeiter*) *Saenger* (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Handkommentar, 4. Aufl. 2011

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- Jauernig/Hess* ZPR Zivilprozessrecht, 30. Aufl. 2011
Jauernig/Berger ZVR Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 23. Aufl. 2010
Kallmann Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile und Vergleiche, 1946
- Kegel/Schurig* IPR Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004
Koch Unvereinbare Entscheidungen i.S.d. Art. 27 Nr. 3 und 5 EuGVÜ und ihre Vermeidung, 1993
- Kondring* Die Heilung von Zustellungsmängeln im internationalen Zivilrechtsverkehr, 1995
- Kropholler/von Hein* EuZPR Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2011
Lachmann Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2008
Langendorf Prozessführung im Ausland und Mängelrüge im ausländischen Recht, 1956ff.
- Linke/Hau* IZPR Internationales Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2011
Lüke ZPR Zivilprozessrecht, 10. Aufl. 2011
Maier Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit, 1979
Martiny Handbuch Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach autonomem Recht, in: Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Bd. III/1, 1984
- Mayr/Czernich* Europäisches Zivilprozessrecht, 2006
MünchKomm/Bearbeiter Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2007ff.
Musielak Grundkurs Grundkurs ZPO, 10. Aufl. 2010
Musielak/Bearbeiter Kommentar zur Zivilprozessordnung, 9. Aufl. 2012
Nagel/Gottwald IZPR Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2007
Nikisch ZPR Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1952
Paulus ZPR Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2010
Pukall ZPR Der Zivilprozess in der Praxis, 6. Aufl. 2006
Rauscher/Bearbeiter EuZPR *Rauscher* (Hrsg.) Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht (EG-VollstrTitelVO, EG-MahnVO, EG-BagatellVO, EG-ZustVO 2007, EG-BewVO, EG-InsVO), 3. Aufl. 2011
- Reithmann/Martiny/Bearbeiter* Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl. 2010
Riezler IZPR Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht, 1949 (Nachdruck 1995)
- Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010
Schack Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2011
Schack IZVR Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl. 2010
Schellhammer ZPR Zivilprozessrecht, 13. Aufl. 2010
Schilken ZPR Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2010
Schlosser Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1989
Schlosser ZPR Zivilprozessrecht I, 2. Aufl. 1991
Schlosser EuZPR EU-Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2009
Schmidt Europäisches Zivilprozessrecht in der Praxis, 2004
Schönke/Kuchinke ZPR Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 1969
Scholz Das Problem der autonomen Auslegung des EuGVÜ, 1998
Schütze Ausgewählte Probleme des deutschen und internationalen Schiedsverfahrensrechts, 2006
- Schütze* Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 5. Aufl. 2012
Schütze DIZPR Deutsches Internationales Zivilprozessrecht unter Einschluss des Europäischen Zivilprozessrechts, 2. Aufl. 2005
Schütze RV Rechtsverfolgung im Ausland, 4. Aufl. 2009
Schütze/Tscherning/Wais Handbuch des Schiedsverfahrens, 2. Aufl. 1990
Schwab/Walter Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005
Stein/Jonas/Bearbeiter ZPO, 22. Aufl. 2002ff.
Stickelbrock Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess, 2002

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

<i>Thomas/Putzo/Bearbeiter</i>	ZPO, 33. Aufl. 2012
<i>Vorwerk/Wolf/Bearbeiter</i>	Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO; Vorwerk/Wolf (Hrsg.), Stand 15.4.2012, Edition 4
<i>Waldner</i>	Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 2. Aufl. 2000
<i>Wolf</i>	Gerichtliches Verfahrensrecht, 1978
<i>Zeiss/Schreiber ZPR</i>	Zivilprozessrecht, 11. Aufl. 2009
<i>Zimmermann</i>	Zivilprozessordnung, 9. Aufl. 2011
<i>Zöllner/Bearbeiter</i>	Kommentar zur ZPO, 29. Aufl. 2012

ZWEITES BUCH

Verfahren im ersten Rechtszug

ERSTER ABSCHNITT

Verfahren vor den Landgerichten

TITEL 1

Verfahren bis zum Urteil

Vorbemerkung vor § 253

Schrifttum

Balzer Die Darlegung der Prozeßführungsbefugnis und anderer anspruchsbbezogener Sachurteilsvoraussetzungen im Zivilprozeß, NJW 1992, 2721; *Baumgärtel* Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, 1957; *Baumgärtel* Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, Z郑 69 (1956) 89; *Baur* Zu der Terminologie und einigen Sachproblemen der „vorbeugenden Unterlassungsklage“, JZ 1966, 381; *Baur* Zivilprozessuale Fragen zum Gleichberechtigungs- und zum Familienrechtsänderungsgesetz 1961, FamRZ 1962, 508; *Becker* Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund, AcP 188 (1988) 24; *Becker* Typologie und Probleme der (handelsrechtlichen) Gestaltungs-klagen unter besonderer Berücksichtigung der GmbH-rechtlichen Auflösungsklage (§ 81 GmbHG), Z郑 97 (1984) 314; *Bettermann* Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform, 1949; *Bettermann* Über Klage- und Urteilsarten, FS Fragistas II (1967) 47; *Böhm* Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, 1979; *Brehm* Rechtsschutzbedürfnis und Feststellungsinteresse, Festgabe 50 Jahre BGH, Bd. 3, 2000, S. 89; *Braun* Rechtskraft und Restitution II, 1985; *Brommann* Die Beeinflussung der Verjährung durch sogenannte Musterprozesse, AnwBl 1985, 5; *Bülow* Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen, 1868; *Buß* De minimis non curat lex, NJW 1998, 337; *Dölle* Zum Wesen der Gestaltungsklagerechte, FS Bötticher (1969) 93; *Eickmann* Beweisverträge im Zivilprozeß, 1987; *Gaul* Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168 (1968) 27; *Geimer* Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischer Urteile, 1966; *Gottwald* Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, 1975; *Groger* Prozeßhandlungsvoraussetzungen im streitigen zivilprozessualen Verfahren, 1964; *Grunewald* Numerus clausus der Gestaltungsklagen und Vertragsfreiheit, Z郑 101 (1988) 152; *Grunsky* Prozeß- und Sachurteil, Z郑 80 (1967) 55; *Halbach* Die Verweigerung der Terminsbestimmung und der Klagezustellung im Zivilprozeß, 1980; *Harms* Reihenfolge der Prüfung von Prozeßvoraussetzungen?, Z郑 83 (1970) 167; *Haß* Die Gruppenklage, 1996; *G. Hein* Das wirkungslose Urteil, 1996; *Henckel* Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1961; *Henckel* Prozeßrecht und materielles Recht, 1970; *Henckel* Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (1974) 97; *Henke* Die Leistungsklage, JA 1987, 281; *Henke* Die Unterlassungsklage der ZPO, JA 1987, 350; *Henke* Die Gestaltungsklage der ZPO, JA 1987, 589; *A. Hueck* Gestaltungsklagen im Recht der Handelsgesellschaften, Recht im Wandel, FS hundertfünfzig Jahre Carl Heymanns Verlag (1965) 287; *Jacoby* Der Musterprozeßvertrag, 2000; *Jauernig* Das fehlerhafte Zivilurteil, 1958; *Jauernig* Zum Prüfungs- und Entscheidungsvorgang von Prozeßvoraussetzungen, FS Schiedermaier (1976) 289; *Kisch* Beiträge zur Urteilslehre, 1903; *Kempf* Zur Problematik des Musterprozesses, Z郑 73 (1960) 342; *Klag* Die Querulantenklage in der Sozialgerichtsbarkeit, 1980; *Konzen* Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, 1976; *Kuttner* Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, 1914; *Lent* Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit, Z郑 66 (1953) 267; *Lent* Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile, Z郑 61 (1948) 267; *Lindacher* Gesicherte Unterlassungserklärung, Wiederholungsgefahr und Rechtsschutzbedürfnis, GRUR 1975, 413; *Lindacher* Die Reihenfolge der Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage im Zivilprozeß, Z郑 90 (1977) 131; *Lüke* Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsprozesses, JuS 1961, 41; *Lüke* Zum zivilprozessualen Klagensystem, JuS 1969, 301; *Martin* Prozeßvoraussetzungen und Revision, 1974; *Marutshke* Rechtsschutzbedürfnis und Klageinter-

se – eine rechtsvergleichende Betrachtung –, FS Ishikawa (2001) 293; *Menningen* Die sogenannten unvollkommenen Verbindlichkeiten im geltenden deutschen Schuldrecht, 1935; *H. J. Müller* Die Bedeutung der Zulässigkeit des Rechtswegs im Verhältnis zu den sonstigen Sachurteilsvoraussetzungen, DVBl. 1959, 694; *Musiak* Die Beweislastregelung bei Zweifeln an der Prozeßfähigkeit, NJW 1997, 1736; *Münzberg* Bemerkungen zum Haftungsgrund der Unterlassungsklage, JZ 1967, 689; *Pastor* Die Wiederholungsfahr beim wettbewerblichen Unterlassungsanspruch, GRUR 1968, 331; *Pastor* Das Rechtsschutzbedürfnis bei Verstößen gegen eine gesicherte Unterwerfungserklärung, GRUR 1974, 423; *Peters* Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozeß, 1962; *Pfeifer* Die prozessualen Gestaltungsakten, 1962; *Pfister* Die neue Rechtsprechung zu Treu und Glauben im Zivilprozeß, 1998; *Ritter* Zur Unterlassungsklage: Urteilstenor und Klageantrag, 1994; *Pohle* Zur Rangordnung der Prozeßvoraussetzungen, ZZZ 81 (1968) 161; *Pohle* Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, FS Lent (1957) 195; *Pohlmann* Das Rechtsschutzbedürfnis bei der Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsansprüche, GRUR 1993, 361; *Preibisch* Außergerichtliche Vorverfahren in Streitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit, 1982; *Reiner* Die Zurückweisung einer beabsichtigten Klage durch Beschluß, 1959; *Rimmelspacher* Zur Prüfung von Amts wegen im Revisionsprozeß, 1966; *Rimmelspacher* Prozeßvoraussetzungen in der Revisionsinstanz, ZZZ 88 (1975) 245; *Rosenberg* Stellvertretung im Prozeß, 1908; *Rosenthal* Unterlassungsklage, öffentliche Strafandrohung und Wiederholungsfahr, JW 1915, 299; *Schapp* Zum Wesen des Grundpfandrechts, FS Söllner (1990) 477; *Schemmann* Parteifähigkeit im Zivilprozeß, 2002; *Scherner* Das Klagensystem im Zivilprozess, 1970; *Schiedermair* Vereinbarungen im Zivilprozeßrecht, 1935, Nachdruck 1995; *Schlosser* Gestaltungsakten und Gestaltungsurteile, 1966; *Schlosser* Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß, 1968; *Schlosser* Gestaltungsakten und Gestaltungsurteil im System der Rechtsschutzformen, Jura 1986, 130; *Schlosser* Die Sachurteilsvoraussetzungen, Jura 1981, 648; *K. Schmidt* Mehrseitige Gestaltungsprozesse bei Personengesellschaften, 1992; *Schönke* Das Rechtsschutzbedürfnis – Ein zivilprozessualer Grundbegriff, AcP 150 (1949) 216; *Schönke* Das Rechtsschutzbedürfnis, 1950; *Schöpflin* Die Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozeß, 1992; *Schubert* Klageantrag und Streitgegenstand bei Unterlassungsklagen, ZZZ 85 (1972) 29; *E. Schumann* Die Prozeßökonomie als rechtsethisches Prinzip, FS Larenz (1973) 271; *E. Schumann* Die Zivilprozeßrechtsklausur – Eine Anleitung zur Lösung zivilprozessualer Fälle, JuS 1974, 507; *Schwab* Die Entscheidung über prozeßhindernde Einreden, FS Weber (1975) 413; *Schwab* Probleme der Prozeßhandlungslehre, FS Baumgärtel (1990) 503; *Seckel* Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, FG Koch (1903, Sonderausgabe 1954) 205; *Siebert* Die verfahrensrechtliche Problematik des Musterprozesses, 1973; *de Sousa*, Die Zulässigkeit im Zivilprozess, 2010; *Staab* Gestaltungsakten und Gestaltungsaktenrecht im Zivilprozeß, 1967; *Stech* Unklagbare Ansprüche im heutigen Recht, ZZZ 77 (1964) 161; *Stephan* Das Rechtsschutzbedürfnis, 1967; *Stieper* Die nicht existente Partei im Passivprozess, ZZZ 121 (2008) 351; *Stürner* Prozeßzweck und Verfassung, FS Baumgärtel (1990) 545; *Süß* Die dogmatische Bedeutung des Verstoßes gegen die einzelnen Vorschriften der Klageerhebung im Zivilprozeß, FG Heilborn (1931) 125; *Thannhäuser* Die neue Rechtsprechung zum Rechtsschutzbedürfnis im Zivilprozeß, 1998; *Urbanczyk* Probleme der Postulationsfähigkeit und Stellvertretung, ZZZ 95 (1982) 339; *Vollkommer* Begründet die Dreiwochenfrist des § 3 des KSchG eine besondere Prozeßvoraussetzung oder ist sie eine materiellrechtliche Frist, AcP 161 (1962) 332; *Wagner* Prozeßverträge, 1998; *Walchshöfer* Die Abweisung einer Klage als „zur Zeit“ unzulässig oder unbegründet, FS Schwab (1990) 521; *Wieser* Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozeß, 1971; *Wieser* Zulässigkeit und Begründetheit der Klage, ZZZ 84 (1971) 304; *Wülkenemper* Vollstreckungsklausel nach erfolgreicher Klauselklage, Rpfleger 1989, 87; *Zeiss* Die arglistige Prozeßpartei, 1967; *Zeuner* Gedanken zur Unterlassungs- und negativen Feststellungsklage, FS Dölle I (1963) 295.

Übersicht

- | | |
|---|--|
| <p>I. Überblick — 1</p> <p>II. Klagearten — 2</p> <p>1. Die Leistungsklage — 6</p> <p> a) Allgemeines — 6</p> <p> b) Gegenstand der Leistungsklage — 7</p> <p>2. Die Feststellungsklage — 13</p> <p>3. Die Gestaltungsklage — 14</p> <p> a) Ziel und Voraussetzungen der Gestaltungsklage — 15</p> | <p>b) Arten von Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteilen — 17</p> <p>c) Wirkungen der Gestaltungsklage — 23</p> <p>III. Klagen im Allgemeininteresse — 25</p> <p>1. Verbandsklage — 25</p> <p>2. Gruppenklage — 26</p> <p>3. Musterverfahren — 27</p> |
|---|--|

- IV. Besondere Klageformen — 29
- V. Die Prozessvoraussetzungen — 30
 - 1. Begriff der Prozessvoraussetzung — 31
 - 2. Die allgemeinen Prozessvoraussetzungen — 36
 - a) Prozessvoraussetzungen, die das Gericht betreffen — 36
 - aa) Die deutsche Gerichtsbarkeit — 36
 - bb) Die Zulässigkeit des Rechtswegs (§ 13 GVG) — 39
 - cc) Die internationale Zuständigkeit — 40
 - dd) Die örtliche, sachliche und funktionale Zuständigkeit — 41
 - b) Prozessvoraussetzungen, die die Parteien betreffen — 46
 - aa) Existenz der Partei — 46
 - bb) Parteifähigkeit — 51
 - cc) Prozessfähigkeit — 52
 - dd) Ordnungsgemäße gesetzliche Vertretung — 53
 - ee) Prozessführungsbefugnis — 55
 - c) Prozessvoraussetzungen, die den Streitgegenstand betreffen — 57
 - aa) Ordnungsgemäße Klageerhebung — 57
 - bb) Klagbarkeit des geltend gemachten Rechts — 60
 - cc) Keine anderweitige Rechtshängigkeit — 75
 - dd) Keine entgegenstehende Rechtskraft — 76
 - ee) Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis — 77
 - (1) Nichterreichen der Prozesszwecke — 79
 - (2) Unzweckmäßige Prozesse — 83
 - (3) Zweckwidrige Prozesse — 93
 - (4) Lediglich interesselose Klagen — 103
 - 3. Die besonderen Prozessvoraussetzungen — 105
 - a) Besondere Verfahren — 106
 - b) Das obligatorische Schlichtungsverfahren, § 15 a EGZPO — 107
 - c) Klageausschlussfristen — 113
- 4. Systematisierung der Prozessvoraussetzungen — 122
 - a) Allgemeine und besondere Prozessvoraussetzungen — 123
 - b) Zugangsvoraussetzungen — 124
 - c) Echte Prozessvoraussetzungen — 125
 - d) Prozesswirksamkeitsvoraussetzungen — 128
 - e) Positive und negative Prozessvoraussetzungen — 129
 - f) Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse — 130
 - g) Anspruchsbezogene Prozessvoraussetzungen — 134
 - h) Bedingte Prozessvoraussetzungen — 136
 - i) Prozesshandlungsvoraussetzungen — 138
- 5. Prozesshindernisse — 139
 - a) Allgemeines — 139
 - b) Einrede des Schiedsvertrages, § 1032 — 140
 - c) Einrede der fehlenden Kosten-erstattung des Vorprozesses, § 269 Abs. 6 — 141
 - d) Einrede der mangelnden Sicherheit, § 110 — 142
 - e) Prozessverträge als vertraglich wirkende Prozesshindernisse — 144
 - aa) Zulässigkeit — 144
 - bb) Ausschluss der Klagbarkeit — 147
 - cc) Geltendmachung im Prozess — 151
- 6. Rechtliche Behandlung — 152
 - a) Vorrang der Zulässigkeitsprüfung — 152
 - b) Zeitpunkt für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen — 158
 - c) Prüfung von Amts wegen — 162
 - d) Beweislast — 166
 - e) Reihenfolge der Prüfung — 170

I. Überblick

- 1 Das zweite Buch enthält in den §§ 253–510b die Regelungen über das Verfahren im ersten Rechtszug. Vorangestellt ist im ersten Abschnitt das Verfahren vor den Landgerichten (§§ 253–494a). Im zweiten Abschnitt finden sich in den §§ 495–510b besondere Bestimmungen für das Verfahren vor den Amtsgerichten. Ansonsten gelten die Vorschriften über das landgerichtliche Verfahren grundsätzlich auch für das Verfahren vor den Amtsgerichten (§ 495).

II. Klagearten

- 2 Das Verfahren im ersten Rechtszug wird i.d.R. durch die Klage eingeleitet und mit einem Urteil beendet.
- 3 Im Klagensystem der ZPO¹ unterscheidet man drei² Arten von Klagen, die zum Teil unterschiedlichen Prozessvoraussetzungen unterliegen: **Leistungs-**,³ **Feststellungs-** und **Gestaltungsklagen**. Eine dementsprechende Einteilung in Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsurteile wird auf der Urteilebene vorgenommen. Allerdings stimmen Klage- und Urteilsart grundsätzlich nur dann überein, wenn die Klage positiv beschieden wird.⁴ Bei einer Klageabweisung handelt es sich dagegen um ein Feststellungsurteil.⁵ Welche Klageart im Einzelfall vorliegt, richtet sich danach, welches Rechtsschutzziel angestrebt wird.⁶ Der Rechtsschutz, den der Kläger begehrt, kann auf verschiedene Ziele gerichtet sein. So kann er die Befriedigung seines materiellrechtlichen Anspruchs, die bloße Feststellung eines streitigen Rechtsverhältnisses oder die Gestaltung einer rechtlichen Beziehung zu dem Gegner anstreben.
- 4 Während die Feststellungsklage eine eigenständige Regelung in § 256 erfahren hat, werden Leistungs- und Gestaltungsklagen in der ZPO nicht besonders erwähnt. Die ZPO geht von der Leistungsklage als Regelform des Rechtsschutzes aus.⁷ Die Rechtsschutzform der Gestaltungsklage ist dagegen erst von der Prozessrechtswissenschaft entwickelt worden,⁸ heute aber durchweg anerkannt.⁹

1 Vgl. dazu *Scherner* Das Klagensystem im Zivilprozeß (1970).

2 Der Versuch von *Kisch* S. 85 ff., daneben noch weitere Rechtsschutzformen zu bilden, ist gescheitert; vgl. dazu *Schlosser* Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile (1966) 26 f., *Staab* S. 24 ff. und *Scherner* S. 94 ff. Ebenso konnte sich die von *Kuttner* S. 21 ff. vertretene Lehre vom Anordnungsurteil nicht durchsetzen, vgl. dazu *Scherner* S. 68 ff.; *Lüke* JuS 1969, 301, 302 f.

3 Nach *Schlosser* Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile (1966) 104, 107, können Leistungsurteile auch den prozessualen Gestaltungsurteilen zugeordnet werden. Eine Hervorhebung der Leistungsurteile sei lediglich aus praktischen Gründen geboten.

4 Vgl. *Lüke* JuS 1969, 301; *Scherner* S. 8.

5 *Stein/Jonas/Roth* Rdn. 71; *Braun* S. 317; *Lüke* JuS 1969, 301.

6 *Scherner* S. 7, zieht als Kriterium für die Systematisierung der Klagen den *Inhalt* der Entscheidung heran, der sich letztendlich aber nach dem mit ihr erstrebten Klageziel richtet.

7 *Kisch* S. 16; vgl. *Schlosser* Jura 1986, 130; siehe aber *Lüke* JuS 1969, 301, der die Feststellungsklage als Grundform bezeichnet.

8 Als „Entdecker“ der Gestaltungsklagen wird *Schrutka-Rechtenstamm* GrünhutsZ 16 (1889) 617, 619 bezeichnet, vgl. *Pfeifer* S. 24; *Schlosser* Jura 1986, 130; hierzu zählen auch *Langheineken* Der Urteilsanspruch – Ein Beitrag zu der Lehre vom Klagrecht (1899) 230 ff.; *Seckel* FG Koch (1903) 205, 239 ff.; vgl. auch *Vossius* Zu den dogmengeschichtlichen Grundlagen der Rechtsschutzlehre (1985) 220 ff.

9 Gegen die Notwendigkeit, die Gestaltungsklage als besondere Klageart anzusehen *Kohler* Grundriß des Zivilprozesses (1907) 63 f.; *Kohler* Prozeßrechtliche Forschungen (1889) 65; *Kohler* ZP 29 (1901) 1 ff., 10, 16; *Kohler* ZP 33 (1904) 211, 226.

Alle Versuche, dieses **dreiteilige Klagensystem** durch andere Klagearten zu erweitern, sind bis heute gescheitert.¹⁰ Die daneben gebildeten Klagearten wie die Anordnungsklage,¹¹ die Auslöschungsklagen,¹² die Festsetzungsklagen¹³ und die Haftungsklagen¹⁴ lassen sich alle den drei Klagearten zuordnen.¹⁵

1. Die Leistungsklage

a) Allgemeines. Mit der Leistungsklage begehrt der Kläger die Verurteilung des Beklagten zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung. Mit ihr wird der Erlass eines Leistungsurteils begehrt. Dieses enthält die **Feststellung**, dass der Beklagte zur Erbringung der Leistung verpflichtet ist, und einen **Leistungsbefehl**,¹⁶ dh einen Befehl an den Beklagten, die geschuldete Leistung an den Kläger zu erbringen. Wenn der Beklagte diesem Befehl nicht nachkommt, kann er im Wege der Zwangsvollstreckung auch gegen seinen Willen durchgesetzt werden.¹⁷ Das Leistungsurteil stellt einen Vollstreckungstitel dar. Allerdings ist die zwangsweise **Durchsetzbarkeit** des Leistungsbegehrens **kein Wesensmerkmal** der Leistungsklage, denn nicht jedes Leistungsurteil ist vollstreckbar (vgl. § 888 Abs. 3, 888a).¹⁸ Wird die Leistungsklage abgewiesen, fehlt es naturgemäß an einem Leistungsbefehl, so dass letztendlich nur die Feststellung bleibt und dementsprechend lediglich ein **Feststellungsurteil** ergeht.¹⁹

b) Gegenstand der Leistungsklage. Gegenstand der Leistungsklage ist jedes Begehren nach einer **Handlung**, also das zur Leistung von Geld, Sachen und Rechten sowie sonstigen Gegenständen, aber auch zur Leistung von Diensten und Werken. Mit der Leistungsklage werden neben der am häufigsten vorkommenden Zahlungsklage der Anspruch auf Erfüllung obligatorischer Verträge, der Gewährleistungs- und Schadensersatzanspruch, der Anspruch auf Herausgabe von Sachen oder der Anspruch auf Vornahme von bestimmten Handlungen geltend gemacht. Zu den Leistungsklagen gehören ferner die

¹⁰ Vgl. dazu auch Stein/Jonas/Roth Rdn. 73.

¹¹ Diese Klageart ist von *Kuttner* (S. 21) herausgebildet worden und wird auch heute noch vereinzelt anerkannt, *Bruns* ZPR Rdn. 130; *Schlosser* Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile (1966) 89. Unter Anordnungsurteilen versteht *Kuttner* (S. 22) Urteile, in denen der Prozessrichter, ohne über das zugrunde liegende privatrechtliche Rechtsverhältnis selbst eine rechtskräftige Entscheidung zu treffen, unmittelbar an die Adresse eines anderen Staatsorgans, einer öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten, die bestimmte Anordnung rchtet, eine im Urteil näher bezeichnete Amtshandlung auf Verlangen der siegreichen Prozesspartei vorzunehmen oder zu unterlassen. Als Beispiele nennt er Urteile, die gemäß §§ 771, 767, 731, 880 ergehen.

¹² Herausgebildet von *Kisch* S. 85 ff.

¹³ Ebenfalls von *Kisch* S. 110 f. entwickelt. Dazu zählen z.B. die Klage gemäß §§ 315 Abs. 3, 319 Abs. 1, 2048 und 660 BGB sowie die Herabsetzungsklagen gemäß §§ 343, 655 BGB.

¹⁴ Herausgebildet von *Blomeyer* ZPR § 36; dazu zählen alle Klagen, die darauf gerichtet sind, die Vollstreckung in bestimmte Gegenstände zu eröffnen oder auf bestimmte Gegenstände zu beschränken, wie z.B. die Klagen gemäß §§ 1147, 1233 Abs. 2, 1003, 2022 Abs. 1 S. 2, 2185 BGB, § 1990 BGB, §§ 786, 780 ZPO, § 1086 BGB, § 737 ZPO; § 2213 BGB, § 748 Abs. 2 und 3 ZPO; vgl. dazu *Henke* JA 1987, 281, 287 f.

¹⁵ Vgl. dazu ausführlich *Scherner* S. 67 ff.

¹⁶ So die h.M.: *Kuttner* S. 23 Fn. 18; *Scherner* S. 35 ff.; **a.A.** *Kisch* S. 26 ff.; *Schlosser* Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 102 f. (das Leistungsurteil unterscheidet sich *allein* durch die Vollstreckungswirkung vom Feststellungsurteil); *Bruns* ZPR Rdn. 128 a. Dies unterscheidet die Leistungsklage auch von der abgewiesenen negativen Feststellungsklage, wodurch festgestellt wird, dass dem Beklagten der behauptete Anspruch gegen den Kläger zusteht, jedoch kein Leistungsbefehl ergeht, dazu RG JW 1910, 484, 485.

¹⁷ Genauer: oder Unterlassungsbefehl oder Duldungsbefehl, so Stein/Jonas/Roth Rdn. 82.

¹⁸ RGZ 51, 182, 184 (§ 888 Abs. 3).

¹⁹ *Braun* S. 317; *Lüke* JuS 1969, 301.

Klagen auf Widerruf einer Äußerung,²⁰ auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung (§ 889) oder auf Freistellung von einer Schuld.²¹ Auch der Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung²² fällt darunter, obwohl die Willenserklärung gemäß § 894 mit Rechtskraft des Urteils fingiert wird. Die Entlastung des Geschäftsführers kann nach h.M.²³ regelmäßig nicht mit der Leistungsklage durchgesetzt werden, da diese jedenfalls mangels materiellrechtlichen Rechtsanspruchs des Geschäftsführers gegen die Gesellschaft, auf etwaige ihr zustehende Ansprüche zu verzichten, unbegründet wäre. In Betracht kommt allein die negative Feststellungsklage.²⁴

- 8 Gegenstand der Leistungsklage²⁵ ist ferner das **Unterlassen**, etwa bei einem vertragswidrigen²⁶ Handeln (§ 541 BGB, §§ 74, 90a HGB). Gesetzliche Unterlassungsansprüche sind in den §§ 12 Satz 2, 862 Abs. 1 Satz 2, 1004 Abs. 1 Satz 2, 1053, 1134 BGB und in den §§ 1027, 1029, 1065, 1090 Abs. 2, 1192, 1227 BGB, § 11 Abs. 1 ErbbauRG, § 8 PachtkreditG, § 34 Abs. 2 WEG, die auf § 1004 BGB verweisen, sowie in § 40 SchiffsRG, § 40 LuftFzG geregelt.
- 9 Unterlassungsansprüche außerhalb des BGB finden sich vor allem im Wettbewerbsrecht, wie z.B. § 8 UWG, § 139 Abs. 1 PatG, § 24 Abs. 1 GebrMG, § 97 Abs. 1 UrhG, § 9 VerlG, § 33 GWB, § 37 Abs. 2 HGB; §§ 14 Abs. 5, 15 Abs. 4 MarkenG und §§ 1, 2, 2a UKlaG. Auch zum Schutz der absoluten Rechtsgüter i.S.d. § 823 BGB und darüber hinaus der in §§ 823 Abs. 2, 824 BGB geschützten Rechtspositionen wird ein sog. quasinegatorischer Unterlassungsanspruch gewährt.²⁷ **Ziel** einer jeden Unterlassungsklage²⁸ ist die **Abwehr weiterer künftiger Beeinträchtigungen**.²⁹ Außerprozessuale materiellrechtliche Voraussetzung³⁰ für gesetzliche Ansprüche³¹ dieser Art ist die Gefahr, dass die Handlung nach vorheriger Beeinträchtigung noch einmal begangen werden könnte (sog. Wiederholungsgefahr).³²
- 10 Heute ist jedoch allgemein anerkannt, dass zur Abwehr von Rechtsbedrohungen auch bei fehlender vorhergehender Beeinträchtigung eine **vorbeugende Unterlassungs-**

20 RGZ 170, 317, 320.

21 BGH MDR 1996, 959.

22 Vgl. Kisch S. 37 ff.

23 BGHZ 94, 324, 329 = NJW 1986, 129, 130; K. Schmidt ZGR 1978, 425, 441.

24 Vgl. BGH NJW 2003, 3124, 3125; BGHZ 94, 324, 329 = NJW 1986, 129, 130 (GmbH); BayObLG NJW 2003, 1328; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 525; OLG Köln NJW-RR 1997, 483 (Verein); K Schmidt ZGR 1978, 425, 439 ff.; *Niedenfür* NZM 2003, 305, 306 (WEG); **andere** noch RGZ 89, 396, 397 (AG): Leistungsklage, da Entlastung eine auf Anspruchsverzicht gerichtete Willenserklärung ist; im Ergebnis ebenso Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG¹⁹ (2010) § 46 Rdn. 46; kritisch auch *Hüffer* AktG¹⁰ (2012) § 120 Rdn. 19.

25 Nach **a.A.** handelt es sich bei der Unterlassungsklage um eine besondere prozessuale Rechtsschutzform, der kein materiellrechtlicher Unterlassungsanspruch zugrunde liegt, *Esser/Weyers* Schuldrecht II/2⁸ (2000) § 62 IV (S. 265); *Nikisch* ZPR § 38 IV 3; *Siber* Schuldrecht (1931) 470 ff.; *Siber* Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht (1903) 99 ff.; vgl. dazu *Fritzsche* Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage (2000) 535 ff.

26 RGZ 72, 393.

27 Vgl. dazu Staudinger/*Hager* BGB (1999) Vorbem. zu §§ 823 ff. Rdn. 63 m.w.N.

28 Zum Verhältnis von Unterlassungs- und Feststellungsklage vgl. *Zeuner* FS Dölle (1963) 295 ff.

29 *Henckel* AcP 174 (1974) 97, 98 f.

30 Die Wiederholungsgefahr ist keine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses, siehe unten Rdn. 98 und BGH GRUR 1980, 241; BGH GRUR 1973, 208, 209 mit Anm. *Storch*; *Henke* JA 1987, 350, 356 f.; *Pastor* GRUR 1969, 331, 335; **a.A.** noch BGH GRUR 1966, 157, 159; LG Frankenthal NJW 1955, 263.

31 Vertragliche Unterlassungsansprüche setzen die Wiederholungsgefahr nicht voraus, BGH GRUR 1999, 522, 524.

32 RG JW 1911, 86 (Nr. 31); RGZ 101, 135, 137 f.; RGZ 101, 335, 339 f. („ernsthafte Vorbereitungen“ der Beeinträchtigung genügen); RGZ 115, 74, 83; die drohende Erstgefahr genügt bereits BGHZ 2, 394, 395 f. = NJW 1951, 843 f. = GRUR 1952, 35, 36; BGHZ 17, 266, 291 = GRUR 1955, 492; BGH NJW 1986, 2503, 2504; vgl. zur Entwicklung auch *Münzberg* JZ 1967, 689 f.

klage möglich ist.³³ Dies setzt die unmittelbare und konkrete Gefahr eines realen Eingriffs voraus (Erstbegehungsgefahr).³⁴ Es müssen also Tatsachen vorliegen, die die Vorbereitung oder Absicht von Rechtseingriffen befürchten lassen. Auch der vorbeugenden Unterlassungsklage³⁵ liegt ein materiellrechtlicher Unterlassungsanspruch³⁶ zugrunde, so dass sie als Leistungsklage³⁷ und nicht als rein prozessuales Rechtsinstitut³⁸ zu qualifizieren ist.

Die Unterlassungsklage ist jedoch regelmäßig keine Klage auf künftige Leistung **11** i.S.d. § 259,³⁹ da ein bereits gegenwärtiges Handlungsverbot durchgesetzt werden soll und kein Anspruch, der zu einem zukünftigen Zeitpunkt bestehen wird (siehe dazu § 259 Rdn. 31ff.).

Eine Unterart der Unterlassungsklage ist die **Duldungsklage**, in Teilbereichen auch **12** als Haftungsklage bezeichnet, da der Beklagte nicht zur persönlichen Leistung an den Kläger verurteilt wird.⁴⁰ Die Besonderheit besteht darin, dass hier eine Handlung des Klägers hinzukommt, die geduldet werden muss. Sie hat ihren Sinn vor allem im Hinblick auf die Vollstreckung, vgl. §§ 737, 743, 745 Abs. 2, 748 Abs. 2. Hierher gehören die Klagen gemäß §§ 772 Abs. 2 Satz 1, 1003 Abs. 1 Satz 2, 1107, 1113 Abs. 1, 1132 Abs. 1 Satz 2, 1133 Satz 2, 1147,⁴¹ 1191, 1199, 1200, 1204 Abs. 1, 1233 Abs. 2, 1273 Abs. 2, 1293, 2213 Abs. 3 BGB, sowie die Klage gemäß §§ 755, 760 HGB.⁴² Der mit der Duldungsklage geltend gemachte Anspruch ist dabei von dem persönlichen Anspruch, der mit einer Leistungsklage geltend gemacht wird, zu unterscheiden.⁴³

33 BGHZ 42, 118, 124 = NJW 1964, 2157, 2158f.; BGHZ 14, 163, 166 = NJW 1954, 1682; BGHZ 3, 270, 276 = NJW 1952, 660; BGHZ 2, 394, 395 = NJW 1951, 843f.; RGZ 151, 239, 246; RGZ 140, 392, 402; RGZ 104, 376, 379; RGZ 101, 135, 137; RGZ 95, 339, 341; RGZ 54, 414, 415. Zur ungenauen Terminologie siehe *Baur JZ* 1966, 381f., der den vorbeugenden Charakter sämtlicher Unterlassungsklagen hervorhebt; vgl. auch *Henckel AcP* 174 (1974) 97, 99; *Henke JA* 1987, 350, 352; *Schubert ZJP* 85 (1972) 29, 31 Fn. 7.

34 So Ahrens/*Ahrens* Der Wettbewerbsprozess⁶ (2009) Kap. 14 Rdn. 8; *Böhm* S. 68.

35 Vgl. auch *Scherner* S. 134ff.

36 BGH GRUR 1963, 218, 221 mit Anm. *Heydt*; *Staudinger/Gursky* BGB (2006) § 1004 Rdn. 212 m.w.N.; *Stein/Jonas/Roth* Rdn. 77; *Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR* § 89 Rdn. 5; *Schilken ZPR* Rdn. 179; *Backsmeier* Das Minus beim unterlassungsrechtlichen Globalantrag (2000) 48ff.; *Baur JZ* 1966, 381ff.; *Böhm* S. 68; *Henckel AcP* 174 (1974) 97, 121ff., allerdings bzgl. der gesetzlichen Unterlassungsansprüche ein Anspruch ohne wirtschaftlichen Wert mit der alleinigen Funktion eines Schutzmittels; *Münzberg JZ* 1967, 689, 693.

37 So auch *Henckel AcP* 174 (1974) 97, 115; *Henke JA* 1987, 350f.; *Schubert ZJP* 85 (1972) 29; *Zeuner FS Dölle* (1963) 295, 309.

38 Vgl. nur *Siber Schuldrecht* (1931) 2f., 470ff.; *Esser/Weyers Schuldrecht II/2⁸* (2000) § 62 IV (S. 265); *Rosenthal JW* 1915, 299, 301, 305f.; *Larenz* Anm. zu LG Frankenthal NJW 1955, 263.

39 Ahrens/*Ahrens* Der Wettbewerbsprozess⁶ (2009) Kap. 14 Rdn. 2 (in der Regel); *Teplitzky* Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren¹⁰ (2011) Kap. 51 Rdn. 59; *Zeuner FS Dölle* (1963) 295, 310f.; bei vertraglichen Unterlassungsansprüchen offengelassen von BGH NJW-RR 1989, 263, 264; dazu *Fritzsche* S. 586f.; anders noch BGH GRUR 1956, 238, 240; OLG Köln NJW-RR 1987, 360 (Anwendbarkeit des § 259 bei vertraglichen Unterlassungsansprüchen); *a.A. de Boor* Gerichtsschutz und Rechtssystem (1941) 56; *Braun* S. 304f.; *Nikisch ZPR* § 38 IV 2; *Hellwig System* Bd. 1, § 104 II 2 (S. 272): die Unterlassung kann ihrer Natur nach nur als zukünftige Leistung geltend gemacht werden.

40 Vgl. *Blomeyer ZPR* § 36; *Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR* § 89 Rdn. 8ff.

41 Str. – nach h.M. allein Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung, vgl. RGZ 93, 234, 236; *Schapp* FS Söllner (1990) 477, 502 m.w.N.; nach *a.A.* Anspruch auf Zahlung (Leistung) von Geld, *Staudinger/Wolfsteiner* BGB (2009) Einl. zu §§ 1113ff. Rdn. 36; *MünchKommBGB⁵/Eickmann* (2009) § 1147 Rdn. 4f. Vgl. auch *Blomeyer ZPR* § 36, der diese Klage in eine besondere Kategorie der Haftungsklagen einordnet, und *Scherner* S. 119ff., 133, der sie teils als reine prozessuale Gestaltungsklagen teils als kombinierte Feststellungs- und prozessuale Gestaltungsklagen qualifiziert.

42 RGZ 72, 347, 353 (Anspruch *allein* auf Duldung der Zwangsvollstreckung, nicht dagegen alternativ auf Duldung der Zwangsvollstreckung oder Zahlung).

43 RGZ 109, 166 zu § 2213 BGB; *Staudinger/Wolfsteiner* BGB (2009) § 1147 Rdn. 4.

13 2. Die Feststellungsklage. Mit der Feststellungsklage begehrt der Kläger die Feststellung des Bestehens bzw. Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde. Der Feststellungsklage liegt kein materieller Anspruch auf Anerkennung zugrunde (vgl. § 256 Rdn. 3).⁴⁴ Man unterscheidet die selbständige Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 und die Zwischenfeststellungsklage gemäß § 256 Abs. 2 (dazu § 256 Rdn. 343 ff.). Im Gegensatz zum Leistungsurteil enthält das Feststellungsurteil keinen Leistungsbefehl an den Schuldner, sondern erschöpft sich in der bloßen Feststellung. Es ist daher mit Ausnahme des Kostenausspruchs der Zwangsvollstreckung nicht zugänglich. Allerdings kann der Gegenstand der Feststellungsklage umfassender sein als derjenige der Leistungsklage, weil Letztere auf Ansprüche beschränkt ist.⁴⁵ Zu den Feststellungsklagen zählt die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel gemäß § 731.⁴⁶ Zum Verhältnis von Leistungs- und Feststellungsklage vgl. § 256 Rdn. 188 ff.

14 3. Die Gestaltungsklage. Mit der Gestaltungsklage begehrt der Kläger die unmittelbare Änderung der Rechtslage, dh die unmittelbare Begründung, Änderung oder Aufhebung eines unter den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses durch das *Gestaltungsurteil*.⁴⁷ Ein Leistungsbefehl an den Beklagten ist deshalb entbehrlich, ebenso wie eine Leistungspflicht des Beklagten. Leistungs- und Feststellungsurteile stellen bereits außerhalb des Prozesses eingetretene Rechtsfolgen fest,⁴⁸ sind insoweit also deklaratorisch. Gestaltungsurteile führen dagegen Wirkungen herbei, die bisher noch nicht eingetreten waren und auch ohne Urteil nicht eintreten konnten, indem sie ein Rechtsverhältnis begründen, umgestalten oder aufheben.⁴⁹ Die Gestaltungswirkung des Urteils macht auch eine Zwangsvollstreckung entbehrlich und unmöglich.⁵⁰ Da das Urteil zu einer unmittelbaren Änderung der Rechtsverhältnisse führt, wirkt es im Gegensatz zu den Leistungs- und Feststellungsurteilen nicht nur unter den Parteien, sondern gegenüber jedermann. So wird mit der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung die offene Handelsgesellschaft aufgelöst (§§ 133, 131 Abs. 1 Nr. 4 HGB). Die Gestaltungsklagen kann man insoweit mit den materiellrechtlichen Gestaltungsrechten vergleichen. Sie werden als Gestaltungsklagerechte bezeichnet, weil die Gestaltungswirkung nicht mittels eines materiellrechtlichen Rechtsgeschäfts, sondern nur durch Gestaltungsurteil herbeigeführt werden kann. Umstritten ist die Rechtsnatur dieses Gestaltungsklagerechts: materiellrechtliches

⁴⁴ Vgl. *de Boor* Gerichtsschutz und Rechtssystem (1941) 31; **a.A.** *Habscheid* ZRP 112 (1999) 37, 39, 50 (subjektiv materielles Recht); unklar die Motive zum BGB I S. 291 einerseits, *Hahn/Mugdan* Bd. 2 Abt. 1 S. 257 andererseits.

⁴⁵ *Kisch* S. 15.

⁴⁶ LG Hildesheim NJW 1964, 1232, 1233 (trotzdem ausnahmsweise Vollstreckung aus Feststellungsurteil möglich); *Pfeifer* S. 72 ff.; *Lüke* JuS 1969, 301, 302; *Wüllenkemper* Rpfleger 1989, 87; **a.A.** *Wieczorek/Schütze/Salzmann*³ (1999) § 731 Rdn. 3; *Stein/Jonas/Münzberg* § 731 Rdn. 8 (Gestaltungsklage); *Bettermann* S. 62; *Schlosser* Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 99.

⁴⁷ *Schlosser* Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 37, bezeichnet das Gestaltungsurteil als ein Urteil, das eine Rechtsfolge verfügt, auf die sich ohne Erlass und meist auch ohne formelle Rechtskraft des Urteils, das die Rechtsfolge beinhaltet, niemand berufen kann.

⁴⁸ *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 91 Rdn. 1. Darin liegt die Gemeinsamkeit von Feststellungs- und Leistungsklagen. Deshalb sieht *Kisch* S. 22, beide als Unterarten einer einheitlichen Kategorie der deklarativen Urteile an.

⁴⁹ Ob Gestaltungsurteile auch die rechtskraftfähige Feststellung enthalten, dass dem Kläger das private Gestaltungsrecht zusteht, ist umstritten. Bejahend *Scherner* S. 53 f. (prozessuale Gestaltungsklagen enthalten seiner Ansicht nach die Feststellung, dass der öffentlichrechtliche Anspruch des Klägers auf die prozessuale Gestaltung besteht) auch *Nikisch* ZPR § 40 IV 2.

⁵⁰ Nach *Schlosser* Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 35 und 266, ist die Gestaltungswirkung Vollstreckungswirkung, vergleichbar mit derjenigen eines unter § 894 fallenden Urteils.

Recht zur Rechtsgestaltung,⁵¹ publizistischer Gestaltungsanspruch gegen den Staat⁵² oder Doppeltatbestand.⁵³ Gegen Letzteres spricht die Rechtssicherheit. Würde man die Erhebung einer Gestaltungsklage sowohl als materiellrechtliches Rechtsgeschäft als auch als prozessuale Handlung ansehen, so könnte die Gestaltungswirkung trotz rechtskräftigen Gestaltungsurteils nicht eintreten, wenn das Privatrechtsgeschäft aus einem materiellrechtlichen Grund nichtig wäre.⁵⁴ Auch die Lehre vom publizistischen Gestaltungsanspruch wird der Gestaltungsklage nicht gerecht.⁵⁵ Es handelt sich nicht um einen Anspruch gegen den Staat, sondern um die besondere Art der Durchsetzung eines Gestaltungsrechts. Die Ansicht, dass den Gestaltungsklagen ein materielles Recht zur Rechtsgestaltung zugrunde liegt, ist deshalb vorzuziehen.

a) Ziel und Voraussetzungen der Gestaltungsklage. Ziel der Gestaltungsklage ist **15** die unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsänderung durch das Gestaltungsurteil.⁵⁶ Dabei wird die Gestaltungsberechtigung des Klägers einer richterlichen Kontrolle unterzogen.⁵⁷ Gestaltungsklagen sind nur in den Fällen zulässig, in denen das Gesetz sie vorsieht,⁵⁸ man spricht insoweit von dem Prinzip des **numerus clausus** der Gestaltungsurteile.⁵⁹ Allerdings ist in besonderen Fällen eine analoge Anwendung dieser Vorschriften geboten,⁶⁰ wie z.B. bei der Auflösungsklage gegen die fehlerhafte OHG entsprechend § 133 HGB,⁶¹ bei der Ausschlussklage gegen einen GmbH-Gesellschafter, wenn die Satzung den Ausschluss durch Beschluss nicht vorsieht⁶² oder die Anfechtungsklage bei

⁵¹ Stein/Jonas/Roth Rdn. 103; Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR § 91 Rdn. 3; Schilken ZPR Rdn. 192; Scherner S. 48 ff. (anders bei prozessualen Gestaltungsklagen, hier: öffentlichrechtlicher Anspruch auf Vornahme der prozessualen Gestaltung, S. 63); K. Schmidt S. 21 ff.; Lent ZJP 66 (1953) 267, 270; Lüke JuS 1969, 301, 305 noch einschränkend für unechte Gestaltungsklagen, anders jetzt in MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 30; auch für die Scheidungsklage; Pfeifer S. 86, sieht als Grundlage für die Gestaltungsklagen ein subjektives Privatrecht an, bei den prozessualen Gestaltungsklagen geht er allerdings von einem eigenartigen Rechtsbehelf aus, mit dem der Betroffene einen Prozessrechtsanspruch i.S. eines Überprüfungsanspruchs geltend macht.

⁵² Schlosser Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 366 ff., 374 ff. (Gestaltungsanspruch als Vollstreckungsanspruch); Dölle FS Bötticher (1969) 93, 99.

⁵³ Seckel FG Koch (1903) 205 ff.; zust. Henke JA 1987, 589, 595 f.

⁵⁴ So zu Recht Staab S. 90.

⁵⁵ A.A. Staab S. 112, der als Grundlage für die Gestaltungsklagen des damaligen EheG einen dem öffentlichen Recht zugehörigen Anspruch ansieht, der sich gegen den Richter bzw. den Staat richtet. Dagegen liege den Gestaltungsklagen des HGB ein gegen den Beklagten gerichtetes materiellrechtliches Gestaltungsrecht zugrunde (S. 99).

⁵⁶ Schlosser Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 32 f. (die Gewährleistung der Rechtssicherheit über den Eintritt oder das Ausbleiben der Rechtsänderung steht im Vordergrund. Ansonsten könnte der Gesetzgeber ein privatrechtliches Gestaltungsrecht einräumen); diesen Aspekt heben auch Kisch S. 51 f., Pfeifer S. 30, 85 und Lüke JuS 1969, 301, 305 hervor. Vgl. auch K. Schmidt S. 4.

⁵⁷ Staab S. 69; vgl. auch Dölle FS Bötticher (1969) 93, 95 f.

⁵⁸ Vgl. § 295 des im Jahr 1931 durch das Reichsjustizministerium veröffentlichten Entwurfs einer Zivilprozeßordnung: „Auf Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen darf das Gericht nur in den vom Gesetz zugelassenen Fällen erkennen.“

⁵⁹ Vgl. dazu Schlosser Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 286; Grunewald ZJP 101 (1988) 152 ff.

⁶⁰ Thomas/Putzo/Reichold Rdn. 7; Kisch S. 56; A. Hueck FS 150 Jahre Carl Heymanns Verlag (1965) 287, 292 f.

⁶¹ BGHZ 3, 285, 290 = NJW 1952, 97; Baumbach/Hopt HGB³⁵ (2012) § 133 Rdn. 2; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz HGB² (2008) § 133 Rdn. 5; A. Hueck Recht der OHG³ (1964) 59 ff.

⁶² BGHZ 32, 17, 22 = NJW 1960, 866, 867; BGHZ 16, 317, 322 = NJW 1955, 667; BGHZ 9, 157, 166 = NJW 1953, 780, 783; BayObLG NJW-RR 2004, 39, 40.

fehlerhaften GmbH-Gesellschafterbeschlüssen,⁶³ nicht aber bei der Auflösungsklage bzgl. einer BGB-Gesellschaft, bei der die Auflösung (z.B. § 723 BGB) durch den Richter nur noch festgestellt werden kann.⁶⁴ Eine Ermächtigung des Richters zur Rechtsgestaltung durch Parteivereinbarung ist grundsätzlich nicht möglich.⁶⁵ Dagegen sind wohl alle nach ausländischen Rechtsordnungen vorgesehenen Gestaltungsurteile als zulässig zu erachten, wenn das ausländische Sachstatut Anwendung findet und die fremde *lex causae* das Urteil ihrerseits anerkennt.⁶⁶

- 16 Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen können sich bezüglich der Prozessführungsbefugnis oder des Gestaltungs-klagerechts ergeben, wenn das materielle Recht diese Rechte nur bestimmten Personen zuspricht. Bei Gestaltungs-klagen, die eine verfügungs-ähnliche Wirkung zu Lasten von gebundenem Vermögen haben, kann eine Gestaltungs-klage nur von denjenigen erhoben werden, die bei einer vertraglichen Verfügung beteiligt sein müssen.⁶⁷ Das Rechtsschutzbedürfnis wird den Parteien nur in Ausnahmefällen (Rdn. 78) abgesprochen werden können, weil die Rechtsgestaltung nur über das Gestaltungsurteil erreicht werden kann.⁶⁸ Ausnahmsweise fehlt das Rechtsschutzbedürfnis in den Fällen, in denen der Kläger die begehrte Rechtsfolge selbst herbeiführen könnte, beispielsweise wenn der Gestaltungsklagegegner bereit ist, an der Rechtsgestaltung mitzuwirken und dies durch ein verbindliches Vertragsangebot zum Ausdruck gebracht hat⁶⁹ oder ein einfacherer und billigerer Weg zur Gestaltung offen steht, insbesondere bei den Gestaltungsklagen des Vollstreckungsrechts,⁷⁰ oder in den sog. Missbrauchsfällen.⁷¹

- 17 **b) Arten von Gestaltungs-klagen und Gestaltungsurteilen.** Eine Einteilung von Gestaltungs-klagen und -urteilen ist nach verschiedenen Kriterien möglich. So lassen sie sich nach ihrem materiellen Gehalt in Gestaltungsurteile unterteilen, die die **Beseitigung** oder Umgestaltung eines bestehenden oder die **Begründung** eines Rechtsverhältnisses vom Gegenstand haben.⁷² Ähnlich ist die Kategorisierung in Gestaltungsurteile mit

63 RGZ 166, 129, 131; RGZ 85, 311 ff.; BGHZ 11, 231, 235 = NJW 1954, 385, 386; vgl. OLG Köln NZG 2001, 82; A. Hueck FS 150 Jahre Carl Heymanns Verlag (1965) 287, 296 f.

64 A. Hueck FS 150 Jahre Carl Heymanns Verlag (1965) 287, 294 f.

65 So die h.M. mit dem Argument, dass die Zuständigkeit der Gerichte vom Gesetzgeber festgelegt werde und nicht zur Disposition der Parteien stünde, BGH GRUR 1978, 192, 193; A. Hueck FS 150 Jahre Carl Heymanns Verlag (1965) 287, 288; a.A. Schlosser Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 293, allerdings nur in den Grenzen materiellrechtlicher Dispositionsbefugnis der Parteien. Zur Entlastungsfunktion der Gerichte durch den *numerus clausus* der Gestaltungsurteile siehe Grunewald ZJP 101 (1988) 152, 153 ff. Grunewald weist darauf hin, dass die Rechtsprechung in Einzelfällen zu Unrecht eine Erweiterung zulässt, indem sie die gesetzlichen Voraussetzungen für bestimmte Gestaltungsklagen, wie z.B. bei den Gestaltungsklagen gemäß §§ 315 ff. BGB oder den handelsrechtlichen Gestaltungsklagen, aufweicht.

66 BGHZ 47, 324, 332 = NJW 1967, 2109, 2111; Stein/Jonas/Roth Rdn. 118; Schlosser Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 312 f.; Schlosser JA 1986, 130, 135; zu dem umgekehrten Fall der Entscheidung durch ein ausländisches Gericht vgl. Becker ZJP 97 (1984) 314, 320.

67 So Henckel Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß (1961) 95 ff.

68 Nach MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 31 ist das Rechtsschutzinteresse immer gegeben.

69 Die bloße Bereitschaft des Gestaltungsklagegegners zur Mitwirkung genügt nicht. Hier hat der Beklagte die Möglichkeit, das Gestaltungsklagebegehren mit der Kostenfolge des § 93 sofort anzuerkennen, vgl. dazu Schlosser Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 335 f.

70 So kann z.B. die Vollstreckungsabwehrklage ausgeschlossen sein, wenn eine Erinnerung gemäß § 766 möglich ist, vgl. Brox/Walker Zwangsvollstreckungsrecht⁹ (2011) Rdn. 1333 m.w.N.; Schlosser Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 337 f.

71 Schlosser Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 338.

72 Diese Einteilung nimmt Staab S. 22 ff. vor.

negativem und **positivem** Inhalt.⁷³ Man kann Gestaltungsurteile auch danach unterscheiden, ob sie in die Zukunft wirken (**ex nunc**) oder rückwirkend (**ex tunc**) gestalten.⁷⁴ Eine Differenzierung der Gestaltungsklagen kann auch noch danach vorgenommen werden, ob die Klage lediglich ein Mittel zur Gestaltung gegen den Betroffenen – **unechte** Gestaltungsklagen – wie z.B. die Gestaltungsklagen des HGB oder ob sie das einzige Mittel zur Herbeiführung der Gestaltungswirkung darstellt – **echte** Gestaltungsklagen⁷⁵ – wie z.B. die familienrechtlichen Gestaltungsverfahren (Rdn. 18).⁷⁶ Neben den Gestaltungsklagen, die konstitutiv auf das materielle Recht einwirken, hat sich noch die Kategorie der **prozessualen** Gestaltungsklagen herausgebildet.⁷⁷ Die prozessuale Gestaltungsklage bewirkt eine Rechtsgestaltung nicht auf materiellem, sondern auf prozessuellem Gebiet. Als Beispiele sind die auf positive Gestaltung gerichtete Klage auf Verleihung der Vollstreckbarkeit gemäß §§ 722, 1042 (sog. Vollstreckungsklagen) und die auf negative Gestaltung gerichtete Vollstreckungsabwerklage gemäß § 767,⁷⁸ die Klauselgegenklage gemäß § 768, die Drittwiderspruchsklage gemäß § 771,⁷⁹ die Klage auf vorzugsweise Befriedigung gemäß § 805,⁸⁰ die Widerspruchsklage gemäß § 878⁸¹ und die Abänderungsklage gemäß § 323⁸²

73 Vgl. *Schlosser* Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 50 ff.

74 Siehe dazu *Schlosser* Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 58 ff.; *Stein/Jonas/Roth* Rdn. 92 ff. (ex nunc) und Rdn. 97 ff. (ex tunc); *Pfeifer* S. 107, spricht den privatrechtsgestaltenden Urteilen die Rückwirkung ab, erkennt sie aber bei prozessualen Gestaltungsurteilen an. Diejenigen Urteile, die Rückwirkung haben, ordnet *Kisch* S. 85 ff. (89 f., 97) der besonderen Kategorie der auslösenden Urteile zu, wie z.B. die frühere Ehenichtigkeitklage (S. 98). Seiner Ansicht nach ist in diesen Fällen die Unwirksamkeit bereits außerhalb des Rechtsstreits eingetreten. Eine Berufung auf die Unwirksamkeit sei jedoch erst mit dem Richterspruch, der die Unwirksamkeit bloß feststelle, möglich. Nach A. *Hueck* FS 150 Jahre Carl Heymanns Verlag (1965) 287, 302 ff., ist die Rückwirkung bei gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsurteilen die Ausnahme: echte Rückwirkung nur bei der Anfechtungsklage von Hauptversammlungsbeschlüssen einer AG, S. 304 f.

75 Vgl. *Staab* S. 137 ff. noch zum alten Recht, der diesen Gestaltungsklagen eine Sonderstellung zugesteht, da sie nicht notwendigerweise einen Rechtsstreit voraussetzen, sondern auch dann erforderlich sind, wenn die Gestaltung von beiden Parteien übereinstimmend gewollt ist. Seiner Ansicht nach gehören die echten, insbesondere die Gruppe der familienrechtlichen Gestaltungsklagen zu den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und sind dem Zivilprozess fremd. Sie seien aber wegen ihrer Bedeutung dem Zivilprozess zugewiesen (S. 146). Mittlerweile sind diese Gestaltungsverfahren im FamFG geregelt. Vgl. auch A. *Hueck* FS 150 Jahre Carl Heymanns Verlag (1965) 287, 289 f.; *Lent* ZP 66 (1953) 267, 270 ff.

76 Diese Differenzierung von unechten und echten Gestaltungsklagen wird z.B. vorgenommen von *MünchKomm/Becker-Eberhard* Rdn. 29; *Arens* Streitgegenstand und Rechtskraft im aktienrechtlichen Anfechtungsverfahren (1960) 31 ff.; *Binder* Prozeß und Recht (1927) 200; *Hellwig* Anspruch und Klagerecht (1900) § 58 II 1 (S. 466); *Kisch* S. 63; *Schlosser* Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 40; *Staab* S. 118; *Becker* ZP 97 (1984) 314 (322 ff.); *Becker* AcP 188 (1988) 24 (30 ff.); *Bötticher* FG Rosenberg (1949) 83; *Lüke* JuS 1969, 301, 305; dagegen *Stein/Jonas/Roth* Rdn. 105; *K. Schmidt* S. 24 f.

77 *Kisch* S. 162 ff., spricht von konstitutiven Urteilen mit prozessrechtlichem Gegenstande. Vgl. *Pfeifer* S. 24, zum Überblick über die prozessualen Gestaltungsklagen S. 33 ff.

78 BVerfG NJW 2000, 1936, 1938; BGHZ 118, 229, 236 = NJW 1992, 2160, 2162; BGHZ 22, 54, 56 = NJW 1957, 23; *Stein/Jonas/Roth* Rdn. 95; a.A. A. *Blomeyer* Vollstreckungsverfahren (1975) § 33 I 2: Leistungsklage auf Unterlassung bzw. Beseitigung; dazu *Kainz* Funktion und Dogmatik der Einordnung der Vollstreckungsabwehrklage (1984) 26 ff.

79 BGH MDR 1972, 684; *Picker* Die Drittwiderspruchsklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung als Beispiel für das Zusammenwirken von materiellem Recht und Prozeßrecht (1981) 26.

80 BGH JZ 1986, 686; *Stein/Jonas/Münzberg* § 805 Rdn. 15; *Zöller/Stöber* § 805 Rdn. 7; *Geißler* NJW 1985, 1865, 1872; vgl. auch *Wieczorek/Schütze/Lüke*³ (1999) § 805 Rdn. 2.

81 BGH NJW 2001, 2477, 2478; a.A. *Lüke* JuS 1969, 301, 303, der die Klage als Feststellungsklage qualifiziert.

82 BGH NJW 2001, 2259, 2260 (soweit sie die Leistungspflicht neu festsetzt, ist sie auch Leistungsklage).

zu nennen.⁸³ Zu den prozessualen Gestaltungsakten zählen aber auch die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage (§§ 578 ff.)⁸⁴ sowie die Aufhebungsakten gemäß § 1059.

- 18 Neben den prozessualen Gestaltungsakten gibt es noch weitere Gruppen von Gestaltungsakten:⁸⁵ die schuldrechtlichen (Herabsetzung der Vertragsstrafe gemäß § 343 BGB) und erbrechtlichen Gestaltungsakten (Geltendmachung der Erbnurwürdigkeit eines Erben durch Anfechtungsakten gemäß § 2342 BGB).⁸⁶ Von besonderer Bedeutung sind die **gesellschaftsrechtlichen** Gestaltungsakten. Die sachenrechtlichen (Kraftloserklärung eines abhanden gekommenen Hypotheken- oder Grundschuldbriefes gemäß §§ 1162, 1192 BGB) und die familienrechtlichen Gestaltungsverfahren (Ehescheidung gemäß § 1564 BGB, Eheaufhebung gemäß § 1313 BGB, Vaterschaftsanfechtung gemäß §§ 1599 ff. BGB und die Aufhebung der Gütergemeinschaft gemäß §§ 1447 ff., 1469 f., 1495 f. BGB sowie die vorzeitige Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft gemäß § 1388 BGB)⁸⁷ sind nunmehr im FamFG (das Aufgebotsverfahren in §§ 466 ff. FamFG, die Verfahren in Ehesachen in §§ 111 Nr. 2, 121 Nr. 1, 2, 122 ff. FamFG, das Verfahren in Abstammungssachen in §§ 111 Nr. 3, 169 Nr. 4, 170 ff. FamFG, das Verfahren in Güterrechtssachen in §§ 111 Nr. 9, 112 Nr. 2, 261 ff. FamFG) geregelt, entfalten aber weiterhin Gestaltungswirkung.

- 19 Zu den **gesellschaftsrechtlichen** Gestaltungsakten⁸⁸ zählen die Klagen auf Auflösung einer OHG oder KG gemäß §§ 133, 161 Abs. 2 HGB⁸⁹ oder einer GmbH gemäß § 61 GmbHG,⁹⁰ auf Ausschluss eines Gesellschafters gemäß § 140 HGB,⁹¹ auf Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis gemäß §§ 117, 127 HGB,⁹² auf Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses einer AG gemäß §§ 243, 246 AktG⁹³ oder eines Generalversammlungsbeschlusses einer Genossenschaft (§ 51 GenG)⁹⁴ bzw. eines Gesellschaftersbeschlusses in der GmbH⁹⁵ und auf Nichtigklärung einer Aktiengesellschaft gemäß § 275 AktG⁹⁶ bzw. einer Genossenschaft gemäß § 94 GenG. Bei der Nichtigkeitsklage gemäß § 249 AktG handelt es sich dagegen um eine Feststellungsakten.⁹⁷

83 Schlosser Gestaltungsakten und Gestaltungsurteile, S. 105 f., bezeichnet die Vollstreckungsgegenklagen als das negative Spiegelbild der Leistungsakten und die Abänderungsakten als gesetzlich geregelten Fall der Vollstreckungsgegenklagen mit der Folge, dass er die Leistungsakten als prozessuale Gestaltungsakten einordnet. Auch die Haftungsakten, die seiner Ansicht nach kein Unterfall der Leistungsakten ist, rechnet er zu den prozessualen Gestaltungsakten und bezeichnet sie als das positive Gegenstück zur Drittwiderspruchsakten. Die Vollstreckungsgegenklagen ist jedoch als Gegenstück zur Vollstreckungsakten zu betrachten, so zu Recht Pfeifer S. 79 f.

84 Schlosser Gestaltungsakten und Gestaltungsurteile, S. 110 ff., spricht von „Rechtsmitteln in Klagenform“.

85 Vgl. Henke JA 1987, 589, 592.

86 So auch KG FamRZ 1989, 675 m.w.N.; a.A. RGRK/Kregel BGB¹² (1975) § 2342 Rdn. 2. Die Erbnurwürdigkeitsklagen bezeichnet Becker ZPR 97 (1984) 314, 326 f. als Sonderform der Gestaltungsakten.

87 Baur FamRZ 1962, 508, 509 noch zum alten Recht.

88 Siehe dazu K. Schmidt S. 50 ff.; A. Hueck FS 150 Jahre Carl Heymanns Verlag (1965) 287, 290 ff.

89 RGZ 123, 151, 153; RGZ 71, 254, 256; Baumbach/Hopt HGB³⁵ (2012) § 133 Rdn. 15;

Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz HGB² (2008) § 133 Rdn. 40.

90 Zu den Besonderheiten dieser Klagen vgl. Becker AcP 97 (1984) 314, 327 ff.

91 RG JW 1913, 548; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz HGB² (2008) § 140 Rdn. 24; vgl. dazu auch Kiethe NZG 2004, 114 ff.

92 Baumbach/Hopt HGB³⁵ (2012) § 117 Rdn. 7.

93 Dazu BGH NJW-RR 1992, 1388, 1389 (Durchsetzung eines privaten Gestaltungsrechts).

94 BGH NJW 1997, 318, 319.

95 Seit RGZ 85, 311, 312 ff. zugelassen; BGHZ 104, 66, 68 f. = NJW 1988, 1844 f.

96 A. Hueck FS 150 Jahre Carl Heymanns Verlag (1965) 287, 291, 303 f.; Stein/Jonas/Roth Rdn. 94; Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR § 91 Rdn. 9; a.A. Kisch S. 39 ff. (Feststellungsakten).

97 A. Hueck FS 150 Jahre Carl Heymanns Verlag (1965) 287, 291; a.A. K. Schmidt GesR⁴ (2002) § 15 II 2 m.w.N. und § 28 IV 5 c (Gestaltungsakten, §§ 246 und 249 AktG sind ihrer Klagenart nach nicht zu unterscheiden).

Außerdem sind die Klagen zu nennen, die auf die **richterliche Bestimmung oder Herabsetzung des Leistungsinhalts** gerichtet sind, wie z.B. die Fälle der §§ 315 Abs. 3 Satz 2,⁹⁸ 319 Abs. 1 Satz 2, 343, 655, 660 Abs. 1 Satz 2, 2048 Satz 3, 2156 Satz 2, 2192 BGB, §§ 75 c Abs. 1 Satz 2, 750 Abs. 2 HGB, §§ 84, 189 VVG. Ferner sind die Klagen gemäß § 574 a Abs. 2 BGB⁹⁹ und gemäß § 371 Abs. 3 HGB¹⁰⁰ Gestaltungsclagen.

Bei den Klagen auf richterliche Bestimmung wird die Gestaltungsclage i.d.R. mit einer Leistungsklage verbunden. Das Urteil auf die geschuldete Leistung könnte jedoch erst nach Rechtskraft des Gestaltungsurteils ergehen, denn erst dann tritt die Gestaltungswirkung ein. Es besteht für den Gläubiger aber auch die Möglichkeit, unmittelbar auf Zahlung des nach seiner Meinung vom Schuldner zu leistenden Betrags zu klagen,¹⁰¹ wenn der Leistungsklageantrag nach Auslegung die Geltendmachung des Gestaltungsclagerechts beinhaltet. Die richterliche Leistungsbestimmung liegt dann in der Verurteilung zu der bestimmten oder herabgesetzten Leistung,¹⁰² so dass von einem „verdeckten Gestaltungsurteil“¹⁰³ gesprochen werden kann. Dieses Leistungsurteil kann für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, obwohl die Rechtsgestaltung erst mit der Rechtskraft vorliegt.¹⁰⁴

Nicht zu den Gestaltungsclagen zählen die Klagen, bei denen das Gericht wie beim Schmerzensgeld ein Ermessen bzgl. der Höhe des Anspruchs hat. Hier entsteht der Anspruch nicht erst durch Urteilsspruch – nur dann wäre es eine Gestaltungsclage¹⁰⁵ –, sondern es wird allein die Ungewissheit über die Höhe des Anspruchs beseitigt. Es handelt sich deshalb um eine Leistungsklage.

c) Wirkungen der Gestaltungsclage. Die Gestaltungswirkung, dh die materielle Änderung der Rechtslage, tritt automatisch mit der formellen Rechtskraft des Gestaltungsurteils ein. Eine einredeweise Berufung auf das Gestaltungsclagerecht ist vor diesem Zeitpunkt nicht möglich, da das Wesen des Gestaltungsurteils gerade darin liegt, dass die Rechtsgestaltung nicht ohne den gerichtlichen Ausspruch eintreten kann.¹⁰⁶ Die Rechtsgestaltung wirkt für und gegen alle. Inwieweit und auf welche Art und Weise Drittbetroffenen rechtliches Gehör zu gewähren ist, ist umstritten.¹⁰⁷

98 BGHZ 41, 271, 280 = NJW 1964, 1617, 1620 (Gestaltungsclage auf Leistungsbestimmung durch das Gericht).

99 LG Braunschweig WuM 1998, 220; LG Lübeck WuM 1996, 705; Staudinger/Rolfs BGB (2011) § 574 a Rdn. 11; Blank/Börstinghaus/Blank Miete³ (2008) § 574 a BGB Rdn. 25; Palandt/Weidenkaff BGB⁷¹ (2012) § 574 a Rdn. 6, 8.

100 OLG Hamburg MDR 1958, 343; Baumbach/Hopt HGB³⁵ (2012) § 371 Rdn. 4; a.A. Stein/Jonas/Roth Rdn. 80; Blomeyer ZPR § 36 III 3.

101 BGH NJW 2000, 2986, 2987; BGH NJW 1996, 1054, 1056; BGH NJW 1983, 1777, 1778; OLG Düsseldorf BKR 2004, 79, 85; KG NVwZ 2004, 683, 684, alle zu § 315 Abs. 3 BGB.

102 Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR § 91 Rdn. 12, der § 254 analog anwenden will, was allerdings abzulehnen ist (vgl. § 254 Rdn. 26 ff., wo in einem vergleichbaren Fall die analoge Anwendung verneint wird).

103 Larenz Schulrecht I⁴ (1987) § 6 II a (S. 81 Fn. 10); Stein/Jonas/Roth Rdn. 106; Staudinger/Rieble BGB (2009) § 315 Rdn. 413.

104 Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR § 91 Rdn. 12.

105 Vgl. nur Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR § 91 Rdn. 3; Henke JA 1987, 589, 596; a.A. OLG Hamm MDR 1948, 281, 282 mit abl. Anm. Eick.

106 Vgl. dazu Schlosser Gestaltungsclagen und Gestaltungsurteile, S. 117, 120; a.A. RGZ 112, 280, 283 (exceptio doli – dolo facit, qui petit, quod redditurus est).

107 BVerfGE 60, 7, 13 = NJW 1982, 1635 (Auflösungsklage eines Gesellschafters gegen die GmbH gemäß § 61 GmbHG); BGH NJW 1998, 146 (Ausschluss aus einer OHG gemäß § 140 HGB); BGH NJW 1958, 418, 419 (Auflösung einer OHG gemäß § 133 HGB); in Ehe- und Kindschaftssachen vgl. BVerfGE 89, 381, 390 f. = NJW 1994, 1053, 1055; BVerfGE 75, 201, 215 = NJW 1988, 125; BGH NJW 2003, 585 (§ 640e Abs. 1). Vgl. zur

- 24 Das Gestaltungsurteil erwächst auch in materielle Rechtskraft, allerdings nur zwischen den Parteien.¹⁰⁸ Zwar bedürfte es ihrer für die Bindung der Gerichte und der Parteien an die Gestaltungswirkungen nicht. Die materielle Rechtskraft von Gestaltungsurteilen ist zum Schutz des Prozesssiegere aber deshalb von Nöten, damit der Unterlegene nicht eine Schadensersatz- und Bereicherungsklage gegen diesen auf die Unrechtmäßigkeit der rechtskräftigen Gestaltung stützen kann.¹⁰⁹

III. Klagen im Allgemeininteresse

- 25 **1. Verbandsklage.** In gesetzlich vorgesehenen Fällen¹¹⁰ steht Verbänden ein Klage-recht zu: § 8 UWG, §§ 1 ff. UKlaG, § 33 Satz 2 GWB, § 7 GebrMG und § 55 Abs. 2 MarkenG. Insbesondere durch das UKlaG¹¹¹ sollen Allgemeine Geschäftsbedingungen überprüft (§ 1 UKlaG i.V.m. §§ 306 ff. BGB) und Verstöße gegen die Verbraucherschutzgesetze verhindert werden. Der Verbandsklage¹¹² kann jede Klageart zugrunde liegen, das Gesetz hat sie aber zumeist als eine Leistungsklage (Unterlassungs- bzw. Widerrufsklage) vorgesehen, wobei der Verband einen eigenen materiellen Anspruch durchsetzt.¹¹³ Der BGH hält trotz der Neuformulierung des Gesetzes in § 8 Abs. 3 UWG („... die Ansprüche stehen zu ...“) bzw. § 3 Abs. 1 Satz 1 UKlaG¹¹⁴ und trotz der Gesetzesbegründung zu § 13 Abs. 2 AGBG in der Fassung vom 29. Juni 2000¹¹⁵ an seiner früheren Rechtsprechung¹¹⁶ fest und spricht der Verbandsklagebefugnis eine Doppelnatur¹¹⁷ zu, so dass diese sowohl die Prozessfüh-

Drittwirkung der Gestaltungsklage auch *Schack* NJW 1988, 865, 866 für die Erbnwürdigkeitsklage gemäß § 2342 BGB; weitergehend *Calavros* Urteilswirkungen zu Lasten Dritter (1978) 154 ff.; **a.A.** für § 2342 BGB *Brox* FamRZ 1963, 392, 397 f. (eingeschränkte – relative – Gestaltungswirkung).

108 Dies ist früher gelegnet worden, vgl. *Lent* Z郑 61 (1939) 279, 302 ff., ist aber seit dem Aufsatz von *Dölle* Z郑 62 (1941) 281, 284 allgemein anerkannt; vgl. BAG NJW 1994, 473, 474.

109 Vgl. dazu *Schlosser* Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 406 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 91 Rdn. 16; *Stein/Jonas/Roth* Rdn. 107.

110 *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 47 Rdn. 2; **a.A.** *M. Wolf* Die Klagebefugnis der Verbände (1971) 34, der eine allgemeine Klagebefugnis der Verbände annimmt, wenn ein „Gruppeninteresse“ verletzt wurde.

111 Vgl. dazu *Baetge* Z郑 112 (1999) 329 ff.; *Schaumburg* DB 2002, 723 ff.

112 Zum Zweck der Verbandsklage vgl. *Marotzke* Von der schutzgesetzlichen Unterlassungsklage zur Verbandsklage (1992) 13.

113 BGH NJW-RR 1990, 886, 887 m.w.N. auch zu den Gegenansichten; *Becker-Eberhard* FS Leipold (2009) 3, 12 ff.

114 Der Wortlaut („... die Ansprüche stehen zu ...“) bestand bereits in § 13 Abs. 2 AGBG in der Fassung vom 29.6.2000.

115 BT-Drucks. 14/2658 S. 52; „... Die Änderung des § 13 [AGBG] soll dazu genutzt werden, auch die Streitfrage zu klären, ob § 13 Abs. 2 eine Regelung über die Aktivlegitimation oder eine Regelung über die Prozessführungsbefugnis enthält. Die Frage soll im zuerst genannten Sinne entschieden [...] werden ...“; offen dagegen in der Begründung zum UWG zu § 8 Abs. 3, BT-Drucks. 15/1487 S. 22 f.

116 BGH GRUR 2004, 435; BGHZ 133, 316, 319 = NJW 1997, 1702, 1703 (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F.)

117 Zum neuen Recht BGH GRUR 2005, 689, 690 (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG) m.w.N.; *Fezer/Büscher* UWG² (2010) § 8 Rdn. 245; *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Bergmann* UWG² (2009) § 8 Rdn. 261; *Köhler/Bornkamm* UWG³⁰ (2012) § 8 Rdn. 3.10; zu § 3 UKlaG: *Erman/Roloff* BGB¹³ (2011) § 3 UKlaG Rdn. 1; *Palandt/Bassenge* BGB⁷¹ (2012) § 3 UKlaG Rdn. 2; vgl. auch *Becker-Eberhard* FS Leipold (2009) 3, 10 ff.; **a.A.** *MünchKommBGB*³/*Micklitz* (2008) § 3 UKlaG Rdn. 26; *Brönneke/Stadler* Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht (2001) 9 f.; *Emmerich* Unlauterer Wettbewerb⁸ (2009) § 22 Rdn. 14; *Micklitz/Stadler* Unrechtsgewinnabschöpfung (2003) 102 f.; *Greger* NJW 2000, 2457, 2458 und 2462; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 47 Rdn. 12 (es besteht ein verbandseigener Unterlassungsanspruch); andere vertreten eine rein prozessuale Lösung über die Prozessführungsbefugnis, vgl. *Marotzke* Von der schutzgesetzlichen Unterlassungsklage zur Verbandsklage (1992) 82 f.; *Habscheid* GRUR 1952, 221, 222; *Hess* AG 2003, 113, 120; *Eike Schmidt* NJW 1989, 1192, 1194, spricht von einer „Aufgreifzuständigkeit“.

rungsbefugnis als auch die sachlichrechtliche Anspruchsberechtigung (Aktivlegitimation) betrifft.

2. Gruppenklage. Eine Gruppenklage, durch die bei Massenschäden mehrere Betroffene eine Klage einreichen und als Gruppe Prozesspartei sind, ist derzeit nicht möglich.¹¹⁸ Insoweit ist bei der Bündelung von Verfahren auf die bestehenden prozessualen Rechtsinstitute in §§ 59 ff., 147 zurückzugreifen.¹¹⁹ **26**

3. Musterverfahren. Auf dem Gebiet des Kapitalmarktrechts ist erstmals ein Musterverfahren gesetzlich verankert worden. Mit dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz,¹²⁰ das am 1.11.2005 in Kraft trat¹²¹ und mit Wirkung vom 1.11.2012 neu gefasst wurde,¹²² wurde ein Musterverfahren für geschädigte Kapitalanleger wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformationen eingeführt, wenn sich Tatsachen- und Rechtsfragen in mindestens zehn individuellen Schadensersatzprozessen gleichlautend stellen. **27**

Individualvertraglich kann dagegen regelmäßig ein Musterverfahren verabredet werden.¹²³ **28**

IV. Besondere Klageformen

Von den Klagearten zu unterscheiden sind besondere Klageformen. Während sich die Klagearten nach dem Rechtsschutzziel und damit dem materiellrechtlichen Interesse bestimmen, beschreiben die Klageformen ein rein im Prozessrecht wurzelndes Interesse. Insoweit kann eine Klageart prozessual in einer bestimmten Klageform durchgesetzt werden. Klageformen sind die Widerklage (vgl. § 33 Rdn. 1ff.), Stufenklage (vgl. § 254 Rdn. 1ff.), Klagen auf künftige Leistung (vgl. Vor §§ 257–259 Rdn. 1ff.), Nichtigkeitsklagen (vgl. § 578) sowie Klagen im Urkunden- und Wechselprozess (vgl. §§ 592ff.). **29**

V. Die Prozessvoraussetzungen

Prozessvoraussetzungen sind diejenigen Erfordernisse, die vorliegen müssen, damit eine Klage zulässig ist. Sie können unterschieden werden in solche, die vorliegen müssen, und solche, die nicht vorliegen dürfen, wenn das Verfahren zulässig sein soll. Diejenigen, die von Amts wegen zu beachten sind, heißen Prozessvoraussetzungen, diejenigen, die nur auf Rüge des Beklagten zu berücksichtigen sind, nennt man Prozesshindernisse. **30**

118 Haß S. 321; vgl. auch Hess AG 2003, 113 ff.

119 Hess AG 2003, 113, 121 f., der auch noch auf die Möglichkeit einer Anleger-GbR als Prozesspartei hinweist.

120 Gesetz vom 16.8.2005, BGBl I 2005 S. 2437; Regierungsentwurf KapMuG mit Stellungnahme des Bundesrats und Gegenäußerung der Bundesregierung v. 14.3.2005, BT-Drucks. 15/5091; dazu Assmann FG Vollkommer (2006) 119 ff.; Hein, RIW 2004, 602; Duve/Pfitzner BB 2005, 673 ff.; Möllers/Weichert NJW 2005, 2737; Pfaffmeier NZG 2005, 609; Reuschle WM 2004, 966, 972 ff.; Schneider BB 2005, 2249; Sessler WM 2004, 2344; Zypries ZRP 2004, 177 ff.; zu den Vorteilen eines Musterverfahrens bei Massenklagen Hess ZIP 2005, 1713; Koch BRAK-Mitt. 2005, 159; krit. Weigel BRAK-Mitt. 2005, 164.

121 Ursprünglich auf 5 Jahre und anschließend bis zum 31.10.2012 befristet (BT-Drucks. 17/2095 S. 9), nunmehr befristet bis zum 31.10.2020.

122 BGBl I S. 2182; zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes siehe Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/8799 und BT-Drucks. 17/10160.

123 Kempf ZRP 73 (1960) 342 ff.; Lindacher JA 1984, 404 ff.; vgl. zu den inhaltlichen Schranken Jacoby S. 211 ff.

- 31 1. Begriff der Prozessvoraussetzung.** Der Begriff der Prozessvoraussetzungen¹²⁴ wird als irreführend kritisiert, weil das Prozessrechtsverhältnis schon durch die Klageerhebung als solche entsteht¹²⁵ und das Fehlen der Prozessvoraussetzungen darauf gerade keinen Einfluss hat. Da die Prozessvoraussetzungen Erfordernisse für ein Sachurteil sind, d.h. wenn sie nicht vorliegen, darf eine positive oder negative Sachentscheidung nicht ergehen, werden sie auch als Sachurteilsvoraussetzungen¹²⁶ und Sachentscheidungsvoraussetzungen¹²⁷ bezeichnet. Aber auch diese Begriffe sind ungenau. Steht fest, dass eine Prozessvoraussetzung fehlt, soll bereits nicht zur Sache verhandelt und auch keine Beweisaufnahme durchgeführt werden.¹²⁸
- 32** Die Rechtsmittelvoraussetzungen¹²⁹ sind keine Prozessvoraussetzungen, sondern eigenständig zu behandelnde **Prozessfortsetzungsvoraussetzungen**¹³⁰ (Form, Frist, Statthaftigkeit), die sich nicht auf den Prozess bis dahin beziehen, sondern auf dessen Fortsetzung in höherer Instanz. Deren Fehlen lässt das erstinstanzliche Sachurteil unberührt.
- 33** Ebenfalls von den Prozessvoraussetzungen zu trennen sind die **allgemeinen** (vgl. Rdn. 138) und **besonderen Prozesshandlungsvoraussetzungen** (für einzelne Prozesshandlungen wie z.B. die Streitverkündung gemäß § 72 oder die Nebenintervention gemäß § 66), die nicht den Prozess als solchen, sondern die Zulässigkeit einzelner Prozesshandlungen betreffen.
- 34** Die **Sachlegitimation** und die **Schlüssigkeit** sind keine Prozessvoraussetzungen, sondern gehören zur Begründetheit einer Klage. Die Sachlegitimation bezeichnet den Umstand, dass der geltend gemachte Anspruch nach materiellem Recht gerade von dem Kläger bzw. gerade gegen den Beklagten geltend gemacht werden kann, und findet ihre Beachtung allein in der Begründetheit. Von Schlüssigkeit eines Sachvortrags spricht man, wenn die vorgetragenen Tatsachen in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person des Klägers entstanden erscheinen zu lassen.¹³¹
- 35** Die Prozessvoraussetzungen kann man in vier Gruppen einteilen, in solche, die das Gericht, die Parteien, den Streitgegenstand (allgemeine Prozessvoraussetzungen, vgl. Rdn. 36 ff.) und besondere Verfahren (besondere Prozessvoraussetzungen, vgl. Rdn. 105 ff.) betreffen.

124 Dieser Begriff stammt von *Bülow* Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen (1868); andere Bezeichnungen: Sachentscheidungsvoraussetzungen, Klageerfolgsvoraussetzungen, Urteilserlassvoraussetzungen, Prozessbedingungen, Zulässigkeitsvoraussetzungen.

125 *Süß* FG Heilborn (1931) 125, 126; *Lüke* ZPR Rdn. 149; *Zeiss/Schreiber* ZPR Rdn. 253.

126 Vgl. z.B. BGH NJW 1991, 2707, 2708; OLG Frankfurt NZG 1999, 990, 991; *Grunsky* ZPR Rdn. 130; *Schlosser* ZPR I Rdn. 280.

127 Vgl. z.B. BAG AP Nr. 6 zu § 50 ZPO; *Schilken* ZPR Rdn. 255.

128 *Stein/Jonas/Roth*²⁰ Einl. Rdn. 312; *Jauernig/Hess* ZPR § 33 Rdn. 5; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 93 Rdn. 4; *Schilken* ZPR Rdn. 254; vgl. auch *J. Blomeyer* ZPR 81 (1968) 20, 30 f.

129 Dazu *Wieczorek/Schütze/Gerken*³ (2004) Vor § 511 Rdn. 11 ff.

130 BAGE 97, 65, 67 = AP Nr. 5 zu § 611 BGB Arbeitnehmerdarlehen.

131 BGH 28.2.2012 – VIII ZR 124/11; BGH 25.10.2011 – VIII ZR 125/11, NJW 2012, 382; BGH 2.4.2009 – V ZR 177/08, NJW-RR 2009, 1236; BGH 4.7.2000 – VI ZR 236/99, NJW 2000, 3286, 3287; BGH 12.7.1984 – VII ZR 123/83, NJW 1984, 2888, 2889.

2. Die allgemeinen Prozessvoraussetzungen

a) Prozessvoraussetzungen, die das Gericht betreffen

aa) Die deutsche Gerichtsbarkeit. Gerichtsbarkeit bedeutet Gerichtshoheit, d.h. 36 die aus der Souveränität fließende Befugnis des Staates – ausgeübt durch seine Gerichte – Recht zu sprechen.¹³² Der deutschen Gerichtsbarkeit sind kraft Gebietshoheit alle Personen, Inländer wie Ausländer, unterworfen, die sich innerhalb der Grenzen der Bundesrepublik Deutschland befinden. Ausnahmen gelten für Gerichtsbefreite gemäß §§ 18–20 GVG (Mitglieder diplomatischer Missionen gemäß § 18 GVG, Konsuln gemäß § 19 GVG, Staatsgäste gemäß § 20 Abs. 1 GVG sowie sonstige Personen gemäß § 20 Abs. 2 GVG,¹³³ ausländische Staaten, soweit sie *hoheitlich tätig*¹³⁴ sind). Problematisch ist, ob ausländischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Körperschaften) oder privatrechtlichen juristischen Personen in staatlicher Trägerschaft Immunität zu gewähren ist. Überwiegend wird dies unabhängig von der Art ihrer Tätigkeit verneint.¹³⁵ Teilweise¹³⁶ wird nach der Art der Tätigkeit differenziert. Wird die juristische Person hoheitlich tätig, leitet sie die Immunität von ihrem Trägerstaat ab. Handelt sie jedoch nicht hoheitlich, genießt sie nach dem allgemeinen restriktiven Ansatz keine Immunität.

Die Gerichtsbarkeit ist eine in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen- 37 de¹³⁷ **allgemeine Prozessvoraussetzung**;¹³⁸ fehlt sie gegenüber einem Beklagten, so ist die Klage unzulässig. Als Kläger kann ein Gerichtsbefreiter vor deutschen Gerichten auftreten,¹³⁹ denn in der Klage kann ein Verzicht auf die Immunität gesehen werden.¹⁴⁰ Selbst wenn das Gericht bereits bei Eingang der Klage Kenntnis davon hat, dass der Beklagte der deutschen Gerichtsbarkeit offenkundig nicht untersteht, sollte es i.d.R. die Zustellung der Klage und die Terminsanberaumung veranlassen (siehe § 271 Rdn. 30).¹⁴¹ Zwar ist die Zustellung der Klageschrift mit der Ladung zum frühen ersten Termin (§§ 271 Abs. 1, 274 Abs. 2, 275) bzw. die Zustellung der Klageschrift mit der Aufforderung zur Ver-

132 BGH GRUR 1958, 189, 196; vgl. *Geimer* IZPR Rdn. 371.

133 „Nach allgemeinen Regeln des Völkerrechts, Art. 25 GG“: ausländische Staaten und deren Repräsentanten, wobei für die Vertragsstaaten das speziellere Europäische Übereinkommen vom 16. Mai 1972 über die Staatenimmunität (BGBl II 1990 S. 34) gilt; „auf Grund völkerrechtlicher Vereinbarungen und sonstiger Rechtsvorschriften“: UNO, EU, NATO und die Vertreter der Mitgliedsstaaten bei den jeweiligen Organen.

134 Restriktiver Ansatz seit BVerfGE 15, 25 = NJW 1963, 435 – „Jugoslawische Militärmission“; BVerfGE 16, 27 = NJW 1963, 1732 – „Iranische Botschaft“; zur Unterscheidung: *Ipsen/Epping* VölkerR⁶ (2012) § 26 Rdn. 17 ff., 24.

135 BGHZ 18, 1, 9 = NJW 1955, 1435, 1436; RGZ 157, 389, 395; RGZ 110, 315, 317; *Schütze* BB 1979, 348, 350; *Zöller/Lückemann* § 20 GVG Rdn. 4.

136 OLG Frankfurt WM 1982, 754, 755; vgl. v. *Schönfeld* NJW 1986, 2980, 2987 mit Hinweis auf den offenen Wortlaut des BVerfGE 64, 1, 23 = NJW 1983, 2766, 2767; *Ipsen/Epping* VölkerR⁶ (2012) § 26 Rdn. 33.

137 BGH 9.7.2009 – III ZR 46/08, BGHZ 182, 10, 16 = NJW 2009, 3164, 3165; BGH NJW-RR 2003, 1218, 1219; BGHZ 18, 1, 5 = NJW 1955, 1435; noch weiter *Geimer* LMK 2003, 174, 175; *Geimer* IZPR Rdn. 843c: hier Untersuchungsgrundsatz.

138 BGHZ 8, 378, 379 = NJW 1953, 545; RGZ 157, 389, 394; **a.A.** *Baumbach/Lauterbach/Hartmann* Grundz § 253 Rdn. 24: keine Prozessvoraussetzung.

139 *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 19 Rdn. 17, vgl. auch BGH 30.3.2011 – XII ZB 300/10, NJW-RR 2011, 721, 722 zu § 31 WÜD.

140 BAGE 46, 107 = AP ZA-Nato-Truppenstatut Art. 72 Nr. 1 (Gründe zu II 1); vgl. auch *Zöller/Stöber* § 216 Rdn. 7.

141 *Geimer* IZPR Rdn. 479f., 486; *Jauernig/Hess* ZPR § 38 Rdn. 19; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 19 Rdn. 14, 20; *Mann* NJW 1990, 618; **a.A.** OLG Frankfurt FamRZ 1982, 316; OLG München NJW 1975, 2144, 2145 m.w.N.; OLG Hamburg MDR 1953, 109; LG Kiel NJW 1953, 1718 f.; *Dahlhoff* BB 1997, 321; noch anders *Reiner* S. 51 (Feststellung durch Beschluss, dass Verfahren nicht anhängig ist).

teidigungsanzeige ohne Terminbestimmung (§§ 271 Abs. 1, 276 Abs. 1 Satz 1) bereits Ausübung der Gerichtsbarkeit.¹⁴² Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass sich die gerichtsbefreite Partei freiwillig der deutschen Gerichtsbarkeit unterwirft. Sie kann, obwohl die Gerichtsbarkeit eine Prozessvoraussetzung ist, auf die Gerichtsbefreiung verzichten,¹⁴³ da durch sie nicht ein öffentliches Interesse, sondern ein disponibles, individuelles Interesse geschützt wird. Ob der Gerichtsbefreite auf seine Immunität verzichtet, steht in seinem Ermessen, dessen Wahrscheinlichkeit sich nicht abschätzen lässt.¹⁴⁴ Dem Einwand, der Immunitätsträger würde gezwungen, seine Immunität vor dem Gericht des Staates, dessen Gerichtsbarkeit er nicht unterliegt, ausdrücklich geltend zu machen,¹⁴⁵ kann entgegengehalten werden, dass sich bereits mit der Weigerung des Immunitätsträgers, am Verfahren teilzunehmen, die fehlende Gerichtsbarkeit ergibt.¹⁴⁶

- 38 Steht nicht eindeutig fest, dass der Beklagte Immunität genießt, muss in jedem Fall über die Immunität verhandelt werden.¹⁴⁷ Ein Verweisungsbeschluss in einen anderen Rechtsweg gemäß § 17a GVG darf erst nach Feststellung der deutschen Gerichtsbarkeit ergehen.¹⁴⁸ Wenn sich in der mündlichen Verhandlung die Immunität herausstellt, ist die Klage als unzulässig abzuweisen.¹⁴⁹ Bejaht das Gericht dagegen ausdrücklich, aber irrig die Gerichtsbarkeit, ist das Urteil wirksam und anfechtbar.¹⁵⁰ Hat das Gericht die Immunität übersehen und ergeht ein Sachurteil, so ist dieses gegenüber dem Gerichtsbefreiten wirkungslos,¹⁵¹ unabhängig davon, ob es sich um ein ihn belastendes oder begünstigendes, abweisendes Sachurteil¹⁵² handelt.

- 39 **bb) Die Zulässigkeit des Rechtswegs (§ 13 GVG).** Der zulässige Rechtsweg ist eine Prozessvoraussetzung, die allein in der ersten Instanz geprüft wird. Gemäß § 13 GVG gehören vor die ordentlichen Gerichte alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten¹⁵³ unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Zuweisungen an andere Rechtszweige. Ist das angerufene Gericht erster Instanz der Ansicht, dass der beschrittene Rechtsweg unzulässig ist, weist es die Klage nicht ab, sondern verweist sie von Amts wegen an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs, § 17 a Abs. 2 Satz 1 GVG.

142 OLG München NJW 1975, 2144, 2145; OLG Hamburg MDR 1953, 109 (zum alten Recht: noch auf die Terminbestimmung abstellend); vgl. auch *Mann* NJW 1990, 618.

143 OLG Braunschweig JR 1954, 263, 264; LG Hamburg NJW 1986, 3034, 3035; *Geimer* IZPR Rdn. 486 (mit Hinweis auf den Justizgewährungsanspruch des Klägers); v. *Schönfeld* NJW 1986, 2980, 2983.

144 *Mann* NJW 1990, 618; a.A. OLG München NJW 1975, 2144, 2145 („große“ Wahrscheinlichkeit).

145 So LG Kiel NJW 1953, 1718, 1719.

146 *Hess* Staatenimmunität bei Distanzdelikten (1992) 390; *Geimer* IZPR Rdn. 487: Der Immunitätsanspruch des fremden Staates wird nicht tangiert.

147 OLG Braunschweig JR 1954, 263, 264 mit zust. Anm. *Wieczorek*; LG Hamburg NJW 1986, 3034, 3035; *Dahlhoff* BB 1997, 321.

148 VGH Kassel 17.2.2010 – 7 E 2900/09, NJW 2010, 2680.

149 LG Hamburg NJW 1986, 3034; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 19 Rdn. 14; *Jauernig/Hess* ZPR § 5 Rdn. 5 und § 38 Rdn. 19.

150 *Stein/Jonas/Grunsky*²¹ vor § 578 Rdn. 10; *MünchKomm/Braun* § 578 Rdn. 10; *Geimer* IZPR Rdn. 529; *Hausmann* FS *Geimer* (2002) 289, 290 Fn. 8; *Jauernig* Das fehlerhafte Zivilurteil, S. 162; *Leipold* ZPR 81 (1968) 69, 76; a.A. BGH 9.7.2009 – III ZR 46/08, BGHZ 182, 10, 16 = NJW 2009, 3164, 3165 m.w.N. (Nichtigkeit der Entscheidung); gegen eine Differenzierung *Schlosser* ZPR 79 (1966) 164, 179.

151 *Jauernig* Das fehlerhafte Zivilurteil, S. 159; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 62 Rdn. 23; a.A. *Schlosser* ZPR 79 (1966) 164, 181, 191 f: Urteil ist wirksam, iÜ nur Wiederaufnahmegrund, § 579; so auch *Hess* Staatenimmunität bei Distanzdelikten (1992) 389 Fn. 469, 470.

152 *Jauernig* Das fehlerhafte Zivilurteil, S. 160; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 19 Rdn. 15; a.A. *Stein/Jonas/Grunsky*²¹ vor § 578 Rdn. 10.

153 Dazu und zu den unterschiedlichen Bestimmungsmethoden der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit“ *Wieczorek/Schütze/Schreiber*³ (1995) § 13 GVG Rdn. 5 ff.

cc) Die internationale Zuständigkeit. Die internationale Zuständigkeit bestimmt, **40** ob Rechtsstreitigkeiten mit Auslandsberührung von deutschen oder von ausländischen Gerichten entschieden werden sollen.¹⁵⁴ Sie ist von der deutschen Gerichtsbarkeit, die keinen Einfluss auf die internationale Zuständigkeit hat, zu unterscheiden.¹⁵⁵ Die internationale Zuständigkeit setzt vielmehr die Gerichtsbarkeit voraus.¹⁵⁶ Ob die internationale Zuständigkeit für das jeweilige Gericht vorliegt, richtet sich vorrangig nach den einschlägigen internationalen Abkommen und den bilateralen Verträgen.¹⁵⁷ Hier sind insbesondere zu nennen die Verordnung für die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO)¹⁵⁸ und das Lugano-Parallelübereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ) vom 16.9.1988,¹⁵⁹ das im Verhältnis der EFTA-Staaten untereinander und zwischen EG- und EFTA-Staaten gilt (Art. 54b Abs. 1 und 2 LugÜ).¹⁶⁰ Unter den Voraussetzungen des Art. 62 Abs. 1b i.V.m. Art. 63 LugÜ können auch Drittstaaten dem Lugano-Parallelübereinkommen autonome; es kann somit im Übergangsstadium bis zur Aufnahme in die EU gelten.¹⁶¹ Das autonome deutsche Recht, insbesondere die ZPO, ist nur subsidiär anwendbar. Durch die positive Regelung der örtlichen Zuständigkeit deutscher Gerichte wird – doppelunktional („mittelbar“) – die internationale Zuständigkeit bestimmt.¹⁶² Dies gibt den Prozessparteien die Möglichkeit, die internationale Zuständigkeit gemäß § 38 Abs. 2 auch durch Vereinbarung zu begründen.¹⁶³ Trotzdem ist die internationale Zuständigkeit eine von der örtlichen Zuständigkeit unabhängige eigenständige Prozessvoraussetzung. Dies ergibt sich daraus, dass §§ 513 Abs. 2, 545 Abs. 2, 571 Abs. 2 Satz 2, 576 Abs. 2 zwar für die örtliche und sachliche, nicht aber für die internationale Zuständigkeit gelten.¹⁶⁴ Sie ist in jedem Verfahrensabschnitt, auch im Revisionsverfahren, von Amts wegen zu prüfen.¹⁶⁵ Der BGH¹⁶⁶ und die überwiegende Meinung¹⁶⁷ nehmen dies auch nach der ZPO-Reform trotz des weiter gefassten Wortlauts der entsprechenden Vorschriften an. Ein Sachurteil kann somit auch mit der Begründung, die internationale Zuständigkeit sei nicht gegeben, durch Rechtsmittel wirksam angefochten werden, §§ 513 Abs. 2, 545 Abs. 2.

154 BGHZ 44, 46, 47 = NJW 1965, 1665; *Geimer* Anerkennung, S. 70.

155 BGH GRUR 1958, 189, 196; RGZ 157, 389, 391 ff.; *Geimer* Anerkennung, S. 69 m.w.N.; *Hess* Staatenimmunität bei Distanzdelikten (1992) 150 m.w.N.; *Pagenstecher* ZAuslIntPr 1937, 342, 358 ff.; **a.A.** *Neuner* Internationale Zuständigkeit (1929) 45.

156 *Geimer* Anerkennung, S. 69.

157 BGHZ 134, 127, 133 = NJW 1997, 397, 398; *Grunsky* ZPR Rdn. 68; *Schilken* ZPR Rdn. 288 f.

158 Verordnung Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000, Amtsblatt Nr. L 12 vom 16.1.2001, S. 1, ber.

Amtsblatt Nr. L 307 vom 24.11.2001, S. 28, mit Ausnahme von Dänemark (§ 1 III EuGVVO) für das weiter das EuGVÜ gilt.

159 BGBl II 1994 S. 2660 (es übernimmt im Wesentlichen die Regelungen der EuGVÜ).

160 Zur angestrebten Wiederherstellung des Gleichlaufs zwischen der EuGVVO und den Regeln des Lugano-Übereinkommens R. *Wagner* NJW 2003, 2344, 2348; R. *Wagner* NJW 2004, 1835, 1837.

161 Z.B. der Beitritt Polens zum LugÜ am 1.2.2000 (BGBl II 2000 S. 1246). Ab dem EU-Beitritt am 1.5.2004 gilt (auch) die EuGVVO.

162 BGH NJW 1999, 1395, 1396 m.w.N.; BGHZ 94, 156, 157 = NJW 1985, 2090; BGHZ 69, 37, 44 = NJW 1977, 1637, 1638; *Ost* Doppelrelevante Tatsachen im internationalen Zivilverfahrensrecht (2001) 41.

163 BGHZ 59, 23, 26 = NJW 1972, 1622, 1623 mit Anm. *Geimer*; *Schilken* FS Musielak (2004) 435, 439.

164 St. Rspr. seit BGHZ 44, 46, 47 = NJW 1965, 1665; BGH NJW 2003, 426 m.w.N.; BGH NJW 1999, 1395, 1396; BGH 10.6.2010 – I ZR 106/08, NJW-RR 2010, 1546, 1547.

165 BGH NJW 1993, 3135.

166 BGH NJW 2004, 3039, 3040; BGHZ 157, 224, 227 = NJW 2004, 1456 f.; BGH NJW 2003, 2916; BGHZ 153, 82, 86 = NJW 2003, 426; **a.A.** OLG Stuttgart 2003, 124 = MDR 2003, 351, 352.

167 *Leible* NJW 2003, 407, 408 m.w.N.; *Geimer* IZPR Rdn. 1855; *Zöllner/Gummer/Hefßler* § 513 Rdn. 8; **a.A.** *Schellhammer* MDR 2001, 1141, 1146.

- 41 dd) Die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit.** Die entscheidenden Regelungen für die sachliche Zuständigkeit sind gemäß § 1 in den §§ 23ff., 71 GVG, für die örtliche Zuständigkeit in den §§ 12ff. enthalten. Gemäß § 39 wird die sachliche und örtliche Zuständigkeit sowie die internationale¹⁶⁸ Zuständigkeit dadurch begründet, dass der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt. Zum Schutz des rechtsunkundigen Beklagten tritt im Amtsgerichtsprozess gemäß § 504 die Rechtsfolge des § 39 ohne eine diesbezügliche vorherige Belehrung durch das Gericht nicht ein (§ 39 Satz 2). Die Zuständigkeit kann sich außerdem durch eine Gerichtsstandsvereinbarung gemäß § 38 ergeben.
- 42 Örtliche und sachliche Zuständigkeit** sind als Prozessvoraussetzungen vom Gericht von Amts wegen zu prüfen. Im Gegensatz zum Amtsgericht (vgl. § 504) muss das Landgericht allerdings mit Rücksicht auf § 39 abwarten, ob der Beklagte die Unzuständigkeit in der mündlichen Verhandlung rügt.
- 43 Die funktionelle Zuständigkeit** umfasst zwei voneinander zu trennende Zuständigkeiten, die innergerichtliche Organzuständigkeit und die Instanzenordnung.¹⁶⁹ Die innergerichtliche Zuständigkeit betrifft die Frage, welches Rechtspflegeorgan desselben Gerichts in der Sache zuständig ist; die Instanzenordnung¹⁷⁰ betrifft die Anrufung der richtigen Instanz. Diesen Doppeltatbestand als einheitliche Prozessvoraussetzung der funktionellen Zuständigkeit zu verstehen, ist problematisch, da das Fehlen der jeweiligen Unterart verschiedene Folgen auslöst:
- 44** Wird das falsche Rechtspflegeorgan angerufen, ist die Sache formlos an das richtige Rechtspflegeorgan abzugeben (zur Weiterleitungspflicht vgl. § 281 Rdn. 7). Es erfolgt keine Abweisung als unzulässig. Bei Verletzung der instanzialen Zuständigkeit ist die Klage unzulässig, eine Verweisung entsprechend § 281 kommt nicht in Betracht (vgl. § 281 Rdn. 10).¹⁷¹ Dennoch ist eine Trennung der funktionellen Zuständigkeit von der instanzialen Zuständigkeit und deren Eigenständigkeit als Prozessvoraussetzung nicht angezeigt.¹⁷²
- 45** Keine Prozessvoraussetzung ist die Anrufung des richtigen *Spruchkörpers*. Dieser wird durch den Geschäftsverteilungsplan bestimmt, der wiederum allein die Zuständigkeit unter mehreren *gleichgeordneten* Rechtspflegeorganen innerhalb eines Gerichts regelt (zur Abgabe an das nach der Geschäftsverteilung zuständige gleichrangige Organ vgl. § 281 Rdn. 11).
- Auch bei der Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen (§§ 93ff. GVG) handelt es sich um eine, allerdings gesetzlich geregelte Frage der internen Geschäftsverteilung (vgl. § 281 Rdn. 13),¹⁷³ nicht, wie es teilweise vertreten wird, um eine Frage der funktionellen¹⁷⁴ oder der sachlichen¹⁷⁵ Zuständigkeit.

168 Soweit nicht Art. 24 EuGVVO oder ein anderes internationales Abkommen oder ein bilateraler Vertrag vorrangig eingreift. BGHZ 120, 334, 337 = NJW 1993, 1073, 1074 (mit der Einschränkung, dass § 39 nur anzuwenden ist, wenn das ausländische Gericht nach seinem nationalen Recht ohne die rügelose Einlassung unzuständig gewesen wäre); BGHZ 101, 296, 301 = NJW 1987, 3181, 3182; BGH NJW 1979, 1784; BGH AP Nr. 10 zu § 28 ZPO Gründe zu I 1 = NJW 1979, 1104.

169 Vgl. MünchKomm/Wöstmann § 1 Rdn. 9ff.

170 Vgl. § 1 Rdn. 28, wo die Instanzenordnung als Sonderform der sachlichen Zuständigkeit im weiteren Sinn angesehen wird.

171 OLG Karlsruhe Justiz 1968, 46, 47; vgl. auch OLG Brandenburg NJW-RR 2001, 645; a.A. OLG Hamburg NJW-RR 2004, 62, 63.

172 Vgl. Zöller/Vollkommer § 1 Rdn. 6; a.A. OLG Hamburg NJW-RR 2004, 62, 63; MünchKomm/Wöstmann § 1 Rdn. 11.

173 MünchKomm/Zimmermann § 94 GVG Rdn. 1; Zöller/Lückemann Vorb. § 93 GVG Rdn. 6.

174 KG 13.3.2008 – 2 AR 10/08, NJW-RR 2008, 1023, 1024.

175 So wohl Musielak/Wittschier § 95 GVG Rdn. 1.

b) Prozessvoraussetzungen, die die Parteien betreffen

aa) Existenz der Partei.¹⁷⁶ Unabhängig davon, ob man die Existenz einer Partei als **46** eigenständige Prozessvoraussetzung ansieht¹⁷⁷ oder sie der Prozessvoraussetzung der Parteifähigkeit unterstellt,¹⁷⁸ sind die unterschiedlichen Rechtsfolgen, die an die fehlende Existenz und die Parteifähigkeit geknüpft werden, zu beachten. Erkennt der Richter die fehlende Existenz der Partei noch vor Zustellung der Klage, wird er diese verweigern (Existenz der Partei als echte Prozessvoraussetzung, vgl. Rdn. 128 und § 271 Rdn. 24). Dagegen muss er, wenn er die Parteifähigkeit verneint, dennoch die Klage zustellen (vgl. § 271 Rdn. 31).

Wenn Kläger oder Beklagter zum Zeitpunkt der Klageeinreichung nicht existieren, **47** ist die Klage unwirksam.¹⁷⁹ Kommt es dennoch zu einer Zustellung, ist die Klage als unzulässig abzuweisen.¹⁸⁰ Es kann dahinstehen, ob die Partei nie existierte oder bei Klageeinreichung nicht mehr vorhanden war, bei natürlichen, nicht anwaltlich vertretenen Personen infolge Todes¹⁸¹ oder bei juristischen Personen durch Erlöschen (vgl. auch § 253 Rdn. 48).¹⁸² Hier kann der Kläger, wenn der *Beklagte* nicht existent ist, einen gewillkürten Parteiwechsel¹⁸³ gegen den Rechtsnachfolger vornehmen.¹⁸⁴ Eine Parteiberichtigung ist ausgeschlossen, wenn der Kläger nichts vom Erlöschen des Beklagten wissen konnte, er also nicht den möglichen Rechtsnachfolger meinen konnte, und die Rechtsnachfolge auch für das Gericht nicht erkennbar war.¹⁸⁵ Eine Rubrums- oder Parteiberichtigung käme nur ausnahmsweise in Betracht, wenn eine irrtümliche, aber für alle Beteiligten¹⁸⁶

176 Vgl. Wiczorek/Schütze/Hausmann³ (1994) Vor § 50 Rdn. 24 ff.; vgl. zur nicht existenten Partei im Passivprozess *Stieper* ZFP 121 (2008) 351 ff.

177 Vgl. Stein/Jonas/Brehm vor § 1 Rdn. 245; Thomas/Putzo/Hübstege § 50 Rdn. 13; *Hellwig* System Bd. 1, § 67 IV (S. 148); *Jauernig/Hess* ZPR § 33 Rdn. 10; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 93 Rdn. 10; *Zeiss/Schreiber* ZPR Rdn. 257; **a.A.** *Schemmann* Parteifähigkeit im Zivilprozeß (2002) 12 (Unterscheidung sinnvoll, obgleich auf der Rechtsfolgenseite ohne Konsequenzen, so dass Gleichbehandlung von parteiunfähiger und nicht existenter Partei).

178 BGH 31.5.2010 – II ZB 9/09, NJW 2010, 3100; BGHZ 159, 94, 98 = NJW 2004, 2523, 2524; BGH NJW 1982, 238; BGHZ 74, 212 f. = NJW 1979, 1592; OLG Düsseldorf NZG 2004, 916, 918; OLG Köln ZIP 2004, 238; *Zöller/Vollkommer* vor § 50 Rdn. 11; *Reiner* S. 57; *Kisch* JW 1921, 41.

179 BGH NJW 2002, 3110, 3111.

180 BGH NJW-RR 1995, 1237 (Nichtexistenz des Klägers); BGHZ 24, 91, 94 = NJW 1957, 989 (Vollbeendigung der beklagten Gesellschaft); OLGR Saarbrücken 2002, 259 (Einstweilige Verfügung gegen nicht existente Verfügungsbeklagte); OLG Koblenz 15.5.2001 – 14 W 332/01 (Einstweilige Verfügung gegen nicht existente Verfügungsbeklagte); OLG Brandenburg NJW 2002, 1217 (Einstweilige Verfügung gegen nicht existente Verfügungsbeklagte); OLG Koblenz 7.3.2001 – 14 W 138/01 (Klage gegen eine nicht existente OHG); *Stieper* ZFP 121 (2008) 351, 367; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 41 Rdn. 21; *Weimann/Terheggen* NJW 2003, 1298, 1299; *Wach* RheinZ 3, 373, 403; **a.A.** *Kisch* JW 1921, 41 (Klage wird nicht anhängig); ebenso *Reiner* S. 60 (Beschluss, dass Urteilsverfahren nicht stattfinden kann).

181 Klage gegen den Verstorbenen kann nicht als Klage gegen den Erben umgedeutet werden, BGH WM 2000, 260 m.w.N. = VIZ 2000, 168; **a.A.** Stein/Jonas/*Roth* § 253 Rdn. 20; etwas anderes gilt für die anwaltliche Klage des nach Klageerhebung verstorbenen Klägers, vgl. OLG Dresden JW 1921, 41 (Nr. 4); auch dies ablehnend *Kisch* JW 1921, 41.

182 BGHZ 24, 91, 94 = NJW 1957, 989.

183 Zu dem Streit: Klageänderungstheorie, Klagerücknahmetheorie, Prozessinstitut eigener Art siehe § 263 Rdn. 120 ff.

184 OLG Hamm NJW-RR 1986, 739 f., obwohl ein Parteiwechsel begrifflich nicht möglich ist; vgl. *Weimann/Terheggen* NJW 2003, 1298, 1299.

185 BGH NJW 2002, 3110, 3111 (Rechtsnachfolge des Beklagten durch Verschmelzung gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) verneint die Erkennbarkeit; *Weimann/Terheggen* NJW 2003, 1298, 1299; anders BGH NJW-RR 2004, 501 (beklagte GmbH statt Firma) bejaht die Erkennbarkeit; zur schwierigen Abgrenzung im Einzelfall *Baumgärtel* JurBüro 1973, 170, 173 ff.

186 BGH NJW 1987, 1946, 1947: aus Sicht des Gerichts und der Gegenpartei.

erkennbare Falschbezeichnung der richtigen Partei vorliegt.¹⁸⁷ Dies ist z.B. der Fall, wenn der *Kläger* vor Rechtshängigkeit eine formwechselnde Umwandlung vollzieht, der Rechtsträger dabei weiter identisch bleibt, aber noch unter seiner früheren Rechtsform klagt. Insoweit existiert die Partei, sie wurde nur falsch bezeichnet.¹⁸⁸ Ein die Nichtexistenz verkennendes Urteil ist wirkungslos¹⁸⁹ (Existenz der Partei als Prozesswirksamkeitsvoraussetzung, vgl. Rdn. 128).

- 48 Verliert die **natürliche** Person *nach* Rechtshängigkeit der Klage ihre Existenz, gilt § 239 Abs. 1. Entfällt bei **juristischen** Personen (oder Personengesellschaften) durch *Vollbeendigung*¹⁹⁰ die Existenz, so wird die gegen¹⁹¹ sie gerichtete Klage unzulässig.¹⁹² Verkennt das Urteil die nach Rechtshängigkeit entfallene Existenz, ist es wirkungslos.¹⁹³ Die beklagte Partei kann dieses Urteil aber dennoch im Rechtsmittelverfahren mit der Behauptung ihrer Nichtexistenz angreifen, um eine Abweisung als unzulässig zu erreichen.¹⁹⁴
- 49 In Fällen der **Geschäftsübernahme im Wege der Universalsukzession** während des Prozesses kann von einer „Gesamtrechtsnachfolge“ gesprochen werden – insoweit gilt § 239 Abs. 1 analog.¹⁹⁵ Die wegen der Vollbeendigung der Personengesellschaft unzulässig gewordene Klage kann durch gewillkürten Parteiwechsel gegen die Gesellschafter umgestellt werden.¹⁹⁶

187 Vgl. *Wax* Anm. zu BGH LM Nr. 44 zu § 50 ZPO = NJW 1994, 3232.

188 OLG Köln ZIP 2004, 238 (Umwandlung der klagenden GmbH in KG); *Stieper* ZFP 121 (2008) 351, 361.

189 OLG Hamm NJW-RR 1986, 739 f. (obiter); Stein/Jonas/Bork § 50 Rdn. 59; MünchKomm/Lindacher vor § 50 Rdn. 26; *Hellwig* System Bd. 1, § 67 IV 2 (S. 148); *Jauernig* Das fehlerhafte Zivilurteil, S. 174; *Huber* ZFP 82 (1969) 224, 252, der allerdings noch auf einen Schutz durch § 15 Abs. 1 HGB hinweist, wenn die Beendigung der Gesellschaft vor der letzten mündlichen Verhandlung nicht eingetragen und dem Kläger nicht bekannt war; *Wach* RheinZ 3, 373, 404; **a.A.** *Schemmann* S. 8 f.

190 Vermögenslosigkeit und Löschung im Handelsregister bei juristischen Personen, vgl. dazu BGHZ 159, 94, 98 = NJW 2004, 2523, 2524; BGH NJW-RR 1991, 660; BAG NZA 2003, 1049, 1050; OLG Düsseldorf NZG 2004, 916, 918; *Saenger* GmbH 1994, 300, 304; Vermögenslosigkeit bei Gesamthandsgesellschaften, vgl. RG JW 1926, 1432, 1433 f. Es darf auch kein sonstiger, nicht vermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf mehr bestehen, OLG Rostock NZG 2002, 94 (z.B. bei Auskunftsansprüchen); BAG NJW 1982, 1831 (Zeugnisansprüche); offengelassen von OLG Düsseldorf NZG 2004, 916, 918.

191 BGH NJW 1982, 238; BGHZ 74, 212 ff. = NJW 1979, 1592 für Passivprozesse; gegen die Vollbeendigung auch bei Passivprozessen *Zöller/Vollkommer* § 50 Rdn. 5 (es fehlt im schwebenden Prozess an einer Vollbeendigung der Abwicklung); *Bork* JZ 1991, 841, 850 (der vermeintliche prozessuale Kostenerstattungsanspruch steht der GmbH als Vermögenswert zu); so auch OLG Koblenz NZG 1998, 637, 638; vgl. dazu *K. Schmidt* GesR⁴ (2002) § 11 V 6 a) und § 11 V 6 c) (grundsätzlich *keine* Vollbeendigung während des laufenden Rechtsstreits). Bei Aktivprozessen ist dagegen die Parteifähigkeit die Regel, da gerade um den vermögensrechtlichen Anspruch gestritten wird: BGH NJW 2003, 2231, 2232; BGH NJW-RR 1986, 394; BGHZ 48, 303, 307 = NJW 1968, 297; BGH ZFP 71 (1958) 98, 99 = LM Nr. 1 zu § 74 GmbHG; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1375, 1376; vgl. *Bork* JZ 1991, 841, 848 (vgl. zu doppelrelevanten Tatsachen Rdn. 136); vgl. aber auch BAG NJW 2003, 80, 81 (hier fehlt es bereits an der schlüssigen Darlegung der Tatsachen, dass ein eigener Anspruch besteht).

192 BGH NJW 1982, 238; BGHZ 74, 212, 215 = NJW 1979, 1592, 1593 (Verein); im Grundsatz auch für Personengesellschaften vgl. BGHZ 62, 131 = NJW 1974, 750; OLG Rostock NZG 2002, 94, 95 (GmbH); Stein/Jonas/Bork § 50 Rdn. 47.

193 *Jauernig* Das fehlerhafte Zivilurteil, S. 174; kritisch *Stieper* ZFP 121 (2008) 351, 369 (der unter anderem auf die Möglichkeit von Grundbeintragungen aufgrund des ergangen Urteils hinweist).

194 *Stieper* ZFP 121 (2008) 351, 369.

195 BGH NZG 2004, 186, 187; RGZ 123, 289, 293 f.; RGZ 56, 331, 332 (Universalsukzession bei juristischen Personen); BFH NJW 1988, 2760 (LS); **a.A.** MünchKomm/*Gehrlein* § 239 Rdn. 15 f.; *Huber* ZFP 82 (1969) 224, 253 ff. (gewillkürter Parteiwechsel); dagegen findet bei der identitätswahrenden Umwandlung (hier GmbH in KG) keine Sukzession statt, OLG Köln ZIP 2004, 238 (deshalb lediglich Rubrumsberichtigung, keine Anwendung des § 239).

196 Vgl. BGHZ 62, 131, 132 = NJW 1974, 750 (auch gegen die Anwendung von § 265 analog); anders noch RGZ 124, 146, 151 (lediglich Partei- bzw. Rubrumsberichtigung, da die Gesellschafter persönlich, wenn

Wie bei der Parteifähigkeit ist die nicht existierende Partei ausnahmsweise in solchen Fällen als existent zu betrachten, wenn um die Frage der Existenz gestritten wird.¹⁹⁷ Macht sie ihre Nichtexistenz geltend oder legt sie Rechtsmittel ein, ist sie Partei im Sinne der ZPO.

bb) Parteifähigkeit. Parteifähigkeit¹⁹⁸ bedeutet die Fähigkeit, (Aktiv- oder Passiv-) Subjekt in einem Prozess sein zu können.¹⁹⁹ Sie ist in § 50 geregelt. Danach ist parteifähig, wer rechtsfähig ist. Die Parteifähigkeit ist Prozessvoraussetzung und Prozesshandlungsvoraussetzung (Rdn. 138). Als Prozessvoraussetzung muss sie noch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, auch noch in der Revisionsinstanz, vorliegen. Andernfalls wird die Klage als unzulässig abgewiesen.²⁰⁰ Der Mangel der Parteifähigkeit kann nach ihrer Herstellung noch in der Revisionsinstanz durch nachträgliche Genehmigung der bisherigen Prozessführung geheilt werden.²⁰¹ Im Streit über die Parteifähigkeit einer Partei ist diese als parteifähig zu behandeln.²⁰²

cc) Prozessfähigkeit. Prozessfähigkeit bedeutet die Fähigkeit, einen Rechtsstreit selbst zu führen oder durch einen selbst bestellten Vertreter führen zu lassen.²⁰³ Sie ist geregelt in den §§ 51 ff. Sie ist Prozessvoraussetzung und Prozesshandlungsvoraussetzung. Prozessfähig ist, wer sich selbst durch Verträge verpflichten kann (§ 52).²⁰⁴ Sie entspricht grundsätzlich der Geschäftsfähigkeit. Wird über die Prozessfähigkeit gestritten, so ist der Prozessunfähige als prozessfähig zu behandeln – insoweit kann die prozessfähige Partei auch Rechtsmittel einlegen, wenn das Gericht die Klage wegen mangelnder Prozessfähigkeit durch Prozessurteil abweist oder in Verkennung der Prozessfähigkeit ein Sachurteil erlässt.²⁰⁵

dd) Ordnungsgemäße gesetzliche Vertretung. Die ordnungsgemäße gesetzliche Vertretung des Prozessunfähigen ist Prozessvoraussetzung und Prozesshandlungsvoraussetzung. Die gesetzliche Vertretung bestimmt sich nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts (§ 51 Abs. 1). Als Voraussetzung der ordnungsgemäßen gesetzlichen Vertretung ist die gesetzliche Vertretungsmacht²⁰⁶ in jeder Lage des Rechtsstreits und auch noch in der Revisionsinstanz²⁰⁷ von Amts wegen (§ 56 Abs. 1) zu prüfen. Fehlt diese Voraussetzung, ist die Klage unzulässig. Allerdings kann dieser Mangel durch Bestellung

auch in ihrer Eigenschaft als Träger des Gesamthandsvermögens, Partei im Gesellschaftsprozess seien); dazu *Huber ZFP* 82 (1969) 224, 231 ff.

197 BGH 27.9.2007 – VII ZB 23/07, NJW 2008, 527, 528; BGHZ 24, 91, 94 = NJW 1957, 989; OLG München NJW-RR 1999, 1264; Stein/Jonas/Bork § 50 Rdn. 42.

198 Näher Wieczorek/Schütze/Hausmann³ (1994) § 50 Rdn. 1 ff.

199 *Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR* § 43 Rdn. 1.

200 BGH NJW 1982, 238; BGHZ 74, 212, 215 = NJW 1979, 1592, 1593.

201 BGHZ 51, 27, 29 = NJW 1969, 188, 189; **a.A.** *Hellwig System Bd. 1*, § 68 IV (S. 151): Heilung ipso iure.

202 BGH 27.9.2007 – VII ZB 23/07, NJW 2008, 527, 528; BGHZ 24, 91, 94 = NJW 1957, 989; vgl. auch BGH 31.5.2010 – II ZB 9/09, NJW 2010, 3100 m.w.N.

203 Auch als „prozessuale Handlungsfähigkeit“ bezeichnet, vgl. *Kahlke ZFP* 100 (1987) 11 m.w.N.

204 Zur Prozessfähigkeit von juristischen Personen vgl. *Zöller/Vollkommer* § 52 Rdn. 2.

205 BGH 9.11.2010 – VI ZR 249/09, NJW-RR 2011, 284; BGH 8.12.2009 – VI ZR 284/08, FamRZ 2010, 548, 549; BGHZ 110, 295, 296 = NJW 1990, 1734, 1735 = ZFP 103 (1990) 464, 465 (*Bork*); BGHZ 86, 184, 186 = NJW 1983, 996; *Kahlke ZFP* 100 (1987) 11, 16.

206 BGHZ 5, 240, 242 ff. = NJW 1952, 818; *Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR* § 54 Rdn. 12.

207 RGZ 148, 225, 227; BGHZ 86, 184, 188 = NJW 1983, 996, 997.

eines gesetzlichen Vertreters bzw. Genehmigung des richtigen gesetzlichen Vertreters geheilt werden.²⁰⁸

- 54 Fehlt die **Partei- oder Prozessfähigkeit des Stellvertreters** schon bei Klageerhebung, mangelt es regelmäßig an der Prozessvoraussetzung der Vertretungsmacht; im Übrigen wäre die Klageerhebung wegen Fehlens einer Prozesshandlungsvoraussetzung unwirksam und die Klage, wenn keine Heilung eintritt, deshalb unzulässig. Fällt die Partei- oder Prozessfähigkeit des Stellvertreters nach Klageerhebung weg, sind die nun vorgenommenen Prozesshandlungen unwirksam;²⁰⁹ die Klage wird nunmehr wegen der fehlenden Prozessfähigkeit des Vertreters unzulässig.²¹⁰

- 55 **ee) Prozessführungsbefugnis.** Die Prozessführungsbefugnis ist eine auf die Parteien bezogene²¹¹ Prozessvoraussetzung.²¹² Als Prozessführungsbefugnis wird das Recht bezeichnet, über das geltend gemachte Recht im eigenen Namen als Kläger oder Beklagter einen Rechtsstreit zu führen.²¹³ Damit verbunden ist die Prozessstandschaft,²¹⁴ also die Befugnis, ein fremdes Recht im eigenen Namen im Prozess geltend zu machen. Dies ist nur gerechtfertigt kraft gesetzlicher Ermächtigung (gesetzliche Prozessstandschaft) oder auf Grund der Ermächtigung des Rechtsinhabers (gewillkürte Prozessstandschaft). Die gewillkürte Prozessstandschaft findet im Gesetz keine Erwähnung, ihre grundsätzliche Anerkennung wird jedoch – im Gegensatz zu ihren Voraussetzungen²¹⁵ – nicht bestritten.²¹⁶ Streng zu trennen von der Prozessführungsbefugnis sind die Aktiv- und Passivlegitimation.²¹⁷ Diese bezeichnen den Umstand, dass der geltend gemachte Anspruch nach materiellem Recht gerade von dem Kläger bzw. gerade gegen den Beklagten geltend gemacht werden kann und finden ihre Beachtung allein in der Begründetheit (vgl. Rdn. 34). Die Prozessführungsbefugnis betrifft die (prozessuale) „Verfügungsbefugnis“²¹⁸ über das vermeintliche Recht. Fehlt die Prozessführungsbefugnis, ist die Klage als unzulässig abzuweisen.²¹⁹

- 56 **Keine Prozessvoraussetzungen** sind die Postulationsfähigkeit und die Vollmacht des gewillkürten Stellvertreters. Dabei handelt es sich lediglich um Prozesshandlungsvoraussetzungen.²²⁰

c) Prozessvoraussetzungen, die den Streitgegenstand betreffen

- 57 **aa) Ordnungsgemäße Klageerhebung.** Die **ordnungsgemäße Erhebung der Klage** ist eine Prozessvoraussetzung.²²¹ Unter der Erhebung der Klage ist in diesem Zusam-

208 BGH NJW 1999, 3263 (auch konkludent möglich); BGH NJW 1998, 384, 385; BGH NJW 1991, 2961.

209 OLG Zweibrücken ZIP 1983, 941; Zöller/Vollkommer § 51 Rdn. 10; a.A. Stein/Jonas/Bork § 51 Rdn. 25.

210 MünchKomm/Lindacher §§ 51, 52 Rdn. 22.

211 A.A. Gerhardt ZPR⁶ (2000) 20 Fn. 53 (auf den Streitgegenstand bezogen).

212 BGH 25.1.2011 – II ZR 122/09, NJW 2011, 1667, 1168; BGH GRUR 2002, 238, 239; BGH NJW 2000, 738; BGHZ 125, 196, 200 = NJW 1994, 2549, 2550; BGH NJW 1983, 684, 685; BGHZ 36, 187, 191f. = NJW 1962, 633, 636; BGHZ 31, 279, 280 = NJW 1960, 523; kritisch Grunsky Grundlagen S. 266 f.

213 Vgl. Lüke ZZP 76 (1963) 1, 6; kritisch zur Ausdehnung auf den klagenden Rechtsinhaber Diederichsen ZZP 76 (1963) 400, 416; dagegen zu Recht Henckel Prozeßrecht und materielles Recht (1970) 229 Fn. 163.

214 Vgl. Grunsky FG 50 Jahre BGH (2000) 109 ff.

215 MünchKomm/Lindacher Vorbem. § 50 ff. Rdn. 55 ff.

216 BGH 24.10.1985 – VII ZR 337/84, BGHZ 96, 151, 152f. m.w.N. = NJW 1986, 850.

217 Vgl. BGH NJW 1986, 3206, 3207.

218 Vgl. Thomas/Putzo/Hüßtege § 51 Rdn. 21.

219 BGH NJW 2000, 738 (gewillkürte Prozessstandschaft); BGHZ 31, 279, 280 f. = NJW 1960, 523.

220 BVerfGE 37, 67, 75 ff. = NJW 1974, 1279; BGHZ 30, 112, 118 = NJW 1959, 1587, 1588.

221 BGH NJW 2000, 3351, 3352; BGH NJW 1992, 2099; BGH NJW 1984, 1807, 1809.

menhang nicht die Einreichung der Klageschrift und deren Zustellung zu verstehen, sondern lediglich die inhaltliche Ordnungsmäßigkeit der Klageschrift. Um ordnungsgemäß zu sein, muss die Klageschrift deshalb den Erfordernissen des § 253 Abs. 2 entsprechen (zu den einzelnen Erfordernissen § 253 Rdn. 31ff.). Ist die Klageschrift nicht ordnungsgemäß, hat das Gericht die Klage als unzulässig abzuweisen,²²² wenn der Mangel nicht geheilt wird (vgl. § 253 Rdn. 188ff.).

Von der inhaltlichen Ordnungsmäßigkeit der Klageschrift ist der **Klageerhebungsakt als solcher** – die Einreichung der Klageschrift – zu unterscheiden.²²³ Dieser ist *Prozesshandlung*²²⁴ und *Prozessbegründungsvoraussetzung*. Gravierende Mängel der Klageschrift können bereits zur Unwirksamkeit des Prozessbegründungsaktes führen (vgl. § 253 Rdn. 174ff.) mit der Folge, dass das Gericht die Zustellung der Klageschrift verweigern kann (vgl. § 271 Rdn. 15ff.). Wird die Klageschrift dennoch zugestellt, entsteht trotz des unwirksamen Klageerhebungsaktes ein Prozessrechtsverhältnis. Die Klage wird lediglich formell, nicht jedoch materiell rechtshängig, so dass etwaige Ausschlussfristen nicht gewahrt und Verjährungsfristen nicht gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt sind.²²⁵ Wird der Wirksamkeitsmangel nicht geheilt, ist die Klage als unzulässig abzuweisen.²²⁶

Auch die **Zustellung** ist eine Voraussetzung für die wirksame Klageerhebung, da die Klage erst mit Zustellung rechtshängig wird (§ 261). Die Zustellung ist keine Prozesshandlung, sondern Staatshoheitsakt,²²⁷ so dass fehlende Prozesshandlungsvoraussetzungen die Wirksamkeit der Zustellung nicht berühren.²²⁸ Zu den Folgen fehlender oder fehlerhafter Zustellung vgl. § 253 Rdn. 182ff.

bb) Klagbarkeit des geltend gemachten Rechts. Die **prozessuale Klagbarkeit** ist als eigenständige allgemeine Prozessvoraussetzung anzusehen.²²⁹ Sie fehlt einem Anspruch, wenn dessen gerichtliche Geltendmachung unmöglich ist, er aber außergerichtlich durchgesetzt werden kann (z.B. Aufrechnung, § 387 BGB; Zurückbehaltungsrecht, § 273 BGB).²³⁰ Wird die Prozessvoraussetzung der Klagbarkeit verneint, so muss wegen der Besonderheit des Falles nicht auf das Rechtsschutzbedürfnis zurückgegriffen werden²³¹ – die Klagbarkeit ist eine gegenüber dem allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis selbständige Prozessvoraussetzung. Es besteht i.d.R. materiellrechtlich eine „vollwertige“

²²² BGH NJW 2001, 445, 447; BGH NJW 1984, 1807, 1809 zur Bestimmtheit gem § 253 Abs. 2 Nr. 2; OLG Düsseldorf NJW-RR 1990, 1040; Wieser ZJP 84 (1971) 304, 307 f.

²²³ Süß FG Heilborn (1931) 125, 126; anders noch *Bülow* ZJP 27 (1900) 201, 240: Klageerhebung als die das Prozessrechtsverhältnis hervorbringende Prozessvoraussetzung.

²²⁴ Anders *Reiner* S. 29 (er spricht von „Klagehandlung“, um zu vermeiden, dass alle fehlenden Prozesshandlungsvoraussetzungen zur Unwirksamkeit der Klage führen).

²²⁵ BGHZ 100, 203, 208 = NJW 1987, 1766, 1767 zur fehlenden Unterschrift des Anwalts; OLG Köln NJW 1994, 3360, 3361 zur bedingten Klage.

²²⁶ BGHZ 111, 339, 342 = NJW 1990, 3085, 3086; BGH NJW-RR 1987, 322, 323; BGHZ 90, 249, 253 = NJW 1984, 1559, 1560.

²²⁷ *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 72 Rdn. 3.

²²⁸ *Breitkopf* Die Klageerhebung und -rücknahme bei vollmachtloser Prozessvertretung und ihre kostenrechtliche Beurteilung (2004) 39.

²²⁹ BGH NJW 1980, 520 (zu Art. VIII Abschn. 2 (b) Satz 1 des Bretton Woods Abkommens); BGH NJW 1970, 1507; OLG Celle NJW 1971, 288, 289; Zöllner/Greger Rdn. 19; Musielak/Foerste Rdn. 6;

Thomas/Putzo/Reichold Rdn. 33 (als besondere Prozessvoraussetzung); *Jauernig/Hess* ZPR § 33 Rdn. 12; **a.A.** Stein/Jonas/Roth Rdn. 121, 126 (Klagbarkeit Frage der Begründetheit); *Enneccerus/Nipperdey* AT¹⁵ (1959) § 222 II 5 (Klagbarkeit ist eine Frage des materiellen Rechts); *Wagner* S. 413: Verneinung der Prozessführungsbefugnis.

²³⁰ Stein/Jonas/Roth Rdn. 126; *Reichel* Jherings Jahrbücher Bd. 59 (1911) 409, 416; *Stech* ZJP 77 (1964) 161, 164.

²³¹ *Pohle* FS Lent (1957) 213, 235.

Verbindlichkeit, nur die *gerichtliche* Geltendmachung ist unmöglich. Deshalb ist die Klage als **unzulässig** bzw. als zur Zeit²³² unzulässig abzuweisen.²³³

- 61 Davon zu unterscheiden sind die **unvollkommenen Verbindlichkeiten (Naturalobligationen)**,²³⁴ wie z.B. §§ 656, 762 BGB. Diesen fehlt nicht die Klagbarkeit, sondern die Durchsetzbarkeit. Unabhängig davon, wie man diese materiellrechtlich einordnet,²³⁵ ist deren Mangel im materiellen Recht begründet. Sie können deshalb zwar eingeklagt, die Klage muss jedoch als **unbegründet** abgewiesen werden.²³⁶

– **Unzulässigkeit wegen fehlender Klagbarkeit**

- 62 I.d.R. sind alle Ansprüche klagbar. Ein Ausschluss des Klagerechts findet sich ganz selten im Gesetz,²³⁷ so z.B. beim Anspruch auf Eingehung der Ehe aus dem Verlöbnis gemäß **§ 1297 Abs. 1 BGB**, bei dem sich die Unklagbarkeit unabhängig von der materiellrechtlichen Einordnung des Verlöbnisses eindeutig aus dem Gesetzeswortlaut ergibt.²³⁸

- 63 Durch Art. VIII Abschn. 2(b) Satz 1 IWF-Ü²³⁹ wird ebenfalls die Klagbarkeit ausgeschlossen, so dass die Norm von Amts wegen als Prozessvoraussetzung durch die Gerichte zu prüfen ist.²⁴⁰ Art. VIII Abschn. 2(b) Satz 1 IWF-Ü als einen Fall der unvollkommenen Verbindlichkeiten²⁴¹ mit der Begründung zu qualifizieren, dass er mit dem Wortlaut [„...unenforceable ...“] der Forderung die materiellrechtliche Verbindlichkeit nehmen will, erscheint im Hinblick auf die folgerichtige Abweisung der Klage als unbegründet und den Zweck der Vorschrift wenig überzeugend.²⁴²

232 BGH NJW-RR 2006, 632, 635; *Jauernig/Hess ZPR* § 33 Rdn. 12; *Kappel* S. 102ff.; *Walchshöfer FS Schwab* (1990) 521, 523: vorläufiger Ausschluss der Klagbarkeit.

233 BGH NJW 1999, 647, 648; BGH NJW 1984, 669, 670; BGH NJW 1980, 520 (Art. VII Abschn. 2 (b) des Abkommens über den IWF); *Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR* § 89 Rdn. 21; vgl. *Lüke ZJP* 76 (1963) 1, 21 ff., der die Klage als unstatthaft und damit als unzulässig ansieht.

234 Dazu erstmals *Reichel Jherings Jahrbücher* Bd. 59 (1911) 409, 415; die Begriffe Naturalobligation und unvollständige Forderung (unvollkommene Verbindlichkeit) werden oft gleichbedeutend verwendet, *Medicus/Lorenz Schuldrecht I AT*¹⁹ (2010) Rdn. 24.

235 Für § 656: BGHZ 87, 309, 314 f. = NJW 1983, 2817; MünchKommBGB⁵/*Roth* (2009) § 656 BGB Rdn. 1; *Staudinger/Reuter BGB* (2010) § 656 Rdn. 12 (bis auf Klagbarkeit -Durchsetzbarkeit- der bestehenden Forderung vollwirksames Schuldverhältnis);

für § 762: einerseits *Staudinger/Engel BGB* (2008) Vorbem. zu §§ 762ff. Rdn. 3 (bis auf Durchsetzbarkeit der Forderung vollwirksames Schuldverhältnis); andererseits MünchKommBGB⁵/*Habersack* (2009) § 762 Rdn. 3; *Jauernig/Stadler BGB*¹⁶ (2011) § 762 Rdn. 6; *Menningen* Die sog. unvollkommenen Verbindlichkeiten im geltenden deutschen Schuldrecht (1935) 28 (kein Schuldverständnis, sondern bloß Erwerbsgrund); kritisch zur unterschiedlichen Betrachtung von § 656 und § 762 *Fuchs FS Medicus* (1999) 123, 138.

236 BGH NJW-RR 2004, 778, 780 m.w.N.; MünchKommBGB⁵/*Roth* (2009) § 656 Rdn. 1; vgl. *Palandt/Sprau BGB*⁷¹ (2012) § 656 Rdn. 2; *Stech ZJP* 77 (1964) 161, 162; a.A. Unzulässigkeit der Klage: LG Bremen NJW 1971, 101, 102; *Staudinger/Reuter BGB* (2010) § 656 Rdn. 12; *Peters NJW* 1986, 2676 Fn. 4 m.w.N.

237 So schon *Reichel Jherings Jahrbücher* Bd. 59 (1911) 409, 433 „dünn gesäet“.

238 RG JW 1917, 848 („Unklagbarkeit ... des Eheversprechens“); *Baumbach/Lauterbach/Hartmann Grundz* § 253 Rdn. 31; MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 10; *Thomas/Putzo/Reichold* Rdn. 33.

239 Bretton-Woods Abkommen vom 1./22.7.1944 über den internationalen Währungsfonds idF vom 30.4.1976 BGBl II 1978 S. 13, 34 f.; dieser lautet: „Exchange contracts which involve the currency of any member and which are contrary to the exchange control regulations of that member maintain or imposed consistently with this Agreement shall be *unenforceable* in the territories of any member“; amtliche Übersetzung: „Aus Devisenkontrakten, welche die Währung eines Mitglieds berühren und den von diesem Mitglied in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen aufrechterhaltenen oder eingeführten Devisenkontrollbestimmungen zuwiderlaufen, kann in den Hoheitsgebieten der Mitglieder *nicht geklagt* werden“.

240 BGHZ 116, 77, 84 = NJW 1993, 1070, 1072; BGH NJW 1994, 390; BGHZ 55, 334, 337 = NJW 1971, 983.

241 So *Ebke Internationales Devisenrecht* (1991) 293 ff.

242 Vgl. *Gehrlein DB* 1995, 129, 134.

Ferner kann die Klagbarkeit (zeitweise) durch eine sonstige **Prozessvereinbarung** 64 ausgeschlossen werden (vgl. Rdn. 147 ff.).

Die Klagbarkeit kann auch durch ein der Klage notwendig vorhergehendes **Vorverfahren vorläufig ausgeschlossen** sein, wenn dies durch eine Parteivereinbarung²⁴³ (siehe Rdn. 147 ff.) oder eine für die Mitglieder verbindliche Satzung²⁴⁴ eines Verbandes oder Vereins bestimmt worden ist.

– **Unzulässigkeit wegen des Fehlens einer sonstigen Prozessvoraussetzung**

Bei der Versäumung prozessualer gesetzlicher **Klageausschlussfristen**²⁴⁵ (z.B. Art. 12 Abs. 3 NTS-AG²⁴⁶ – siehe Rdn. 116 zur Folge der Versäumung, Rdn. 119 zu Beispielen) ist die Klagbarkeit zu verneinen.²⁴⁷ Da der prozessualen Klagefrist auf Grund ihres Umfangs eine eigenständige Bedeutung zukommt, kann sie als besondere Prozessvoraussetzung verstanden werden (Rdn. 118).

Bis zum Fristablauf gemäß **§ 558 b Abs. 2 Satz 1 BGB** fehlt der Klage auf Zustimmung zur Mieterhöhung die prozessuale Klagbarkeit,²⁴⁸ so dass eine vor Ablauf der Überlegungsfrist erhobene Zustimmungsklage als zurzeit (vgl. Rdn. 106 Fn. 437) unzulässig abzuweisen ist.²⁴⁹ Dennoch ist der Fristablauf nicht dem subsidiären Institut der Klagbarkeit zuzuordnen, sondern als eine besondere Prozessvoraussetzung einzustufen (vgl. Rdn. 106).²⁵⁰ Die Überlegungsfrist beginnt mit dem wirksam zugegangenen Mieterhöhungsverlangen zu laufen, so dass auch das Mieterhöhungsverlangen – mittelbar – eine von Amts wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung ist.²⁵¹ Andererseits ist die Erhebung der Klage vor Ablauf der Frist zulässig, wenn der Mieter die Zustimmung endgültig verweigert hat.²⁵² Die Zustimmungsklage wird zulässig, wenn die Überlegungsfrist zumindest im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abgelaufen ist.²⁵³

Auch dem Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Vornahme der Bestimmung gemäß **§ 375 Abs. 1 HGB** fehlt **nicht** die Klagbarkeit.²⁵⁴ Wegen des Selbstbestimmungsrechts des Verkäufers ist dieser bei der Durchsetzung seines Anspruchs nicht auf die staatliche Hilfe angewiesen. Ihm ist deshalb i.d.R. das Rechtsschutzbedürfnis (siehe

243 Preibisch S. 100f.

244 BGH NJW-RR 1995, 290 zu § 77 Abs. 1 ZVKs; RG JW 1932, 1197 (satzungsmäßig vorgesehener Instanzenzug); BayObLG NJW-RR 1990, 1105 (In Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümer vorgeschriebener Instanzenzug); OLG Hamm NJW-RR 1993, 1536; OLG Oldenburg VersR 1981, 369 (Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsrat); OLG Nürnberg OLGZ 1975, 437, 440 (satzungsmäßig vorgesehene Schiedsverfahren); LG Münster DStRE 2001, 614 zu § 31 Abs. 4 BOSTb; vgl. Preibisch S. 99.

245 Diese sind – soweit die Fristen nicht unangemessen kurz sind – verfassungsrechtlich unbedenklich, BVerfG NVwZ 1999, 1329; BVerfGE 8, 240, 247 = NJW 1959, 139; Preibisch S. 88.

246 BGHZ 111, 339, 341 = NJW 1990, 3085.

247 RG JW 1907, 264 Nr. 27 („nicht Unzulässigkeit des Rechtsweges, sondern Unzulässigkeit des Prozessweges“); *Vollkommer* AcP 161 (1962) 333, 337.

248 *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 89 Rdn. 23.

249 OLG Hamburg MDR 1974, 585, 586; AG Dortmund NZM 1999, 415, 416.

250 KG OLGZ 1981, 83, 85; LG Berlin ZMR 2001, 349, 350; vgl. LG Saarbrücken WuM 1990, 393; Münch-KommBGB⁶/Artz (2012) § 558 b BGB Rdn. 11; Palandt/Weidenkaff BGB⁷¹ (2012) § 558 b Rdn. 9; Blank/Börstinghaus Miete³ (2008) § 558 b BGB Rdn. 24; *Emmerich* FS Lücke (1997) 65, 72f. m.w.N.

251 BayObLG ZMR 1985, 100, 102; Schmidt-Futterer/Börstinghaus Mietrecht¹⁰ (2011) § 558 b BGB Rdn. 80; *Hinz* NZM 2002, 633.

252 LG Mannheim NZM 1999, 957; *Emmerich* FS Lücke (1997) 65, 74f. m.w.N.

253 BayObLG NJW 1982, 1292, 1294; Schmidt-Futterer/Börstinghaus Mietrecht¹⁰ (2011) § 558 b BGB Rdn. 82.

254 A.A. OLG Dresden OLGE 4, 224, 226f.; *Stech* ZPR 77 (1964) 161, 208; *Pohle* FS Lent (1957) 195, 218; *Zeiss/Schreiber* ZPR Rdn. 258.

Rdn. 80) abzusprechen.²⁵⁵ Während die Unklagbarkeit generell zur Klageabweisung führen würde, kann im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses eine Einzelbetrachtung vorgenommen werden, die in außergewöhnlichen Fällen eine Durchsetzbarkeit des Anspruchs aus § 375 Abs. 1 HGB zulässt.²⁵⁶

69 Die Klage gegen den Erben wegen eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlass richtet, ist vor Annahme der Erbschaft nicht zulässig (**§ 1958 BGB**),²⁵⁷ weil dem vorläufigen Erben die passive *Prozessführungsbefugnis*²⁵⁸ und **nicht** dem Anspruch die Klagbarkeit²⁵⁹ fehlt.

70 Bestimmt ein Gesetz (vgl. Rdn. 107), dass ein Vorverfahren vor der Klage durchzuführen ist, handelt es sich um eine von Amts wegen²⁶⁰ zu berücksichtigende (besondere) Prozessvoraussetzung.²⁶¹ Es kommen auch öffentlich-rechtliche Verfahrensvorschriften in Betracht, die den Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten erst nach einer vorherigen Entscheidung einer Verwaltungsbehörde zulassen,²⁶² wie z.B. § 35 BJagdG oder § 212 BauGB.²⁶³ Eine ohne diese Voraussetzungen erhobene Klage wäre grundsätzlich als zurzeit unzulässig abzuweisen.²⁶⁴

– Unbegründetheit

71 **Verjährten** oder **betagten** (nicht fälligen) Forderungen fehlt nicht die Klagbarkeit.²⁶⁵ Bei Geltendmachung der Verjährungseinrede gemäß § 214 BGB bzw. bei fehlender Fälligkeit wird die Klage als unbegründet bzw. als zurzeit unbegründet abgewiesen.

72 Sieht das Recht den behaupteten Anspruch überhaupt nicht vor, ist die Klage als unbegründet zurückzuweisen. Ob ein **Anspruch existiert**, ist allein eine Frage der Begründetheit.²⁶⁶

73 Auch der Anspruch aus **§ 840** wird als **unklagbar** bezeichnet.²⁶⁷ Allerdings spricht die Begründung, bei dem Auskunftsanspruch des Pfändungsgläubigers gegen den Dritt-

255 Baumbach/*Hopt* HGB³⁵ (2012) § 375 Rdn. 5; Koller/*Roth/Morck* HGB⁷ (2011) § 375 Rdn. 2; Ebenroth/*Boujong/Joost/Strohn/Müller*² (2009) § 375 Rdn. 25; Staub/*Koller* GroßkommHGB⁴ (2004) § 375 Rdn. 14 m.w.N.; *Schönke* AcP 150 (1949) 216, 225.

256 *Canaris* Handelsrecht²³ (2000) § 31 Rdn. 21.

257 Palandt/*Weidlich* BGB⁷¹ (2012) § 1958 Rdn. 1; **a.A.** RGZ 79, 201, 203; RGZ 60, 179, 181; Baumbach/*Lauterbach/Hartmann* § 305 Rdn. 3: Abweisung als unbegründet wegen Fehlens der materiellrechtlichen Passivlegitimation.

258 *Stech* ZZZ 77 (1964) 161, 220; MünchKommBGB⁵/*Leipold* (2010) § 1958 Rdn. 10 m.w.N.; Staudinger/*Marotzke* BGB (2008) § 1958 Rdn. 2; Stein/*Jonas/Leipold* § 305 Rdn. 1; *Lange/Kuchinke* ErbR⁵ (2001) § 48 II 1 m.w.N.

259 So aber Thomas/*Putzo/Reichold* Rdn. 33.

260 *Preibisch* S. 159 f.

261 Zu § 111 Abs. 2 ArbGG BAG NJW 1976, 909; zu § 14 Nr. 3c PflVersG *Sieg* VersR 1967, 324, 325; zu § 37 ArbEG *Volmer* BB 1968, 253, 256; allgemein *Preibisch* S. 157 f.

262 Den Zivilgerichten ist es auch nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen verwehrt, verwaltungsbehördliche Vorverfahrensentscheidungen aufzuheben oder zu ändern, *Preibisch* S. 96; vgl. auch BVerfGE 4, 387, 399 = NJW 1956, 625.

263 BGH NJW 1976, 1264, 1265; *Battis/Krautzberger/Löhr* BauGB¹⁰ (2007) § 217 Rdn. 8.

264 RGZ 57, 77, 79 f. (§ 7 preußisches Kommunalbeamtengesetz); RGZ 12, 61, 63 (§ 120 a RGO); RGZ 7, 64, 65 f. (§ 39 StrandungsO); OLG Celle OLGZ 1967, 305, 309 (§ 35 BJagdG); *Sieg* VersR 1967, 324, 32 (§ 14 Nr. 3 c PflVersG); *Volmer* BB 1968, 253, 256 (§ 37 ArbEG); **a.A.** *Preibisch* S. 165, 188 (Aussetzung des iÜ zulässigen Klageverfahrens entsprechend § 15 Abs. 10 S. 1 UWG und § 75 VwGO).

265 *Reichel* Jherings Jahrbücher Bd. 59 (1911) 409, 429, 431; *Stech* ZZZ 77 (1964) 161, 218 f.

266 Vgl. Stein/*Jonas/Roth* Rdn. 132 („rechtsfreier Raum“).

267 Nicht eindeutig BGHZ 91, 126, 129 = NJW 1984, 1901, 1902; MünchKomm/*Smid* § 840 Rdn. 20; Stein/*Jonas/Brehm* § 840 Rdn. 19; wohl auch Baumbach/*Lauterbach/Hartmann* § 840 Rdn. 3; *Henke* JA 1987, 281, 285; *Deubner* JuS 1967, 420; *Waldner* JR 1984, 468; *ders* ZZZ 96 (1983) 118, 121, 124; *Brehm* JZ 1984, 675; offen *Wenzel* MDR 1966, 971, 972.

schuldner gemäß § 840 handle es sich lediglich um eine Auskunftslast bzw. eine Auskunftspflicht²⁶⁸ eher für eine unvollkommene Verbindlichkeit und daher für die Unbegründetheit der Klage.

Unklagbar ist auch **nicht** der Anspruch des Besitzers gegen den Eigentümer auf Ersatz notwendiger oder nützlicher Verwendungen, bevor der Eigentümer die wiederhergestellte, verbesserte oder betreute Sache wiedererlangt (**§§ 1001 Satz 1, 1003 BGB**).²⁶⁹ Vielmehr ist der Anspruch bis zur Wiedererlangung oder Genehmigung als aufschiebend bedingt anzusehen.²⁷⁰ Wegen der Verweisung auf § 1001 BGB gilt gleiches für **§ 2022 BGB** und **§ 972 BGB**.

cc) Keine anderweitige Rechtshängigkeit. Eine von Amts wegen zu prüfende²⁷¹ negative Prozessvoraussetzung stellt das Fehlen anderweitiger Rechtshängigkeit dar,²⁷² d.h. bezüglich desselben Streitgegenstands²⁷³ darf kein anderes gleichgerichtetes Verfahren rechtshängig sein (§ 261 Abs. 3 Nr. 1, dazu § 261 Rdn. 70ff.).²⁷⁴ Liegt eine doppelte Rechtshängigkeit vor, ist die später erhobene Klage unzulässig.²⁷⁵ Dies gilt auch dann, wenn die zweite Klage schon vorher anhängig, aber noch nicht rechtshängig war (§ 261 Rdn. 72).²⁷⁶ Werden zwei Klagen über den gleichen Streitgegenstand gleichzeitig rechtshängig, sind beide unzulässig,²⁷⁷ bis das Verfahren bzgl. eines der Anträge beendet wird. Der Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit gilt auch im Verhältnis der verschiedenen Rechtswege zueinander (§ 17 Abs. 1 Satz 2 GVG).

dd) Keine entgegenstehende Rechtskraft. Über denselben Streitgegenstand darf noch nicht rechtskräftig entschieden worden sein. Ansonsten ist die Klage wegen entgegenstehender Rechtskraft als unzulässig abzuweisen. Dabei handelt es sich ebenfalls um eine auch noch in der Revisionsinstanz²⁷⁸ von Amts wegen zu prüfende negative Prozessvoraussetzung.²⁷⁹ Existieren zwei Urteile über denselben Streitgegenstand, so ist das spätere Urteil gemäß § 580 Nr. 7a vernichtbar. Ist die Restitutionsklage nicht erhoben oder gemäß §§ 582, 586 unzulässig, geht das ältere Urteil dem jüngeren Urteil vor – das jüngere Urteil kann nicht materiell rechtskräftig werden.²⁸⁰

268 BGHZ 91, 126, 129 = NJW 1984, 1901, 1902; a.A. LG München NJW 1965, 1185, 1186 (den Auskunftsanspruch bejahend); *Stürmer* Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (1976) 321.

269 A.A. *Stech* ZRP 77 (1964) 161, 206 f.; Baumbach/Lauterbach/Hartmann Grundz § 253 Rdn. 26, 31.

270 Palandt/Bassenge BGB⁷¹ (2012) § 1001 Rdn. 1; Staudinger/*Gursky* BGB (2006) § 1001 Rdn. 1 m.w.N.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 89 Rdn. 22; vgl. aber MünchKommBGB⁴/*Medicus* (2004) § 1001 Rdn. 17: noch nicht fällig.

271 BGH NJW-RR 1993, 238, 239; BGH NJW 1989, 2064; BGH NJW 1952, 1375, 1376; RGZ 160, 338, 344; BayObLGZ 1 Nr. 35; KG JW 1938, 3057, 3058.

272 BGH WM 1985, 673; unklar in BGH NJW 1986, 2195; BGH NJW 1979, 2099: „von Amts wegen zu beachtendes Prozesshindernis“.

273 Näher Wieczorek/Schütze/*Prütting*³ (1994) Einleitung Rdn. 59 ff.

274 Zur internationalen Rechtshängigkeit vgl. Anhang zu § 261 sowie *Geimer* FS Nagel (1987) 36, 52f.

275 BGH NJW 1986, 2195, 2196; *Zeiss/Schreiber* ZPR Rdn. 346.

276 OLG Stuttgart MDR 2004, 1017.

277 *Zöller/Greger* § 261 Rdn. 8.

278 BGH NJW 1989, 2133.

279 BGH 16.1.2008 – XII ZR 216/05, NJW 2008, 1227 f.; BGHZ 36, 365, 367 = NJW 1962, 1109; BAG NJW 1955, 476, 479 mit krit. Anm. *Bettermann*.

280 BGH NJW 1981, 1517, 1518; BAG NJW 1986, 1831, 1832; *Zöller/Vollkommer* Vor § 322 Rdn. 77; *Lenenbach* Die Behandlung von Unvereinbarkeiten zwischen rechtskräftigen Zivilurteilen nach deutschem und europäischem Zivilprozessrecht (1997) 62, 64, der dies auch auf zwei gleichlautende Urteile übertragen will (S. 79); ebenso *Gaul* FS Weber (1975) 155, 169 f., der deshalb von der Wirkungslosigkeit ausgeht; a.A.

- 77 **ee) Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis.** Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis ist eine von Amts wegen zu prüfende allgemeine Prozessvoraussetzung.²⁸¹ Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis,²⁸² d.h. das schutzwürdige Interesse des Klägers an dem begehrten Urteil, hat keine Regelung erfahren.²⁸³ Jedoch werden für einige Verfahren im Gesetz **besondere Formen des Rechtsschutzbedürfnisses** ausdrücklich gefordert. So wird ein schutzwürdiges Interesse bei der Feststellungsklage gemäß § 256 („rechtliches Interesse“, näher § 256 Rdn. 116 ff.) und bei der Klage auf künftige Leistung gemäß § 259 („Besorgnis“, näher § 259 Rdn. 17 ff.) verlangt. Dabei handelt es sich um besondere Prozessvoraussetzungen (vgl. Rdn. 105). Daneben besteht auch noch die allgemeine Prozessvoraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses (vgl. zur Feststellungsklage § 256 Rdn. 24).
- 78 Fordert das Gesetz nur für bestimmte Klagen ein besonderes Interesse, so ergibt sich im Umkehrschluss für die übrigen Klagen die Vermutung, dass ein schutzwürdiges Interesse i.d.R. vorliegt. Bei **Gestaltungsklagen** besteht es, weil die angestrebte Rechtsänderung nur durch das Gestaltungsurteil (siehe Rdn. 16) herbeigeführt werden kann.²⁸⁴ Ausnahmsweise fehlt das Rechtsschutzbedürfnis in den Fällen, in denen der Kläger die begehrte Rechtsfolge selbst herbeiführen könnte, beispielsweise wenn der Gestaltungsklagegegner bereit ist, an der Rechtsgestaltung mitzuwirken und dies durch ein verbindliches Vertragsangebot zum Ausdruck gebracht hat²⁸⁵ oder ein einfacherer und billigerer Weg zur Gestaltung offen steht. Auch bei **Leistungsurteilen** ist der Kläger, wenn der Beklagte den Anspruch nicht freiwillig erfüllt, auf ein Urteil angewiesen, um notfalls im Wege der Zwangsvollstreckung seinen Anspruch durchsetzen zu können. Das Rechtsschutzbedürfnis ergibt sich insoweit bereits aus der Nichterfüllung des materiellrechtlichen Anspruchs, dessen Vorliegen deshalb für die Prüfung der Zulässigkeit zu unterstellen ist.²⁸⁶ Es besteht grundsätzlich ein öffentlich-rechtlicher Anspruch des Rechtssuchenden darauf, dass die Gerichte sein Anliegen sachlich prüfen und darüber entscheiden.²⁸⁷ Ihm kann nur unter **ganz besonderen Umständen** der Zugang zu einer sachlichen Prüfung durch die Gerichte verwehrt werden,²⁸⁸ wenn der Rechtsschutzsuchende keinen Rechtsschutz benötigt, der Prozess den Prozesszwecken also zuwider-

Stein/Jonas/Leipold § 322 Rdn. 215; Zeiss/Schreiber ZPR Rdn. 346; Mädlich MDR 1982, 455, 456; RGZ 52, 216, 218: Grundsatz *lex posterior derogat legi priori*; ebenso AG Gummersbach NJW-RR 1986, 1391, 1392.

281 BGH NJW-RR 2001, 322, 324; BGH NJW 1993, 1995, 1996; BGH NJW 1990, 122, 123; RGZ 160, 204, 209 f.; Schönke S. 44 f.; Stephan S. 12.

282 Zur geschichtlichen Entwicklung des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses vgl. Maruschke FS Ishikawa (2001) 293, 294 ff.

283 Das Rechtsschutzbedürfnis unterliegt einer fortdauernden Kritik, insbesondere im Hinblick auf das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage (vgl. Allorio ZJP 67 (1954) 321) die generalklauselartige Verwendung (vgl. Zeiss S. 162) die eine Selbstkontrolle des Gerichts erschwert, zu Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung führt (Stein/Jonas/Roth Rdn. 135, 138 und ein an Begründungstiefe mangelndes Urteil hervorbringt (Brehm FG 50 Jahre BGH [2000] 89, 91) eine sich aus dem Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses ableitende Prozessphilosophie, die den Individualschutz dem Allgemeininteresse unterordnet (Brehm aaO, 91 f.; Pohle FS Lent (1957) 195, 197 ff.) und schließlich die Vermischung von prozessualen und materiellrechtlichen Gesichtspunkten im Rechtsschutzbedürfnis (Allorio ZJP 67 (1954) 321, 343; Brehm aaO, S. 93 ff.; Pohle aaO, S. 219 f.).

284 Vgl. Maruschke FS Ishikawa (2001) 293, 308.

285 Die bloße Bereitschaft des Gestaltungsklagegegners zur Mitwirkung genügt nicht. Hier hat der Beklagte die Möglichkeit, das Gestaltungsklagebegehren mit der Kostenfolge des § 93 sofort anzuerkennen, vgl. dazu Schlosser Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 335 f.

286 Vgl. nur BGH 10.11.2010 – XII ZR 37/09, NJW 2011, 70, 71; BGH 30.9.2009 – VIII ZR 238/08, NJW 2010, 1135, 1136; BGH NJW-RR 1993, 1129, 1130; BGH GRUR 1960, 384, 386.

287 BGH NJW 1996, 2035, 2037.

288 BGH NJW 1996, 2035, 2037; BGH NJW-RR 1993, 1129, 1130; Pohle FS Lent (1957) 195, 204; Stephan S. 28 spricht insoweit von einer „Lehre der Ausnahmen“.

läuft.²⁸⁹ Dazu muss eine Abwägung der Prozesszwecke erfolgen. Als solche gelten der Schutz subjektiver Rechte, die Bewährung des objektiven Rechts, der Rechtsfrieden und die Rechtsgewissheit,²⁹⁰ wobei der Individualrechtsschutz wegen verfassungsrechtlicher Garantien wie dem zivilprozessualen Justizgewähranspruch,²⁹¹ den Prozessgrundrechten (Art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG – gesetzlicher Richter, Art. 103 Abs. 1 GG – rechtliches Gehör,²⁹² faires Verfahren,²⁹³ effektiver Rechtsschutz i.S.d. Beschleunigungsgebots²⁹⁴ und Waffengleichheit²⁹⁵) und der den Individualrechtsschutz konkretisierenden Prozessmaximen (Antrags-, Dispositions- und Verhandlungsmaxime) den Schwerpunkt bildet,²⁹⁶ auch wenn die Bedeutung der Bewährung des objektiven Rechts durch die Auswirkung des Sozialstaatsprinzips stetig steigt.²⁹⁷ Bei der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses ist die Prozessökonomie, die allerdings keinen selbständigen Prozesszweck darstellt,²⁹⁸ zu berücksichtigen.²⁹⁹ Insoweit haben die Gerichte in erster Linie effizient und ökonomisch unter Beachtung der jeweiligen Rechte der Verfahrensbeteiligten Individualrechtsschutz zu erbringen. Die Prozessvoraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses soll damit verhindern, dass die Gerichte als Teil der Staatsgewalt unnützlich, unlauter oder prozesszweckwidrig bemüht werden,³⁰⁰ wobei die unlautere Bemühung ein Unterfall der prozesszweckwidrigen Rechtsschutzverfolgung ist.³⁰¹ Können die Prozesszwecke **nicht erreicht** (zwecklos) oder im Vergleich zu anderen Verfahren **nicht am besten verwirklicht** werden (unzweckmäßig) oder werden **prozessfremde** Zwecke verfolgt (zweckwidrig), fehlt ein prozessuales Interesse,³⁰² so dass der Rechtsschutz mangels **Rechtsschutzbedürfnisses zu versagen** ist.

(1) Nichterreichen der Prozesszwecke. Die Prozesszwecke können dann nicht 79 erreicht werden, wenn ein Prozess zur Verwirklichung subjektiver Rechte nicht erfor-

289 Grundlegend *Bley* Klagerecht und rechtliches Interesse (1923) 6 ff.; Stein/Jonas/Roth Rdn. 133; *Schönke* Rechtsschutzbedürfnis, S. 11 ff.; *Schönke* AcP 150 (1949) 216 ff.; *Stephan* S. 23 f.; *Thannhäuser* S. 26; *Pohlmann* GRUR 1993, 361; **a.A.** *Wieser* Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozeß (1971) 27 ff., 237 f., (Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses ergibt sich aus Analogie zu § 256).

290 Eingehend *Gaul* AcP 168 (1968) 27; *Stürmer* FS Baumgärtel (1990) 545 m.w.N.; Stein/Jonas/Brehm vor § 1 Rdn. 9 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 1 Rdn. 5 ff., die allerdings nur den Schutz subjektiver Rechte als selbständigen Zweck anerkennen, während die Übrigen nur dessen Bestandteil oder Folge seien.

291 Vgl. BVerfGE 107, 395, 401 = NJW 2003, 1924, 1926 mit im Erg. zust. aber weitergehender Anm. *Vosskuhle* NJW 2003, 2193, 2196; Stein/Jonas/Brehm vor § 1 Rdn. 290.

292 BVerfGE 107, 395, 401 = NJW 2003, 1924: „Der Rechtsweg steht im Rahmen des allgemeinen Justizgewähranspruchs auch zur Überprüfung einer behaupteten Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch ein Gericht [in jeder gerichtlichen Instanz] offen“.

293 BVerfG NJW 1991, 417, 418; BVerfGE 78, 123, 126 = NJW 1988, 2787; BVerfGE 57, 250, 275 = NJW 1981, 1719, 1722; BVerfGE 49, 220, 225 = NJW 1979, 534; vgl. *Vollkommer* GS Bruns (1980) 195 ff.

294 EGMR NJW 1997, 2809, 2810; BVerfGE 88, 118, 124 = NJW 1993, 1635; BVerfGE 85, 337, 345 = NJW 1992, 1673; vgl. *Lansnicker/Schwirtzek* NJW 2001, 1969 ff.

295 EGMR NJW 1995, 1413 = „*Dombo Beheer B.V./Niederlande*“; BVerfG NJW 2001, 2531 m.w.N.; *Schlosser* NJW 1995, 1404 ff.

296 *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 1 Rdn. 5 ff.; **a.A.** noch *Schönke* S. 11 f. (Schutz subjektiver Rechte ist nur Folgeerscheinung der vom Prozess bezweckten Bewährung des objektiven Rechts); Stein/Jonas/Brehm vor § 1 Rdn. 30.

297 Vgl. *Stürmer* FS Baumgärtel (1990) 545, 546, 548 f.

298 *Stephan* S. 19 ff. (Rechtsschutzbedürfnis und Prozessökonomie liegen grundsätzlich auf verschiedener Ebene); vgl. auch *Schumann* FS Larenz (1973) 271, 285 und 287 (die Ökonomie hat ihre Grenze in der Verletzung von Prozesszwecken).

299 Vgl. *Stephan* S. 23 Fn. 93.

300 BGH GRUR 1976, 256, 257.

301 *Pohlmann* GRUR 1993, 361, 362.

302 Vgl. *Schönke* AcP 150 (1949) 216, 225; *Stephan* S. 33.

derlich ist, weil die Durchsetzung zumutbar ohne gerichtliche Hilfe möglich ist. Das **Rechtsschutzbedürfnis** für eine Klage **fehlt** deshalb,

- wenn der Kläger bereits einen, nicht der Rechtskraft fähigen³⁰³ **Vollstreckungstitel in Händen** hat,³⁰⁴ z.B. einen Prozessvergleich (§ 794 Abs. 1 Nr. 1)³⁰⁵ oder eine vollstreckbare Urkunde (§ 794 Abs. 1 Nr. 5) oder einen angenommenen Schuldenbereinigungsplan, der gemäß § 308 Abs. 1 S. 2 InsO die Wirkung eines Prozessvergleichs hat; die Vorlage des noch nicht angenommenen Schuldenbereinigungsplans allein genügt jedoch nicht.³⁰⁶

Ausnahmen: Allerdings kann trotz Vorhandenseins eines vollstreckbaren Titels, der nicht der Rechtskraft fähig ist, ein besonderes Bedürfnis oder Interesse vorliegen, wenn z.B. mit einer Abänderungsklage³⁰⁷ oder einer Vollstreckungsabwehrklage zu rechnen ist:³⁰⁸ bei einer vollstreckbaren Urkunde,³⁰⁹ einem Vergleich,³¹⁰ einer vollstreckbaren Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses gemäß §§ 27, 148 Abs. 2 InsO (§ 794 Abs. 1 Nr. 3).³¹¹ Eine weitere Ausnahme ist zu machen, wenn erhebliche Zweifel darüber bestehen, ob der schon vorhandene Titel für die beabsichtigte Geltendmachung von Ansprüchen verwendbar ist. Dies ist der Fall, wenn mit Bedenken der Vollstreckungsorgane zu rechnen ist³¹² oder wegen § 197 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. Abs. 2 BGB die Verjährung nur durch eine weitere Klage gehemmt wird (§ 204 Nr. 1 BGB).³¹³ Ist die Vollstreckung eines Anspruchs auf Abgabe einer Willenserklärung aus dem vorhandenen Titel nur gemäß § 888 möglich, so **fehlt** einer weiteren Klage auf Abgabe einer Willenserklärung mit der Vollstreckungsmöglichkeit des § 894 **nicht** das Rechtsschutzbedürfnis.³¹⁴

- bei einer Unterhaltsklage (jetzt: Unterhaltsantrag) eines volljährigen Kindes, wenn ein zeitlich unbegrenzter dynamischer **Titel auf Unterhalt** nach der RegelbetragVO vorliegt.³¹⁵
- bei einer Klage gegen den Rechtsnachfolger bei möglicher (§ 325 Abs. 1) **Titelum-schreibung** gemäß **§ 727 Abs. 1**, wenn es sich bei den Vollstreckungstiteln um einen Vergleich oder eine vollstreckbare Urkunde handelt (vgl. § 795). Eine Ausnahme besteht wieder, wenn mit einer Vollstreckungsabwehrklage zu rechnen ist oder wenn eine Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel erforderlich sein würde.³¹⁶ Dies

303 Kein Urteil über denselben Streitgegenstand, denn dann steht bereits die Rechtskraft dieses Urteils der Erhebung einer Klage über denselben Streitgegenstand entgegen, vgl. BGHZ 93, 287, 289 = NJW 1985, 1711, 1712.

304 BGH NJW-RR 1989, 318, 319 m.w.N.; BGH NJW 1962, 1392.

305 Vgl. OLG Hamburg WRP 2006, 909 (LS).

306 BGH 9.7.2009 – IX ZR 29/09, NJW-RR 2009, 1148, 1149.

307 OLG Köln 18.12.2007 – 4 UF 140/06, FamRZ 2008, 1545, 1546 (bei einem Vergleich).

308 Vgl. BGH MDR 2007, 595, 596; BGH NJW-RR 1989, 318, 319; BGHZ 98, 127, 128 = NJW 1986, 2704, 2705; BGH NJW 1961, 1116; RGZ 110, 117, 119.

309 OLG Brandenburg 28.1.2010 – 5 U 48/09, NJW-RR 2010, 1169, 1170; OLG Celle 2006, 770, 771; OLG Hamm NJW 1998, 423; OLG Hamm MDR 1989, 266; OLG Frankfurt FamRZ 1981, 70, 71; weiter LG Lüneburg NJW-RR 1992, 1190 (Rechtsschutzbedürfnis besteht auch, wenn nicht mit Vollstreckungsgegenklage gerechnet werden muss).

310 BGH NJW-RR 1989, 318, 319; BGH NJW 1985, 1962, 1963; OLG Hamm NJW 1976, 246.

311 BGH NJW 1962, 1392; BGHZ 12, 380, 390 = NJW 1954, 918.

312 BGH GRUR 1958, 359, 361 (unklare Formulierung des auf Unterlassen eines bestimmten Verhaltens gerichteten Titels); RGZ 124, 146, 151; OLG Zweibrücken NJW-RR 1997, 1 (unklarer Titel).

313 BGH MDR 2007, 595, 596; vgl. BGHZ 93, 287, 289 = NJW 1985, 1711, 1712 (Das Urteil betrifft allerdings eine Feststellungsklage nach rechtskräftigem Leistungsurteil und damit die Rechtskraft).

314 BGHZ 98, 127, 129 = NJW 1986, 2704, 2705.

315 OLG Brandenburg 30.9.2008 – 10 WF 145/08, FamRZ 2009, 1692.

316 Vgl. BGH NJW 1987, 2863.

gilt auch für die Fälle der §§ 728, 729, es sei denn, dass im Fall des § 729 eine Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel erforderlich sein würde. Existiert bereits ein rechtskräftiges Urteil gegen den Rechtsvorgänger, dessen Rechtskraft sich auf den Rechtsnachfolger erstreckt, steht einer Klage gegen diesen bereits die Rechtskraft entgegen.³¹⁷

- bei einer Klage, wenn die Ausfertigung verloren gegangen und eine **Zweitausfertigung** gemäß § 733 möglich ist, es sei denn, der nicht rechtskraftfähige Titel ist nicht mehr vorhanden und kann auch nicht beschafft werden. Dann steht auch einer erneuten Klage bei einem rechtskräftig entschiedenen Rechtsstreit die Rechtskraft nicht entgegen.³¹⁸

Wurde nur eine einstweilige Anordnung (§ 794 Abs. 1 Nr. 3a)³¹⁹ oder eine einstweilige Verfügung³²⁰ erwirkt, so bleibt eine zusätzliche Hauptsacheklage zulässig bzw. muss sogar durchgeführt werden (§§ 936, 926 Abs. 2), da in den summarischen Verfahren nicht rechtskräftig über den geltend gemachten Anspruch entschieden wird. Dies gilt im einstweiligen Verfügungsverfahren auch dann, wenn der Antragsgegner auf die Erzwingung des Hauptsacheverfahrens verzichtet hat, weil er noch weitere Einwendungsmöglichkeiten hat (vgl. §§ 936, 927).³²¹ Nur für den Fall, dass er durch eine unbedingte sog. **Abschlussklärung**³²² auf sämtliche Rechtsbehelfe verzichtet, entfällt das Rechtsschutzbedürfnis für die Hauptsacheklage.³²³

Der Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Vornahme der Bestimmung gemäß § 375 Abs. 1 HGB fehlt regelmäßig das Rechtsschutzbedürfnis (vgl. Rdn. 68).³²⁴ Die Fristsetzung und die dann mögliche Ersatzvornahme durch den Verkäufer gemäß § 375 Abs. 2 HGB stellen den gesetzlich vorgegebenen Rechtsschutz dar; gerichtliche Hilfe ist zur Durchsetzung nicht erforderlich. Gleiches muss für eine Klage auf Vornahme der Leistungsbestimmung im Rahmen des allgemeinen § 315 Abs. 1 BGB gelten; auch hier fehlt regelmäßig das Rechtsschutzbedürfnis.³²⁵ Denn insoweit regelt § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB unter anderem bei Verzögerung den speziellen Rechtsschutz, der die Entscheidung ausschließlich dem Gericht in Form einer richterlichen Ersatzleistungsbestimmung „durch Urteil“ zuschreibt.

Hat der Kläger die Möglichkeit der Einsicht in die Unterlagen, deren Inhalt er auf dem Klagewege eidesstattlich versichert haben will, fehlt der Klage das Rechtsschutzbedürfnis.³²⁶

Jedoch ist dem Kläger ein Rechtsschutzbedürfnis grundsätzlich dann **nicht** abzusprechen, wenn der begehrte Erfolg auch auf außerprozessualen Weg durch **Selbsthil-**

317 BGH NJW 1985, 1711, 1712; *Thannhäuser* S. 37; **a.A.** noch BGH NJW 1957, 1111, der das Rechtsschutzbedürfnis für diesen Fall verneint hat.

318 BGHZ 93, 287, 289 = NJW 1985, 1711, 1712; **a.A.** BGHZ 4, 314, 321 = NJW 1952, 705 (fehlendes Rechtsschutzbedürfnis); OLG Köln OGHZ 1, 213, 214.

319 BGH FamRZ 1983, 355 (zu § 620 Nr. 6).

320 BGH NJW-RR 1989, 426; BGH GRUR 1973, 208, 209; BGH GRUR 1967, 611, 612; BGH GRUR 1964, 274, 275.

321 BGH NJW-RR 1989, 426; eingehend *Pohlmann* GRUR 1993, 361, 367 m.w.N.

322 Zu den Anforderungen an eine solche Abschlussklärung vgl. BGH GRUR 2005, 692, 694.

323 BGH 19.5.2010 – I ZR 177/07, GRUR 2010, 855, 856; BGH 2.7.2009 – I ZR 146/07, BGHZ 181, 373, 377 = NJW 2009, 3303, 3304; BGH GRUR 1991, 76 f.

324 Staub/*Koller* HGB⁴ (2004) § 375 Rdn. 14 m.w.N.; Koller/Roth/Morck/Roth HGB⁷ (2011) § 375 Rdn. 2; Baumbach/*Hopt* HGB³⁵ (2012) § 375 Rdn. 5; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Müller* HGB² (2009) § 375 Rdn. 25; *Schönke* AcP 150 (1949) 216, 225.

325 Staudinger/*Rieble* BGB (2009) § 315 Rdn. 420.

326 BGHZ 55, 201, 206 f. = NJW 1971, 656, 657.

fe³²⁷ erreicht werden kann. Der Kläger darf nicht auf „irgendwelche Selbsthilfemöglichkeiten“ verwiesen werden, sondern ist berechtigt, seine – behaupteten – Ansprüche gerichtlich zu verfolgen.³²⁸ Sieht das Gesetz Selbsthilfemöglichkeiten vor (§ 229 als allgemeine Regelung im BGB, §§ 562b Abs. 1, 581 Abs. 2, 704, 859, 860, 910, 962 BGB, § 50 Abs. 3 GmbHG³²⁹ im speziellen), schließt dies das Rechtsschutzbedürfnis regelmäßig nicht aus. Die erlaubte Selbsthilfe besitzt Ausnahmecharakter und steht somit nicht in einem Exklusivitätsverhältnis zum staatlichen Rechtsschutz – sie ist als „private Zwangsvollstreckung“³³⁰ nur *ausnahmsweise neben* dem Klageweg zulässig. Im Übrigen kann der Gläubiger nicht gezwungen werden, sich aus seinen Sicherheiten, wie z.B. einem Pfandrecht, zu befriedigen, statt eine Klage auf Zahlung zu erheben.

- 83 (2) Unzweckmäßige Prozesse.** Das Rechtsschutzinteresse fehlt nach allgemeinen Regeln, wenn der Kläger sein Rechtsschutzziel auf **einfacherem und billigerem Wege** erreichen kann.³³¹ Bietet das Gesetz für eine Rechtsverfolgung mehrere prozessuale Möglichkeiten, ist jedoch i.d.R. die Wahlfreiheit zwischen den Rechtsbehelfen gewollt.³³² Diese kann nur dann eingeschränkt werden, wenn sich die verschiedenen Verfahren eindeutig und erheblich³³³ nach Einfachheit, Schnelligkeit und Kostenaufwand unterscheiden, zugleich aber die Verfahrensergebnisse im Wesentlichen gleichwertig sind.³³⁴ Um dies festzustellen, ist die Zweckmäßigkeit beider prozessualer Wege unter Anlegung eines strengen Maßstabes³³⁵ umfassend zu vergleichen.³³⁶ Auf einen verfahrensmäßig unsicheren Weg darf der Rechtssuchende jedoch nicht verwiesen werden, so dass ein schnelleres und billigeres Mittel des Rechtsschutzes das berechtigte Interesse für eine Klage nur dann entfallen lässt, wenn es wenigstens vergleichbar sicher oder wirkungsvoll alle erforderlichen Rechtsschutzziele herbeiführen kann.³³⁷
- 84** Dagegen handelt es sich anders als bei der soeben beschriebenen alternativen Wahl eines Rechtsbehelfs bei der **gleichzeitigen** Inanspruchnahme zweier Rechtsschutzmöglichkeiten mit gleichem Streitgegenstand um ein Problem der Rechtshängigkeit. **Nacheinander** verfolgte verschiedene Rechtsschutzmöglichkeiten über den gleichen Streitgegenstand betreffen das Problem der Rechtskraft – ein Rückriff auf das Rechtsschutzbedürfnis entfällt.³³⁸
- 85** Für die Klage auf Erstattung von Prozesskosten (materiellrechtliche Kostenerstattungsklage) kann ein Rechtsschutzbedürfnis nur insoweit anerkannt werden, als sich der

327 *Schünemann* Selbsthilfe im Rechtssystem (1985) 9 ff.

328 BGH GRUR 1960, 384, 386; OLG Celle NJW-RR 1987, 447, 448 (Rechtsschutzbedürfnis für eine Sicherungsverfügung gemäß § 935 ZPO bei Bestehen eines Selbsthilferechts gemäß § 562b Abs. 1 BGB).

329 Vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG¹⁹ (2010) § 50 Rdn. 11; a.A. Scholz/K. Schmidt/Seibt GmbHG¹⁰ (2007) § 50 Rdn. 31 m.w.N.: kein Rechtsschutzinteresse wegen § 50 Abs. 3 GmbHG.

330 *Heyer* Archiv für Bürgerliches Recht 19 (1901) 38, 40; Staudinger-Symposion 1998/*Werner* S. 48.

331 BGH NJW 1996, 2035, 2036; BGH NJW 1994, 1351, 1352; BGHZ 111, 168, 171 = NJW 1990, 2060, 2061; BGH NJW 1979, 1508; BGHZ 55, 201, 206 = NJW 1971, 656, 657; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 89 Rdn. 31; a.A. *Brehm* FG 50 Jahre BGH (2000) 89, 107, der auf eine Verfahrenszuständigkeit abstellen will mit der Möglichkeit des Gerichts, den Rechtsstreit in das spezielle Verfahren abzugeben; *Pohle* FS Lent (1957) 195, 224, nach dessen Ansicht nicht das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, sondern ein Mangel der speziellen in Betracht kommenden Prozessvoraussetzung vorliegt.

332 BGH NJW 1987, 2863; BGH NJW 1979, 1508; BAG AP Nr. 104 zu § 613a BGB = NZA 1994, 612 = NJW 1995, 73; vgl. auch *Stephan* S. 35; *Pohle* FS Lent (1957) 195, 223; a.A. *Schönke* S. 31.

333 BGH NJW 1987, 2863; vgl. dazu auch *Brehm* FG 50 Jahre BGH (2000) 89, 101.

334 BGH NJW 1979, 1508; *Pohle* FS Lent (1957) 195, 223; *Stephan* S. 36; *Wieser* S. 147.

335 OLG Saarbrücken FamRZ 1980, 385.

336 BGH NJW 1994, 1351, 1352; *Wieser* S. 144.

337 BGH NJW 1994, 1351, 1352.

338 Vgl. *Stephan* S. 37; *Thannhäuser* S. 61, 66 ff.

geltend gemachte Anspruch nicht mit dem im **Kostenfestsetzungsverfahren** verfolgbaren prozessualen Kostenerstattungsanspruch deckt,³³⁹ z.B. nicht erstattungsfähige Prozesskosten³⁴⁰ oder nicht sicher oder nicht vollständig vom Kostenfestsetzungsverfahren erfasste Vorbereitungskosten.³⁴¹

Grds. besteht ein Wahlrecht zwischen dem Klageverfahren zur Durchsetzung des **86** Anspruchs aus § 894 BGB und dem Verfahren gemäß § 22 GBO.³⁴² Das Rechtsschutzbedürfnis für eine Berichtigungsklage aus § 894 BGB ist jedoch zu verneinen, wenn am Erfolg des einfacheren Verfahrens gemäß **§ 22 GBO evident** keine Zweifel bestehen.³⁴³

Einem Sachantrag auf streitige Entscheidung fehlt grundsätzlich³⁴⁴ das Rechtsschutz- **87** bedürfnis, wenn ein Verzicht des Klägers (§ 306)³⁴⁵ oder ein Anerkenntnis des Beklagten (§ 307)³⁴⁶ vorliegt. Mit dem Anerkenntnis bzw. Verzicht entfällt die Prüfung der rechtlichen Begründetheit des Klageanspruchs und damit der Anspruch auf ein streitiges Urteil.

Das Rechtsschutzbedürfnis ist für eine Klage eines Anwalts auf Zahlung der An- **88** waltsgebühren zu verneinen, wenn ein Festsetzungsverfahren nach **§ 11 Abs. 1, 5 RVG** möglich ist und keine außergebührenrechtlichen Einwendungen bzw. Einreden erhoben werden.³⁴⁷ Ebenso fehlt der Klage des Notars das Rechtsschutzbedürfnis, wenn eine Kostenberechnung nach **§§ 154, 155 KostenO** erfolgen kann.³⁴⁸

Das **Rechtsschutzbedürfnis** für einen Rechtsbehelf **fehlt** deshalb grundsätzlich für **89** – die Leistungsklage auf Rückgabe der Sicherheit oder Feststellung des Erlöschens der Bürgschaft statt des **Verfahrens gemäß § 109**, wenn nur über formelle Einwendungen gestritten wird, die auch im Verfahren nach § 109 geklärt werden könnten. Dies gilt nicht, wenn es um materiellrechtliche Fragen gehen könnte.³⁴⁹ Einer Klage auf **Austausch von Prozessbürgschaften** fehlt trotz der Möglichkeit des Verfahrens

339 BGH NJW 1990, 122, 123; BGHZ 111, 168, 171 = NJW 1990, 2060, 2061; BGHZ 75, 230, 235 = NJW 1980, 119, 120; RGZ 130, 217, 218; OLG München NJW 1971, 518; a.A. OLG Nürnberg JurBüro 1978, 118; *Schneider* MDR 1981, 353, 359 f.

340 Vgl. dazu OLG Hamburg JW 1931, 1822 (Zinsen für verauslagte Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse); *Gödicke* JurBüro 2001, 512, 513.

341 BGHZ 111, 168, 171 = NJW 1990, 2060, 2061 (Detektivkosten); BGH WM 1987, 247, 248; weitergehend OLG Frankfurt JurBüro 1983, 283; *Zöller/Herget* vor § 91 Rdn. 12; *Gödicke* JurBüro 2001, 512, 513; *Schneider* MDR 1981, 353, 355 (Wahlrecht bei allen Vorbereitungskosten).

342 BGH NJW 1962, 963 (hier allerdings fehlendes Rechtsschutzbedürfnis für Klage auf Zustimmung zur Löschung eines Amtswiderspruchs, der keinen Berechtigten bezeichnete und deshalb gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen war); RG JW 1923, 750 (Nr. 3) mit Anm. *Heymann*; RG Warn 1914 Nr. 126.

343 OLG Frankfurt NJW 1969, 1906; OLG Zweibrücken NJW 1967, 1809 (Unrichtigkeitsnachweis durch eine im Besitz des Berechtigten befindliche Urkunde); *Staudinger/Gursky* BGB (2008) § 894 Rdn. 6; a.A. *Hoffmann* NJW 1970, 148; *Thannhäuser* S. 45; *Wieser* S. 19.

344 Ausnahme bei Musterprozess: *Kempff* ZFP 73 (1960) 342, 361 (das Rechtsschutzbedürfnis für den Sachantrag auf streitgemäßes Urteil bleibt bestehen); a.A. MünchKomm/*Musielak* § 307 Rdn. 19.

345 BGHZ 49, 213, 217 = NJW 1968, 503 f. (Erlass eines Verzichtsurteils auch dann, wenn Beklagter den Verzicht nicht annimmt und ein Urteil in der Streitsache beantragt); § 306 verlangt für den Erlass eines Verzichtsurteils nur einen Abweisungsantrag (Sachantrag) des Beklagten, vgl. BT-Drucks. 14/4722 S. 84.

346 BGHZ 10, 333, 336 = NJW 1953, 1830, 1831; BT-Drucks. 14/4722 S. 84 r. Sp.: es ist kein besonderer Antrag des Klägers auf Anerkenntnisurteil erforderlich – insoweit folgt der Gesetzgeber der überwiegenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung; a.A. noch *Böttcher* JZ 1954, 243, 244; *Brehm* FG 50 Jahre BGH (2000) 89, 103, der bei Anerkenntnis und Verzicht eine „prozessuale Überholung“ annimmt.

347 BGH NJW 1981, 875, 876 (Mahnantrag); BGHZ 21, 199, 201 = NJW 1956, 1518; OLG Frankfurt NJW 1954, 764.

348 KG DNotZ 1990, 408, 410; LG Detmold DNotZ 1965, 317; anders aber LG Köln MDR 1978, 679 für den Fall der Scheckausstellung und -hingabe durch den Schuldner zur Erfüllung der Kostenforderung; hier könne der scheckrechtliche Anspruch im Wege der Scheckklage durch den Notar verfolgt werden.

349 BGH NJW 1994, 1351, 1352; OLG Düsseldorf OLGZ 1994, 439, 441 f.; a.A. *Pecher* WM 1986, 1513, 1515 (§ 109 nimmt nie einer Klage das Rechtsschutzbedürfnis).

nach § 108 nicht das Rechtsschutzbedürfnis, da dieses Verfahren gegenüber der Klage nicht der einfachere und schnellere Weg ist.³⁵⁰

- die Klage auf Abgabe eines Angebots durch die Gegenseite, wenn der Kläger auf Grund eines **Vorvertrags**, in dem der Hauptvertrag bereits vollständig ausformuliert ist, den Abschluss des Hauptvertrags erzwingen kann und deshalb die Klage auf Annahme eines Angebots des Klägers zu richten ist.³⁵¹
- die Klage des Insolvenzgläubigers gegen den Gemeinschuldner, obwohl die Forderung ohne Widerspruch des Gemeinschuldners zur Tabelle festgestellt werden kann (**§ 178 InsO**). Dies gilt nicht, wenn mit einem Widerspruch des Gemeinschuldners gemäß § 178 InsO zu rechnen ist.³⁵²
- die Klage auf Änderung eines Unterhaltstitels über Spitzenbeträge statt der **Reduzierung des freiwillig gezahlten Sockelbetrages** ohne Änderung des Vollstreckungstitels.³⁵³
- die Klage des Drittschuldners auf Feststellung der Unwirksamkeit des Pfändungsbeschlusses, obwohl ihm gemäß § 766 die Erinnerung gegen den **Pfändungsbeschluss** zusteht.³⁵⁴ Gleiches gilt für eine negative Feststellungsklage eines Drittschuldners auf Nichtbestehen der gepfändeten Forderung, soweit er noch nicht erfolglos gemäß §§ 840, 843 vorgegangen ist.³⁵⁵
- eine auf § 574 a Abs. 2 BGB gestützte **Widerklage gegen die Räumungsklage** des Vermieters wegen § 308 a.³⁵⁶
- für eine Leistungsklage auf Rückerstattung der auf einen **nichtigen Prozessvergleich** gezahlten Vergleichssumme; es muss der ursprüngliche Prozess fortgeführt werden.³⁵⁷
- für eine gesonderte **Ehrenschutzklage** sowie für Klagen auf Zahlung einer Geldentschädigung wegen ehrkränkender Äußerungen, die zur Rechtsverfolgung oder -verteidigung in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren oder als Zeuge usw. gemacht werden, da dies einen Eingriff in das Verfahren darstellen würde und der Verletzte die Ehrverletzung in diesem Verfahren vorbringen kann.³⁵⁸ Dies gilt i.d.R. auch für nicht am Verfahren beteiligte Dritte.³⁵⁹

90 Grundsätzlich hat der Kläger das Wahlrecht, ob er Berufung einlegt oder die Vollstreckungsabwehrklage erhebt.³⁶⁰ Einer **Vollstreckungsabwehrklage gemäß § 767** fehlt jedoch das Rechtsschutzbedürfnis, wenn bereits ein Berufungsverfahren anhängig ist³⁶¹ und die Einwendungen (§ 767 Abs. 2), auf die die Klage gestützt wird, in dem Berufungsverfahren geprüft werden können.³⁶²

350 OLG Düsseldorf OLGZ 1994, 439, 445.

351 BGH NJW 1984, 479, 480.

352 BGH NJW 1996, 2035, 2036 = LM Nr. 3 zu § 12 KO (*Walker*) (Verzicht des Gläubigers auf Teilnahme am Insolvenzverfahren).

353 BGH NJW 1993, 1995, 1996.

354 BGHZ 69, 144, 147 f. = NJW 1977, 1881 (Ausnahme, wenn Klage auf Schadensersatz vorbereitet wird).

355 BGHZ 69, 144, 149 f. = NJW 1977, 1881.

356 Bamberger/Roth/*Hannappel* BGB (Stand 1.5.2012) § 574 a Rdn. 17; a.A. Schmidt-Futterer/*Blank Mietrecht*¹⁰ (2011) § 574 a Rdn. 19; Staudinger/*Rolfs* BGB (2011) § 574 a Rdn. 10.

357 BGHZ 142, 253, 255 f. = NJW 1999, 2903.

358 BGH 28.2.2012 – VI ZR 79/11, MDR 2012, 518 f.

359 BGH 11.12.2007 – VI ZR 14/07, NJW 2008, 996, 997.

360 BGH NJW 1975, 539, 540.

361 BAG NJW 1980, 141 (Berufung nicht zurückgenommen oder nicht als unzulässig verworfen).

362 BAG NZA 1985, 709, 710; KGR Berlin 1997, 11; OLG Hamm ZIP 1993, 523; OLG Frankfurt NJW-RR 1992, 31, 32.

Eine **Abänderungsklage** gemäß § 323 ist zulässig, auch wenn eine Berufung möglich ist.³⁶³ Ist die Berufung anhängig und stützt sich die Abänderungsklage auf Gründe, die zwar nach Schluss der mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz entstanden sind, aber durch den Berufungskläger noch im Rahmen der zulässigen Berufung³⁶⁴ bzw. durch Anschließung an die vom Gegner eingelegte Berufung mittels Erweiterung des Klageantrags hätten geltend gemacht werden können, dann ist die Abänderungsklage unzulässig.³⁶⁵ Dies ergibt sich jedoch nicht aus dem fehlenden Rechtsschutzbedürfnis,³⁶⁶ sondern aus der Prälusion gemäß § 323 Abs. 2.³⁶⁷

In folgenden Fällen **fehlt** das Rechtsschutzbedürfnis **nicht**:

- einer Klage auf **Anpassung des Vertrages wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage** (auf Abgabe der entsprechenden Willenserklärung) fehlt – anders als vor der Schuldrechtsreform³⁶⁸ und der Normierung eines solchen Anspruchs durch § 313 Abs. 1 BGB – *nicht* das Rechtsschutzbedürfnis,³⁶⁹ auch wenn der Gesetzgeber³⁷⁰ eine direkte Klage *auf angepasste Leistung* zulassen will. Die Klage auf Anpassung des Vertrages kann, obwohl dann noch aus der Anpassung auf Leistung geklagt werden müsste,³⁷¹ unter Umständen weitgehender zur Befriedigung der Parteien beitragen, wenn sie nicht allein den einzelnen streitigen Leistungsanspruch betrifft, sondern das gesamte Vertragsverhältnis einschließlich etwaiger Nebenabreden (vgl. § 253 Rdn. 81, § 254 Rdn. 26).³⁷²
- einer Klage, wenn die Durchsetzung des Anspruchs auch durch **einstweilige Anordnung** oder **Verfügung** möglich ist.³⁷³
- einer Leistungsklage bei Durchführung eines Schuldenbereinigungsverfahrens (vgl. § 308 InsO).³⁷⁴
- zum Verhältnis von Leistungs- und Feststellungsklage vgl. § 256 Rdn. 188 ff.
- Das Rechtsschutzbedürfnis ist für eine im Rahmen des Kündigungsrechtsstreits (§ 4 KSchG) gleichzeitig begehrte Verurteilung auf **Weiterbeschäftigung** zu bejahen,³⁷⁵ die Verfahrensergebnisse sind insoweit nicht gleichwertig, da der Kläger aus dem obsiegenden Feststellungsurteil keinen unmittelbar im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzbaren Beschäftigungsanspruch herleiten kann.

363 BGHZ 96, 205, 209 = NJW 1986, 383; OLG Bamberg NJW-RR 1990, 74.

364 OLG Koblenz FamRZ 1988, 302.

365 BGHZ 96, 205, 207 = NJW 1986, 383, 384; OLG Hamm FamRZ 1996, 1088, 1089.

366 So aber Stein/Jonas/Leipold § 323 Rn 56; Vorwerk/Wolf/Gruber § 323 Rdn. 19; Thomas/Putzo/Hüßtege § 323 Rdn. 15.

367 Stein/Jonas/Roth Rdn. 150; *Thannhäuser* S. 58; vgl. auch Zöllner/Vollkommer § 323 Rdn. 13, weil auch das Berufungsverfahren eine „Tatsachenverhandlung“ darstellt.

368 BGHZ 91, 32, 36 f. = NJW 1985, 126, 127.

369 *Dauner-Lieb/Dötsch* NJW 2003, 921, 926 Fn. 67; MünchKommBGB⁶/Finkenauer (2012) § 313 BGB Rdn. 128; zur Wandlung gemäß § 462 a.F. BGH NJW 1997, 3164, 3165 (Anspruch auf Wandlung); **a.A.** NK-BGB²/Krebs (2012) § 313 Rdn. 95; *Massing/Rösler* ZGS 2008, 374, 376; *Rösler* ZGS 2003, 383, 388.

370 BT-Drucks. 14/6040 S. 176 li. Sp.

371 *Schmidt-Kessel/Baldus* NJW 2002, 2077; analoge Anwendung der Vorschriften über die Stufenklage gemäß § 254; zustimmend *Dauner-Lieb/Dötsch* NJW 2003, 921, 926; **a.A.** *Rösler* ZGS 2003, 383, 388.

372 *Dauner-Lieb/Dötsch* NJW 2003, 921, 926; *Deckenbrock/Dötsch* ProZRB 2004, 76, 79; *Schmidt-Kessel/Baldus* NJW 2002, 2076, 2077.

373 BGH GRUR 1973, 208, 209; BGH GRUR 1967, 611, 612; BGH GRUR 1964, 274, 275; OLG Hamm NJW-RR 1991, 1335 f. (zum Wettbewerbsprozess); OLG Saarbrücken FamRZ 1980, 385, 386

(Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 statt Abänderungsverfahren gemäß § 620 b); *Teplitzky*

Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren¹⁰ (2011) Kap. 51 Rdn. 58.

374 BGH 9.7.2009 – IX ZR 29/09, NJW-RR 2009, 1148, 1149.

375 BAG AP Nr. 5 zu § 611 BGB (Gründe zu III 1; Beschäftigungspflicht); **a.A.** noch LAG Hamm BB 1970, 757.

- Eine **Unterlassungsklage** scheidet nicht deshalb am Rechtsschutzbedürfnis, weil die zu unterlassende Handlung schon durch ein **Strafgesetz** verboten ist und deshalb auch ein strafrechtlicher Schutz besteht.³⁷⁶ Gleiches gilt, wenn für den gleichen Sachverhalt der Rechtsweg in das **berufsgerichtliche Verfahren** möglich ist.³⁷⁷
- Im Wettbewerbsprozess stellt die Geltendmachung einer sich aus einer **strafbewährten Unterlassungserklärung** ergebenden Vertragsstrafe keinen einfacheren Weg gegenüber der Unterlassungsklage dar,³⁷⁸ da beide auf unterschiedliche Ziele gerichtet sind und das Unterlassungsurteil wegen der Vollstreckungsmöglichkeit gemäß § 890 einen umfassenderen Rechtsschutz gewährt (vgl. auch Rdn. 95).
- Die Möglichkeit eines Widerrufs oder einer Gegendarstellung schließt den Unterlassungsanspruch nicht aus.³⁷⁹ Gleiches gilt für die **Widerrufsklage**, wenn bereits eine Berichtigung oder eine veröffentlichte Gegendarstellung vorliegt. Umgekehrt fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage auf Gegendarstellung, wenn ein Widerruf auf Grund eines Anerkenntnisurteils bereits erfolgt ist.³⁸⁰ Das Rechtsschutzbedürfnis für die **wettbewerbsrechtliche Unterlassungsklage** fehlt auch dann nicht, wenn ein Mitbewerber oder Verband wegen einer Wettbewerbsverletzung des Konkurrenten bereits auf Unterlassung geklagt und eine einstweilige Verfügung erwirkt hat.³⁸¹
- Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt auch nicht für eine Leistungsklage, wenn eine Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel gemäß **§ 731** möglich ist,³⁸² da es sich in beiden Fällen um ein normales Klageverfahren mit gleichem Prüfungsumfang handelt, so dass von einem einfacheren Rechtsbehelf keine Rede sein kann. Auch die Klage auf Herausgabe des Titels und die Klage gemäß § 767 sind auf unterschiedliche Ziele gerichtet;³⁸³ insoweit hat der Kläger die Wahl. Zu beachten ist allerdings eine eventuell entgegenstehende Rechtskraft.
- Einer zivilrechtlichen Beseitigungsklage fehlt nicht das Rechtsschutzbedürfnis, wenn ein **Verwaltungsakt** auf Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes und dessen Vollstreckung durch die Verwaltungsbehörde den Gläubiger befriedigen würde.³⁸⁴ Beide Rechtsbehelfe betreffen unterschiedliche Interessen.
- Besteht die Möglichkeit im **Adhäsionsverfahren** einen Anspruch geltend zu machen, so kann das Rechtsschutzbedürfnis für die Zivilklage nicht verneint werden.^{384a} Ein solches Vorrangverhältnis wäre für den Rechtssuchenden auch wegen § 406 Abs. 1 Satz 3, 4, 5 StPO unzumutbar.
- Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt auch nicht für massenhaft anhängig gemachte Verfahren, wenn stattdessen ein **Musterprozess** auf Grund einer Musterprozessverein-

376 RG JW 1937, 2352; RGZ 156, 372, 377; RGZ 138, 219, 232; RGZ 116, 151, 152f.; *Schönke* AcP 150 (1949) 216, 227; anders *Henckel* AcP 174 (1974) 97, 118 ff., der die Klagen auf Unterlassung strafbarer Handlungen nur auf typische Fallgruppen (Ehrverletzungen, unlauterer Wettbewerb) begrenzt, da sie nur um ihrer Warnfunktion willen zulässig sind.

377 BGH GRUR 1982, 239; BGH GRUR 1981, 596, 597.

378 BGH NJW 1983, 1060 m.w.N.; BGH GRUR 1980, 241, 242; OLG Frankfurt GRUR-RR 2003, 198, 199; KG WRP 1976, 376, 377; vgl. auch *Lindacher* GRUR 1975, 413, 417; a.A. OLG München GRUR 1980, 1017, 1018; OLG Hamburg GRUR 1974, 108, 109 (beide Wege sind grds *gleichwertig* – kein Rechtsschutzbedürfnis für ein zusätzliches gerichtliches Verbot).

379 Vgl. BGHZ 66, 182, 187 ff. = NJW 1976, 1198, 1199; von *Gamm* NJW 1979, 513, 518.

380 OLG München OLGZ 1969, 438, 439.

381 BGH GRUR 1960, 379, 381.

382 BGH NJW 1987, 2863; anders noch RGZ 88, 267, 270.

383 Vgl. BGH NJW 1994, 1161, 1162.

384 OLG Köln NJW-RR 1995, 336, 337.

384a So bereits *Schönke* AcP 150 (1949) 216, 226.

barung³⁸⁵ hätte durchgeführt werden können.³⁸⁶ Ist ein vereinbarter Musterprozess rechtshängig und wird trotzdem eine Parallelklage erhoben, steht der Zulässigkeit allein die vermeintliche Musterprozessvereinbarung entgegen (vgl. Rdn. 149).

(3) Zweckwidrige Prozesse. Rechtsschutz soll nur demjenigen gewährt werden, der 93 schutzwürdige Interessen verfolgt und diese nicht missbraucht.^{386a} Bemüht der Kläger die Gerichte als Teile der Staatsgewalt unnützlich oder unlauter oder nutzt er ein gesetzlich vorgesehenes Verfahren zur Verfolgung zweckwidriger und insoweit nicht schutzwürdiger Ziele aus, so ist die Klage wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig abzuweisen.³⁸⁷ Auf den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder das Schikaneverbot (§ 226 BGB)³⁸⁸ braucht hier nicht zurückgegriffen werden, da das Prozessrecht mit dem Rechtsschutzbedürfnis ein eigenes Missbrauchskriterium besitzt.³⁸⁹ Zu weit geht jedoch die positiv formulierte Forderung, das Rechtsschutzbedürfnis setze subjektiv den Wunsch nach einem Urteil sowie Rechtsschutzwillen voraus.³⁹⁰

Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn die Klage objektiv schlechthin sinnlos und 94 damit missbräuchlich ist, so dass der Kläger unter keinen Umständen mit seinem prozessualen Begehren irgendeinen schutzwürdigen Vorteil erlangen kann.³⁹¹

- Dies gilt bei einer Widerklage auf Abwehr (Unterlassung) prozessualer Äußerungen zur Rechtsverfolgung des Klägers.³⁹²
- Es fehlt jedoch nicht am Rechtsschutzbedürfnis, wenn der Verletzte nach Anrufung der Einigungsstelle gemäß § 15 UWG während des Einigungsverfahrens Klage erhebt.³⁹³
- Einem (einverständlichen) **Scheinprozess**³⁹⁴ muss das Rechtsschutzbedürfnis abgesprochen werden, da eine zweckwidrige und missbräuchliche Inanspruchnahme des Gerichts vorliegt.
- Die durch die Rechtsverfolgung allein bezweckte Erzielung von Anwaltsgebühren lässt das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage entfallen.³⁹⁵

385 Ein Musterverfahren ist auch von Gesetzes wegen nach dem Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz (KapMuG) möglich (vgl. Rdn. 27) BGBl I 2005 S. 2437; Begründung zum Entwurf, BT-Drucks. 15/5091, S. 11 ff. Hier müssen die Betroffenen jedoch klagen, um Partei eines Musterverfahrens werden zu können.

386 LAG Düsseldorf/Köln EZA Nr. 10 zu § 83 ArbGG mit Anm. *Dütz*; vgl. *Stürmer* JZ 1978, 499, 501.

386a Vgl. BFHE 175, 7, 11 = BFH AP Nr. 33 zu § 551 ZPO = NJW 1995, 1048 (LS); zum Teil werden diese Fälle als Verstoß gegen den auch im Prozessrecht zu beachtenden Grundsatz von Treu und Glauben angesehen.

387 BGH NJW 1978, 2031, 2032 (spricht von „engen Voraussetzungen“); BGHZ 54, 181, 184 = NJW 1970, 2023, 2024.

388 Vgl. *Scheffler* JR 1993, 170, 172; *Teichmann* JuS 1990, 269, 270.

389 *Stephan* S. 47 f. spricht von „Hausgut des Rechtsschutzbedürfnisses“; *Thannhäuser* S. 82; **a.A.** *Pohle* FS Lent (1957) 195, 221, 227 f. (Treu und Glauben); schließlich *Baumgärtel* ZFP 69 (1956) 89, 103, mit dem Hinweis, dass dies nur eine terminologische Frage sei; ebenso *Pfister* S. 40 f., 193.

390 So aber *Wieser* S. 40, 43.

391 BGH NJW 1996, 2035, 2037 = LM Nr. 3 zu § 12 KO (*Walker*).

392 BGH NJW 1987, 3138, 3139; OLG Hamm 5.2.2004 – 6 W 11/04 (Ausnahme: eine bewusst falsche, zur Ruf- oder Kreditbeschädigung des Gegners missbrauchte Behauptung); **a.A.** *Walter* NJW 1987, 3140 (Fall der entgegenstehenden Rechtshängigkeit).

393 *Pohlmann* GRUR 1993, 361, 364; **a.A.** *Köhler/Bornkamm/Köhler* UWG³⁰ (2012) § 15 Rdn. 30, der nur dann das Rechtsschutzbedürfnis bejaht, wenn der Verletzte die Einigungsstelle angerufen und der Verletzte nicht zugestimmt hat, da diesem das Einigungsverfahren nicht aufgezwungen werden kann; ebenso differenzierend *Teplitzky* Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren¹⁰ (2011) Kap. 42 Rdn. 39 ff.; *Köhler* WRP 1991, 617, 618 (*venire contra factum proprium*).

394 Dazu *Pohle* FS Lent (1957) 195, 201; *Baumgärtel* ZFP 69 (1956) 89, 102 f., der den Scheinprozess jedoch als selbständigen Unzulässigkeitsgrund ansieht.

395 OLG Hamm NJW 1992, 1333 (im konkreten Fall aber verneinend); OLG Düsseldorf WRP 1983, 159, 160.

- 95 Als missbräuchliche Klage könnte auch die Geltendmachung eines **vertraglichen Unterlassungsanspruchs** angesehen werden, wenn die Gefahr einer erstmaligen Zuwerdung offenkundig nicht besteht und damit auch kein erkennbares Interesse an der gerichtlichen Entscheidung. Hier würde es bereits an dem allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis fehlen; einer analogen Anwendung des § 259 bedürfte es deshalb nicht.³⁹⁶ Hierbei ist jedoch zu bedenken, dass die Unterlassungsklage der einzige Weg ist, um bereits gegen den ersten Verletzungsakt gemäß § 890 vorgehen zu können. Der Schuldner ist hinreichend gemäß § 93 geschützt. Aus diesem Grund ist das Rechtsschutzbedürfnis zur Durchsetzung eines vertraglichen Unterlassungsanspruchs auch dann zu bejahen, wenn keine Zuwerdung droht.³⁹⁷
- 96 Bei den **gesetzlichen Unterlassungsansprüchen** ist die Wiederholungsgefahr bzw. Erstbegehungsgefahr dagegen materiellrechtliche Voraussetzung und keine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses (vgl. dazu § 259 Rdn. 34).³⁹⁸
- 97 Ist das Hauptmotiv des Klägers bei einer Leistungsklage nicht der Erhalt eines Titels, sondern z.B. die Klärung einer Rechtsfrage, so fehlt der Leistungsklage nicht das Rechtsschutzbedürfnis.³⁹⁹ Von einer unnützen oder unlauteren Inanspruchnahme der Gerichte als Teil der Staatsgewalt und damit Missbrauch ist hier noch nicht auszugehen.
- 98 Eine Anfechtungsklage gegen den Hauptversammlungsbeschluss mit dem Zweck, die AG zu einem Abkauf des Anfechtungsrechts zu zwingen, ist nicht unzulässig, allenfalls unbegründet.⁴⁰⁰ Der aktienrechtlichen Nichtigkeitsklage gemäß § 249 AktG liegt dagegen kein materielles Gestaltungsrecht zugrunde, weshalb die rechtsmissbräuchlich erhobene oder weiterbetriebene Nichtigkeitsklage wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig abzuweisen ist.⁴⁰¹
- 99 Die Erschleichung des Gerichtsstandes bzw. die missbräuchliche Gerichtsstandswahl ist keine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses, sondern der sachlichen bzw. örtlichen Zuständigkeit.⁴⁰²
- 100 Zwar ist ein missbräuchlicher subjektiver Zweck schwer nachweisbar⁴⁰³ und die Versagung des Rechtsschutzes allein wegen einer subjektiven Absicht grundsätzlich kaum

396 BGH NJW 1999, 1337, 1338 (Der vertragliche Unterlassungsanspruch setzt keine Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr voraus.); BGH NJW-RR 1989, 263, 264 (die analoge Anwendung des § 259 offen lassend); Pohlmann GRUR 1993, 361, 364; a.A. BGH GRUR 1956, 238, 240: § 259 direkt, da stets Klage auf künftige Leistung; Schimmelpfennig GRUR 1974, 201, 204: § 259 direkt; Pastor GRUR 1974, 423, 430: § 259 direkt; Lindacher GRUR 1975, 413, 419: § 259 analog; vgl. dazu § 259 Rdn. 35.

397 So zutreffend Köhler AcP 190 (1990) 497, 512f.

398 St. Rspr. BGH NJW 2005, 594, 595; BGH NJW 1995, 132, 134 (Immissionsschutzklage); BGHZ 117, 264, 271f. = GRUR 1992, 612; BGH NJW 1990, 2469, 2470; BGH GRUR 1983, 127, 128; BGH GRUR 1973, 208, 209; Palandt/Bassenge BGB⁷¹ (2012) § 1004 Rdn. 32; Ahrens/Ahrens Der Wettbewerbsprozess⁶ (2009) Kap. 14 Rdn. 9; Henke JA 1987, 350, 356f.; Pastor GRUR 1969, 331, 335; a.A. noch BGH GRUR 1966, 157, 159; LG Frankenthal NJW 1955, 263 (die Wiederholungsgefahr stellt gleichzeitig das Rechtsschutzbedürfnis für die Unterlassungsklage dar); vermittelnd Jauernig/Berger BGB⁶⁴ (2011) § 1004 Rdn. 11: grds wie h.M., aber das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn die Wiederholungsgefahr schon nicht schlüssig behauptet wird.

399 LG Bonn NJW 1995, 2995, 2996.

400 BGH NJW-RR 1992, 1388, 1389 m.w.N. (Unbegründetheit der Anfechtungsklage); BGH BB 1962, 426; vgl. RGZ 146, 385, 395ff. zum Einwand des Rechtsmissbrauchs bei der aktienrechtlichen Anfechtungsklage; a.A. Teichmann JuS 1990, 269, 271 (fehlendes Rechtsschutzbedürfnis). Näher zu diesem Problemkomplex vgl. BGHZ 107, 296, 308f. = NJW 1989, 2689, 2691.

401 OLG Frankfurt NJW-RR 1991, 805, 806; vgl. auch OLG Stuttgart AG 2003, 165; OLG Stuttgart AG 2001, 315, 316f.; a.A. Pfister S. 192 m.w.N. (gestaltungsähnlicher Charakter).

402 Vgl. Jacobs GRUR 1988, 786, 787; ebenso Pfister S. 40ff.; a.A. OLG Hamm OLGZ 1987, 336, 337 = NJW 1987, 138f. (Gerichtsstandswahl gemäß § 14 Abs. 2 UWG (§ 24 Abs. 2 UWG a.F.) um eine vermeintlich günstige Rechtsprechung eines Obergerichts auszunutzen); offenlassend OLG Köln GRUR 1988, 148, 149.

403 Vgl. Klage S. 75, 87, der darauf hinweist, dass eine sorgfältige Abwägung zu erfolgen hat und der verfahrensfremde Zweck sich erst nach längerer Prozessdauer herausstellt.

vertretbar. Jedoch muss in Fällen *evidenten* Missbrauchs das Rechtsschutzbedürfnis versagt werden, um das Gericht nicht zum „Handlanger“ von missbilligenden Interessen zu machen. Hierunter fallen die in der Literatur⁴⁰⁴ genannten Fälle der „Verhöhnung der Justiz“ durch querulatorische Klagen,⁴⁰⁵ wenn der Querulant den verfolgten, verfahrensfremden Zweck zum alleinigen Prozesszweck erhebt, wobei die Sachentscheidung für ihn bedeutungslos ist⁴⁰⁶ und es nicht schon an einer wirksamen Klage fehlt (vgl. § 253 Rdn. 25 und § 271 Rdn. 17f.) sowie das „pfennigweise Einklagen der Forderung“.⁴⁰⁷

Teilweise wird unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzbedürfnisses die **Verwirkung** diskutiert.⁴⁰⁸ Beide Fragen sollten jedoch voneinander getrennt werden.⁴⁰⁹ Zwar können prozessuale Rechte **verwirkt** werden.⁴¹⁰ Das prozessuale *Leistungsklagerecht* fällt jedoch nicht darunter,⁴¹¹ da es einen Vertrauensschutz des Gegners gegen eine Inanspruchnahme im Klageweg nicht gibt, wenn der Leistungsklage ein materielles Recht zugrunde liegt.⁴¹² Sind die Voraussetzungen des Verwirkungstatbestandes bei Klageerhebung gegeben, so ist der materielle Anspruch und nicht die Klagebefugnis betroffen, weshalb allein ein klageabweisendes Sachurteil wegen materieller Verwirkung⁴¹³ denkbar wäre. Prozessual unverwirkt sind auch Gestaltungsklagen. Auch hier kommt nur die Verwirkung des materiellen Gestaltungsrechts in Betracht, auch wenn dieses nur auf prozessualen Wege durchgesetzt werden kann.⁴¹⁴ Allerdings können nach der Rechtsprechung des BAG⁴¹⁵ Feststellungsklagen wegen prozessualer Verwirkung unzulässig

404 Stein/Jonas/Roth Rdn. 154 m.w.N.; Brehm FG 50 Jahre BGH (2000) 89, 103.

405 Vgl. Dinger Querulatorisches Verhalten im Justizsystem (1988); Klag S. 87 ff.; Baumgärtel Z郑 69 (1956) 89, 102.

406 Klag S. 87.

407 Schönke Rechtsschutzbedürfnis S. 34; Pohle FS Lent (1957) 195, 225, 228; vgl. dazu Stephan S. 48 (pfennigweise Geltendmachung eines Anspruchs mit einer Unzahl von Teilklagen); a.A. Sauer Grundlagen des Prozeßrechts² (1929) 527, 607 (Abweisung als unbegründet).

408 LAG Berlin NZA-RR 2003, 409; BGB-RGRK/Ascheid¹² (1997) § 613 a Rdn. 275.

409 Vgl. BGH NJW-RR 1990, 886, 887, der die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses ebenfalls getrennt von der Frage, ob die Klageerhebung wegen unzulässigen Rechtsmissbrauchs abzuweisen ist, behandelt; Stein/Jonas/Roth Rdn. 159.

410 BGHZ 43, 289, 292 = NJW 1965, 1532 (Verwirkung des Beschwerderechts gemäß § 22 LwVG); BayObLG NJW-RR 1997, 389, 390 (Rechtsmittelbefugnis); LG Kiel Rpfleger 1996, 346 (Verwirkung des Beschwerderechts gemäß §§ 20, 21 FGG); vgl. auch KG FamRZ 2004, 1805; AG Brandenburg 28.11.2008 – 31 AR 10/08, Rpfleger 2009, 161, 162f. (Verwirkung des Erinnerungsrechts).

411 BGH NJW-RR 1990, 886, 887; BGHZ 48, 351, 354 = NJW 1968, 105, 106; KG OLGZ 1977, 427, 428 f.; Baumgärtel Z郑 75 (1962) 385 ff.; Baumgärtel Z郑 86 (1973) 353, 367; Dütz Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht (1970) 192 (es kommt nur auf das Verhältnis Rechtssuchender – Staat bzw. Gericht an); Böttcher in Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 242 BGB – Prozessverwirkung; Zeiss S. 144; vgl. Konzen S. 258 ff.; vgl. Klag S. 80 f.; a.A. wohl Schilken ZPR Rdn. 151.

412 BGH NJW-RR 1990, 886, 887.

413 Die Verwirkung ist sogar noch nach Rechtshängigkeit möglich, OLG Schleswig NJW-FER 2000, 27 (Der in § 204 Abs. 2 BGB enthaltene allgemeine Rechtsgedanke belegt, dass eingetretene Rechtshängigkeit nicht vor den materiellrechtlichen Rechtsfolgen einer nachlässigen Anspruchsverfolgung schützt); so auch MünchKommBGB⁶/Roth/Schubert (2012) § 242 Rdn. 335.

414 Vgl. Baumgärtel Z郑 75 (1962) 385, 388; Zeiss S. 142 ff. (allerdings differenzierend, da er nicht für alle Gestaltungsklagen ein materielles Gestaltungsrecht annimmt); so auch Konzen S. 267; gegen diese Differenzierung zu Recht Henckel Prozeßrecht und materielles Recht (1970) 115.

415 BAG AP Nr. 6 zu § 242 BGB Prozessverwirkung Gründe zu II 1 = NZA 2000, 540; BAG NZA 1998, 374, 375; BAG NZA 1989, 16; BAGE 11, 353 = NJW 1962, 463 = AP Nr. 1 zu § 242 BGB – Prozessverwirkung, Gründe zu II 1 (Der Kläger beehrte 1960 die Feststellung, dass die ihm gegenüber 1946 ausgesprochene fristlose Kündigung unwirksam sei); LAG Hamm Urt. v. 31.10.1996 – 17 Sa 251/96 = NZA-RR 1997, 422 (LS); ArbG Bielefeld NZA 1985, 187; dazu Kettler NZA 2001, 928, 931 f.; a.A. Zeiss S. 147 (Verwirkung der Feststellungsklagebefugnis ist mat. Problem); Konzen S. 266; genereller Ausschluss der Verwirkbarkeit: Baumbach/Lauterbach/Hartmann Einl. III Rdn. 65; MünchKomm/Rauscher Einl. Rdn. 35; KG OLGZ 1977, 427, 428 f. (Klagebefugnis bei Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsklage grds. unverwirkt);

sein. Das Klagebegehren ist danach verwirkt, wenn der Kläger die Klage erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums erhebt (Zeitmoment) und dadurch ein Vertrauenstatbestand beim Beklagten geschaffen wurde, er werde nicht mehr gerichtlich belangt werden (Umstandsmoment). Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes das Interesse des Berechtigten an einer sachlichen Prüfung des von ihm behaupteten Anspruchs derart überwiegen, dass dem Gegner die Einlassung auf die nicht innerhalb einer angemessenen Frist erhobene Klage nicht mehr zuzumuten ist.⁴¹⁶

102 Die **prozessuale Überholung** (prozessuale Erledigung) bzw. die **Gegenstandslosigkeit** (materiellrechtliche Erledigung) werden ebenfalls im Zusammenhang mit dem Rechtsschutzbedürfnis diskutiert,⁴¹⁷ gehören jedoch nicht hierher.⁴¹⁸ Mit der prozessualen Überholung werden Fälle beschrieben,⁴¹⁹ bei denen Prozesshandlungen wegen der bereits fortgeschrittenen Prozesslage nicht mehr zulässig sind. Diese Fälle werden hauptsächlich bei der Einlegung von Rechtsmitteln⁴²⁰ und anderen Prozesshandlungen relevant, nicht aber im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses als Sachurteilsvoraussetzung für die Klage.⁴²¹ Die Gegenstandslosigkeit ist eine Frage der Begründetheit und ebenfalls nicht im Rechtsschutzbedürfnis zu verorten.⁴²²

- Allerdings hat der BGH die Nichtigkeitsklage gegen einen Hauptversammlungsbeschluss, dessen Formfehler bereits durch inhaltsgleichen Beschluss beseitigt wurde, wegen des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig abgewiesen.⁴²³
- Auch das Reichsgericht hat eine Klage auf Löschung eines Wiederkaufsrechts gemäß § 894 BGB, nachdem der Kläger rechtskräftig zur Auflassung aus dem Wiederkaufsrecht verurteilt worden ist, an dem fehlenden Rechtsschutzbedürfnis scheitern lassen.⁴²⁴ Die Beeinträchtigung i.S.d. § 894 BGB ist jedoch eine materiellrechtliche Voraussetzung, so dass die Klage als unbegründet hätte abgewiesen werden müssen.⁴²⁵

103 (4) Lediglich interesselose Klagen. Bei den lediglich interesselosen Klagen ist zwar dem Kläger unter Umständen das Schutzbedürfnis abzusprechen. Da aber der Zivilprozess auch das objektive Recht bewahren will, kann ein mangelndes subjektives Schutzbedürfnis allein, jedenfalls solange es keinen Missbrauch darstellt, **kein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis** begründen.

- Insoweit fehlt der Klage zur Geltendmachung von **Kleinstforderungen** nicht das Rechtsschutzbedürfnis, es sei denn, es handelt sich um Schikane (Missbrauch).⁴²⁶

Henckel Prozeßrecht und materielles Recht (1970) 115; *Böttcher* ZZP 75 (1962) 385, 387; *Böttcher* ZZP 86 (1973) 353, 367.

416 BAG AP Nr. 5 zu § 242 BGB – Prozessverwirkung = NZA 2000, 540, 541.

417 BGH NJW 1982, 2505, 2506; *Riedel* Die prozessuale Überholung im Zivilprozeß (1973) 119 f.; *Schönke* AcP 150 (1949) 216, 232.

418 So auch *Stein/Jonas/Roth* Rdn. 158.

419 Die rein deskriptive Natur dieses Begriffes hebt auch *Stephan* S. 70 hervor; *Riedel* S. 118 f. bezieht die prozessuale Überholung nur auf Nebenverfahren, deren Zweck infolge des Fortgangs im Hauptverfahren schon erreicht ist bzw. nicht mehr erreicht werden kann.

420 Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zum alten Recht: BGH NJW 1982, 2505, 2506; OLG Zweibrücken NZG 2004, 382.

421 Vgl. dazu auch *Pohle* FS Lent (1957) 195, 231 f.

422 *Stephan* S. 73.

423 BGHZ 21, 354, 356 = NJW 1956, 1753, 1754.

424 RGZ 135, 33, 35 f.

425 Vgl. *Staudinger/Gursky* BGB (2008) § 894 Rdn. 73.

426 *Buß* NJW 1998, 337, 338 f., 344 m.w.N.: prozessuales Interesse besteht trotzdem, solange keine Schikane; *Olzen/Kerfack* JR 1991, 133, 135 m.w.N.; vgl. auch *Marutschke* FS Ishikawa (2001) 293, 294 ff.; **a.A.** AG Stuttgart NJW 1990, 1054 (kein Rechtsschutzbedürfnis für Klage auf Zahlung von 0,41 DM Anwaltsgebühren); *Schneider* MDR 1990, 893, 895.

- Einer Klage trotz **Aussichtslosigkeit der Vollstreckung** (vgl. §§ 888 Abs. 3, 888a) wird – auf Grund der Wertung des Gesetzes – das Rechtsschutzbedürfnis zugesprochen,⁴²⁷ auch wenn der Beklagte einer möglichen Verurteilung nicht Folge leisten will.⁴²⁸ Es kann nicht darauf ankommen, ob die Leistung vollstreckbar ist.
- Für Klagen gegen **völlig Vermögenlose**⁴²⁹ mit der Folge, dass die Zwangsvollstreckung aussichtslos ist, sowie für **Unterhaltsklagen** gegen den Unterhaltsschuldner, obwohl dieser freiwillig Unterhalt zahlt (Titulierungsinteresse),⁴³⁰ ist das Rechtsschutzbedürfnis ebenfalls zu bejahen.

Ist der Mangel des Interesses im **materiellen Recht** begründet – wird also eine nach § 138 BGB sittenwidrige Leistung⁴³¹ eingeklagt, ist die Leistung **unmöglich**, **bereits bewirkt**⁴³² oder die Klage **aussichtslos**⁴³⁴ – so ist dies keine Frage der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit. Der Zivilprozess will nicht nur die erlaubten, möglichen und aussichtsreichen rechtlichen Beziehungen der Bürger ordnen, sondern gerade eine materielle Entscheidung darüber treffen, was rechtens ist. Dies kann jedoch nur in der Begründetheit geschehen, nicht in der Zulässigkeit der Klage.⁴³⁵

3. Die besonderen Prozessvoraussetzungen. Für besondere Verfahrensarten stellt das Gesetz neben den allgemeinen noch besondere Prozessvoraussetzungen auf.

a) Besondere Verfahren. Es bestehen besondere Prozessvoraussetzungen für die **Widerklage** gemäß § 33, die **Feststellungsklage** gemäß § 256 (§ 256 Rdn. 116), die Klagen auf **künftige Leistung**⁴³⁶ (vgl. § 257 Rdn. 2 ff., § 258 Rdn. 3 ff., § 259 Rdn. 3 ff.), die **Abänderungsklage** gemäß § 323, den **Urkunden-, Wechsel- und Scheckprozess** (§§ 592 ff., 602, 605 a), die **Wiederaufnahmeklagen** gemäß §§ 578 ff., die **Drittwiderspruchsklage** gemäß § 771, die **Vollstreckungsabwehrklage** gemäß § 767, die Klage gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel gemäß § 768, die **Klage auf Zustimmung zur Mieterhöhung** (Zustimmungserfordernis gemäß § 558 b Abs. 2 Satz 1 BGB),⁴³⁷ vgl. Rdn. 67, für **Urheberrechtsstreitigkeiten** gemäß §§ 16 Abs. 1, 14 Abs. 1 **WahrnG** (Anrufung einer Schiedsstel-

427 RGZ 51, 182, 184 (§ 888 Abs. 3); MünchKommBGB⁵/Roth (2010) § 1353 Rdn. 54; **a.A.** OLG Düsseldorf MDR 1996, 477 unter Berufung auf BGH NJW 1974, 2317, der allerdings im konkreten Fall das Rechtsschutzbedürfnis im Hinblick auf Schadensersatzansprüche bejaht hat.

428 OLG Köln NJW 1966, 1864; Staudinger/Hübner/Voppel BGB (2007) § 1353 Rdn. 152.

429 BGH LM Nr. 75 zu § 253 ZPO (Klage eines Nachlassgläubigers).

430 BGH NJW 1998, 3116 f. m.w.N.; OLG Frankfurt FamRZ 1981, 70; differenzierend *Künkel* NJW 1985, 2665, 2670; **a.A.** Baumbach/Lauterbach/Hartmann Grundz § 253 Rdn. 40.

431 OLG Hamburg WRP 1973, 482, 483; Baumgärtel ZJP 69 (1956) 89, 131; *Stephan* S. 52; **a.A.** *Schönke* S. 34.

432 BGH NJW 1996, 515, 517; **a.A.** OLG Schleswig NJW 1982, 2672 f. (Räumungsklage gegen bereits ausgezogenen Mieter); *Schönke* AcP 150 (1949) 216, 230.

433 *Thannhäuser* S. 74 (Frage der Begründetheit); anders BGH MDR 1988, 46 (Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn der Kläger selbst von der bereits erfolgten Befriedigung seines Anspruchs ausgeht).

434 Stein/Jonas/Roth Rdn. 140.

435 OLG Hamburg WRP 1973, 482, 483 f.

436 *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 89 Rdn. 15; **a.A.** *Roth* ZJP 98 (1985) 287, 306 f., 312 (§§ 257–259 sind Begründetheitsnormen, so dass keine Amtsprüfung und eine Abweisung der Klage als unbegründet erfolgt).

437 Sog. **Zustimmungs- oder Überlegungsfrist** ist besondere Prozessvoraussetzung, so dass vorher erhobene Klage „zur Zeit“ unzulässig ist, BayObLGZ 1982, 78, 83 ff. = WuM 1982, 105, 107; Staudinger/*Emmerich* BGB (2006) § 558 b Rdn. 16 m.w.N.; *Emmerich* FS Lücke (1997) 65, 72 auch dazu, dass auf diese besondere Prozessvoraussetzung ausnahmsweise verzichtet werden kann, wenn Mieter sofort und endgültig jede Mietzinserrhöhung ablehnt.

le),⁴³⁸ gemäß § 104 Satz 3 SachenRBerG, § 14 Nr. 3c PflVersG, § 111 Abs. 2 Satz 5 ArbGG, § 37 Abs. 1 ArbEG; § 15 Abs. 10 Satz 4 UWG,⁴³⁹ § 35 BJagdG.

- 107 **b) Das obligatorische Schlichtungsverfahren, § 15a EGZPO.** Zur Entlastung der Gerichte hat der Bundesgesetzgeber mit § 15a EGZPO den Landesgesetzgebern die Möglichkeit gegeben, durch Erlass eines entsprechenden Landesgesetzes die Zulässigkeit einer Klage unter bestimmten Umständen von der Durchführung eines vorprozessualen Güteverfahrens abhängig zu machen.⁴⁴⁰ Besteht die entsprechende landesgesetzliche Regelung,⁴⁴¹ so ist die Durchführung der Güteverhandlung und die Vorlage einer entsprechenden Bescheinigung vor Gericht besondere Prozessvoraussetzung, die von Amts wegen zu prüfen ist.⁴⁴² Umstritten ist die Frage, ob die Klage in jedem Fall unzulässig ist, wenn das außergerichtliche Schlichtungsverfahren nicht vor der Klageerhebung durchgeführt worden ist, oder ob es noch während des Prozesses nachgeholt werden kann.
- 108 Für die **Nachholbarkeit** spricht, dass Prozessvoraussetzungen (erst) zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorliegen müssen und die Abweisung sowie die Neuerhebung der Klage bei Fehlschlagen des Schlichtungsversuchs zudem nicht prozessökonomisch wären.⁴⁴³ Außerdem zeigt § 278 Abs. 5 Satz 2, dass der Gesetzgeber den Schlichtungsversuch auch während des Verfahrens für sinnvoll hält. Schließlich darf der Rechtssuchende nicht unbillig belastet werden, wenn er bei Unsicherheiten über die Höhe des Streitwerts wegen § 15a Abs. 1 Nr. 1 EGZPO sicherheitshalber das Schlichtungsverfahren durchführen müsste. Auch die Frage, wie die Nachholbarkeit verfahrensrechtlich ermöglicht werden könnte, bereitet Schwierigkeiten. Einer Anordnung des Ruhens des Verfahrens zur Nachholung des Schlichtungsverfahrens, die **teilweise** vorgeschlagen wird,⁴⁴⁴ steht zwar ausnahmsweise⁴⁴⁵ nicht die (vorübergehende) Unzulässigkeit der Klage entgegen. Sie ist aber nur möglich, wenn von beiden Seiten dahingehende Prozessanträge gemäß § 251 Satz 1 gestellt werden, die Zweckmäßigkeit⁴⁴⁶ allein reicht nicht

438 Dazu BGH NJW 2001, 228 = LM Nr. 14 zu WahrnG (Vinck) (Prozessvoraussetzung nur, wenn Anwendbarkeit oder Angemessenheit des Tarifs im Streit steht, § 16 Abs. 2 S. 2 WahrnG, also nicht bei vertraglichen Vergütungsansprüchen).

439 Unzulässigkeit (nur) der negativen Feststellungsklage während Anhängigkeit eines Verfahrens vor Einigungsstelle, vgl. Köhler/Bornkamm/Köhler UWG³⁰ (2012) § 15 Rdn. 30.

440 Dazu Bitter NJW 2005, 1235; Lauer NJW 2004, 1280 ff.; Friedrich NJW 2003, 3534 ff.; Wesche MDR 2003, 1029; Prütting Außergerichtliche Streitschlichtung (2003); Reiß Obligatorische Streitschlichtung – eine empirische Untersuchung der Schlichtungspraxis in Baden-Württemberg (2003).

441 Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein.

442 BGH 20.11.2009 – V ZR 94/09, NJW-RR 2010, 357; LG Kassel 22.1.2004 – 1 S 413/03; LG Ellwangen NJW-RR 2002, 936; Thomas/Putzo/Hüfstege § 15 a EGZPO Rdn. 2; Prütting Außergerichtliche Streitschlichtung (2003) Rdn. 222; Reiß Obligatorische Streitschlichtung – eine empirische Untersuchung der Schlichtungspraxis in Baden-Württemberg (2003) 24; Bitter NJW 2005, 1235, 1236; Pfab Rpfleger 2005, 411, 412; Unberath JR 2001, 355.

443 BGH NJW 2005, 437, 438; OLG Hamm MDR 2003, 387; LG Kassel 22.1.2004 – 1 S 413/03; AG Königstein i.Ts. NJW 2003, 1954, 1955; Stein/Jonas/Brehm vor § 1 Rdn. 246; Friedrich NJW 2003, 3534; Friedrich NJW 2002, 798, 799; Friedrich NJW 2002, 3223, 3224 jeweils m.w.N.; Prütting Außergerichtliche Streitschlichtung (2003) Rdn. 106; Reiß Obligatorische Streitschlichtung – eine empirische Untersuchung der Schlichtungspraxis in Baden-Württemberg (2003) 24; noch weitergehend LG München II NJW-RR 2003, 355; Nachholung entbehrlich, wenn keine Einigung absehbar.

444 AG Königstein i.Ts. NJW 2003, 1954, 1955; Friedrich NJW 2003, 3534; Reiß Obligatorische Streitschlichtung – eine empirische Untersuchung der Schlichtungspraxis in Baden-Württemberg (2003) 24 f.

445 Bei Unzulässigkeit der Klage oder des Rechtsmittels soll die Anordnung gemäß § 251 Satz 1 nicht ergehen: Stein/Jonas/Roth § 251 Rdn. 1; Musielak/Stadler § 251 Rdn. 1.

446 So aber AG Königstein i.Ts. NJW 2003, 1954, 1955.

aus. Wenn nur eine Partei das Ruhen des Verfahrens, die andere dagegen z.B. Klageabweisung beantragt, wird das Gericht teilweise als berechtigt angesehen, eine angemessene Frist für die Nachholung des Schlichtungsversuchs entsprechend §§ 139 Abs. 2, 5, 273 Abs. 1 festzusetzen.⁴⁴⁷ Für diese Zeit wird das Verfahren nicht weiter fortgesetzt. Wird das Schlichtungsverfahren innerhalb der Frist nachgeholt, so soll die ursprüngliche Klage zulässig sein.

Die **überwiegende Ansicht**⁴⁴⁸ verneint die Nachholbarkeit und nimmt im Falle des **109** fehlenden Schlichtungsverfahrens im Zeitpunkt der Klageerhebung „derzeitige Unzulässigkeit“ der Klage an. Dafür sprechen vor allem der Wortlaut des § 15a EGZPO, der die Zulässigkeit der „Erhebung“ der Klage von dem Schlichtungsversuch abhängig macht, und der Zweck des Schlichtungsverfahrens, die Gerichte zu entlasten.

Soll durch § 15a EGZPO der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck erreicht werden, ist es **110** sinnvoll, die Klage nicht zuzustellen⁴⁴⁹ und auf die Möglichkeit einer Klagerücknahme hinzuweisen⁴⁵⁰ bzw. eine Frist zur Behebung des Mangels zu setzen.

Zu weit geht jedoch die Ansicht, die sich für eine Aufhebung des erstinstanzlichen **111** Urteils im Rechtsmittelverfahren und eine Abweisung der Klage als unzulässig ausspricht, wenn das erstinstanzliche Gericht fehlerhaft ein obligatorisches Streitschlichtungsverfahren für entbehrlich gehalten hat.⁴⁵¹ Befindet sich der Rechtsstreit bereits im Berufungsverfahren, ist eine Streitschlichtung offensichtlich nicht mehr möglich. Es würde sich um eine bloße Förmelerei handeln und der Prozessökonomie widersprechen,⁴⁵² die Klage abzuweisen und nach Durchführung der Streitschlichtung ein neues Verfahren in Gang zu bringen mit der Folge, dass die erstinstanzliche Entscheidung hinfällig würde. Auch zur Etablierung der obligatorischen Streitschlichtung ist dies nicht erforderlich, da der Kläger nicht damit rechnen kann, dass das erstinstanzliche Gericht trotz fehlender Streitschlichtung die Klage für zulässig hält.

Bei Aufhebung des Schlichtungsgesetzes nach Rechtshängigkeit steht jedoch der **112** Umstand, dass vor Klageerhebung kein Schlichtungsverfahren stattfand, der Zulässigkeit der Klage nicht mehr entgegen.⁴⁵³

c) Klageausschlussfristen. Das Gesetz sieht in bestimmten Fällen Fristen für die **113** Erhebung einer Klage vor. Welche Folgen ein solcher Fristablauf hat, hängt davon ab, ob es sich um eine prozessuale oder eine materiellrechtliche Ausschlussfrist handelt. Entscheidend für die Abgrenzung ist der Umstand, auf welchem Gebiet die Frist Rechtswir-

447 Stein/Jonas/Schlosser § 15a EGZPO Rdn. 1; Prütting Außergerichtliche Streitschlichtung (2003) Rdn. 107.

448 BT-Drucks. 14/980 S. 6: „Dagegen kann – wie sich aus dem Wortlaut [des § 15a Abs. 1 Satz 2 EGZPO] eindeutig ergibt – der Einigungsversuch selbst nicht nachgeholt werden“; BGH 13.7.2010 – VI ZR 111/09, NJW-RR 2010, 1725; BGHZ 161, 145, 147 = NJW 2005, 437, 438; OLG Brandenburg 19.5.2003 – 32 C 151/02 (Ausnahmen aber zulassend); LG Karlsruhe Justiz 2003, 265, 266; LG Ellwangen NJW-RR 2002, 936; AG München NJW-RR 2003, 515; AG Itzehoe NJW-RR 2003, 352; AG Wuppertal ZInsO 2002, 91, 92; AG Nürnberg NJW 2001, 3489; Zöller/Hefler § 15a EGZPO Rdn. 25; Musielak/Foerste Rdn. 4; Thomas/Putzo/Hüfstege § 15a EGZPO Rdn. 2; Musielak Grundkurs, Rdn. 607; Kimmelman/Winter JuS 2003, 951, 953; Schläger ZMR 2002, 401.

449 Vgl. BGHZ 161, 145, 148 f. = NJW 2005, 437, 439, allerdings nur für eine Übergangszeit.

450 Vgl. BGHZ 161, 145, 151 = NJW 2005, 437, 439 unter Hinweis auf BGH NJW 2004, 1530, bedenklich, da die Möglichkeit der Klagerücknahme vor Zustellung der Klage nur im Ausnahmefall des § 269 Abs. 3 Satz 3 besteht.

451 So aber Rimmelspacher/Arnold NJW 2006, 17, 19 gegen LG Marburg NJW 2005, 2866, 2867, nach dessen Ansicht auf Grund des Sinn und Zwecks der §§ 513 Abs. 2, 545 Abs. 2 ein erforderliches Streitschlichtungsverfahren in der Berufung nicht mehr gerügt werden kann.

452 So zu Recht LG Marburg NJW 2005, 2866, 2867.

453 BGH NJW 2007, 519 f.

kungen erzeugt.⁴⁵⁴ Ist der durch die Fristversäumung bewirkte Rechtsnachteil im Prozessrecht angesiedelt, dann handelt es sich um eine prozessuale Ausschlussfrist, ist er dagegen dem materiellen Recht zuzurechnen, dann geht es um eine materiellrechtliche Frist.⁴⁵⁵

114 Eine prozessuale Ausschlussfrist ist anzunehmen, wenn die materielle Rechtslage durch die Versäumung nicht verändert wird, das materielle Recht demnach bestehen bleibt, ihm aber die Klagbarkeit genommen wird. Die Versäumung der Klagefrist hätte in diesem Fall zur Folge, dass die Partei mit der vorzunehmenden Prozesshandlung ausgeschlossen ist (§ 230)⁴⁵⁶ und eine dennoch erhobene Klage als unzulässig abgewiesen werden müsste.⁴⁵⁷ Dagegen führt die Versäumung einer materiellen Ausschlussfrist zum Untergang des materiellen Rechts, so dass eine Klage zwar zulässig, aber nicht begründet wäre. Vor allem bei den Gestaltungsklagen, wie z.B. §§ 1317,⁴⁵⁸ 1600 b,⁴⁵⁹ 2340 Abs. 3, 2342 BGB, § 246 Abs. 1 AktG,⁴⁶⁰ § 51 Abs. 1 Satz 2 GenG, § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG⁴⁶¹ wird von materiellrechtlichen Klagefristen ausgegangen mit der Folge, dass das Gestaltungsrecht bei Versäumung der Klagefrist erlischt.⁴⁶² Auch bei den Leistungsklagen kommen materiellrechtliche Klageausschlussfristen in Betracht, z.B. §§ 562b Abs. 2 Satz 2, 864, 1002 Abs. 1, 1600b,⁴⁶³ 1835 Abs. 1 Satz 3, 1836 Abs. 2 Satz 4 BGB, § 12 Abs. 3 VVG a.F.,⁴⁶⁴ § 15 Abs. 4 AGG und § 61b ArbGG,⁴⁶⁵ § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG.⁴⁶⁶ Materiellrechtliche Klageausschlussfristen sind wiederum von materiellrechtlichen *Ausschlussfristen* zu unterscheiden, die ebenfalls das Erlöschen des jeweiligen materiellen Rechts bewirken, für deren Fristwahrung es aber nicht auf die rechtzeitige Erhebung der Klage ankommt, sondern auf die rechtzeitige außerprozessuale Geltendmachung, vgl. bei Gestaltungsrechten z.B. §§ 121, 124, 532 Satz 1, 626 Abs. 2, 1944 BGB; bei Ansprüchen z.B. §§ 611a Abs. 4, 651 g Abs. 1, 801 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 13 ProdHaftG.

115 Klageausschlussfristen sind von den Verjährungsfristen zu unterscheiden, deren Versäumung zu einem Leistungsverweigerungsrecht und nicht zum Erlöschen des Rechts führen. Deshalb sind die vorteilhaften Bestimmungen der §§ 203 ff. BGB weder direkt noch entsprechend anwendbar.⁴⁶⁷

454 Baumgärtel S. 51 f., 68, 80 ff.; Pohle MDR 1951, 701; Heuer AG 1989, 234, 237.

455 Vgl. dazu *Vollkommer* AcP 161 (1962) 332, 335 ff. für Frist der Kündigungsschutzklage gemäß § 3 KSchG a.F.

456 Otto Die Präklusion (1970) 25.

457 Vgl. dazu BGHZ 25, 66, 73 = NJW 1957, 1517, 1518; Thomas/Putzo/Reichold Rdn. 33.

458 BGHZ 25, 66, 74 = NJW 1957, 1517, 1518.

459 MünchKommBGB⁶/Wellenhofer (2012) § 1600 b Rdn. 7.

460 RGZ 123, 204, 207 f.; BGH NJW 1998, 3344, 3345; OLG Stuttgart NJW-RR 2003, 1619, 1620; Hüffer AktG¹⁰ (2012) § 246 Rdn. 20; a.A. Lüke JR 1974, 518.

461 BGH 16.1.2009 – V ZR 74/08, BGHZ 179, 230, 232 ff. = NJW 2009, 999 f.; BGHZ 139, 305 = NJW 1998, 3648 (zu § 23 Abs. 4 Satz 2 a.F.); BayObLG NJW-RR 1990, 210, 211 (§ 23 Abs. 4 Satz 2 a.F.); BT-Drucks. 16/887 S. 38; MünchKommBGB⁵/Engelhardt (2009) § 46 WEG Rdn. 15; Assmann ZWE 2001, 294, 296 (§ 23 Abs. 4 Satz 2 a.F.); vgl. Jennißen/Suilmann WEG³ (2012) § 46 Rdn. 71 (Doppelnatur: materielle Frist und Klagefrist, aber keine Ausschlussfrist); a.A. Lüke NJW 1966, 838 ff. (§ 23 Abs. 4 Satz 2 a.F.).

462 *Vollkommer* AcP 161 (1962) 332, 336.

463 Vgl. BGH NJW 1972, 1373, 1374.

464 BGH NJW-RR 2004, 755; BGHZ 65, 1, 7 = NJW 1975, 874; OLG Hamm VersR 2002, 1361; zur Amtsprüfung LG Bonn NJW 1977, 54; KG Berlin Schaden-Praxis 1998, 216. Durch das Gesetz zur Reform des Versicherungsrechts vom 23.11.2007 (BGBl. I S. 2631) ist § 12 Abs. 3 VVG zum 1.1.2008 ersatzlos weggefallen. Gemäß Art. 1 EGVVG (BGBl. I S. 2631, 2666) behält § 12 Abs. 3 VVG a.F. für Altfälle weiter seine Bedeutung.

465 Germelmann/Germelmann ArbGG⁷ (2009) § 61 b Rdn. 10.

466 BAG AP Nr. 26 zu § 76 BetrVG 1972 (Gründe zu B I 2 d bb) = NZA 1989, 26, 27; Richardi/Richardi BetrVG¹³ (2012) § 76 Rdn. 128.

467 BGH NJW 1987, 255, 256.

Bei den **prozessualen gesetzlichen Ausschlussfristen** handelt es sich um **Prozessvoraussetzungen**, die in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu beachten sind.⁴⁶⁸ Mit Ablauf der Frist verliert die Partei ihr Klagerecht. Dies führt zur Unzulässigkeit der verspäteten Klage wegen fehlender Klagbarkeit (vgl. Rdn. 66).⁴⁶⁹ Ihre Versäumung kann nicht durch Verzicht oder rügelose Verhandlung (§ 295) geheilt werden.⁴⁷⁰

Um prozessuale Ausschlussfristen handelt es sich bei:

117

§ 29 AKG⁴⁷¹ (6 Monate),

§ 111 Abs. 2 Satz 3 ArbGG⁴⁷² (2 Wochen),

§ 217 Abs. 2 Satz 1 BauGB⁴⁷³ (1 Monat),

§ 144 Abs. 3 BBERG (1 Monat),

§§ 210 Abs. 1, Abs. 2 (3 Monate, 6 Monate), 214 Abs. 1 und 215 Abs. 1 BEG⁴⁷⁴ (jeweils 3 Monate),

§ 558 b Abs. 2 Satz 2 BGB,⁴⁷⁵

§ 58 Abs. 1 Satz 1 BLG⁴⁷⁶ (2 Monate),

§ 39 Abs. 1 Satz 1 WaStrG (3 Monate),

§ 26 Abs. 1 EGGVG⁴⁷⁷ (1 Monat),

§ 61 Abs. 1 LBG,⁴⁷⁸

Art. 12 Abs. 3 NTS-AG (Gesetz zu dem Abkommen zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrags vom 19. Juni 1951 über die Rechtsstellung ihrer Truppen und zu den Zusatzvereinbarungen vom 3. August 1959 zu diesem Abkommen),⁴⁷⁹

§ 12 StrEG⁴⁸⁰ und § 13 Abs 1 Satz 2 StrEG,⁴⁸¹

§ 25 Abs. 1 SchBerG (Gesetz über die Beschränkung von Grundeigentum für die militärische Verteidigung, Schutzbereichsgesetz),

§ 7 Abs. 1 MauerG (Gesetz über den Verkauf von Mauer- und Grenzgrundstücken an die früheren Eigentümer – Mauergrundstücksgesetz),⁴⁸²

§ 4 Satz 1 KSchG,⁴⁸³

468 BGHZ 35, 227, 232 = NJW 1961, 1676; BGHZ 32, 338, 341 = WM 1960, 915, 916; *Preibisch* S. 197 m.w.N.

469 *Vollkommer* AcP 161 (1962) 332, 337.

470 BGHZ 111, 339, 341 = NJW 1990, 3085, 3086 zu Art. 12 Abs. 3 NTS-AG; *Amdt* VersR 1973, 481, 489; zur Klagefrist des Art. 8 Abs. 10 des Finanzvertrages: BGH NJW 1961, 1627, 1629.

471 Gesetz zur allgemeinen Regelung durch den Krieg und den Zusammenbruch des Deutschen Reiches entstandener Schäden.

472 Vgl. G/M/P/*Prütting* ArbGG⁷ (2009) § 111 Rdn. 53.

473 BGHZ 155, 27, 30 = NVwZ 2003, 1546.

474 Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung.

475 BT-Drucks. 14/4553 S. 56 li. Sp.; Palandt/*Weidenkaff* BGB⁷¹ (2012) § 558 b Rdn. 9; Bamberger/*Roth/Schüller* BGB (1.5.2012) § 558 b Rdn. 1; zur Unzulässigkeit einer verspäteten Klage: LG Berlin GE 1996, 1549; LG Frankenthal NJW 1985, 273; Staudinger/*Emmerich* BGB (2006) § 558 b Rdn. 17 m.w.N.

476 BGH NJW 1962, 2154, 2155.

477 Vgl. zur Wiedereinsetzung OLG Hamburg NSTZ-RR 2004, 185.

478 BGHZ 35, 227, 232 = NJW 1961, 1676.

479 BGH NZV 1996, 193; BGHZ 111, 339, 341 = NJW 1990, 3085, 3086; zur Klagefrist des Art. 8 Abs. 10 des Finanzvertrages: BGH LM § 234 (A) ZPO Nr. 12 = VersR 1968, 984, 985 m.w.N.

480 BGH NJW 1989, 2619, 2620 (Die absolute Ausschlussfrist des § 12 StrEG ist in jeder Lage des gerichtlichen Verfahrens von Amts wegen zu beachten); OLG Thüringen NSTZ-RR 2001, 160 = JR 2001, 243; *Meyer* Strafrechtsentschädigung und Auslagerstattung⁴ (1997) § 12 StrEG Rdn. 2 und § 13 Rdn. 11 (die Frist gemäß § 12 StrEG ist eine Zulässigkeitsvoraussetzung im Klageverfahren nach § 13 StrEG).

481 OLG Nürnberg 20.2.2008 – 4 U 1780/07, MDR 2008, 708; OLG München 6.9.2004 – 1 W 1660/04; OLGR Schleswig 2000, 70; LG Flensburg NJW-RR 1992, 695, 696; *Meyer* Strafrechtsentschädigung und Auslagerstattung⁴ (1997) § 13 StrEG Rdn. 5, 7.

482 OLG Brandenburg VIZ 2003, 40, 41.

483 Prozessuale Klageausschlussfrist und deshalb Unzulässigkeit der Klage *Vollkommer* AcP 161 (1962) 332, 344, 356; anders BAG NZA 1990, 395, 397 (prozessuale Klagefrist, wegen § 7 KSchG, aber

§ 17 Satz 1 TzBfG,⁴⁸⁴
 § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG.⁴⁸⁵

118 Die Klagefrist wird durch eine wirksame Klageerhebung gewahrt, wobei die Rechtshängigkeit gemäß § 167 auf die Einreichung der Klage vorwirken kann (§ 262 Rdn. 4). Auch ein Prozesskostenhilfesuch gemäß §§ 114 ff. kann bereits fristwährend wirken, da die prozessuale Stellung von Bemittelten und Unbemittelten wegen Art. 3 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG weitgehend anzugleichen ist. Erforderlich ist aber, dass der Kläger/Antragsteller alles ihm Zumutbare tut, damit die Zustellung der Klage „demnächst“ i.S.d. § 167 erfolgt.⁴⁸⁶ Zur Heilung von Zustellungsmängeln, wenn Klagefristen eingehalten werden müssen, vgl. § 253 Rdn. 182 ff. Die Zulässigkeit der Klage ist für die Wahrung der Klagefristen nicht erforderlich. Gelangt die Sache z.B. später an das zuständige Gericht, ist auch die rechtzeitige Anrufung eines örtlich⁴⁸⁷ oder sachlich⁴⁸⁸ unzuständigen Gerichts grundsätzlich geeignet, die Klagefrist zu wahren. Ebenso reicht schon die Teilklage, um die Ausschlussfrist für den gesamten Leistungsanspruch zu wahren, unabhängig davon, ob die eingeklagte Forderung ausdrücklich als Teilforderung bezeichnet wird oder sich dies aus den Gesamtumständen ergibt.⁴⁸⁹ Auch eine unschlüssige Klage wahrt die Klagefrist, soweit die Klageschrift den Klagegrund gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 hinreichend bestimmt.⁴⁹⁰ Fehlt eine erforderliche Rechtsbehelfsbelehrung oder ist sie falsch, beginnt die Klagefrist nicht zu laufen.⁴⁹¹

119 Wird die prozessuale Ausschlussfrist versäumt, so kann **Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand gemäß §§ 233 ff. gewährt werden, wenn die Ausschlussfrist als Notfrist

Unbegründetheit der Klage); ErfKomm/Kiel ArbR¹² (2012) KSchG § 4 Rdn. 1; BAGE 52, 263, 268 f. = NJW 1986, 761 = AP Nr. 14 zu § 4 KSchG 1969 – Gründe zu II 3 b; noch anders früher BAGE 33, 1, 4 f. = NJW 1981, 298 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 – Gründe zu I 1; BAGE 42, 294, 299 = NJW 1984, 255 = AP Nr. 4 zu § 5 KSchG 1969 – Gründe zu B I m.w.N. (materielle Ausschlussfrist und deshalb Unbegründetheit der Klage).

484 Vgl. Vossen FS Schwerdtner (2003) 693, 703 (prozessuale Klagefrist mit materiellrechtlicher Wirkung); a.A. LAG Rheinland-Pfalz 12.10.2004 – 2 Sa 522/04; ErfKomm/Müller-Glöge ArbR¹² (2012) § 17 TzBfG Rdn. 11; Ascheid/Preis/Schmidt/Backhaus Kündigungsrecht⁴ (2012) § 17 TzBfG Rdn. 17 (materielle Ausschlussfrist wie § 4 KSchG); Groeger ArbRB 2006, 126, 127.

485 A.A. BAG NZA 1989, 26, 27 = AP Nr. 26 zu § 76 BetrVG 1972; GK-BetrVG/Kreutz BetrVG⁹ (2010) § 76 Rdn. 158 f.

486 Vgl. dazu OLG München 6.9.2004 – 1 W 1660/04 zu § 13 Abs. 1 S. 2 StrEG; OLGR Schleswig 2000, 70 zu § 13 Abs. 1 S. 2 StrEG (vollständige Angabe der wirtschaftlichen Verhältnisse und Einlegung einer etwaigen Beschwerde gegen die Verweigerung der Prozesskostenhilfe innerhalb von 2 Wochen); OLG Hamm MDR 1993, 385 zu § 13 Abs. 2 S. 1 StrEG.

487 BGHZ 97, 155, 159 = NJW 1986, 2255, 2256 zu § 30 PrEnteigG; BGH NJW 1979, 1709, 1710 zu Art. 12 Abs. 3 NTS-AG mit Anm. Stein in JA 1980, 116; BGHZ 35, 374 = NJW 1962, 2154, 2155 zu Art. 8 Abs. 10 FinV (ausschließliche örtliche Zuständigkeit); BGHZ 34, 230, 235 = NJW 1961, 1014, 1016 (zu Art. 8 Abs. 10 FinV); OLG Nürnberg 20.2.2008 – 4 U 1780/07, MDR 2008, 708 (zu § 13 Abs. 1 Satz 2 StrEG).

488 BGHZ 35, 374, 377 = NJW 1961, 2259 (zu Art. 8 Abs. 10 FinV); RGZ 151, 233, 235; OLG Nürnberg 20.2.2008 – 4 U 1780/07, MDR 2008, 708 (zu § 13 Abs. 1 Satz 2 StrEG); OLG Düsseldorf VersR 1975, 1104.

489 Vgl. BGH NJW-RR 2001, 1244, 1245 = LM Nr. 47 zu § 12 Abs. 3 VVG a.F. (Obwohl die Entscheidung die materielle Ausschlussfrist betrifft, kann für prozessuale Ausschlussfristen nichts Anderes gelten).

490 LG Braunschweig MDR 1984, 1026.

491 BGH NJW-RR 2000, 318, 319 = LM Nr. 33 zu § 6 BB-BUZ 1987 mit Verweis auf § 58 VwGO; BGH MDR 1973, 757 = LM Nr. 23 zu § 195 BEG 1956 (zu § 210 BEG); dagegen BGH MDR 1983, 1002 (zu § 13 Abs. 1 Satz 2 StrEG); aus der Rechtsbehelfsbelehrung ergab sich nicht, gegen wen die Klage zu richten ist – der BGH hielt dies für den Fristbeginn unbeachtlich. Daraus kann aber nicht die grundsätzliche Aussage gezogen werden, die fehlende oder unvollständige Rechtsbehelfsbelehrung habe keinen Einfluss auf den Fristbeginn; so aber Meyer Strafrechtsentschädigung und Auslagerstattung⁴ (1997) § 13 StrEG Rdn. 10; noch anders Stein/Jonas/Roth Rdn. 170: bei falscher oder fehlender Rechtsmittelbelehrung soll die Frist **entsprechend § 58 Abs. 2 VwGO** erst nach einem Jahr seit Zustellung bzw. Verkündung ablaufen.

bezeichnet (z.B. Art. 12 Abs. 3 Satz 2 NTS-AG,⁴⁹² § 39 Abs. 1 Satz 2 WaStrG,⁴⁹³ § 7 Abs. 2 Satz 2 MauerG) oder die Wiedereinsetzung ausdrücklich angeordnet ist (z.B. Art. 237 § 2 Abs. 1 Satz 4 EGBGB, §§ 217 Abs. 2 Satz 1, 218, 221 Abs. 1 BauGB). Ansonsten kommt eine Wiedereinsetzung grundsätzlich nicht in Betracht.⁴⁹⁴ Schließlich ist die Berufung auf eine Klageausschlussfrist durch den Rechtsmissbrauch begrenzt.⁴⁹⁵

Die **materiellrechtlichen Ausschlussfristen** wie z.B. § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG⁴⁹⁶ führen zur Unbegründetheit der Klage. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist bei Versäumung materieller Klageausschlussfristen grds. nicht möglich.⁴⁹⁷ Allerdings gelten die Vorschriften über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 233ff.) jetzt kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung auch für die Anfechtungsfrist der Anfechtungsklage gemäß § 46 Abs. 1 Satz 3 WEG.

Zur Zulässigkeit vertraglicher Vereinbarungen von Klageausschlussfristen, vgl. Rdn. 147 ff. Sie sind nur auf Einrede zu beachten.⁴⁹⁸

4. Systematisierung der Prozessvoraussetzungen. Die Prozessvoraussetzungen können auf verschiedene Art und Weise systematisiert werden.

a) Allgemeine und besondere Prozessvoraussetzungen. Die bisher durchgeführte Unterteilung in **allgemeine und besondere** Prozessvoraussetzungen beantwortet allein die Frage, welche Prozessvoraussetzungen bei jeder Klage und welche nur bei besonderen Verfahren zu beachten sind.

b) Zugangsvoraussetzungen. Während die Zulässigkeit der Klage auch dann gegeben ist, wenn die Sachurteilsvoraussetzungen erst während des gerichtlichen Verfahrens verwirklicht werden, müssen Zugangsvoraussetzungen schon im Zeitpunkt der Klageerhebung erfüllt sein. Die Heilung durch Eintritt der Voraussetzungen während des gerichtlichen Verfahrens ist nicht möglich.⁴⁹⁹ Eine solche Zugangsvoraussetzung ist nach der Rechtsprechung des BGH⁵⁰⁰ die Durchführung eines vorprozessualen obligatorischen Güteverfahrens gemäß § 15a EGZPO.

c) Echte Prozessvoraussetzungen. Dass der Begriff der „Prozessvoraussetzung“ insoweit missverständlich ist, als die meisten Voraussetzungen eben nicht für die Entstehung des Prozessrechtsverhältnisses, sondern für den Erlass eines Sachurteils erforderlich

492 Sie selbst ist aber keine Notfrist, BGH NJW 1975, 1601.

493 Vgl. *Friesecke* WaStrG⁶ (2009) § 39 Rdn. 3.

494 Hinsichtlich der Frist des § 558 b Abs. 2 Satz 2 BGB vgl. LG Berlin GE 1996, 1549, jedoch mit der unrichtigen Begründung, es handle sich um eine materielle Frist; *Blank/Börstinghaus* Miete³ (2008) § 558 b BGB Rdn. 26; *Staudinger/Emmerich* BGB (2006) § 558 b Rdn. 17; **a.A.** *Preibisch* S. 201 (Wiedereinsetzung bei allen Klagefristen zuzulassen).

495 Vgl. BGH MDR 1998, 653, 654 (zu § 12 Abs. 3 VVG a.F.); OLG Frankfurt NVersZ 1999, 257 (zu § 12 Abs. 3 VVG a.F.) obwohl die Entscheidungen die materielle Ausschlussfrist betreffen, kann für prozessuale Ausschlussfristen nichts Anderes gelten.

496 BGHZ 139, 305, 306 = NJW 1998, 3648 (23 Abs. 4 Satz 2 a.F.); BT-Drucks. 16/887 S. 38; *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten/Niedenführ* WEG⁹ (2010) § 46 Rdn. 40 (materiellrechtliche Ausschlussfrist); *Assmann* ZWE 2001, 294 ff. (23 Abs. 4 Satz 2 a.F.); **a.A.** *Jennißen/Suilmann* WEG³ (2012) § 46 Rdn. 71 (keine Ausschlussfrist).

497 KG NJW-RR 1997, 643 m.w.N. zu Art. 7 § 1 Abs. 1 Satz 1 FamNamRG; *Staudinger/Peters/Jacoby* BGB (2009) Vorbem zu §§ 194 ff. Rdn. 17; *Assmann* ZWE 2001, 294, 299 (23 Abs. 4 Satz 2 a.F.); *Vollkommer* AcP 161 (1962) 332, 345; *Lepke* DB 1991, 234, 239.

498 *Preibisch* S. 197.

499 Zum Finanzgerichtsverfahren BFH/NV 2003, 651; BFHE 143, 509 = BStBl. II 1985, S. 521.

500 BGHZ 161, 145, 149 = NJW 2005, 437, 438 f.

lich sind, ist bereits oben (Rdn. 31) festgestellt worden. Allerdings werden diejenigen Prozessvoraussetzungen als „**echte Prozessvoraussetzungen**“ bezeichnet, bei denen der Richter, wenn sie fehlen, die Zustellung der Klage verweigern und damit die Entstehung eines Prozessrechtsverhältnisses verhindern kann. Erfolgt die Zustellung der Klage, obwohl eine echte Prozessvoraussetzung nicht vorliegt, entsteht dennoch ein Prozessrechtsverhältnis (vgl. § 271 Rdn. 35). Echte Prozessvoraussetzungen sind ein Unterfall der Prozessbedingungen⁵⁰¹ (vgl. § 271 Rdn. 14 ff.).

126 Prozessbedingungen sind Mindestanforderungen, die der Richter vor Zustellung der Klage prüft und bei deren Fehlen er die Zustellung verweigern kann.⁵⁰² Wird die Klagezustellung durch den Richter verweigert, so versagt er den Parteien ein Verfahren mit mündlicher Verhandlung. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist jedoch durch den Justizgewährungsanspruch⁵⁰³ und den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)⁵⁰⁴ geschützt. Zwar besteht danach kein Anspruch auf eine mündliche Verhandlung,⁵⁰⁵ sondern nur auf Behandlung der eingereichten Klage nach prozessualen Regeln. Die Prozessbedingungen müssen aber als Mindestanforderungen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen. Deshalb dürfen solche Umstände nicht vor Zustellung der Klage durch den Richter geprüft werden, deren Prüfung *ausschließlich* in der mündlichen Verhandlung durchgeführt werden muss.⁵⁰⁶ Dazu gehören grundsätzlich die Prozessvoraussetzungen (Sachurteilsvoraussetzungen).⁵⁰⁷

127 Echte Prozessvoraussetzungen sind die Parteixistenz⁵⁰⁸ und die funktionelle Zuständigkeit als Zuständigkeit im Instanzenzug,⁵⁰⁹ nicht aber die deutsche Gerichtsbarkeit.⁵¹⁰

128 d) Prozesswirksamkeitsvoraussetzungen. Als Prozesswirksamkeitsvoraussetzungen können die Prozessvoraussetzungen bezeichnet werden, deren Fehlen zur Wirkungslosigkeit des den Mangel nicht erkennenden Sachurteils führt. Zu ihnen zählen: die deutsche Gerichtsbarkeit gegenüber dem Beklagten,⁵¹¹ die Existenz der Partei, nicht

⁵⁰¹ Reiner S. 34 ff.

⁵⁰² Groger S. 33 f. vergleicht die Entscheidung mit einer A-limine-Abweisung (vgl. 24 BVerfGG).

⁵⁰³ BVerfG NJW 2004, 2887; BVerfGE 80, 103, 107 = NJW 1989, 1985: „... der Justizgewährungsanspruch, der durch Art. 19 Abs. 4 GG und durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip gewährleistet wird.“; dazu Halbach S. 72, 74; Breitkopf Die Klageerhebung und -rücknahme bei vollmachtloser Prozessvertretung und ihre kostenrechtliche Beurteilung (2004) 50.

⁵⁰⁴ BVerfG NJW 1984, 2567, 2568; BGH NJW 1978, 1858.

⁵⁰⁵ St. Rspr. BVerfGE 60, 175, 210 f. = NJW 1982, 1579, 1582; BVerfGE 5, 9, 11; Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann GG⁶⁴ (2012) Art. 103 Rdn. 84; Groger S. 43.

⁵⁰⁶ Vgl. Halbach S. 44 f.

⁵⁰⁷ Groger S. 44 ff., 76 ff. (Auch die Prozessvoraussetzungen, die gleichzeitig Prozesshandlungsvoraussetzungen sind).

⁵⁰⁸ OLG Frankfurt FamRZ 1982, 316; Halbach S. 124 ff., 129, 193; Reiner S. 52 ff.; Stein/Jonas/Leipold § 271 Rdn. 24; a.A. Schemmann S. 12.

⁵⁰⁹ So auch Jauernig/Hess ZPR § 38 Rdn. 16; Zeiss/Schreiber ZPR Rdn. 321; Halbach S. 124 (formlose Übersendung an zuständigen Richter); a.A. Musielak/Foerste § 271 Rdn. 3.

⁵¹⁰ LG Hamburg NJW 1986, 3034 (jedenfalls dann, wenn das Gericht nach Lage der Akten nicht über die Immunität entscheiden kann); Geimer IZPR Rdn. 479 f., 486; Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR § 19 Rdn. 14, 20; Aubin JZ 1954, 118, 120; Mann NJW 1990, 618; a.A. OLG München NJW 1975, 2144, 2145 und OLG Braunschweig JR 1954, 263, 264 (Beschränkung auf offensichtliche Fälle, vgl. Rdn. 37); LG Gießen NJW 1956, 555 (bei gänzlich offensichtlich zweifelsfreiem Fehlen der Gerichtsbarkeit); LG Kiel JZ 1954, 117; Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 216 Rdn. 5, der die deutsche Gerichtsbarkeit jedoch nicht als Prozessvoraussetzung versteht; Blomeyer ZPR § 43 I 2d; Groger S. 41 f.; Halbach S. 120, 193.

⁵¹¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR § 62 Rdn. 23; Jauernig Das fehlerhafte Zivilurteil, S. 159; a.A. Hein S. 205: Urteil ist wirksam.

jedoch schon die fehlende Parteifähigkeit⁵¹² und die fehlende Prozessfähigkeit, denn hierbei handelt es sich lediglich um rechtliche und nicht wie bei der Nichtexistenz der Partei um tatsächliche Mängel.⁵¹³ Nach möglicher formeller Rechtskraft des wirkungslosen Urteils⁵¹⁴ können die Parteien noch einmal klagen, da die materielle Rechtskraft fehlt.⁵¹⁵ Der Rechtsschein kann entsprechend §§ 547 Nr. 4, 579 Abs. 1 Nr. 4 durch ordentliche Rechtsmittel und Nichtigkeitsklage⁵¹⁶ oder im Wege der Klauselerinnerung gemäß § 732 oder Erinnerung gemäß § 766 beseitigt werden.⁵¹⁷ Zur Feststellung der Unwirksamkeit vgl. § 256 Rdn. 58. Zur Zustellung der Klageschrift als Prozesswirksamkeitsvoraussetzung vgl. § 253 Rdn. 182.

e) Positive und negative Prozessvoraussetzungen. Hilfreich ist die Unterteilung **129** in negative und positive Prozessvoraussetzungen für Fragen der objektiven **Beweislast** (dazu und insbesondere zur Unterscheidung von der Beweisführungslast Rdn. 162, 166). Positive Prozessvoraussetzungen sind solche, die vorliegen müssen, damit die Klage zulässig ist, negative Prozessvoraussetzungen dürfen dagegen nicht vorliegen. **Positive Prozessvoraussetzungen** sind die deutsche Gerichtsbarkeit, die örtliche, sachliche, funktionale und internationale Zuständigkeit sowie die Rechtswegzuständigkeit, die Parteifähigkeit, die Prozessfähigkeit und die Prozessführungsbefugnis, die ordnungsgemäße Klageerhebung und das Rechtsschutzbedürfnis. **Negative Prozessvoraussetzungen** sind die anderweitige Rechtshängigkeit⁵¹⁸ und die Rechtskraft.⁵¹⁹

f) Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse. Eine Unterscheidung kann **130** weiter danach getroffen werden, ob die Prozessvoraussetzungen von Amts wegen oder nur auf Einrede hin zu beachten sind. Im ersten Fall spricht man von Prozessvoraussetzungen, im zweiten von Prozesshindernissen.⁵²⁰

Prozessvoraussetzungen zeichnen sich dadurch aus, dass ein evidentes öffentliches oder individuelles Interesse daran besteht, die Zulässigkeit der Klage zwingend von dem Vorliegen dieser Bedingungen abhängig zu machen. Sie sind deshalb **von Amts wegen** zu berücksichtigen (vgl. Rdn. 162). Über solche Voraussetzungen der Klage sollen die Parteien nicht disponieren können. Zu ihnen zählen die meisten der unter Rdn. 30 ff. genannten Prozessvoraussetzungen. **131**

Eine **Sonderstellung** nehmen die örtliche, sachliche und internationale Zuständigkeit **132** (vgl. Rdn. 40 ff.) ein. Die Parteien können unter den Voraussetzungen der §§ 38 ff. bzw. Art. 23 EuGVVO durch Gerichtsstandsvereinbarung die Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts herbeiführen. Zudem kann gemäß § 39 die Zuständigkeit eines erstinstanzlichen Gerichts durch rügelose Einlassung des Beklagten begründet wer-

512 *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 43 Rdn. 5; *Jauernig* Das fehlerhafte Zivilurteil, S. 174; *Lindacher* JZ 1989, 377; **a.A.** noch *Kleinfeller* JW 1920, 909; *Sauer* LZ 1919, 671, 673, wohl auch *Wieser* ZZZ 84 (1971) 304, 309 in Fn. 16; offen *Blomeyer* ZPR § 7 III 4.

513 Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 43 Rdn. 5.

514 *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 62 Rdn. 22; *Jauernig* Das fehlerhafte Zivilurteil, S. 141.

515 *Hein* S. 282; *Jauernig* Das fehlerhafte Zivilurteil, S. 188.

516 Vgl. auch BGH NJW 1993, 2943, 2944 = LM Nr. 43 zu § 50 ZPO; BGH MDR 1959, 121 = JZ 1959, 127; OLG Hamburg MDR 1976, 845, 846; OLG Stuttgart JW 1936, 1145; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 41 Rdn. 21; *Lindacher* JZ 1989, 377, 378.

517 *Zöller/Vollkommer* Vorb. § 50 Rdn. 11.

518 RGZ 160, 338, 346 f., das dies jedoch zu Unrecht wegen des „Einredecharakters“ annimmt; BGH NJW 1998, 231 (Rechtshängigkeit als „Prozesshindernis“); BGH NJW 1989, 2064; BGH NJW 1986, 2195.

519 BGH NJW 1995, 1757; BGHZ 93, 287, 289 = NJW 1985, 1711, 1712; LAG Mainz NZA-RR 2004, 430, 431; *Lüke* JuS 2000, 1042, 1044.

520 Auch als prozessuale Einrede bezeichnet, *Vorwerk/Wolf/Bacher* § 253 Rdn. 18.

den.⁵²¹ Dasselbe gilt gemäß Art. 24 EuGVVO in deren Anwendungsbereich für die internationale Zuständigkeit, wenn sich der Beklagte vor dem Gericht „auf das Verfahren einlässt“. Insoweit wird § 39 von Art. 24 EuGVVO verdrängt.⁵²²

133 Prozesshindernisse beschreiben dagegen Voraussetzungen, für deren Vorliegen kein evidenten öffentliches oder individuelles Interesse besteht. Den Parteien steht es vielmehr frei, sich auf ein Prozesshindernis zu berufen oder nicht. Deren Vorliegen ist deshalb nicht von Amts wegen zu prüfen, sondern nur auf **Einrede** der jeweiligen Partei zu beachten. Die Prozesshindernisse sind unter Rdn. 139ff. genannt. Sie sind von den negativen Prozessvoraussetzungen zu unterscheiden.⁵²³

134 g) Anspruchsbezogene Prozessvoraussetzungen. Im Einzelfall können die die Prozessvoraussetzungen begründenden Tatsachen zugleich notwendige Tatbestandsmerkmale für den materiellrechtlichen Anspruch und damit für die Begründetheit der Klage von Bedeutung sein, sog. **doppelrelevante Tatsachen**. Diese müssen im Rahmen der Zulässigkeit nur schlüssig vorgetragen werden (Schlüssigkeitstheorie),⁵²⁴ ihr Nachweis muss erst im Rahmen der Sachprüfung erbracht werden.⁵²⁵ Für die Entbehrlichkeit des Beweises von doppelrelevanten Tatsachen im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung spricht neben der Prozessökonomie^{525a} vor allem der Beklagenschutz. So könnte, wenn der Beweis bereits im Rahmen der Zulässigkeit der Klage erbracht werden müsste und dies nicht gelingt, nur ein Prozessurteil mit dessen begrenzter Rechtskraft ergehen, obwohl die Klage auch unbegründet wäre.⁵²⁶ Für die Zulässigkeit der Klage wird deshalb die vom Kläger schlüssig behauptete doppelrelevante Tatsache als wahr unterstellt. Ergibt sich, dass sie nicht vorliegt, erfolgt eine Abweisung der Klage durch Sachurteil als unbegründet.

135 Eine anspruchsbezogene Prozessvoraussetzung stellt zunächst der **Rechtsweg** dar.⁵²⁷ Das Gericht hat, die Richtigkeit der Behauptung unterstellt, die Rechtsnatur des geltend gemachten Anspruchs selbständig aus dem nicht zu beweisenden Tatsachenvortrag des Klägers zu ermitteln, wobei die Rechtsauffassung des Klägers unbeachtlich ist.⁵²⁸ Weitere anspruchsbezogene Prozessvoraussetzungen können im Einzelfall – mit den gleichen Erwägungen wie zum Rechtsweg – die sachliche,⁵²⁹ örtliche und internationale **Zuständigkeit** sein (vgl. §§ 29, 32).⁵³⁰ Dass damit möglicherweise eine Entscheidung durch ein

521 Für die internationale Zuständigkeit BGHZ 120, 334 = NJW 1993, 1073.

522 OLG Köln NJW 1988, 2182.

523 Zur zweifelhaften Wortwahl in Urteilen des RG und des BGH Fn. 505.

524 Vgl. *Ost* Doppelrelevante Tatsachen im internationalen Zivilverfahrensrecht (2002) 21 ff.; **a.A.** *Würthwein* ZFP 106 (1993) 51, 64 ff., die auf die Schlüssigkeitsprüfung verzichten will.

525 BGH 29.6.2010 – VI ZR 122/09, NJW-RR 2010, 1554; BGHZ 124, 237, 240 = NJW 1994, 1413; BGHZ 7, 184, 186 = NJW 1952, 1336; RGZ 158, 1, 2; RGZ 29, 371, 373 f.; RG JW 1902, 125 (Nr. 3); RG JW 1901, 396 (Nr. 3) und 798, 799 (Nr. 1); OLG Koblenz 1.3.2010 – 2 U 816/09, NJW-RR 2010, 1004; kritisch *Baumbach/Lauterbach/Hartmann* Grundz § 253 Rdn. 15.

525a BGHZ 124, 237, 240 f. = NJW 1994, 1413, 1414.

526 RGZ 29, 371, 372; *Ost* Doppelrelevante Tatsachen im internationalen Zivilverfahrensrecht (2002) 31.

527 RGZ 154, 144, 152; BAG NZA 1996, 1005, 1006 (sic-non Fall: Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten); KG NJW-RR 2001, 1509, 1510; **a.A.** *Bötticher* ZFP 72 (1959) 45, 52; *Bötticher* JZ 1962, 317, 318 (auch Vortrag des Beklagten zu beachten, vgl. Rdn. 39).

528 GmS-OGB NJW 1990, 1527; GmS-OGB BGHZ 102, 280, 283 = NJW 1988, 2295, 2296; BGH 27.10.2009 – VIII ZB 42/08, NJW 2010, 873, 874 f.

529 *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 39 Rdn. 3.

530 BGH NJW 2002, 1425, 1426; BGHZ 124, 237, 240 = NJW 1994, 1413; RGZ 129, 175, 179; RGZ 29, 371, 373 f.; für die internationale Zuständigkeit: BGH NJW-RR 2004, 935; BGH NJW 2001, 1936, 1937; BGHZ 132, 105, 110 = NJW 1996, 1411, 1412 f.; OLG Köln AG 2005, 123, 124; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 31

unzuständiges Gericht in Kauf genommen wird, ist hinzunehmen. Wenn der Anspruch tatsächlich begründet ist, hat das richtige Gericht entschieden. Ist der Anspruch unbegründet, so kommt es auch zu keiner Verurteilung durch das (unzuständige) Gericht.⁵³¹ Weitere anspruchsbegrenzende Prozessvoraussetzungen können die Partei-⁵³² und die Prozessfähigkeit, die entgegenstehende Rechtskraft⁵³³ sowie die Prozessführungsbefugnis des Rechtsinhabers sein.⁵³⁴ Wer behauptet, dass *ihm* ein Recht zustehe, ist auch zur Prozessführung befugt.⁵³⁵ Die – sich nicht aus dem materiellen Recht ergebende – Berechtigung eines *Dritten* zur Prozessstandschaft muss dagegen schon vor der Sachprüfung bewiesen werden.⁵³⁶

h) Bedingte Prozessvoraussetzungen. Weiter können bezüglich der **Prüfungsreihe** **136** **henfolge** der Klage – Zulässigkeit vor Begründetheit – die Prozessvoraussetzungen in **bedingte** und **unbedingte** unterteilt werden.⁵³⁷ Unbedingte Prozessvoraussetzungen sind diejenigen, die immer vorrangig zu prüfen sind, selbst wenn die Unbegründetheit leicht festzustellen ist, die Prozessvoraussetzung dagegen nicht. Insoweit kommt der Grundsatz der Prozessökonomie nicht zum Tragen. Bedingte Prozessvoraussetzungen⁵³⁸ sind dagegen solche, deren Prüfung ausnahmsweise unterbleiben kann, wenn die Unbegründetheit offensichtlich feststeht. Es darf ein abweisendes Sachurteil ergehen, obwohl die Zulässigkeit der Klage noch nicht vollständig geklärt ist.⁵³⁹ Bedingte Prozessvoraussetzungen sind die Rechtsschutzvoraussetzungen, also das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis und die besonderen Formen des Rechtsschutzbedürfnisses wie das Feststellungsinteresse gemäß § 256, die Besorgnis gemäß § 259 oder der Rechtsmissbrauch gemäß § 8 Abs. 4 UWG,⁵⁴⁰ nicht aber die Klagbarkeit.⁵⁴¹

Rdn. 28; differenzierend *Ost* Doppelrelevante Tatsachen im internationalen Zivilverfahrensrecht (2002) 151 f. (Beweis der doppelrelevanten Tatsachen bei Beklagensäumnis notwendig [„kleine Lösung“] oder aber Beweispflicht hinsichtlich aller, jedoch reduzierter, doppelrelevanten Tatsachen [„große Lösung“]); **a.A.** *Würthwein* ZZZ 106 (1993) 51, 64 ff.

531 RGZ 29, 371, 373.

532 BGH NJW 1981, 678 (Parteifähigkeit einer KG im Hinblick auf § 156 HGB); BGH WM 1957, 975; BAG NJW 2003, 80, 81 = NZA 2003, 59, 61.

533 BGHZ 49, 45, 49 = NJW 1968, 51 (Rechtskraft eines Vorprozesses bei Wiederholungsklagen gemäß § 48 EheG); BGHZ 45, 329, 337 = NJW 1966, 1509, 1511; vgl. *Balzer* NJW 1992, 2721, 2723 f.; *Würthwein* ZZZ 112 (1999) 447, 470 Fn. 122 (Neue wissenschaftliche Erkenntnisse in Bezug auf die Kausalität im Haftungsrecht).

534 *Balzer* NJW 1992, 2721, 2726.

535 Vgl. nur *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 46 Rdn. 5.

536 BGH MDR 1978, 398 = ZZZ 91 (1978) 314, 315; *Balzer* NJW 1992, 2721, 2726.

537 Vgl. LAG Hamm, Urt. v. 16.11.2004 – 12 Sa 1045/04; vgl. *Stein/Jonas/Brehm* vor § 1 Rdn. 273.

538 *Jauernig* FS Schiedermaier (1976) 307 f. spricht den bedingten Prozessvoraussetzungen die Existenzberechtigung als Prozessvoraussetzung vollständig ab, da ihnen das Wesensmerkmal fehlt, vor der Befassung des Gerichts in der Sache geprüft werden zu müssen.

539 BGH NJW 1978, 2031, 2032 (allg. Rechtsschutzbedürfnis); BGH NJW 1958, 384 (Feststellungsinteresse); BGHZ 12, 308, 316 = NJW 1954, 1159, 1160 (Feststellungsinteresse); RGZ 158, 145, 152 (Feststellungsinteresse); OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 1389 f. (zu § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG); OLG Bremen MDR 1986, 765; *Nikisch* ZPR § 37 II 3; *Jauernig* Das fehlerhafte Zivilurteil, S. 193; **a.A.** *Schönke* S. 18 (Rechtsschutzbedürfnis stets vor Begründetheitsprüfung); ebenso *Stephan* S. 13 f. Fn. 56.

540 Zum Rechtsmissbrauch gemäß § 8 Abs. 4 UWG; BGH GRUR 2002, 1095 (zu § 13 UWG a.F.); BGH GRUR 1999, 509, 510 – „Vorratslücken“ (zu § 13 UWG a.F.).

541 Vgl. *Schwab* ZZZ 81 (1968) 412, 426; siehe auch *Zöller/Greger* Rdn. 10, der nur Ausnahmen beim Rechtsschutzbedürfnis und Feststellungsinteresse macht; **a.A.** zur Klagbarkeit: *Stein/Jonas/Brehm* vor § 1 Rdn. 273; *MünchKomm/Musielak* § 307 Rdn. 22.

137 Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit, Prozessführungsbefugnis⁵⁴² und die ordnungsgemäße gesetzliche Vertretung sind dagegen keine bedingten Prozessvoraussetzungen. Eine Abweisung der Klage als jedenfalls unbegründet – wobei diese Prozessvoraussetzungen offengelassen werden – ist nicht möglich.⁵⁴³ Etwas anderes gilt für die **gewillkürte Prozesstandschaft**, wenn die Prozessführungsermächtigung außer Streit steht und *allein* das „prozessuale Eigeninteresse des Klägers an der Geltendmachung des fremden Rechts“ zweifelhaft ist. In diesem Fall ist eine Sachentscheidung trotz Zweifels bezüglich des Eigeninteresses möglich.⁵⁴⁴ Dasselbe gilt für die Prozessführungsbefugnis von Verbänden gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 UWG (vgl. dazu Rdn. 25), wenn offensichtlich ist, dass die Klage aus materiellen Gründen erfolglos ist. In beiden Fällen besteht kein schützenswertes Interesse der klagenden Partei.⁵⁴⁵

138 **i) Prozesshandlungsvoraussetzungen.** Von den Prozessvoraussetzungen sind die **Prozesshandlungsvoraussetzungen** zu unterscheiden, obwohl einige Voraussetzungen sowohl Prozess- als auch Prozesshandlungsvoraussetzungen darstellen. Prozesshandlungsvoraussetzungen regeln die Voraussetzungen für einzelne prozessuale Handlungen im Zeitpunkt der Vornahme, Prozessvoraussetzungen dagegen solche für die Sachentscheidung, die auch noch bzw. spätestens im Zeitpunkt der Entscheidung vorliegen müssen.⁵⁴⁶ Zu den Prozesshandlungsvoraussetzungen, die gleichzeitig Prozessvoraussetzungen sind, zählen die Existenz der Partei, die Partei-⁵⁴⁷ und Prozessfähigkeit sowie die Legitimation des gesetzlichen Vertreters. Die Postulationsfähigkeit⁵⁴⁸ und die wirksame Bevollmächtigung⁵⁴⁹ sind lediglich Prozesshandlungsvoraussetzungen,⁵⁵⁰ die Prozessführungsbefugnis dagegen nur eine Prozessvoraussetzung.⁵⁵¹ Allerdings führt das Fehlen einer wirksamen Bevollmächtigung⁵⁵² zur Unzulässigkeit der Klage mangels ordnungsgemäßer Klageerhebung,⁵⁵³ wenn der Mangel schon bei Klageerhebung vorlag und keine Genehmigung gemäß § 89 Abs. 2 erteilt wurde,⁵⁵⁴ während die fehlende Postulationsfähigkeit die Unwirksamkeit der Klage zur Folge hat (vgl. § 253 Rdn. 176).

542 BGH NJW 2000, 738, 739; Schwab JuS 1976, 69, 70; a.A. Henckel Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozessrecht (1961) 192f. (wenn besonderer Aufwand); Henckel Prozeßrecht und materielles Recht (1970) 229 Fn. 163; Grunsky Grundlagen § 34 II 2a, S. 326; kritisch auch Diederichsen ZFP 76 (1963) 400, 416.

543 Schwab JuS 1976, 69, 70; a.A. MünchKomm/Lindacher vor § 50 Rdn. 76 (Prozessführungsbefugnis) § 50 Rdn. 61f. (Parteifähigkeit); §§ 51, 52 Rdn. 50 (Prozessfähigkeit und gesetzliche Vertretung (nur) des Beklagten); Lindacher ZFP 90 (1977) 131, 143; Grunsky Grundlagen § 34 II 2a, S. 326.

544 Vgl. Marotzke EWIR 2000, 405, Anm. zu BGH NJW 2000, 738.

545 BGH NJW-RR 2000, 634, 635.

546 BVerfG DtZ 1992, 183.

547 BGH NJW 2000, 289, 290 f.; OLG Rostock NJW-RR 2002, 828; kritisch Schemmann S. 57 ff.

548 BAG NJW 1955, 476, 477 f.; vgl. Baumgärtel S. 107; Groger S. 75; Urbanczyk ZFP 95 (1982) 339, 351; a.A. Sauer Grundlagen des Prozeßrechts² (1929) 366; Wieser ZFP 84 (1971) 304, 309.

549 Henckel Prozeßrecht und materielles Recht (1970) 37 f.; Urbanczyk ZFP 95 (1982) 339, 344. Die Erteilung der Vollmacht ist selbst auch Prozesshandlung, vgl. Breitkopf Die Klageerhebung und -rücknahme bei vollmachtloser Prozessvertretung und ihre kostenrechtliche Beurteilung (2004) 60 m.w.N.

550 Baumgärtel S. 100 f.

551 BGHZ 31, 279, 281 = NJW 1960, 523.

552 GemS OGB BGHZ 91, 111, 114 = NJW 1984, 2149; BayObLG NJW 1987, 136, 137; OLG Zweibrücken NJW-RR 2001, 359, 360 (das OLG spricht bei der Prozessvollmacht allerdings auch von einer Prozessvoraussetzung); Breitkopf Die Klageerhebung und -rücknahme bei vollmachtloser Prozessvertretung und ihre kostenrechtliche Beurteilung (2004) 44 f.

553 Musielak/Weth § 80 Rdn. 11.

554 Vgl. Zöller/Vollkommer § 89 Rdn. 12.

5. Prozesshindernisse

a) Allgemeines. Die Prozesshindernisse sind nur auf Einrede zu beachten⁵⁵⁵ und 139 können durch Verzicht oder verspätetes, unentschuldigtes Vorbringen (§§ 282 Abs. 3, 296 Abs. 3) unberücksichtigt bleiben. Die Beweislast für das Vorliegen ihrer tatsächlichen Voraussetzungen trägt der Beklagte.

b) Einrede der Schiedsvereinbarung, § 1032. Die Schiedsvereinbarung ist keine 140 von Amts wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung, sondern ein Prozesshindernis,⁵⁵⁶ durch das der Rechtsweg zur staatlichen Gerichtsbarkeit ausgeschlossen wird.⁵⁵⁷ Liegt eine Schiedsvereinbarung vor und wird trotzdem Klage vor einem staatlichen Gericht erhoben, so kann sich der Beklagte auf die Schiedsvereinbarung berufen und gemäß § 1032⁵⁵⁸ vor Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache die Unzulässigkeit der Klage rügen. Das Gericht weist die Klage dann als unzulässig ab, es sei denn, das Gericht stellt fest, dass die Schiedsvereinbarung nichtig, unwirksam oder undurchführbar⁵⁵⁹ ist, § 1032 Abs. 1 a.E. § 1032 ist eine *Spezialvorschrift* zu den allgemeinen Präklusionsvorschriften, so dass sich der Beklagte auch nach Verstreichen einer vom Gericht gesetzten Klageerwidlungsfrist (§ 282 Abs. 3 Satz 2, vgl. dort Rdn. 60) noch wirksam auf die Schiedsvereinbarung berufen kann, wenn er diese vor Beginn der mündlichen Verhandlung geltend macht.⁵⁶⁰

c) Einrede der fehlenden Kostenerstattung des Vorprozesses, § 269 Abs. 6. 141 Gemäß § 269 Abs. 6 kann der Beklagte die Einlassung auf die neue Klage verweigern (Prozesshindernis),⁵⁶¹ bis ihm die Kosten aus dem alten Prozess gemäß § 269 Abs. 3 Satz 2 erstattet worden sind (vgl. § 269 Rdn. 128 ff.). Ist die erhobene Einrede begründet und werden die Kosten durch den Kläger nach einer vom Gericht zu bestimmenden Frist nicht gezahlt, ist die Klage als unzulässig abzuweisen.

d) Einrede der mangelnden Sicherheit, § 110. Die mangelnde Ausländersicherheit 142 kann ebenfalls als prozesshindernde Einrede geltend gemacht werden.⁵⁶²

Umstritten ist, ob es sich bei der mangelnden Kostenerstattung (§ 269 Abs. 6) und 143 der mangelnden Sicherheitsleistung (§ 110) um einredeweise geltend zu machende Prozesshindernisse handelt. Teilweise wird dies mit der Begründung verneint, nach der Vereinfachungsnovelle von 1976⁵⁶³ seien sie nicht mehr als „prozesshindernde Einreden“ ausgestaltet, weil § 113 Satz 2 bei fehlender Ausländersicherheit die Klagerücknahmefiktion als Rechtsfolge vorsieht und § 269 Abs. 6 ein Recht des Beklagten schafft, die Einlassung zur Hauptsache zu verweigern. Es fehle deshalb an einer dem § 1032 Abs. 1 entspre-

555 BGH NJW 1988, 1733 (zu § 110); OLG München MDR 1984, 501 (zu § 269 Abs. 4 a.F., jetzt § 269 Abs. 6).

556 BGH NJW 2001, 2176; BAGE 56, 179, 184 = AP Nr. 33 zu § 611 BGB – Bühnenengagementvertrag = MDR 1988, 259; OLG Düsseldorf NZG 2004, 916, 918.

557 Vgl. BGH NJW-RR 2002, 387; BGH NJW 2001, 2176; BGH NJW 2000, 3720, 3721.

558 Die Norm verstößt nicht gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Die Parteien können freiwillig die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbaren – Art. 101 Abs. 1 Satz 2 will dagegen die staatliche, nicht die private Willkür verhindern, vgl. Maunz/Dürig/Maunz Grundgesetz (2011) Art. 101 Rdn. 22.

559 Insbesondere bei Mittellosigkeit einer Partei, dazu BGH NJW 2000, 3720, 3721 = ZZZ 114 (2001) 97, 98 f. (Walter).

560 BGHZ 147, 394 = NJW 2001, 2176.

561 Dazu *Monschau* ProZR 2003, 26 ff.

562 Vgl. BGH NJW 1988, 1733.

563 BGBl I S. 3281.

chenden Regelung.⁵⁶⁴ Die Rechtsprechung sieht jedoch weiterhin in der Geltendmachung der mangelnden Kostenerstattung (§ 269 Abs. 6) und der mangelnden Sicherheitsleistung (§ 110) Prozesshindernisse.⁵⁶⁵ Da entscheidendes Wesensmerkmal der Prozesshindernisse die Beachtung nur auf (verzichtbare) Einrede (vgl. § 296 Abs. 3) ist (dazu Rdn. 139), müssen auch § 110 und § 269 Abs. 6 als Prozesshindernisse angesehen werden.

e) Prozessverträge als vertraglich wirkende Prozesshindernisse

- 144 **aa) Zulässigkeit. Prozessverträge**⁵⁶⁶ haben mit den Prozesshandlungen gemein, dass sie ihre unmittelbare Wirkung auf dem Gebiet des Prozessrechts entfalten. Aus diesem Grund werden sie auch oft den Prozesshandlungen zugerechnet. Sie unterscheiden sich aber von diesen durch den Charakter der zweiseitigen Vereinbarung. Insofern gleichen sie den materiellrechtlichen Verträgen, deren Hauptwirkung allerdings im materiellen Bereich liegt. In der ZPO sind nur wenige Prozessverträge geregelt, z.B. in den §§ 38,⁵⁶⁷ 40, 108 Abs. 1, 224 Abs. 1, 404 Abs. 4, 794 Abs. 1 Nr. 1, 816 Abs. 1 und 2, 1029. Das bedeutet aber nicht, dass andere Verträge, die keine Regelung in der ZPO gefunden haben, nicht zulässig sind. Andererseits kann im Prozessrecht keine Vertragsfreiheit herrschen.⁵⁶⁸ Nach allgemeiner Meinung⁵⁶⁹ sind Vereinbarungen durch „Prozessverträge“ über ein bestimmtes, auch zukünftiges, verfahrensrechtliches Verhalten jedenfalls dann anerkannt, wenn die Vornahme der betroffenen Prozesshandlung den Parteien freigestellt ist, sie also *dispositives* Prozessrecht berühren⁵⁷⁰ und das bestimmte bzw. bestimmbare zugesicherte Verhalten nicht gegen *höherrangiges Recht* und die *guten Sitten* verstößt.⁵⁷¹ Von dispositivem Prozessrecht ist dann auszugehen, wenn der Vereinbarung keine öffentlichen Interessen entgegenstehen.⁵⁷² Schließlich spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob die Vereinbarung vor oder nach Anhängigkeit geschlossen wird.⁵⁷³ Als Prozess-

564 Jauernig/Hess ZPR § 33 Rdn. 24; Schlosser ZPR Rdn. 290; vgl. auch Musielak/Foerste Rdn. 11.

565 Zu § 110: BGH NJW-RR 1993, 1021; BGH NJW 1981, 2646; zu § 269 Abs. 6: BGH NJW 1992, 2034; BGH NJW-RR 1987, 61.

566 BGH NJW 1984, 805 (Verpflichtung zur Rechtsmittelrücknahme); BGH NJW 1982, 2072, 2073 (Verpflichtung zu künftigem Unterlassen einer Vollstreckungsabwehrklage); BGH NJW 1968, 794 (Verzicht auf Einlegung eines Rechtsmittels); BGH NJW 1961, 460 (Verpflichtung zur Klagerücknahme); BGHZ 28, 45, 48 = NJW 1958, 1397 (Rechtsmittelverzicht); BGH GRUR 1958, 177, 178 (Nichtangriffsabrede bei der Patentnichtigkeitsklage); BGHZ 20, 198, 205 = NJW 1956, 990, 991 (Verpflichtung zur Nichtrücknahme eines Rechtsmittels); RGZ 160, 241, 242 (Verpflichtung, nicht im Urkundenprozess zu klagen); RGZ 159, 186, 189 f. (Verpflichtung zur Klagerücknahme); RGZ 123, 84, 85 (Verpflichtung zur Berufungsrücknahme); RGZ 102, 217, 220 (Verpflichtung zur Klagerücknahme); RGZ 96, 57, 59 (Beschränkung auf bestimmte Beweismittel); dazu Eickmann S. 86 ff.

567 Schilken FS Musielak (2004) 435, 441.

568 RGZ 102, 217, 220 (weniger Vertragsfreiheit als im materiellen Recht).

569 Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR § 66 Rdn. 5; Eickmann S. 12; Preibisch S. 100; Wagner S. 48 ff. m.w.N.; a.A. Hellwig FG Gierke II (1910) 41, 88 f.; Niese Prozeßhandlungen und Verträge über Prozeßhandlungen (1931) 84, 89 („prozessuale Unwirksamkeit“, aber auch die „schulrechtliche Wirksamkeit“ ist beschränkt, da keine Möglichkeit einer Erfüllungsklage besteht).

570 Nikisch ZPR § 55 II 3; Baumgärtel S. 188; Grunsky Grundlagen § 23 II 1; Schiedermaier S. 48; Eickmann S. 22.

571 BGH NJW-RR 1989, 1048, 1049; BGH NJW 1982, 2072, 2073; BGHZ 28, 45, 48 f. = NJW 1958, 1397; RGZ 102, 217, 221; weitergehend Schlosser Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß (1968) 14 f., 89: in dubio pro libertate – auch die Beweiswürdigung und die materielle Rechtskraft können Gegenstand eines Prozessvertrags sein.

572 Baumgärtel S. 188; Schiedermaier S. 48, 58; eine Vereinbarung über die Beweiswürdigung ist unzulässig, RGZ 96, 57, 59; vgl. auch Eickmann S. 92.

573 Grunsky Grundlagen § 23 II 1; Schlosser Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß, S. 43 ff.; Wagner S. 51.

verträge kommen sowohl Verpflichtungs- als auch Verfügungsverträge in Betracht.⁵⁷⁴ Umstritten ist die Rechtsnatur solcher Prozessverträge.⁵⁷⁵

Das Zustandekommen eines Prozessvertrags (Geschäftsfähigkeit, Vertretung, Willensmängel und Vertragsschluss) richtet sich – unabhängig von dessen Rechtsnatur – immer nach den Vorschriften des BGB.⁵⁷⁶ Bei Abschluss während des Prozesses müssen zusätzlich die Prozesshandlungsvoraussetzungen vorliegen.⁵⁷⁷

Werden solche Vereinbarungen in AGB getroffen, unterliegen sie der Inhaltskontrolle.⁵⁷⁸

bb) Ausschluss der Klagbarkeit. Im Rahmen der Prozessvoraussetzungen werden Prozessverträge dann bedeutsam, wenn sie negativ die Erhebung der Klage vollständig oder zeitweise ausschließen. Wird die Klage trotzdem erhoben, führt dies bei einredeweiser Geltendmachung in folgenden Fällen wegen (vorübergehend) fehlender **Klagbarkeit**⁵⁷⁹ zur Unzulässigkeit:

Der **vollständige Ausschluss** der Klagbarkeit durch vertraglich vereinbarten Klageverzicht wird mit der Begründung für wirksam erachtet, dass man den Vertragspartnern, wenn sie schon die Verbindlichkeit ganz aufheben können, das Mindere – den Ausschluss der Klagbarkeit – nicht verwehren könne.⁵⁸⁰ Allerdings ist für eine solche Vereinbarung die Schriftform des § 1027 Abs. 1 zu fordern und bei der Annahme einer solchen Vereinbarung „stärkste Zurückhaltung“ geboten.⁵⁸¹ Die Schriftform gemäß § 623 BGB wird auch bei einer Klageverzichtsvereinbarung gefordert, wenn diese im unmittel-

⁵⁷⁴ *Konzen* S. 185, 188; *Schwab* FS Baumgärtel (1990) 503, 513; *Wagner* S. 38, 276; **a.A.** *Baumgärtel* S. 184 ff., 286 ff.; *Schiedermair* S. 172 ff.

⁵⁷⁵ Prozessuale Rechtsnatur: *Stein/Jonas/Leipold* vor § 128 Rdn. 304, der auch dem Verpflichtungsvertrag eine prozessuale Rechtsnatur zuweist, da seine gewollte Wirkung auf dem prozessualen Gebiet liegt; *Konzen* S. 54; *Kornblum FamRZ* 1973, 416, 422; *Jacoby* S. 125 f.; *Wagner* S. 31 ff.; dem engen Prozesshandlungsbegriff folgend fällt der Prozessvertrag allein in das materielle Recht: BGHZ 57, 72, 75 = MDR 1972, 44; BGHZ 49, 384, 387 = NJW 1968, 1233 (Gerichtsstandsvereinbarung); BGHZ 23, 198, 200 = NJW 1957, 589 f. (Schiedsvertrag: „materiellrechtlicher Vertrag über prozessuale Beziehungen“); *Grunsky* Grundlagen § 23 II 2; *Eickmann* S. 27 f.; *Niese* Doppelfunktionale Prozeßhandlungen (1950) 85; *Teubner/Künzel* MDR 1988, 720, 723; dazu *W. Lorenz* AcP 157 (1958/1959) 265, 278 ff., 281; differenzierend: *Baumgärtel* S. 185, 272 f. stellt auf die Hauptwirkung des Vertrages ab: liegt diese im prozessualen Bereich, dann prozessuale Rechtsnatur (z.B. § 38 ZPO) liegt diese im materiellen Bereich (und nur mittelbar im prozessualen) dann materiellrechtlicher Vertrag; auch *Nikisch* ZPR § 55 III 1; *Habscheid* NJW 1965, 2369, 2370; *Schiedermair* S. 33 ff.

⁵⁷⁶ BGH NJW 1986, 1438, 1439; BGHZ 59, 23, 26 f. = NJW 1972, 1622, 1623 (zu § 38 ZPO).

⁵⁷⁷ *Henckel* Prozeßrecht und materielles Recht (1970) 74; *Schiedermair* S. 136, 143; vgl. aber *Wagner* S. 284, 286: Geltung nur des materiellen Rechts.

⁵⁷⁸ Vgl. zu § 307 BGB: BGHZ 92, 13, 15 ff. = NJW 1984, 2408, 2409 (Bauträgervertrag) = JR 1985, 150 mit Anm. *Lindacher*; *Haß* S. 80.

⁵⁷⁹ LAG Köln AP Nr. 9 zu § 18 BetrVG 1972; OLG Celle NJW 1971, 288, 289; MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 14; *Teubner/Künzel* MDR 1988, 720; **a.A.** *Wagner* S. 413: betrifft die Prozessführungsbefugnis.

⁵⁸⁰ BGH NJW 1982, 2072, 2073 (Verpflichtung, keine Vollstreckungsabwehrklage zu erheben); RG JW 1930, 1062 (Nr. 7); BAG 19.4.2007 – 2 AZR 208/06, BAGE 122, 111, 114 f. = MDR 2008, 34 (Verzicht auf eine Kündigungsschutzklage im Zusammenhang mit einer Kündigung, der allerdings bei formularmäßiger Erklärung ohne Gegenleistung gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB verstößt, BAG 6.9.2007 – 2 AZR 722/06, BAGE 124, 59, 65 ff. = MDR 2008, 513; OLG Celle NJW 1971, 288, 289; OLG Hamburg NJW 1949, 510, 511 mit abl. Anm. von *Lent*; *Blomeyer* ZPR § 30 VIII 2, 3; *Konzen* S. 265; *Schlosser* Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß (1968) 63 ff.; *Siebert* S. 122; *Piehler* FS Arens (1993) 323, 328 f.; **a.A.** *Dütz* Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht (1970) 159, 161; *Schiedermair* S. 90, 93 mit Möglichkeit der Umdeutung in materiellrechtliche Vereinbarung einer Naturalobligation.

⁵⁸¹ Vgl. *Kempf* AcP 73 (1960) 342, 382.

telbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit einer Kündigung getroffen wird.⁵⁸²

Andere halten nur einen vertraglich vereinbarten materiellrechtlichen Ausschluss für zulässig mit dem Hinweis, auf den Justizgewährungsanspruch könne nicht ersatzlos verzichtet werden.⁵⁸³ Ein Verzicht auf den Justizgewährungsanspruch ist darin jedoch nicht zu sehen, sondern lediglich eine Verfügung über materielle oder prozessuale Rechte, die in ihrer privatautonomen Gestalt durch den Justizgewährungsanspruch geschützt sind.⁵⁸⁴ Entscheidend ist damit allein, ob das (prozessuale) Recht dispositiv ist.

149 Erst recht kann die Klagbarkeit nur **zeitweilig ausgeschlossen**⁵⁸⁵ werden. Dies kann in Musterprozessvereinbarungen,⁵⁸⁶ Klagefristvereinbarungen, Schieds- bzw. Schlichtungsvereinbarungen, Mediationsklauseln⁵⁸⁷ (Abweisung der Klage als „zur Zeit unzulässig“)⁵⁸⁸ und sonstigen Stillhalteabkommen⁵⁸⁹ geschehen. Wird von den Parteien dagegen ein Schiedsgutachten verabredet (§ 317 BGB), ist die erhobene Klage, wenn das Gutachten bis zur letzten mündlichen Verhandlung nicht vorliegt, als „zur Zeit unbegründet“ abzuweisen.⁵⁹⁰ Letztlich kommt es immer auf den konkreten Inhalt der Vereinbarung an, ob die Parteien die materielle oder die prozessuale Durchsetzbarkeit vorübergehend ausschließen wollten.

150 Solche Stillhalteabkommen (*pacta de non petendo*) begründen nach Ansicht des BGH zum einen materiellrechtlich ein Leistungsverweigerungsrecht (und damit die Hemmung der Verjährung gemäß § 205 BGB)⁵⁹¹ und zum anderen prozessual einen Ausschluss des Klagerechts.⁵⁹² Wegen dieser vom BGH zwingend angenommenen Doppelwirkung,⁵⁹³ insbesondere wegen der weitreichenden materiellen Folgen im Verjährungsrecht, ist der BGH in der Annahme solcher Vereinbarungen zurückhaltend.⁵⁹⁴ Dadurch wird auch die prozessuale Wirkung der Vereinbarung verhindert und dem Parteiwillen nicht Rechnung

582 BAG 19.4.2007 – 2 AZR 208/06, BAGE 122, 111, 115 ff. = MDR 2008, 34 f.; dazu kritisch *Bauer/Günther* NJW 2008, 1617, 1618 ff.

583 OLG Celle OLGZ 1969, 1 f.; Stein/Jonas/Roth Rdn. 129; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 89 Rdn. 24; *Schiedermaier* S. 94.

584 *Haß* S. 73; *Siebert* S. 130 f.; *Wagner* S. 407 f.

585 Vgl. *Kappel* Die Klageabweisung zur Zeit (1999) 102.

586 Genauer die die Bindungsabrede ergänzende Stillhalteabrede: BGH NJW 1998, 2274; *Schiedermaier* S. 110; *Wagner* NJW 2001, 182, 183; *Haß* S. 71; *Jacoby* S. 163, 170 f., 192.

587 *Unberath* NJW 2011, 1320, 1321 ff.; *Steffek* RabelsZ 74 (2010) 841, 852 f.; *Tochtermann* ZPInt (2006) 429, 458, 471, 473 f.; *Stürmer* Die Vereinbarung von Verfahren privater Streitbeilegung (2008) 105 ff.

(Antrag nach § 251 möglich); **a.A.** den zeitweiligen Klageverzicht durch eine Mediationsvereinbarung verneinend: *Walter* ZP 103 (1990) 141, 162 f., der sich für ein Ruhen des Verfahrens gemäß § 251 ausspricht; OLG Frankfurt 12.5.2009 – 14 Sch 4/09, NJW-RR 2010, 788 f.; LG Heilbronn 10.9.2010 – 4 O 259/09, ZKM 2011, 29 (m. abl. Anm. *G. Wagner* ZKM 2011, 29 f.) wegen der vorzeitigen Beendigungsmöglichkeit eines Mediationsverfahrens).

588 BGH NJW 1999, 647, 648; BGH NJW-RR 1995, 1048, 1049; BGH NJW 1984, 669, 670 = ZP 99 (1986) 90, 92 (*Prütting*); BGH NJW 1977, 2263; OLG Oldenburg MDR 1987, 414; OLG Celle NJW 1971, 288, 289; vgl. *Kappel* S. 102 ff.

589 Vgl. BGH NJW-RR 1989, 1048, 1049 (Abweisung der Klage als zurzeit unzulässig); BGHZ 10, 22, 23 = NJW 1953, 1260 f.; siehe auch OLG Köln 2.9.2008 – 9 U 151/07, VersR 2008, 1673, 1675 zu Prozessführungsklauseln bei Mitversicherung.

590 BGH NJW-RR 1988, 1405; OLG Hamburg NZV 1998, 414, 415; MünchKommBGB⁶/Würdinger (2012) § 317 Rdn. 26; *Kappel* S. 80 ff.; **a.A.** *Wagner* S. 666; *Wagner* NJW 2001, 182, 183.

591 Vgl. BGH NJW 1993, 1320, 1323; BGH NJW 1990, 1231, 1232; BGH NJW 1986, 1337, 1338.

592 BGH NJW-RR 1995, 290, 292; BGH NJW-RR 1989, 1048, 1049; dazu auch MünchKommBGB⁶/Grothe (2012) § 205 Rdn. 5 f.

593 BGH NJW-RR 1995, 290, 292; *Haß* S. 80; dazu kritisch *Brommann* AnwBl 1985, 5, 7, 13.

594 Vgl. nur BGH NJW 1998, 2274, 2277.

getragen. Deshalb wird vorgeschlagen, solche Vereinbarungen lediglich als gewillkürten Klageverzicht und nicht auch als materielles Leistungsverweigerungsrecht auszulagen.⁵⁹⁵ Dies würde die Annahme eines konkludent abgeschlossenen Prozessvertrags erleichtern.

cc) Geltendmachung im Prozess. Eine Parteivereinbarung, die die Klagbarkeit ausschließt, begründet selbst nur die **Einrede** des (vorübergehenden) prozessualen Klageverzichts und wirkt insoweit wie ein *Prozesshindernis*. Sie ist deshalb ebenso wie die Schiedsvereinbarung, die auch die Klagbarkeit beschränkt, nur auf *Einrede* zu beachten.⁵⁹⁶ Dies hat zur Folge, dass die betreffende abredewidrige Prozesshandlung⁵⁹⁷ (die erhobene Klage) unzulässig ist.⁵⁹⁸ Darin liegt der Unterschied zum gesetzlichen Ausschluss der Klagbarkeit:⁵⁹⁹ dieser wird von Amts wegen berücksichtigt, die Stillhalteabkommen dagegen nur auf Einrede des Beklagten. 151

6. Rechtliche Behandlung

a) Vorrang der Zulässigkeitsprüfung. Die sachliche Prüfung darf erst vorgenommen werden, wenn die Zulässigkeit bejaht wurde.⁶⁰⁰ Bestrebungen, die diesen Vorrang aufgeben⁶⁰¹ oder abschwächen⁶⁰² wollen, haben sich nicht durchgesetzt und sind abzulehnen. Gegenstand und Umfang der materiellen Rechtskraft eines Urteils müssen feststehen. Vermengt man Zulässigkeit und Begründetheit, ist eine eindeutige Bestimmung nicht möglich. Zudem rechtfertigt der Zweck aller Prozessvoraussetzungen, zusammengefasst in der Zulässigkeit, deren vorrangige Prüfung vor der Begründetheit. So definiert erst die Klageerhebung den Streitgegenstand. Die Zuständigkeit des Gerichts ist durch das grundrechtsgleiche Recht auf den gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gesichert und verbietet eine Sachentscheidung durch den unzuständigen (nicht gesetzlichen) Richter. Die parteibezogenen Prozessvoraussetzungen sollen individuelle 152

⁵⁹⁵ Wagner S. 424 f.; Wagner NJW 2001, 182, 187; ebenso Jacoby S. 168 ff.; jedoch analoge Anwendung des § 205 BGB; Wagner S. 432; Wagner NJW 2001, 182, 187; dem folgend Jacoby S. 173; weniger streng Kappel S. 104, der in der prozessualen Wirkung den Schwerpunkt sieht und das mögliche materielle Leistungsverweigerungsrecht als Nebenwirkung versteht.

⁵⁹⁶ BGH NJW 1999, 647, 648; BGH NJW 1984, 669; RGZ 160, 241, 246; Preibisch S. 160; Schiedermaier S. 126 f. (Prozesseinrede, nicht aber prozesshindernde Einrede); Zeiss S. 104 f. Gegen die Einredetheorie Schlosser Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess, S. 57; Wagner S. 254 (generelle ipso iure Wirkung, eine Einrede ist nicht notwendig, aber Einführung in den Prozess durch entsprechenden Vortrag); ebenso Jacoby S. 126; anders noch Niese Doppelfunktionale Prozeßhandlungen (1950) 150 f.: es entstehen allein materiellrechtliche Ansprüche, die in einem neuen Prozess geltend gemacht werden können.

⁵⁹⁷ BGH NJW 1984, 805 (Rechtsmitteleinlegung); BGHZ 20, 198, 204, 206 = NJW 1956, 990, 991 (Rechtsmittelverzicht); RGZ 159, 186, 190 (Klagerücknahme).

⁵⁹⁸ Vgl. BGH NJW-RR 1989, 1048, 1049; Baumgärtel S. 268 ff., 271; Eickmann S. 30; Habscheid NJW 1965, 2369, 2372 („Einrede der Arglist“); Zeiss S. 105 f.: es handelt sich nicht um eine Einrede der Arglist, sondern um eine solche aus der Vereinbarung (exceptio pacti); dazu auch Teubner/Künzel MDR 1988, 720, 724.

⁵⁹⁹ Vgl. Kappel S. 104.

⁶⁰⁰ BGH NJW 2000, 3718, 3720; BGH NJW-RR 1991, 333; RGZ 153, 216, 219; RGZ 70, 179, 187; Jauernig FS Schiedermaier (1976) 289, 306; Wieser ZJP 84 (1971) 304, 311; Schlosser Jura 1981, 648; Berg JR 1968, 257.

⁶⁰¹ Rimmelspacher S. 117; zurückhaltender Rimmelspacher ZJP 88 (1975) 245, 246.

⁶⁰² KG NJW 1976, 2353 (Abweisung als unbegründet hätte gleiche Auswirkungen wie Abweisung als unzulässig); Grunsky ZJP 80 (1967) 55, 75; Grunsky Grundlagen des Verfahrensrechts § 34 III 2a: Es gibt zwar eine Trennungslinie, diese trennt jedoch Erfolgsvoraussetzungen, die ein Allgemeininteresse betreffen, und solche, die ein Privatinteresse betreffen; ebenso, jedoch mit abweichender Wertung Lindacher ZJP 90 (1977) 131, 138 ff.; vgl. auch Schumann GS Michaelis (1973) 553, 568 (Sinn und Zweck der einzelnen Prozessvoraussetzung); Grundmann ZJP 100 (1987) 33, 35 ff. und 58.

Interessen der Parteien schützen und ein Sachurteil gegen einen Prozessunfähigen verhindern. Schließlich sollte mit § 282 Abs. 3 Satz 2 die Prüfung der Prozessvoraussetzungen vor der Sachprüfung noch erleichtert werden.⁶⁰³ Das Vorrangverhältnis ergibt sich auch aus § 280. Fehlt demnach eine positive Prozessvoraussetzung oder liegt eine negative Prozessvoraussetzung bzw. ein Prozesshindernis vor, so ist die Klage als unzulässig abzuweisen, soweit keine Sondervorschriften bestehen (vgl. §§ 113, 269 Abs. 6).

- 153** Das Gericht darf die **Zulässigkeit** einer Klage **nicht dahingestellt sein lassen** und diese wegen *jedenfalls* feststehender Unbegründetheit abweisen⁶⁰⁴ oder **offenlassen**, ob die Abweisung nun konkret als unbegründet oder unzulässig erfolgt.⁶⁰⁵ Im letzteren Fall kommt den Urteilen wegen ihres unklaren Inhalts weder hinsichtlich der Zulässigkeit noch der Begründetheit materielle Rechtskraft zu.⁶⁰⁶ Eine Sachabweisung erwächst jedoch in Rechtskraft, auch wenn die Zulässigkeit offen gelassen wurde.⁶⁰⁷ Hierfür spricht insbesondere, dass auch Urteile, die unter grob fehlerhafter Annahme der Zulässigkeit zustande gekommen sind oder entgegen § 308 über den gestellten Antrag hinausgehen, in Rechtskraft erwachsen. Dies muss dementsprechend auch im Fall des (verfahrenswidrigen) Offenlassens der Zulässigkeit gelten.⁶⁰⁸
- 154** Weist das Gericht die Klage **auch** als unbegründet ab, obwohl es sie schon für unzulässig hält,⁶⁰⁹ erwächst lediglich die Abweisung als unzulässig in Rechtskraft, die Abweisung als unbegründet dagegen nicht.⁶¹⁰ Die sachlichrechtlichen Ausführungen gelten grundsätzlich als nicht geschrieben.⁶¹¹ Wird insoweit nur das Prozessurteil rechtskräftig, stellen die Ausführungen zur mangelnden Begründetheit der Klage **Hilfserwägungen** dar, die es dem Kläger erleichtern, seine weiteren Chancen vor Gericht zu bewerten.
- 155** Da die Zulässigkeit somit stets zuerst zu prüfen ist, sollen **Sachverhandlung** und eine **Beweisaufnahme** nicht mehr erfolgen, sobald der Mangel einer Prozessvoraussetzung feststeht.
- 156** Eine **Ausnahme** gilt jedoch dann, wenn der Zweck der Prozessvoraussetzung und der Grundsatz der Prozessökonomie keine vorrangige Prüfung gebietet. So ist der Zweck des **Rechtsschutzbedürfnisses**, das Gericht vor überflüssiger Inanspruchnahme zu schützen, gerade nicht erfüllt, wenn man einen zwingenden Vorrang der Rechtsschutzvoraussetzungen (Rechtsschutzbedürfnis, Feststellungsinteresse,⁶¹² siehe auch § 256 Rdn. 122) vor der im Einzelfall leicht zu klärenden Unbegründetheit bejahen würde. Wenn die Klage offensichtlich unbegründet ist, kann die zweifelhafte Rechtsschutzvoraussetzung dahingestellt bleiben und die Klage als unbegründet abgewiesen werden.⁶¹³

603 BT-Drucks. 7/2729 S. 74.

604 BGH NJW 2000, 3718, 3719 f.; BAGE 19, 146, 149 f. = NJW 1967, 648 mit abl. Anm. Lindacher NJW 1967, 1389, 1390 = AP Nr. 2 zu § 275 ZPO mit Anm. Jauernig; LAG Mainz NZA-RR 2004, 430, 431;

Stein/Jonas/Leipold § 300 Rdn. 14; Zöllner/Greger Rdn. 10; Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR § 93 Rdn. 44; a.A. Grunsky ZJP 80 (1967) 55, 72; Lindacher ZJP 90 (1977) 131, 138.

605 RGZ 70, 179, 187.

606 Stein/Jonas/Leipold § 322 Rdn. 137.

607 BGH 16.1.2008 – XII ZR 216/05, NJW 2008, 1227, 1228; MünchKomm/Gottwald § 322 Rdn. 175 (Rechtskraft als Sachurteil, da Zulässigkeit inzident bejaht); Musielak/Musielak § 322 Rdn. 46; Hk-ZPO/Saenger § 322 Rdn. 36; a.A. BAGE 19, 146, 149 f. = NJW 1967, 648; Zöllner/Vollkommer Vor § 322 Rdn. 43.

608 BGH 16.1.2008 – XII ZR 216/05, NJW 2008, 1227, 1228; anders noch die Voraufgabe.

609 BGH NJW 1978, 2031, 2032; BGHZ 11, 222, 223 f. = NJW 1954, 310, 311; RGZ 158, 145, 155; RGZ 105, 192, 196.

610 BGHZ 11, 222, 225 = NJW 1954, 310, 311.

611 BGHZ 11, 222, 225 = NJW 1954, 310, 311; BGHZ 4, 58, 60; RGZ 158, 145, 155.

612 A.A. z.B. Balzer NJW 1992, 2721, 2724, der das Feststellungsinteresse aber als anspruchsbezogene Prozessvoraussetzung versteht (vgl. Rdn. 137).

613 BGH 25.1.2012 – XII ZR 139/09, NJW 2012, 1209, 1211; BGH NJW 1978, 2031, 2032 (allg. Rechtsschutzbedürfnis, Feststellungsinteresse); BGH NJW 1958, 384 (Feststellungsinteresse); BGHZ 12,

Dafür spricht auch die Nähe zum materiellen Recht. Solche Voraussetzungen werden deshalb als „bedingte“ Prozessvoraussetzungen bezeichnet⁶¹⁴ (vgl. Rdn. 136). Dazu zählen auch die gewillkürte Prozessstandschaft, soweit das schutzwürdige Eigeninteresse zweifelhaft ist und die Prozessführungsbefugnis von Verbänden gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 UWG. Für eine Verurteilung des Beklagten müssen aber auch diese Prozessvoraussetzungen vorliegen; das Gericht darf sie dann nicht dahingestellt sein lassen.

Teilweise wird auch vertreten, dass die Klage bei offensichtlicher Unbegründetheit 157 durch Sachurteil abgewiesen werden kann, wenn die **Klagefrist** oder die **Rechtskraftwirkung** eines Urteils unklar ist.⁶¹⁵ Dies ist jedoch bedenklich, da der Zweck dieser Prozessvoraussetzungen, der nicht wie bei den Rechtsschutzvoraussetzungen der Vermeidung von überflüssiger Inanspruchnahme der Gerichte dient, dem widerspricht.

b) Zeitpunkt für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen. Die Prüfung der 158 von Amts wegen zu beachtenden Prozessvoraussetzungen erfolgt in jeder Lage des Verfahrens, auch in der Revisionsinstanz (vgl. § 557 Abs. 3 Satz 2),⁶¹⁶

Zwar hat das Revisionsgericht gemäß § 559 grundsätzlich nur das Parteivorbringen 159 zu berücksichtigen, das sich aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ergibt. Da die Prozessvoraussetzungen für die Entscheidung in der Sache bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung vorliegen müssen, muss das Revisionsgericht neue Tatsachen, die zum Wegfall bzw. Entstehen von Prozessvoraussetzungen führen, berücksichtigen, unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt die Tatsachen entstanden sind.⁶¹⁷ Deshalb ist neuer Tatsachenvortrag auch noch in der Revisions- oder Rechtsbeschwerdeninstanz beachtlich, gleichgültig ob dies zum Wegfall oder Eintritt der Prozessvoraussetzung führt.⁶¹⁸ Die Ansicht,⁶¹⁹ die lediglich Tatsachen berücksichtigen will, die vor der

308, 316 = NJW 1954, 1159, 1160 (Feststellungsinteresse); RGZ 158, 145, 152 (Feststellungsinteresse); OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 1389 f. (zu § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG); OLG Bremen MDR 1986, 765; *Nikisch* ZPR § 37 II 3; *Jauernig* Das fehlerhafte Zivilurteil, S. 193; **a.A.** *Schönke* S. 18 (Rechtsschutzbedürfnis stets vor Begründetheitsprüfung); ebenso *Stephan* S. 13 f. Fn. 56.

614 Stein/Jonas/Brehm vor § 1 Rdn. 273.

615 *Schumann* GS Michaelis (1973) 553, 579 ff.; Stein/Jonas/Brehm vor § 1 Rdn. 267.

616 BGHZ 159, 94, 98 = NJW 2004, 2523, 2524 (Parteifähigkeit); BGHZ 134, 116, 118 = NJW 1997, 657, 658 (Parteifähigkeit); BGHZ 125, 196, 201 = NJW 1994, 2549, 2550 (Prozessführungsbefugnis); BGH NJW-RR 1986, 157 (Prozessfähigkeit); BGHZ 86, 184, 188 f. = NJW 1983, 996, 997 (Prozessfähigkeit); BGH NJW 1970, 1683 (Prozessfähigkeit); BGHZ 53, 332, 334 = NJW 1970, 1002, 1003 (Rechtskraft); BAGE 9, 273, 276 = MDR 1960, 958, 959 (bestimmter Antrag).

617 *Wieczorek/Schütze/Prütting*³ (2005) § 559 Rdn. 44 ff.; **a.A.** *Rimmelspacher* S. 192, der mit dem Zweck des § 559 (§ 561 a.F.) die Überprüfung generell nur auf solche Tatsachen beschränken will, die sich bereits aus dem Tatbestand oder Sitzungsprotokoll des Berufungsurteils ergeben; in ZP 88 (1975) 245, 254, 257 ff. lässt *Rimmelspacher* hierbei jedoch Ausnahmen bei bestimmten Prozessvoraussetzungen zu.

618 BGHZ 156, 165, 169 = NJW 2004, 71; BGHZ 104, 215, 221 = NJW 1988, 3092, 3094; BGH NJW-RR 1986, 157 (Prozessfähigkeit); MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 16; Baumbach/Lauterbach/Hartmann Grundz § 253 Rdn. 16; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 93 Rdn. 41; *Schilken* ZPR Rdn. 333; *Martin* S. 151, der auf den allgemeinen Gesichtspunkt der Förderung eines Sachurteils abstellt.

619 Entscheidungen, die die Prozessführungsbefugnis bei gewillkürter Prozessstandschaft betreffen: BGH NJW 2000, 738, 739; BGHZ 125, 196, 201 = NJW 1994, 2549, 2550; BGH NJW 1988, 1585, 1587; BGH NJW-RR 1987, 57, 58; BGHZ 100, 217, 219 = NJW 1987, 2018; BGHZ 31, 279, 282 f. = NJW 1960, 523, 524 (Prozessführungsbefugnis bei gesetzlicher Prozessstandschaft); BAGE 9, 273, 276 = MDR 1960, 958, 959 (bestimmter Antrag); BAGE 24, 247, 255 = AP Nr. 9 zu § 611 BGB – Öffentlicher Dienst (Gründe zu II 1, bestimmter Klageantrag); Stein/Jonas/Brehm vor § 1 Rdn. 261; *Zeiss/Schreiber* ZPR Rdn. 262; **a.A.** BGHZ 18, 98, 106 = NJW 1955, 1513, 1514 (Feststellungsinteresse) in dem der BGH *Rosenberg* (ZPR³ § 142 II 3c) folgt, wonach grundsätzlich der Zeitpunkt der letzten Tatsacheninstanz für das Vorliegen von Prozessvoraussetzungen maßgebend sein soll. Dort, wo der Mangel der Prozessvoraussetzung das Urteil jedoch nichtig oder vernichtbar macht, können Tatsachen, die einen solchen Mangel begründen, auch

letzten mündlichen Tatsachenverhandlung entstanden sind, ist abzulehnen. Der BGH scheint einer differenzierenden Ansicht zuzuneigen. Grundsätzlich berücksichtigt er alle neuen Tatsachen in der Revisionsinstanz, teilweise⁶²⁰ einschränkend für Tatsachen, die erst in der Revisionsinstanz entstanden sind, auf unstreitige und solche, die schützenswerten Belangen der Gegenpartei nicht entgegenstehen. Nur in Ausnahmefällen, insbesondere für die gewillkürte Prozessstandschaft⁶²¹ müssen die Tatsachen wegen ihrer Nähe zum materiellen Recht bereits vor der letzten mündlichen Berufungsverhandlung vorliegen.

160 Bis zum Ende der Revisionsverhandlung kann der Mangel der Prozessvoraussetzung noch durch Nachholung (ordentliche Klageerhebung, Sicherheitsleistung für Prozesskosten) oder Wegfall des Mangels (Prozessunfähiger wird prozessfähig oder vom gesetzlichen Vertreter vertreten, der die gesamte bisherige Prozessführung genehmigt; die entgegenstehende Rechtshängigkeit entfällt mit Klagerücknahme im anderen Prozess) beseitigt werden. Dies gilt definitionsgemäß nicht für Zugangsvoraussetzungen (vgl. Rdn. 124).

161 Es ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass die Prozessvoraussetzungen am Schluss der letzten mündlichen Verhandlung der Revisionsinstanz vorliegen. Etwas anderes gilt für die Zuständigkeit und die Zulässigkeit des Rechtswegs, sie müssen nur irgendwann einmal vorgelegen haben (§ 17 Abs. 1 Satz 1 GVG, § 261 Abs. 3 Nr. 2). Tritt während des Prozesses Tod/Prozessunfähigkeit der Partei ein oder fällt die gesetzliche/gewillkürte Vertretung weg, gelten besondere Vorschriften (Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens gemäß §§ 239 ff., 241, 246). Fällt eine andere Prozessvoraussetzung bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung der Revisionsinstanz weg, wird die ursprünglich zulässige Klage unzulässig.

162 c) Prüfung von Amts wegen. Die **Prozessvoraussetzungen** sind durch das Gericht in jeder Instanz von Amts wegen zu berücksichtigen (*Amtsprüfung*).⁶²² Dies schreibt das Gesetz in § 56 für die Parteifähigkeit, die Prozessfähigkeit, die Legitimation des gesetzlichen Vertreters und die erforderliche Ermächtigung zur Prozessführung ausdrücklich vor. Amtsprüfung bedeutet jedoch nicht, dass das Gericht von sich aus amtliche Untersuchungen und Nachforschungen anzustellen hätte (keine *Amtsermittlungspflicht*).⁶²³ Es muss aber den entsprechenden Streitstoff berücksichtigen, **gemäß § 139 Abs. 3** selbst auf *Bedenken* aufmerksam machen und den Parteien die Gelegenheit geben, *Zweifel* bezüglich der Zulässigkeit der Klage zu beseitigen, ohne dass die Bedenken auf Parteibehauptungen beruhen müssen. Insoweit ist die Überprüfung der Prozessvoraussetzungen nur dann angezeigt, wenn hinreichende Anhaltspunkte für das Gericht dafür gegeben sind, dass sie fehlen.⁶²⁴ Hat das Gericht selbst keine Zweifel, muss im Fall des § 56 Abs. 1

dann durch das Revisionsgericht berücksichtigt werden, wenn sie erst nach dem Berufungsurteil entstanden sind; ebenso *Lüke* ZPR Rdn. 152.

620 BGH NJW 2002, 1130, 1131; BGH NJW 1984, 1556 (Feststellungsinteresse); BGHZ 85, 288, 290 = NJW 1983, 867 (Niederlegung des Schiedsspruchs); BGH MDR 1981, 1012 (Prozessführungsbefugnis); vgl. auch BGHZ 53, 128, 131 f. = NJW 1970, 1007.

621 BGH NJW 2000, 738, 739; BGHZ 125, 196, 201 = NJW 1994, 2549, 2550; BGH NJW 1988, 1585, 1587; BGH NJW-RR 1987, 57, 58; BGHZ 100, 217, 219 = NJW 1987, 2018; noch auf alle Prozessvoraussetzungen beziehend BGHZ 31, 279, 282 f. = NJW 1960, 523, 524.

622 BGH NJW 1989, 2064, 2065; RGZ 160, 338, 346 f.; *Lüke* JuS 1961, 41, 44.

623 BVerfG NJW 1992, 359, 360 f.; BGH NJW 1989, 2064, 2065; RGZ 160, 338, 346 f.; MünchKomm/Rauscher Einl. Rdn. 312; Thomas/Putzo/Reichold Rdn. 12; *Engelmann-Pilger* NJW 2005, 716.

624 Vgl. § 56 ZPO: „Mangel ... von Amts wegen zu berücksichtigen“.

bei der behaupteten Prozessunfähigkeit,⁶²⁵ aber auch bei der Parteionfähigkeit⁶²⁶ die Darlegung von Tatsachen durch den Beklagten erwartet werden, aus denen sich hinreichende Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Behauptung richtig sein könnte. Andernfalls braucht das Gericht die Partei- oder Prozessfähigkeit nicht zu überprüfen.⁶²⁷ Die entsprechenden Tatsachen⁶²⁸ und ein etwa erforderlicher Nachweis (**Beweisführungslast**) sind von den Parteien zu beschaffen, so dass es beim Beibringungsgrundsatz bleibt.⁶²⁹ Die Beweiserhebung von Amts wegen durch das Gericht steht wie auch sonst in den gesetzlich geregelten Ausnahmefällen (§§ 142, 143, 144, 273, 448) im Ermessen (§ 142 Rdn. 5ff.)⁶³⁰ des Gerichts. Der BGH geht noch einen Schritt weiter und nimmt wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Feststellung eine *Pflicht* des Gerichts an, „von Amts wegen alle in Betracht kommenden Erkenntnisquellen auszuschöpfen“.⁶³¹ Der Amtsprüfungsgrundsatz modifiziert den Beibringungsgrundsatz hinsichtlich der **Beweisbedürftigkeit**. Auf die Prüfung der Prozessvoraussetzungen von Amts wegen hat das Parteiverhalten grundsätzlich keinen Einfluss, so dass eine Parteivereinbarung, ein rückloses Einlassen (§§ 138 Abs. 3, 331 Abs. 1) oder ein Geständnis (§ 288) einer Partei unbeachtlich ist.⁶³² Letzteres kann jedoch im Rahmen der freien Beweiswürdigung gemäß § 286 berücksichtigt werden.⁶³³ Den Parteien fehlt insoweit die Dispositionsbefugnis. Eine Ausnahme besteht lediglich hinsichtlich zuständigkeitsbegründender Tatsachen außerhalb des Anwendungsbereichs von § 40 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Satz 2, da hier auch eine Zuständigkeitsbegründung durch Parteiverhalten (§§ 38, 39) möglich wäre.⁶³⁴

Im Regelfall prüft das Gericht die entsprechenden Prozessvoraussetzungen deshalb **163** nur, wenn hinreichende Anhaltspunkte für deren Fehlen vorliegen.⁶³⁵ Hat das Gericht hinsichtlich einer Prozessvoraussetzung Zweifel, genügen erhebliche Anhaltspunkte für deren Vorliegen nicht; sie muss positiv feststehen.⁶³⁶

Prozesshindernisse sind nur auf Rüge hin zu berücksichtigen (siehe oben Rdn. 139ff.). **164** Hier ist auf die Rechtzeitigkeit der Rüge (§§ 282 Abs. 3, 296 Abs. 3) zu achten.

Über die Zulässigkeit kann in einer gesonderten Verhandlung durch **Zwischenurteil** **165** entschieden werden, § 280 Abs. 1.

625 BGH NJW-RR 1986, 157; BGH NJW 1969, 1574.

626 BGHZ 159, 94, 98 = NJW 2004, 2523, 2524; OLG Koblenz 25.6.2007 – 12 U 1717/05, NJW-RR 2008, 148, 149.

627 BGHZ 159, 94, 98 = NJW 2004, 2523, 2524 (mit dem Hinweis auf eine mögliche mutwillige Prozessverschleppung).

628 BGH NJW-RR 2000, 1156 (zur Insolvenzfeststellungsklage); einschränkend Stein/Jonas/Leipold vor § 128 Rdn. 168.

629 BGH NJW 1989, 2064, 2065 (Rechtshängigkeit); LAG Mainz NZA-RR 1996, 347, 348: Weder die Einführung der zur Prüfung erforderlichen tatsächlichen Umstände noch die Untersuchung ihres Vorhandenseins findet von Amts wegen statt. Grundsätzlich tragen die Parteien die Verantwortung auch für die Herbeischaffung des prozessualen Prozessstoffes; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 77 Rdn. 45.

630 *Peters* Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß (1983) 146; *Stürmer* Die

richterliche Aufklärung im Zivilprozeß (1982) 16 f.; *Schneider* Beweis und Beweiswürdigung⁴ (1987) Rdn. 18.

631 BGHZ 159, 94, 100 = NJW 2004, 2523, 2525 (Parteifähigkeit); BGHZ 143, 122, 124 = NJW 2000, 289, 290 (Prozessfähigkeit); BGH NJW 1996, 1059, 1060 (Prozessfähigkeit); BAG NZA 2000, 613, 614; anders insoweit BGH NJW-RR 2000, 1156 (zur Insolvenzfeststellungsklage); vgl. *Engelmann-Pilger* NJW 2005, 716 ff., der dies für die Prozessfähigkeit wegen ihrer Schutzfunktion annimmt, für die übrigen Prozessvoraussetzungen aber verneint; kritisch zu einer unterschiedlichen Behandlung auch Stein/Jonas/Leipold vor § 128 Rdn. 172.

632 Vgl. nur *Jauernig/Hess* ZPR § 25 Rdn. 64.

633 Stein/Jonas/Leipold vor § 128 Rdn. 169.

634 *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 77 Rdn. 46; *Zeiss/Schreiber* ZPR Rdn. 180; differenzierend Stein/Jonas/Leipold vor § 128 Rdn. 176 (keine Parteidisposition bzgl. Gerichtsstandsvereinbarung).

635 BGHZ 159, 94, 100 = NJW 2004, 2523, 2524 (Parteifähigkeit); BGH NJW 1996, 1059, 1060; BGHZ 86, 184, 189 = NJW 1983, 996, 997 (Prozessfähigkeit); dazu *Engelmann-Pilger* NJW 2005, 716.

636 BGH 19.6.2008 – III ZR 46/06, NJW-RR 2008, 1484, 1487.

- 166 d) Beweislast.** Bleiben Zweifel bezüglich einer Prozessvoraussetzung bestehen, ist eine Beweislastentscheidung zu treffen. **Beweisbelastete** Partei ist hier regelmäßig der ein Sachurteil begehrende Kläger,⁶³⁷ für die Prozesshindernisse und negativen Prozessvoraussetzungen der Beklagte,⁶³⁸ im Falle der Säumnis des Klägers (§ 330) oder des Verzichtsurteils (§ 306) der die Klageabweisung beantragende Beklagte. Die Verteilung der *Beweislast* ändert sich durch die Amtsprüfung nicht.⁶³⁹ Vgl. zur Unterscheidung von positiven und negativen Prozessvoraussetzungen Rdn. 129.
- 167** Auch hinsichtlich der Prozessfähigkeit der Parteien nimmt die überwiegende Meinung zu Recht an, dass derjenige, der ein Sachurteil begehrt, i.d.R. also der Kläger, die Beweislast für die Prozessfähigkeit trägt.⁶⁴⁰ Bestehen nach Erschöpfung aller erschließbaren Erkenntnisquellen noch Zweifel an der Prozessfähigkeit, ist von der Prozessunfähigkeit auszugehen.⁶⁴¹
- 168** Umstritten ist die Verteilung der Beweislast bei der deutschen Gerichtsbarkeit, die vom BVerfG ausdrücklich offengelassen wurde⁶⁴² und vom Völkerrecht nicht bestimmt ist.⁶⁴³ Da es zu erheblichen Beweisschwierigkeiten für den Kläger führen würde, wenn er die Beweislast für die fehlende Immunität (des Beklagten) tragen müsste, ist die Beweislast dafür ausnahmsweise dem Verfahrensgegner aufzuerlegen.⁶⁴⁴
- 169** Im Bereich der Amtsprüfung und damit auch für die Prozessvoraussetzungen gilt im Beweisverfahren der **Freibeweis**,⁶⁴⁵ so dass das Gericht nicht an die förmlichen Beweismittel des Zivilprozesses gebunden ist und auch kein förmliches Beweisverfahren durchgeführt werden muss.
- 170 e) Reihenfolge der Prüfung.** Das Gesetz gibt eine Reihenfolge der Prüfung bzgl. der einzelnen Prozessvoraussetzungen nicht vor. Da bei Verneinung auch nur einer Prozessvoraussetzung die Klage als unzulässig abzuweisen ist, kommt es auf die Frage, welcher Mangel vorliegt, praktisch nicht an.⁶⁴⁶ Sind mehrere Prozessvoraussetzungen zweifelhaft, kann prozessökonomisch verfahren und die Abweisung auf den am einfachsten

⁶³⁷ BGH NJW-RR 2000, 1156 f.

⁶³⁸ BGH WM 1962, 644; RGZ 160, 338, 347 (allerdings wegen der damals in § 274 ZPO a.F. enthaltenen Formulierung als Einrede); vgl. zur Beweislast bei entgegenstehender Rechtshängigkeit § 261 Rdn. 74.

⁶³⁹ RGZ 160, 338, 346 f.

⁶⁴⁰ BGH NJW 1996, 1059, 1060; BGHZ 18, 184, 189 f. = NJW 1955, 1714; BAG NZA 2000, 613, 614 m.w.N.; BAG NJW 1958, 1699, 1700; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 44 Rdn. 32; *Stein/Jonas/Bork* § 56 Rdn. 9 f.; **a.A.** *Musielak* NJW 1997, 1736, 1741 (Beweislast richtet sich nach materiellem Recht).

⁶⁴¹ BGH 8.12.2009 – VI ZR 284/08, FamRZ 2010, 548; BGHZ 143, 122, 124 = NJW 2000, 289, 290; BGH NJW 1996, 1059, 1060; BGHZ 86, 184, 189 = NJW 1983, 996, 997; BGHZ 18, 184, 189 f. = NJW 1955, 1714; *Stein/Jonas/Bork* § 56 Rdn. 10; **a.A.** *Musielak* NJW 1997, 1736, 1741 (im Zweifel ist von einer Geschäftsfähigkeit und damit auch von einer Prozessfähigkeit auszugehen).

⁶⁴² BVerfGE 46, 342, 402 = NJW 1978, 485 ff.

⁶⁴³ *V. Schönfeld* NJW 1986, 2980, 2982.

⁶⁴⁴ *V. Schönfeld* NJW 1986, 2980, 2982 meint, es sei ernsthaft zu erwägen, die Beweislast generell dem fremden Staat aufzuerlegen.

⁶⁴⁵ BGH 8.12.2009 – VI ZR 284/08, FamRZ 2010, 548; BGHZ 143, 122, 124 = NJW 2000, 289, 290; BGH NJW 1996, 1059, 1060; BGH NJW-RR 1993, 442; BGH NJW 1992, 627, 628; BGH NJW 1951, 441, 442; BAG AP Nr. 6 zu § 56 ZPO (Gründe zu II 3a) = NZA 2000, 613, 614; OLG Koblenz 25.6.2007 – 12 U 1717/05, NJW-RR 2008, 148, 149; OLGR München 2002, 75; **a.A.** *Stein/Jonas/Brehm* vor § 1 Rdn. 258; *Stein/Jonas/Leipold* vor § 128 Rdn. 97; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 77 Rdn. 48; *Grunsky* Grundlagen § 42 I 2, S. 438 ff.; *Peters* S. 81 ff., 195 ff.; *Peters* ZP 101 (1988) 296, 298.

⁶⁴⁶ Allerdings wird zum Teil die Meinung vertreten, dass bei einer Prozessabweisung, die aus mehreren Gründen möglich wäre, derjenige ausgewählt werden sollte, der die geringste Präjudizierung zur Folge hat, vgl. *Schumann* Jus 1974, 507, 511 f.

nachzuweisenden Mangel gestützt werden.⁶⁴⁷ Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass die Reihenfolge der Prüfung stets in das Belieben des Gerichts gestellt ist, insbesondere hat das Gericht jedenfalls über diejenigen Prozessvoraussetzungen zuerst zu entscheiden, die eine sachliche Bedingung für eine weitere Prozessvoraussetzung darstellen (innere Abhängigkeit).⁶⁴⁸ In der Literatur⁶⁴⁹ gibt es verschiedene Vorschläge, in welcher Reihenfolge Prozessvoraussetzungen zu prüfen sind. Eine Rangfolge kann unter Berücksichtigung verschiedener Gesichtspunkte vorgenommen werden. Als Kriterien kommen die Prozessökonomie⁶⁵⁰ (wenn mehrere Prozessvoraussetzungen fraglich sind, ist diejenige zuerst zu prüfen, die am ehesten und leichtesten feststellbar ist), die Rechtsicherheit⁶⁵¹ (das Gericht hat zu bedenken, welche Entscheidung den Rechtsstreit am umfassendsten und überzeugendsten erledigt, welches Urteil die größte Gewähr für Richtigkeit bietet), möglichst geringe Präjudizierung des Abweisungsgrundes⁶⁵² und der Schutzzweck der einzelnen Prozessvoraussetzungen in Betracht. Der jeweilige Schutzzweck findet seinen Ausdruck in den durch das Grundgesetz garantierten Rechten (Art. 101 Abs. 2, Art. 103 Abs. 1 GG) und den aus dem Gesetz abzuleitenden Aussagen (§ 579) über die Schwere des Mangels einer Prozessvoraussetzung.⁶⁵³ Führen diese unterschiedlichen Gesichtspunkte zu Widersprüchen, muss eine *Abwägung* darüber entscheiden, welchem Gesichtspunkt (und damit welcher Reihenfolge) im Einzelfall der Vorrang einzuräumen ist.

Die Mehrheit schlägt folgende, **rechtlich unverbindliche**⁶⁵⁴ Reihenfolge vor: Die 171 ordnungsgemäße Klageerhebung⁶⁵⁵ ist an erster Stelle zu prüfen, denn sie bestimmt den Streitgegenstand. Danach sind wegen des in Art. 103 Abs. 1 GG garantierten Anspruchs auf rechtliches Gehör die die Parteien betreffenden Prozessvoraussetzungen zu prüfen.⁶⁵⁶ Die besondere Bedeutung dieser Prozessvoraussetzungen ergibt sich außerdem aus der

647 Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR § 93 Rdn. 42; Harms ZYP 83 (1970) 167, 169.

648 RG JW 1912, 643 (Rechtsweg vor Zuständigkeit); RG JW 1906, 810 (Nr. 6) (Parteifähigkeit vor Zuständigkeit); RGZ 99, 125, 126 (Klageerhebung vor Parteifähigkeit); RGZ 44, 350, 353; RGZ 34, 392, 397; BAGE 36, 274, 280 = NJW 1983, 839 = AP Nr. 1 zu § 48 ArbGG 1979 (Grunsky); vgl. zur Judikatur des RG Harms ZYP 83 (1970) 167, 170.

649 Stein/Jonas/Brehm vor § 1 Rdn. 263: Klageerhebung, Partei- und Prozessfähigkeit sowie gesetzliche Vertretung, Gerichtsbarkeit, Rechtsweg, Rechtshängigkeit, Rechtskraft, alle übrigen Prozessvoraussetzungen, Rechtsschutzvoraussetzungen; Pohle ZYP 81 (1968) 161, 166 ff.: Klageerhebung, Partei- und Prozessfähigkeit sowie gesetzliche Vertretung (nicht aber Prozessführungsbefugnis) Gerichtsbarkeit, Rechtsweg, sachliche – örtliche – internationale Zuständigkeit, Rechtsschutzbedürfnis; Blomeyer ZPR § 39 III: Klageerhebung, Partei- und Prozessfähigkeit, Gerichtsbarkeit, Rechtsweg; Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR § 93 Rdn. 42 f.: Klageerhebung, Prozessvoraussetzungen, die die Parteien betreffen, Gerichtsbarkeit, internationale Zuständigkeit, Rechtsweg, sachliche und örtliche Zuständigkeit; gegen jede Reihenfolge Harms ZYP 83 (1970) 167, 198 f.

650 Vgl. MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 18; Thomas/Putzo/Reichold Rdn. 14; Jauernig/Hess ZPR § 33 Rdn. 20; Harms ZYP 83 (1970) 167, 200.

651 Vgl. Pohle ZYP 81 (1968) 161, 166.

652 Stein/Jonas/Brehm vor § 1 Rdn. 264; Levy ZYP 20 (1894) 87, 108; Harms ZYP 83 (1970) 167, 201; Schumann JuS 1974, 507, 511 ff.

653 Vgl. Levy ZYP 20 (1894) 87, 105; Harms ZYP 83 (1970) 167, 191; Pohle ZYP 81 (1968) 161, 167.

654 Vgl. Harms ZYP 83 (1970) 167, 200, der sich zu Recht auch gegen den Charakter einer Sollvorschrift ausspricht; a.A. H. J. Müller DVBl 1959, 694, 698: Wegen des Grundsatzes der Waffengleichheit besteht ein Recht des Beklagten auf Einhaltung der Rangordnung.

655 Dies ist ganz h.M.: RGZ 99, 125, 126; siehe Fn. 630, wobei Pohle ZYP 81 (1968) 161, 166 von Gewohnheitsrecht spricht; a.A. MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 18: wegen § 17 a Abs. 3, 5 GVG Rechtsweg an erster Stelle.

656 Vgl. Stein/Jonas/Brehm vor § 1 Rdn. 263; Blomeyer ZPR § 39 III; Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR § 93 Rdn. 42; Pohle ZYP 81 (1968) 161, 167, der bei umgekehrter Reihenfolge der Prüfung auf die Möglichkeit einer Urteils-Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 13 Nr. 8 a i.V.m. §§ 90 ff. BVerfGG hinweist; a.A. Schumann JuS 1974, 507, 511; H. J. Müller DVBl 1959, 694, 698.

Wertung des § 579 Abs. 1 Nr. 4, der eine Nichtigkeitsklage wegen eines Mangels der Prozessfähigkeit (Parteifähigkeit)⁶⁵⁷ möglich macht und diesen somit als besonders schwer bewertet. Erst im Anschluss sind die das Gericht betreffenden Prozessvoraussetzungen zu prüfen: die deutsche Gerichtsbarkeit,⁶⁵⁸ dann der Rechtsweg⁶⁵⁹ sowie die sachliche, örtliche⁶⁶⁰ und internationale Zuständigkeit.⁶⁶¹ Die Zweckmäßigkeit gebietet es, die Rechtsschutzvoraussetzungen an letzter Stelle zu prüfen,⁶⁶² da ein das Rechtsschutzbedürfnis ablehnendes Prozessurteil in seinen Wirkungen einem Sachurteil sehr nahe steht.

§ 253 Klageschrift

(1) Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes (Klageschrift).

(2) Die Klageschrift muss enthalten:

- 1. die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts;**
- 2. die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag.**

(3) Die Klageschrift soll ferner enthalten:

- 1. die Angabe, ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen;**
- 2. die Angabe des Wertes des Streitgegenstandes, wenn hiervon die Zuständigkeit des Gerichts abhängt und der Streitgegenstand nicht in einer bestimmten Geldsumme besteht;**
- 3. eine Äußerung dazu, ob einer Entscheidung der Sache durch den Einzelrichter Gründe entgegenstehen.**

(4) Außerdem sind die allgemeinen Vorschriften über die vorbereitenden Schriftsätze auch auf die Klageschrift anzuwenden.

(5) Die Klageschrift sowie sonstige Anträge und Erklärungen einer Partei, die zugestellt werden sollen, sind bei dem Gericht schriftlich unter Beifügung der für

657 Ob ihr Mangel eine Nichtigkeitsklage begründen kann, ist strittig, dazu § 579 Rdn. 35, 63 ff. (ablehnend). In entsprechender Anwendung des § 579 Abs. 1 Nr. 4 wird dies jedoch überwiegend bejaht, so dass die Wertung des § 579 Abs. 1 Nr. 4 auch für die Parteifähigkeit greift.

658 BGH NJW 1971, 1101 (deutsche Gerichtsbarkeit vor Rechtsweg); VGH Kassel 17.2.2010 – 7 E 2900/09, NJW 2010, 2680 (deutsche Gerichtsbarkeit vor Rechtsweg); *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 93 Rdn. 43; *Pohle* ZRP 81 (1968) 161, 170.

659 *Pohle* ZRP 81 (1968) 161, 170 f. empfiehlt aus Zweckmäßigkeitserwägungen den Vorrang der Rechtswegprüfung – eine vorrangige Ablehnung wegen fehlender internationaler Zuständigkeit ist bei Offensichtlichkeit dieses Mangels aber nicht unzulässig; **a.A.** *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 93 Rdn. 43 und *Geimer* NJW 1974, 1045, die die internationale Zuständigkeit grds. vor dem Rechtsweg prüfen.

660 BAG NJW 1983, 839 (Rechtsweg muss feststehen, wenn sich die örtliche Zuständigkeit aus einer tarifvertraglichen Regelung ergeben kann).

661 OLG Hamm NJW 1969, 385 (örtliche Zuständigkeit vor internationaler Zuständigkeit); ebenso *Pohle* ZRP 81 (1968) 161, 171.

662 OLG Koblenz MDR 1982, 502: Die Frage der örtlichen Zuständigkeit ist vor der Frage des Rechtsschutzinteresses zu entscheiden; *Pohle* ZRP 81 (1968) 161, 173; vgl. auch *Baumbach/Lauterbach/Hartmann* Grundz. § 253 Rdn. 22; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 93 Rdn. 43; *Thannhäuser* S. 19.

ihre Zustellung oder Mitteilung erforderlichen Zahl von Abschriften einzureichen. Einer Beifügung von Abschriften bedarf es nicht, soweit die Klageschrift elektronisch eingereicht wird.

Schrifttum

Anders/Gehle Antrag und Entscheidung im Zivilprozess, 3. Aufl. 2000; *Arend* Zahlungsverbindlichkeiten in fremder Währung, 1989; *Becker* Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund, AcP 188 (1988) 24; *A. Blomeyer* Zum Urteilsgegenstand im Leistungsproze, FS Lent (1957) 43; *Dunz* Der unbezifferte Leistungsantrag nach der heutigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 1984, 1734; *Georgiades* Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, 1968; *Gies* Klageanträge in Mietsachen, NZM 2003, 545; *Habscheid* Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1956; *Hahn* Anwaltschaftliche Rechtsausfuhungen im Zivilprozeß, 1998; *Hahn* Kooperationsmaxime im Zivilprozeß?, 1983; *Halbach* Die Verweigerung der Terminsbestimmung und der Klagezustellung im Zivilprozeß, 1980; *Heinemann* Neubestimmung der prozessualen Schriftform, 2002; *Kern* Die Zulässigkeit des unbezifferten Klageantrags, 1970; *Kleffmann* Unbekannt als Parteibezeichnung, 1983; *Lange* Bezugnahme im Schriftsatz, NJW 1989, 438; *Melissinos* Die Bindung des Gerichts an Parteianträge gemäß § 308 Abs. 1 ZPO, 1982; *Melullis* Zum Regelungsbedarf bei der elektronischen Willenserklahrung, MDR 1994, 109; *Menges* Die Zulässigkeit des unbezifferten Klageantrags, 2004; *Musielak* Zur Bindung des Gerichts an die Anträge der Parteien, FS Schwab (1990) 349; *Pawlowski* Die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes bei Teilklagen, ZZZ 78 (1965) 307; *Pawlowski* Zum Verhältnis von materiellem Recht und Streitgegenstand bei Teilklagen, AcP 195 (1995) 549; *Reiner* Die Zurückweisung einer beabsichtigten Klage durch Beschluß, 1959; *Ritter* Zur Unterlassungsklage: Urteilstenor und Klageantrag, 1994; *Schilken* Zur Bedeutung der „Anhängigkeit“ im Zivilprozeß, JR 1984, 446; *Schneider* ber gekrümmte Linien, Bogen, Striche, Haken und Unterschriften, NJW 1998, 1844; *Schubert* Klageantrag und Streitgegenstand bei Unterlassungsklagen, ZZZ 85 (1972) 29; *Steif* Die Ausschaltungsbefugnis, 1969; *Sii* Die dogmatische Bedeutung des Verstoßes gegen die einzelnen Vorschriften der Klageerhebung im Zivilprozeß, FG Heilborn (1931) 125; *Sutschet* Bestimmter Klageantrag und Zwangsvollstreckung, ZZZ 119 (2006) 279; *Vollkommer* Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, 1973; *Vollkommer* Formzwang und Formzweck im Prozeßrecht, FS Hagen (1999) 49; *Würthwein* Umfang und Grenzen des Parteieinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilprozeß, 1977.

Übersicht

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> I. Gesetzesgeschichte — 1 II. Anwendbarkeit — 2 III. Die Klage — 4 <ul style="list-style-type: none"> 1. Allgemeines — 4 2. Rechtsnatur — 7 IV. Die Klageerhebung — 12 <ul style="list-style-type: none"> 1. Einreichung der Klageschrift — 13 2. Der notwendige Inhalt der Klageschrift (Abs. 2) — 31 <ul style="list-style-type: none"> a) Bezeichnung der Parteien und des Gerichts (Abs. 2 Nr. 1) — 33 <ul style="list-style-type: none"> aa) Bezeichnung der Parteien — 33 bb) Bezeichnung des Gerichts — 50 b) Angabe des Klagegegenstandes, des Klagegrundes und des bestimmten Antrags (Abs. 2 Nr. 2) — 52 <ul style="list-style-type: none"> aa) Klagegegenstand — 53 <ul style="list-style-type: none"> (1) Begriff — 53 (2) Dauerschuldverhältnisse — 54 | <ul style="list-style-type: none"> (3) Teilklagen — 55 bb) Klagegrund — 62 <ul style="list-style-type: none"> (1) Klagegrund als Lebenssachverhalt — 62 (2) Tatsachenbehauptung — 67 (3) Beschränkung des rechtlichen Prüfungsumfanges — 69 cc) Der bestimmte Antrag — 74 <ul style="list-style-type: none"> (1) Allgemeines — 74 (2) Leistungsantrag — 79 (3) Unbeziffertes Zahlungsantrag — 98 (4) Auflösende Bedingungen — 108 (5) Unterlassungsantrag — 109 (6) Duldung — 128 (7) Nebenforderungen, Nebenentscheidungen — 130 |
|--|---|

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> (8) Feststellungsantrag — 135 (9) Gestaltungsantrag — 138 3. Weitere Anforderungen an die Klageschrift (Abs. 3–5) — 139 4. Auslegung der Klageschrift — 147 5. Weitere Erklärungen und Anträge — 148 6. Bezugnahme in der Klageschrift — 154 7. Zustellung — 164 8. Mängel der Klageerhebung und deren Behebung — 170 <ul style="list-style-type: none"> a) Mängel bezüglich der Wirksamkeit der Klageeinreichung — 174 | <ul style="list-style-type: none"> aa) Fehlen der Postulationsfähigkeit — 176 bb) Fehlen der Unterschrift — 178 cc) Bedingte Klageerhebung — 180 b) Zustellungsmängel — 182 c) Mängel bezüglich des Inhalts der Klageschrift — 189 V. Verfahrenskosten — 201 |
|--|--|

I. Gesetzesgeschichte

- 1 Der ursprüngliche § 230 (§ 222 des Entwurfs) wurde mit der Novelle von 1898¹ in den § 253 übernommen. Nach der Novelle vom 13.2.1924² sollte die Klageschrift gemäß § 253 Abs. 3 Nr. 1 auch die Aufforderung an den Beklagten enthalten, etwaige gegen die Behauptungen des Klägers vorzubringende Einwendungen und Beweismittel unverzüglich durch den zu bestellenden Anwalt in einem Schriftsatz dem Kläger und dem Gericht mitzuteilen. § 253 erhielt nach der Novelle vom 12.9.1950³ weitgehend den bis heute geltenden Inhalt. § 253 Abs. 3 Nr. 1 wurde wieder gestrichen, ebenso § 253 Abs. 2 Nr. 3, der als notwendigen Inhalt der Klageschrift die Ladung des Beklagten vor das Prozessgericht vorsah. Schließlich wurde der heutige Abs. 5 Satz 1 eingefügt. Mit dem Gesetz zur Entlastung der Landgerichte und zur Vereinfachung des gerichtlichen Protokolls vom 20.12.1974⁴ wurde Abs. 3 insoweit ergänzt, als sich der Kläger bereits in der Klageschrift dazu äußern sollte, ob einer Übertragung der Sache auf den Einzelrichter Gründe entgegenstehen. Bedingt durch die Einführung des originären Einzelrichters in § 348⁵ wurde § 253 Abs. 3 zunächst durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (ZPO-RG)⁶ umformuliert⁷ und ist durch das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung ergänzt worden.⁸ Mit dem Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz (JKomG)⁹ wurde § 253 Abs. 5 in Abstimmung mit §§ 130a, 133 um Satz 2 ergänzt, der eine Beifügung von Abschriften bei elektronischer Klageeinreichung für nicht erforderlich erklärt.

II. Anwendbarkeit

- 2 § 253 gilt entsprechend im **arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren** (§ 46 Abs. 2 ArbGG, § 495); § 253 Abs. 2 Nr. 2,¹⁰ Abs. 4 und Abs. 5 sind auch im **Beschlussverfahren**

1 RGBl S. 410, 457; vgl. zur Entwicklung *Bieresborn* Klage und Klageerwidern im deutschen und englischen Zivilprozess (1999) 347 ff.

2 RGBl I S. 135, 137.

3 BGBl I S. 455, 471, 556 f.

4 BGBl I S. 3651, 3652.

5 BT-Drucks. 14/4722 S. 80.

6 BGBl I 2001 S. 1887, 1891.

7 Die Formulierung „Übertragung der Sache auf“ wurde durch die Formulierung „Entscheidung der Sache durch“ ersetzt.

8 V. 29.6.2012, BGBl I 2012 S. 1577, 1579; zur Begründung siehe BT-Drucks. 17/5335 S. 20.

9 BGBl I 2005 S. 837, 839.

10 BAG 7.2.2012 – 1 ABR 77/10, NZA-RR 2012, 359, 360; BAG 7.2.2012 – 1 ABR 58/10; BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, NJW 2011, 1386, 1387; BAG 22.6.2005 – 10 ABR 34/04, NZA-RR 2006, 23, 26; BAGE 106, 188,

ren,¹¹ § 253 Abs. 2 Nr. 1 ist dagegen nur eingeschränkt anwendbar. Zwar ist bei einem Antrag gemäß § 81 ArbGG der Antragsteller zu bezeichnen, die Bezeichnung der übrigen Beteiligten kann vom Antragsteller wegen des Untersuchungsgrundsatzes im Beschlussverfahren jedoch grundsätzlich nicht verlangt werden.¹²

§ 253 ZPO findet gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG auch für Familienstreitsachen (§ 112 3 FamFG) und für Ehesachen (§ 121 FamFG) entsprechende Anwendung.¹³ Für den Antrag in Ehesachen gilt zusätzlich § 124 Satz 2 FamFG und in Scheidungssachen § 133 FamFG.¹⁴ Zu berücksichtigen sind die besonderen Begrifflichkeiten gemäß § 113 Abs. 5 FamFG.¹⁵

III. Die Klage

1. Allgemeines. Das ordentliche Verfahren, das auf Erlass eines Urteils auf Grund 4 obligatorischer mündlicher Verhandlung gerichtet ist, beginnt mit der Einreichung der Klage bei Gericht. Dies gilt auch für den Urkunden- und Wechselprozess (§§ 592 ff.) sowie für das Wiederaufnahmeverfahren (§§ 578 ff.). Andere Verfahren werden zum Teil durch Anträge eingeleitet. Diese sind besonders geregelt, wie das Mahnverfahren (§§ 688 ff.), die Vollstreckung (§§ 704 ff.), das Arrest- und Verfügungsverfahren (§§ 916 ff., 935 ff.) und das Schiedsverfahren (§§ 1025 ff.).

Die Klage enthält ein **Rechtsschutzgesuch** des Klägers an das Gericht. Durch die 5 Erhebung der Klage wird das Prozessrechtsverhältnis begründet. Außerdem werden das Gericht, die Parteien sowie der Gegenstand des Verfahrens bestimmt. Sie ermöglicht dem Beklagten durch die Kenntnis von Grund und Höhe der Klageforderung eine wirksame Verteidigung.¹⁶ § 253 ist daher – ebenso wie § 308 – Ausdruck der Dispositionsmaxime.

Die **Terminologie** in der ZPO ist uneinheitlich. Mit dem Begriff „Klage“ ist teilweise 6 die Klageschrift, teilweise aber auch die Klageerhebung gemeint.

2. Rechtsnatur. Die Klage stellt eine **prozessuale, empfangsbedürftige Willens- 7 erklärung** dar,¹⁷ die zum einen ein Rechtsschutzersuchen an das Gericht enthält und sich darüber hinaus auch an den von der Entscheidung betroffenen Gegner richtet.¹⁸ Sie ist zudem ein Antrag im Sinne des § 216, über den grundsätzlich nach mündlicher Verhandlung¹⁹ durch Urteil zu entscheiden ist.

Als **Prozesshandlung** unterliegt die Klage in ihren Voraussetzungen und Wirkun- 8 gen dem Prozessrecht. Eine **bedingte Klageerhebung** ist deshalb unwirksam,²⁰ die Klage ist als unzulässig abzuweisen.²¹ Zu den Folgen einer bedingten Klageerhebung siehe

190; BAG NZA 2004, 670, 674; BAG AP Nr. 1 zu § 89 BetrVG 1972 = MDR 2004, 157 (LS); BAG AP Nr. 50 zu § 81 ArbGG 1979 = DB 2001, 1424 m.w.N.

11 ErfKomm/Koch ArbR¹² (2012) § 81 ArbGG Rdn. 1; G/M/P/Matthes ArbGG⁷ (2009) § 81 Rdn. 8, 13.

12 ErfKomm/Koch ArbR¹² (2012) § 81 ArbGG Rdn. 1; G/M/P/Matthes ArbGG⁷ (2009) § 81 Rdn. 11.

13 MünchKomm/Fischer FamFG § 113 Rdn. 6.

14 Keidel/Weber FamFG¹⁷ (2011) § 133 FamFG Rdn. 1.

15 Zu den Begrifflichkeiten näher *Schael* FamRZ 2009, 7 ff.

16 OLG Düsseldorf MDR 1996, 415, 416. Vor Klageerhebung ist eine – vorsorgliche – Verteidigung des potentiellen Beklagten nicht möglich. Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes ist dagegen die Hinterlegung einer Schutzschrift gegen einen zu erwartenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zulässig, vgl. *Wieczorek/Schütze/Thümmler*³ (1995) § 937 Rdn. 8.

17 BGH NJW 1977, 1686; BGHZ 4, 328, 335 = NJW 1952, 545.

18 *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 88 Rdn. 6.

19 Ausnahmen: §§ 128 Abs. 2, 307 S. 2, 331 Abs. 3.

20 BGH 20.9.2007 – IX ZR 91/06, NJW-RR 2008, 295, 296; BAG NZA 2000, 606, 607.

21 BVerfGE 68, 132, 142 = NJW 1985, 846; BGH NJW 1987, 904, 905; RGZ 144, 71, 72; OLG Dresden NJW-RR 2000, 901, 903.

unten Rdn. 180. Dies gilt ausnahmslos für außerprozessuale,^{21a} aber auch für innerprozessuale²² Bedingungen, da es sich um eine verfahrenseinleitende Prozesshandlung handelt. Ein Verfahren von Anfang an unter eine Bedingung zu stellen mit der Folge, dass die gesamten Rechtswirkungen der Klage je nach dem Eintritt oder dem Ausfall der Bedingung bei Bestand bleiben oder hinfällig werden, ist in allen Fällen mit der Aufgabe und den Zwecken des staatlichen Prozessverfahrens nicht vereinbar.²³ So kann die Klage nicht von dem Ausgang eines anderen selbständigen Verfahrens²⁴ abhängig gemacht werden oder davon, dass die Prozessvoraussetzungen vorliegen oder die Klage begründet ist.²⁵ Aber auch Bedingungen in Bezug auf die Parteien sind als unzulässig anzusehen,²⁶ weil Klarheit herrschen muss, zwischen welchen Parteien ein Prozessrechtsverhältnis entstanden ist. Unzulässig ist daher eine subjektive eventuelle Klagenhäufung sowohl auf Beklagtenseite, d.h. wenn die Klage gegen den Zweitbeklagten vom Erfolg der Klage gegen den Erstbeklagten abhängig gemacht wird,²⁷ als auch auf Klägerseite, wenn z.B. jemand im eigenen Namen, hilfsweise als Partei kraft Amtes auftritt²⁸ oder ein zweiter Kläger die Klage hilfsweise für den Fall erhebt, dass die Klage des ersten Klägers keinen Erfolg hat.²⁹ Als unzulässig ist auch eine Bedingung anzusehen, dass stets über nachrangig geltend gemachte Forderungen nur entschieden werden solle, sofern es für die Entscheidung über vorrangige Ansprüche einer Beweisaufnahme bedürfe. Damit wird die Klage bezüglich aller Forderungen mit einer Bedingung verknüpft, ohne dass gleichzeitig noch ein unbedingter Antrag aufrechterhalten würde.³⁰ Ebenso wenig kann die Klageerhebung davon abhängig gemacht werden, dass der Beklagte den Anspruch anerkennt oder keine Widerklage erhebt.³¹ Die Auslegung des Klageantrags kann aber ergeben, dass die Klage unbedingt erhoben werden soll und die Bedingung als unbeachtlich zu behandeln ist (vgl. Rdn. 147).

- 9 Eine Klageerhebung unter der Bedingung, dass **Prozesskostenhilfe** bewilligt wird, ist ebenfalls unzulässig.³² Allerdings kann die Klage mit der Maßgabe eingereicht werden, dass das Gericht die Klageschrift erst nach Bewilligung der Prozesskostenhilfe als Klage behandeln, d.h. erst dann zustellen soll.³³ In diesem Fall ist nicht die erhobene Klage, sondern der Antrag auf Zustellung bedingt, was im Interesse der Verfahrensbe-

21a BAG NZA 2000, 606, 607; *Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR* § 65 Rdn. 24.

22 Ebenso *Stein/Jonas/Roth Rdn. 3*; *MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 17*.

23 So RGZ 144, 71, 72.

24 Vgl. OLG Frankfurt FamRZ 1978, 432, 433.

25 *Stein/Jonas/Roth Rdn. 3*; *MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 17*.

26 RGZ 58, 248 (Klageerhebung im eigenen Namen, eventuell im fremden Namen); RG Gruchot 52, 1124, 1128 (Klage gegen einen, eventuell gegen alle anteilsweise); RGZ 144, 71, 72; BGH NJW 1972, 2302; BAG NJW 1994, 1084, 1086; OLG Saarbrücken 7. 2. 2007 – 5 U 581/06, NJW-RR 2008, 47 (bedingt erklärter Parteibeitritt); LG Berlin NJW 1958, 833 mit zust. Anm. *Habscheid*; *Kion* Eventualverhältnisse im Zivilprozeß (1971) 82ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR* § 65 Rdn. 34; **a.A.** *Baumgärtel* Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß (1972) 130 f.

27 LG Berlin NJW 1958, 833 mit zust. Anm. *Habscheid*; BAG NJW 1998, 2306, 2308; LAG Köln MDR 1999, 376; **a.A.** *AK/Koch* § 60 Rdn. 7.

28 BGH MDR 1973, 742 (Klage eines Sammlungspflegers hilfsweise als Pfleger für unbekanntes Dritte sowie in eigener Person).

29 OLG Saarbrücken 7.2.2007 – 5 U 581/06, NJW-RR 2008, 47 (bedingt erklärter Parteibeitritt).

30 BGH NJW 1995, 1353.

31 *Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPR* § 65 Rdn. 26.

32 BGHZ 4, 54, 55 = NJW 1952, 102; BGH NJW 1972, 1373, 1374; BAG NJW 1969, 446; BVerwG NJW 1981, 698; OLG Bamberg FamRZ 2001, 1380.

33 OLG Naumburg OLG-NL 2000, 91, 93; OLG Koblenz FamRZ 1998, 312; OLG Dresden NJW-RR 1997, 1424; OLG Düsseldorf AnwBl 1989, 62; OLG Karlsruhe NJW-RR 1989, 512.

schleunigung als zulässig angesehen wird.³⁴ Zur Möglichkeit der Heilung der fehlenden Zustellung gemäß § 295 in diesem Fall siehe unten Rdn. 181. Dies gilt selbst dann, wenn das Gericht dem Prozesskostenhilfesuch nur zu einem – wenn auch überwiegenden – Teil stattgibt, und der Kläger deutlich gemacht hat, dass die Zustellung der Klage nur im Umfange der Prozesskostenhilfe erfolgen solle. Die Gebote der Prozessklarheit und der Bestimmtheit werden insofern nicht beeinträchtigt.³⁵ Wird bei Gericht gleichzeitig mit einem Prozesskostenhilfeantrag ein Schriftsatz eingereicht, der allen an eine Klageschrift zu stellenden Anforderungen entspricht, ist das Gewollte durch Auslegung und im Zweifelsfall durch Rückfrage zu ermitteln.³⁶ Hier sind bei der Auslegung (dazu unten Rdn. 147) drei Möglichkeiten in Betracht zu ziehen. Der Schriftsatz kann eine unabhängig von der Prozesskostenhilfebewilligung erhobene Klage darstellen. Es kann sich um eine unter der Bedingung der Prozesskostenhilfegewährung erhobene und damit unwirksame Klage handeln.³⁷ Schließlich kann der Schriftsatz lediglich einen der Begründung des Prozesskostenhilfeantrags dienenden Entwurf einer erst künftig zu erhebenden Klage darstellen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Klage als „Klageentwurf“ bezeichnet oder nicht unterschrieben ist,³⁸ kann sich aber – selbst bei fehlerhafter Bezeichnung als „Klage und PKH-Antrag“ – auch aus der Klagebegründung ergeben.³⁹ Allein die gemeinsame Einreichung von Prozesskostenhilfeantrag und Klageschrift rechtfertigt jedoch nicht die Annahme, dass ein bloßer Klageentwurf gewollt sei. Vielmehr muss die klagende Partei dies klar und eindeutig zum Ausdruck bringen.⁴⁰ Liegt lediglich ein Prozesskostenhilfeantrag bzw. ein solcher nebst Klageentwurf vor, muss der Kläger zur Klageerhebung grundsätzlich noch eine, den Erfordernissen des § 253 Abs. 2 ZPO entsprechende Klageschrift einreichen, oder in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich zu erkennen geben, dass er den Prozesskostenhilfeantrag bzw. den Klageentwurf nunmehr als Klageschrift ansehe (vgl. Rdn. 181).⁴¹ Auf die **Verjährungshemmung** hat diese Problematik allerdings keinen Einfluss mehr.⁴² Diese tritt unabhängig vom Vorhandensein einer wirksamen Klage bereits mit der Einreichung des Prozesskostenhilfeantrags ein, wenn dessen Bekanntgabe demnächst veranlasst wird, § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB.

Die Klage duldet auch keine Zeitbestimmung, d.h. der prozessuale Antrag auf Entscheidung darf **nicht befristet** sein. **10**

Ist dagegen das Klageverfahren bereits eingeleitet und zumindest ein Klageantrag unbedingt erhoben, sind **innerprozessuale Bedingungen** einzelner Klageanträge zuläs- **11**

34 OLG Köln FamRZ 1984, 916, 917; LAG Nürnberg LAGE Nr. 1 zu § 114 ZPO (2002); Stein/Jonas/Bork § 117 Rdn. 26; MünchKomm/Motzer § 117 Rdn. 8; Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 117 Rdn. 7; vgl. auch BGH FamRZ 1995, 797; a.A. *Woitkewitsch* VuR 2005, 161, 163 f.

35 OLG Karlsruhe NJW-RR 1989, 512; a.A. OLG München MDR 1988, 972 f.; Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 117 Rdn. 11.

36 BGH NJW-RR 1987, 376 (Prozesskostenhilfeantrag verbunden mit Berufungseinlegung).

37 OLG Köln NJW 1994, 3360.

38 BGHZ 7, 268, 270 = NJW 1952, 1375, 1376.

39 BGH MDR 1961, 398 (Berufung); OLG Hamm FamRZ 1980, 1126, 1127; vgl. auch OLG Bamberg FamRZ 2001, 1380.

40 BGH NJW 2002, 1352; BGH FamRZ 1990, 995; BGHZ 7, 268, 270 = NJW 1952, 1375, 1376; BGHZ 4, 328, 333 = NJW 1952, 545; OLG Köln NJW 1994, 3360, 3361; OLG Köln NJW-RR 1997, 637; OLG Koblenz FamRZ 1998, 312; OLG München NJW-RR 1998, 205 f. (nachträgliche Erklärung stellt eine Klagerücknahme dar); a.A. wohl OLG Bamberg JurBüro 1985, 407.

41 OLG Celle 5.5.2011 – 13 W 42/11, MDR 2011, 879 m.w.N.; OLG Karlsruhe 20.6.2008 – 14 U 195/07, OLGR 2009, 233.

42 Anders noch vor der Schuldrechtsreform, vgl. OLG Köln NJW 1994, 3360, 3361.

sig,⁴³ weil der Kläger hierdurch lediglich sein Begehren in eine bestimmte Reihenfolge bringt. So bestehen gegen eine eventuelle Klagenhäufung zumindest dann keine Bedenken, wenn Haupt- und Hilfsantrag wirtschaftlich auf ein gleichartiges Ziel gerichtet sind (§ 260 Rdn. 33ff.). Auch eine eventuelle Widerklage ist zulässig (§ 260 Rdn. 41).

IV. Die Klageerhebung

- 12** Gemäß § 253 Abs. 1 erfolgt die Klageerhebung durch Zustellung eines Schriftsatzes (§§ 270, 271). Dies setzt die vorhergehende Einreichung einer den Erfordernissen des § 253 Abs. 2–4 entsprechenden **Klageschrift** voraus. Hier muss allerdings unterschieden werden zwischen der Wirksamkeit der Klageschrift und deren Ordnungsmäßigkeit. Der Akt der Klageerhebung als solcher ist Voraussetzung für die Entstehung eines Prozessrechtsverhältnisses, während die Ordnungsmäßigkeit der Klage eine Prozessvoraussetzung darstellt, die in jeder Lage des Verfahrens, auch noch in der Revisionsinstanz, **von Amts wegen** zu prüfen ist (vgl. Vor § 253 Rdn. 57f.).⁴⁴
- 13** **1. Einreichung der Klageschrift.** Die Klage ist im landgerichtlichen Verfahren **schriftlich**⁴⁵ bei dem Gericht unter Beifügung der für ihre Zustellung erforderlichen Zahl von Abschriften einzureichen (§ 253 Abs. 5).⁴⁶ Im amtsgerichtlichen Verfahren kann die Klage auch mündlich zum Protokoll der Geschäftsstelle angebracht werden (§§ 496, 129 a). Ansonsten ist eine mündliche Klageerhebung grundsätzlich nur innerhalb eines bereits rechtshängigen Verfahrens möglich (näher § 261 Rdn. 35), wie z.B. bei der Widerklage, der Zwischenfeststellungsklage, der Klageänderung und der Klageerweiterung. Zur Bezugnahme auf einen mit einem Prozesskostenhilfesuch eingereichten Klageentwurf in der mündlichen Verhandlung siehe unten Rdn. 157f.
- 14** Grundsätzlich **muss** die Klageschrift als **bestimmender Schriftsatz** – abweichend vom Wortlaut des § 130 Nr. 6 („sollen“) – **eigenhändig unterschrieben** werden.⁴⁷ Das Schriftformerfordernis ist – nach der gängigen Formulierung in der Rechtsprechung – nicht Selbstzweck, sondern soll gewährleisten, dass aus dem Schriftstück der Inhalt der Erklärung, die abgegeben werden soll, und die Person, von der sie ausgeht, hinreichend entnommen werden können. Zudem dient es der Feststellung, dass es sich nicht nur um einen Entwurf handelt, sondern dass das Schriftstück mit Wissen und Willen des Berechtigten dem Gericht zugeleitet worden ist.⁴⁸ Zu den Folgen von Unterschriftsmängeln siehe unten Rdn. 178f.

⁴³ *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 65 Rdn. 25.

⁴⁴ BGH NJW 2000, 3351, 3352; OLG Düsseldorf NJW 1993, 2691; OLG Frankfurt NJW 1992, 1178; KG OLGZ 1991, 465, 466; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 93 Rdn. 19; *Halbach* S. 82; *Süß* FG Heilborn, S. 125 ff.; *Süß* ZP 54 (1929) 12, 52; **a.A.** Stein/Jonas/Roth Rdn. 1, wonach die Klage selbst und die Ordnungsgemäßheit der Klageerhebung Prozessvoraussetzungen darstellen.

⁴⁵ Bedenken gegen die Verwendung von Formularen bestehen grundsätzlich nicht, MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 22; vgl. dazu *Friederici* MDR 1978, 725; **a.A.** OLG Celle FamRZ 1978, 257, 258.

⁴⁶ Die Bezeichnung als Klageschrift ist nicht erforderlich, BGH NJW-RR 1989, 508.

⁴⁷ BGHZ 65, 46, 47 = NJW 1975, 1704; BGHZ 92, 251, 254 = NJW 1985, 328, 329; BFH NJW 1996, 1432; Berufungsbegründungsschrift: BGHZ 97, 251, 253 = NJW 1986, 1760; BGH NJW 1997, 3380, 3381; BGH NJW 1998, 3649; BGH NJW 2001, 2888 f.; BAG NJW 1989, 1822; Revisionsbegründungsschrift: BAG NJW 1996, 3164, 3165; **a.A.** bloße Ordnungsvorschrift: Zöller/Greger § 130 Rdn. 21f.; *Vollkommer* S. 126 ff., 260 ff.; vgl. auch *Vollkommer* FS Hagen (1999) 49 ff.; *Meller-Hannich* ZPR Rdn. 197; eingehend *Heinemann* insbes. S. 338 ff.; OVG Münster NJW 1965, 2044 f. (für den Fall einer handschriftlich verfassten Klageschrift); einschränkend das BVerwG in st. Rspr., vgl. NJW 1989, 1175 (Einzelfallbetrachtung).

⁴⁸ So grundlegend GmS-OG BGHZ 75, 340, 349 = NJW 1980, 172, 174; BGH NJW 1986, 1759, 1760; BGH NJW 2003, 2028; BGH 10.5.2005 – XI ZR 128/04, NJW 2005, 2086, 2088.

Die Unterschrift muss vom Kläger bzw. seinem gesetzlichen oder gewillkürten Vertreter, in **Anwaltsprozessen** von einem zugelassenen Rechtsanwalt stammen.⁴⁹ Der Zusatz „Rechtsanwalt“ ist nicht erforderlich.⁵⁰ Bei Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts oder **Behörden**, die unmittelbar zur Einreichung bestimmender Schriftsätze bei Gericht befugt sind, ist das Schriftlichkeitserfordernis als gewahrt anzusehen, wenn der Schriftsatz mit einem Beglaubigungsvermerk versehen und der Name des die Verantwortung Tragenden nur in Maschinenschrift wiedergegeben ist.⁵¹

Die Unterschrift muss im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich hinter oder unter dem Text stehen, um zu gewährleisten, dass der Unterzeichnende die Verantwortung für den vorstehenden Text übernommen hat.⁵²

Eine **Unterschrift** setzt einen die Identität des Unterschreibenden hinreichend kennzeichnenden individuellen Schriftzug voraus, der sich – ohne lesbar sein zu müssen – als Wiedergabe eines Namens darstellt und die Absicht einer vollen Unterschriftsleistung erkennen lässt (näher § 130 Rdn. 19 ff.).⁵³ Es genügt, wenn ein Dritter, der den Namen des Unterzeichnenden kennt, diesen Namen aus dem Schriftzug noch herauslesen kann.⁵⁴ Nicht ausreichend ist dagegen ein Schriftzug, der nach seinem äußeren Erscheinungsbild als bewusste und gewollte Namensabkürzung erscheint (Handzeichen, Paraph)⁵⁵ oder eine Unterschrift, die nicht erkennen lässt, dass sie eine den Namen des Unterzeichners wiedergebende Buchstabenfolge darstellen soll.⁵⁶ Dasselbe gilt für einen Faksimilestempel⁵⁷ oder eine maschinenschriftliche⁵⁸ oder computerschriftliche (in Druckbuchstaben)⁵⁹ „Unterschrift“. Auch eine nur „formelle Unterschrift“, die für die Fälle angenommen wird, in denen sich der unterschreibende Rechtsanwalt von dem Inhalt der Klageschrift distanziert oder sich aus dem Schriftsatz ergibt, dass dieser ohne eigene Prüfung und ohne Verantwortungsübernahme durch den unterschreibenden Rechtsanwalt eingereicht wurde, genügt den Formerfordernissen nicht.⁶⁰

Der **Eigenhändigkeitsgrundsatz** wird in vielen Fällen durchbrochen, vor allem um dem technischen Fortschritt auf dem Gebiet der **elektronischen Kommunikation**

49 BGHZ 65, 46, 47 = NJW 1975, 1704; BGHZ 92, 251, 254 = NJW 1985, 328, 329; RGZ (GS) 151, 82, 84 f. Nach BFH NJW 1978, 184 ist es allerdings ausreichend, wenn zwar nicht die „Erstschrift“, aber das am selben Tag eingegangene, als „Zweitschrift“ bezeichnete Schriftstück die eigenhändige Unterschrift des Prozessbevollmächtigten enthält. Nach Ansicht von *Urbanczyk* ZJP 95 (1982) 339, 361, ist die Unterzeichnung durch einen postulationsfähigen Anwalt keine Frage der Schriftform, sondern der Postulationsfähigkeit. Zum Unterschriftserfordernis vgl. auch *Vollkommer/Greger/Heinemann* Anwaltshaftungsrecht³ (2009) § 28 Rdn. 118 ff.

50 LAG Frankfurt DB 1997, 938.

51 GmS-OGB BGHZ 75, 340, 348 = NJW 1980, 172, 174.

52 BGH NJW-RR 2004, 1364 zur Berufungsbegründung (Unterschrift auf der ersten Seite); **a.A.** *Heinemann* S. 60.

53 BGH NJW 1997, 3380, 3381 (Berufungsschrift); zu den Anforderungen an eine Unterschrift vgl. *Braun* FS Schneider (1997) 447, 462 f.; *Heinemann* S. 46 ff.; *Schneider* NJW 1998, 1844.

54 BAG NJW 1996, 3164 (Revisionsbegründungsschrift); BGH NJW-RR 1992, 1150 (Empfangsbekanntnis).

55 BGH NJW 1994, 55 (Berufungsbegründungsschrift); BGH NJW 1997, 3380, 3381 (Berufungsschrift); BGH NJW 1999, 60, 61 (Berufungsschrift); BAG NJW 1996, 3164 f. (Revisionsbegründungsschrift); BFH NJW 1999, 2919 (Klageschrift) jeweils m.w.N.; LAG Berlin NZA-RR 2002, 211 f. (Berufungsschrift); OLG Köln 11.9.2008 – 2 U 49/08, NJW 2008, 3649 (Berufungsschrift).

56 BGHZ 65, 46 = NJW 1975, 1704 (Klageschrift).

57 BGH NJW 1976, 966 f. (Berufungsschrift); BGH NJW 1962, 1505, 1507 (Berufungsschrift im Patentnichtigkeitsverfahren); vgl. auch *Heinemann* S. 48 m.w.N.

58 (GSZ) RGZ 151, 82, 85.

59 BGH 10.5.2005 – XI ZR 128/04, NJW 2005, 2086, 2088 (Berufungsbegründungsschrift).

60 BGH 24.1.2008 – IX ZB 258/05, NJW 2008, 1311, 1312 (Berufungsbegründungsschrift); BGH 23.6.2005 – V ZB 45/04, NJW 2005, 2709 (Berufungsbegründungsschrift).

Rechnung zu tragen. So wurde bereits früher die Übermittlung der Klageschrift durch Telegramm,⁶¹ durch Fernschreiben (Telex)⁶² und durch **Telefax**⁶³ für zulässig gehalten. Letzterem hat der Gesetzgeber durch Änderung des § 130 Nr. 6 Rechnung getragen.⁶⁴ Danach ist bei einer Übermittlung durch Telefaxdienst nur noch die Wiedergabe der **Unterschrift in Kopie** erforderlich. Auch die Klageeinreichung mittels Computerfax ist als Telekopie i.S.d. § 130 Nr. 6 und nicht als elektronisches Dokument i.S.v. § 130 a anzusehen.⁶⁵ Obwohl der Gesetzeswortlaut dies nicht trägt, wenn er die Kopie der (handschriftlichen) Unterschrift fordert, beim Computerfax jedoch nur die eingescannte Unterschrift die Vorlage bildet,⁶⁶ genügt die eingescannte Unterschrift,⁶⁷ nicht aber der **Vermerk**, dass eine Unterzeichnung wegen der gewählten Übertragungsform nicht erfolgen könne (vgl. auch Rdn. 23).⁶⁸ Ein diesbezüglicher gesetzgeberischer Handlungsbedarf wurde wegen der eindeutigen Entscheidung des GmS,⁶⁹ der auch die elektronische Übermittlung einer Textdatei mit eingescannter Unterschrift auf ein Faxgerät des Gerichts (**Com-**

61 RGZ 139, 45, 47 (Berufungsschrift); (GSZ) RGZ 151, 82, 86; BGHZ 87, 63, 64 = NJW 1983, 1498 (sofortige Beschwerde); BGH JZ 1953, 179 f. (Rechtsbeschwerde, Fristwahrung mit fermündlicher Durchsage) m. zust. Anm. *Schönke*; Klageschrift ist hier das bei Gericht eingehende Ankunftstelegramm, sodass auch die telefonische Aufgabe des Telegramms genügt, BVerfGE 36, 298, 304 = NJW 1974, 847.

62 BGH GRUR 1955, 29 (Berufungsschrift im Patentnichtigkeitsverfahren); BGH NJW 1986, 1759, 1760 (Berufungsbegründungsschrift); dazu *Borgmann* AnwBl 1985, 196, 197 f. Verfügt das Gericht über kein Empfangsgerät, so sei der Schriftform dann genügt, wenn die Klage als Telebrief über Fernkopierer zwischen Postämtern übermittelt und anschließend als Fernkopie in einer verschlossenen Umhüllung durch die Post ausgeliefert wird. Vgl. hierzu BGH NJW 1983, 1498 (sofortige Beschwerde) m.w.N.; *Heinemann* S. 154.

63 Ständige Rspr.: BVerfG NJW 1996, 2857 (Berufungsbegründungsschrift); BGHZ 79, 314, 316 = NJW 1981, 1618, 1619 (Beschwerde im Patenterteilungsverfahren); BGH NJW 1983, 1498 (sofortige Beschwerde); BGH NJW 1998, 3649, 3650 (Berufungsbegründungsschrift); BGH NJW-RR 1997, 250 (Berufungsbegründungsschrift); BGH NJW-RR 1999, 1251, 1252 (Klageschrift); BAG NJW 1989, 1822, 1823 (Berufungsbegründungsschrift); BAG NJW 2001, 989, 991 (schriftliche Geltendmachung von Ansprüchen); BFH NJW 1991, 2927, 2928 (Klageschrift); **a.A.** BFH NJW 1999, 1422, 1424 (eigenhändiger Investitionszulagenantrag gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 InvZulG 1993); zusätzliche Garantien fordert *Mellis* MDR 1994, 109, 110, um die mit dieser Übermittlungsart entstehenden Risiken zu minimieren; zu den prozessrechtlichen Problemen bei der Verwendung von Telefax *Pape/Notthoff* NJW 1996, 417 ff.

64 Neufassung mit Wirkung vom 1.8.2001 durch Gesetz vom 13.7.2001 (BGBl I S. 1542).

65 *Dästner* NJW 2001, 3469, 3470.

66 Vgl. *Stadler* ZJP 111 (2002) 413, 418.

67 BGH 10.5.2005 – XI ZR 128/04, NJW 2005, 2086, 2087; GmS-OGB 5.4.2000 – GmS-OGB 1/98, BGHZ 144, 160, 165 = NJW 2000, 2340 f.; ebenso BGH MDR 2004, 349, 350 = GRUR 2003, 1068 (Beschwerde); BGH NJW 2001, 831 (Berufungsbegründungsschrift); vgl. auch BSG NJW 1997, 1254, 1255 (Berufungsschrift). Anders noch BGH NJW 1998, 3649 (Berufungsbegründungsschrift) der den GmS-OGB angerufen hat und BGH NJW-RR 1999, 1251 ff. (Klageschrift) bzgl. einer Faksimileunterschrift auf der Faxvorlage. Beide Fälle müssen aber gleich behandelt werden; dazu *Wirges* AnwBl 2002, 88 ff.

68 FG Hamburg NJW 2001, 992 (Klageschrift); offengelassen BGH 10.5.2005 – XI ZR 128/04, NJW 2005, 2086, 2087, der aber dazu tendiert, dass dies nicht genügt, weil die Unterschrift beim Computerfax ohne nennenswerte Schwierigkeiten eingescannt werden könne und deshalb kein überzeugender Grund bestehe, darauf entgegen dem Gesetzeswortlaut zu verzichten; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 65 Rdn. 14; *Krüger/Bütter* MDR 2003, 181, 182 (Der Gesetzgeber stellt insoweit strengere Anforderungen als die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des § 130 Nr. 6); *Stadler* ZJP 111 (2002) 413, 417 (Ein solcher Vermerk ist mit dem geltenden § 130 Nr. 6 nicht vereinbar); **a.A.** GmS-OGB 5.4.2000 – GmS-OGB 1/98, BGHZ 144, 160, 165 = NJW 2000, 2340, 2341 („... oder der Hinweis angebracht ist, dass der benannte Urheber wegen der gewählten Übertragungsform nicht unterzeichnen kann.“); OLG Braunschweig NJW 2004, 2024, 2025 ff. (Vorinstanz zu BGH 10.5.2005 – XI ZR 128/04, NJW 2005, 2086); LAG Köln NZA 2001, 1159, 1160 (Einspruch gegen ein Versäumnisurteil); *Heinemann* S. 193, 195. Vgl. auch BVerfG NJW 2002, 3534, 3535 (Einspruch gegen Strafbefehl) das im Einzelfall auch ein Computerfax ohne Unterschrift oder Vermerk für ausreichend ansieht.

69 GmS-OGB 5. 4. 2000 – GmS-OGB 1/98, BGHZ 144, 160, 164 f. = NJW 2000, 2340 f.

puterfax) als ausreichend betrachtet hat, nicht gesehen.⁷⁰ Eine eingescannte Unterschrift des Prozessbevollmächtigten genügt dagegen nicht den Formerfordernissen des § 130 Nr. 6, wenn der Schriftsatz mit Hilfe eines normalen Faxgerätes und nicht unmittelbar aus dem Computer versandt wird.⁷¹

Bei der elektronischen Datenübermittlung ist es zwar grundsätzlich unerheblich, **19** von welchem Anschluss aus die Klageschrift gesendet wird, jedoch musste sie nach bisheriger Rechtsprechung dem Gericht **direkt** oder durch die Post übermittelt werden. Eine Übermittlung durch Zwischenschaltung eines privaten Empfängers sollte nicht genügen, weil bei dieser Art der Übermittlung nicht zweifelsfrei gewährleistet sei, dass es sich bei dem übermittelten Schriftsatz nicht um einen bloßen Entwurf handle, dessen Weitergabe an das Gericht vom Ersteller gar nicht oder nur bedingt gewollt sei.⁷² Von dieser Auffassung wollte der Gesetzgeber jedoch mit der Änderung des § 130 Nr. 6 abrücken,⁷³ wenngleich der Wortlaut insoweit wohl nicht zwingend ist.

Ist durch die **Klageeinreichung** eine Frist zu wahren (vgl. § 167), muss das Telefax, **20** das Computerfax bzw. das elektronische Dokument vollständig vom Empfangsgerät des Gerichts gespeichert worden sein.⁷⁴ Auf den vollständigen Ausdruck der das Schriftstück abschließenden Seite inklusive Unterschrift und Anlagen, kommt es nach der Rechtsprechung des BGH⁷⁵ nicht mehr an. Der Zugang trotz Scheiterns des vollständigen oder fehlerfreien Ausdrucks (z.B. infolge eines Papierstaus) wurde schon früher fingiert,⁷⁶ wenn dies auf einem technischen Versagen auf Empfängerseite beruhte, die Signalübermittlung aber vollständig stattgefunden hatte und der Gesamthalt des Schriftsatzes auf andere Weise einwandfrei zu ermitteln war.⁷⁷ Den Absender trifft, wenn er den Übermittlungsfehler auf Grund des Sendeberichts nicht erkennen konnte,⁷⁸ auch keine Erkundigungspflicht dahingehend, ob ein mangelfreier Ausdruck erfolgt ist.⁷⁹ Fehlt es dagegen an einer vollständigen Signalübermittlung, hindert dies zwar den Zugang, jedoch kommt eine **Wiedereinsetzung** in Betracht, wenn die Gründe für den Defekt in der Sphäre des

70 BT-Drucks. 14/4987 S. 23.

71 BGH 10.10.2006 – XI ZB 40/05, NJW 2006, 3784, 3785; die unterschiedliche Behandlung von Computerfax und herkömmlichem Telefax ist verfassungsgemäß, BVerfG 18.4.2007 – 1 BvR 110/07, NJW 2007, 3117, 3118.

72 BGHZ 79, 314, 318 = NJW 1981, 1618 (Beschwerde im Patenterteilungsverfahren); BAG NJW 1989, 1822, 1823 f. (Berufungsbegründungsschrift); BAG NJW 1990, 3165 (Berufungsbegründungsschrift); BFH NJW 1991, 2927, 2928 (Klageschrift); einschr. BGH NJW 1998, 762 f. (Berufungsbegründungsschrift, Fax des Anwalts an seine Kanzlei und von dort an das Gericht); **a.A.** BayVGH BB 1977, 568 (Berufungsschrift); *Ebnet* NJW 1992, 2985, 2986; *Wolf* NJW 1989, 2592, 2593; *Buckenberger* NJW 1983, 1475; eingehend *Pape/Notthof* NJW 1996, 417, 420.

73 Vgl. BT-Drucks. 14/4987 S. 24 (kein Ausschluss von privaten Boten).

74 BGH 4.12.2008 – IX ZB 41/08, NJW-RR 2009, 357.

75 BGH 25.4.2006 – IV ZB 20/05, NJW 2006, 2263, 2265; anders früher BGH NJW 2001, 1581, 1582 (Berufungsbegründungsschrift); BGH NJW 1994, 2097 f. (Prozesskostenhilfeantrag); vgl. auch BGH NJW 2004, 2228, 2230 (Klageschrift, vom Kläger nicht zu vertretende Übermittlung der Klageschrift in zwei getrennten Sendungen); *Daumke* ZIP 1995, 722, 725; *Ebnet* JZ 1996, 507, 509 f.; *Pape/Notthof* NJW 1996, 417, 418; *Elzer/Jacoby* ZIP 1997, 1821, 1823; **a.A.** *Heinemann* S. 175 (fristwahrender Beginn der Schriftsatzübermittlung).

76 BVerfG NJW 1996, 2857 (Berufungsbegründungsschrift).

77 BGH NJW 1994, 1881, 1882 (Berufungsbegründungsschrift); BGH NJW 2001, 1581, 1582 (Berufungsbegründungsschrift); vgl. auch BGHZ 105, 40, 42 ff. = NJW 1988, 2788 f. (Einspruchsbegründung im Patenteinspruchsverfahren, verstümmeltes Telexschreiben).

78 Vgl. dazu BGHR 2001, 809 (Fristverlängerungsantrag für Berufungsbegründungsfrist); BGH NJW 1993, 1655, 1656 (Berufungsbegründungsschrift).

79 *Burgard* AcP 195 (1995) 74, 85; *Liwinska* MDR 2000, 500, 505.

Gerichts⁸⁰ oder in der Sphäre der Partei liegen, diese aber kein Verschulden trifft.⁸¹ Die Einreichung einer durch Fernschreiber übermittelten Klage erfolgt im Zeitpunkt des vollständigen Ausdrucks durch das Empfangsgerät des Gerichts⁸² bzw. der Übermittlung durch die Poststelle, die den Text empfangen hat.

- 21 Eine Nachreichung des Originalschriftsatzes⁸³ als Kopiervorlage ist bei einer Telefaxübermittlung nicht erforderlich.⁸⁴ Sie ist im Zweifel keine erneute selbständige Prozesshandlung.⁸⁵ Dies wäre für den Kläger auch mit erheblichen Nachteilen verbunden, wenn die Zustellung der ersten Klage bereits erfolgt ist. Dann wäre bereits eine wirksame Klage erhoben, so dass der erneuten Klage die Rechtshängigkeit der früheren Klage entgegenstehen würde (§ 261 Abs. 3 Nr. 1).⁸⁶ Eine erneute Klageerhebung kann allenfalls dann angenommen werden, wenn der nachgesendete, ebenfalls fristgemäße Schriftsatz inhaltlich vom Telefax abweicht.⁸⁷ Dies gilt ebenso, wenn die Vorabübermittlung, aus welchen Gründen auch immer, keinen Erfolg hat.⁸⁸
- 22 Mit dem Justizkommunikationsgesetz (JKomG)⁸⁹ wurden die rechtlichen Rahmenbedingungen geschaffen, um zukünftig die elektronische Kommunikation für den gesamten Prozessverlauf zu ermöglichen. Nach § 130a genügt der Schriftform auch ein **elektronisches Dokument** (insbesondere eine **E-Mail**),⁹⁰ sofern eine Bestimmung i.S.d. § 130a Abs. 2 durch die Bundesregierung (z.B. für den Bundesgerichtshof und das Bundespatentgericht)⁹¹ oder durch die jeweilige Landesregierung bzw. – mit deren Ermächtigung – durch die jeweilige Landesjustizverwaltung vorliegt (vgl. § 130a Rdn. 5).⁹² Gerade bei der Übermittlung von Schriftsätzen per E-Mail ist jedoch sorgsam zu differenzieren, ob eine Schriftformeinreichung eines elektronisch übermittelten Dokuments ent-

80 BVerfG NJW 1996, 2857 f. (Berufungsbegründungsschrift); BGH NJW-RR 1997, 250 (Berufungsbegründungsschrift); BGH NJW 1992, 244 (Berufungsbegründungsschrift); BGH 23.11.2004 – XI ZB 4/04, NJW-RR 2005, 435 (Berufungsbegründungsschrift) auf das Fehlen oder die Unzumutbarkeit anderer Übermittlungsmöglichkeiten kommt es hier nicht an; anders noch BGH NJW 1995, 1431 (Berufungsschrift); *Ebnet* JZ 1996, 507, 510.

81 Vgl. *Ebnet* JZ 1996, 507, 510 ff.; *Elzer/Jacoby* ZIP 1997, 1821, 1823.

82 BGHZ 101, 276, 279 f. = NJW 1987, 2586, 2587 (Revisionseinlegung).

83 *Elzer/Jacoby* ZIP 1997, 1821, 1825 und *Heinemann* S. 179 m.w.N. sehen das Telefax als Original an.

84 BGH NJW 1993, 3141 (Berufungsschrift); LAG Rostock NZA-RR 1998, 32 = MDR 1998, 367, 368 (Einspruch gegen Versäumnisurteil); a.A. LG Berlin NJW 2000, 3291 (Einspruch gegen Vollstreckungsbescheid); LG Wiesbaden NJW 2001, 3636, 3637 (Berufungsschrift); BPatG GRUR 2000, 795, 796 (Einspruch im Patentbeschwerdeverfahren, unverzügliche Nachreichung des Originalschriftsatzes zur Fristwahrung erforderlich).

85 Vgl. *Elzer/Jacoby* ZIP 1997, 1821, 1825 und *Heinemann* S. 179, die die übermittelte Faxvorlage lediglich als Kopie des Telefaxes ansehen. Besonderheiten gelten bei der Rechtsmitteleinlegung; vgl. BGH NJW 1993, 3141; BAG NJW 1996, 1365, 1366, das in der Zusendung von beglaubigten Abschriften des Rechtsmittelschriftsatzes nach deren Ankündigung im Telefax keine erneute Rechtsmitteleinlegung sieht, mit abl. Anm. *Ahrens* JR 1996, 395, 396; a.A. BAG NJW 1999, 2989, 2990, das allein den nachgereichten Rechtsmittelschriftsatz als maßgebend ansieht, wenn er alle Anforderungen erfüllt.

86 VGH Kassel NJW 1992, 3055; *Elzer/Jacoby* ZIP 1997, 1821, 1825.

87 *Heinemann* S. 179.

88 BGH NJW 1993, 3141 (für die Berufungsschrift, wenn der per Telefax eingelegte Schriftsatz seine Wirksamkeit verliert, weil diesbezüglich die Berufungsbegründungsfrist versäumt wurde); vgl. *Müller* NJW 1995, 3224, 3233.

89 BGBl I 2005 S. 837 ff.; Gesetzesentwurf der BReg in BT-Drucks. 15/4067; zum Referentenentwurf *Fischer-Dieskau* MMR 2003, 701; vgl. zum JKomG *Viefhues* NJW 2005, 1009 ff.

90 Vgl. dazu *Stadler* ZZZ 111 (2002) 413, 419 ff.

91 Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesgerichtshof und Bundespatentgericht vom 24. August 2007 (BGBl. I S. 2130) zuletzt geändert durch Artikel 2 Absatz 1 des Gesetzes vom 10. Februar 2010 (BGBl. I S. 83).

92 Siehe zu den einzelnen Verordnungen:

<http://www.egvp.de/rechtlicheGrundlagen/spezielleGrundlagen/index.php>.

sprechend § 130 Nr. 6 oder ein elektronisches Dokument gemäß § 130 a vorliegt. Wird der Originalschriftensatz nebst Unterschrift als eingescannte Bilddatei (Pdf-Datei) im Anhang einer E-Mail übermittelt, vom Gericht nach vorheriger Absprache entgegen genommen und ausgedruckt, genügt der Ausdruck den Anforderungen des § 130 Nr. 6, weil das ausgedruckte Dokument mit der in Kopie wiedergegebenen Unterschrift des Prozessbevollmächtigten abschließt.⁹³ Fehlt es jedoch an einem mit einer Unterschrift versehenen Original des per E-Mail übermittelten Schriftsatzes, ist der Anwendungsbereich von § 130 a mit dem Erfordernis der elektronischen Signatur eröffnet.⁹⁴

Entsprechend dem Zweck der Unterschrift (Rdn. 14) ist die fehlende Unterschrift jedoch dann unschädlich, wenn der Klageschrift oder den ihr beigelegten Anlagen der Inhalt der Erklärung, die abgegeben werden soll, und die Person, von der sie ausgeht, ohne Beweiserhebung hinreichend zuverlässig entnommen werden kann und wenn feststeht, dass es sich bei dem Schriftstück nicht nur um einen Entwurf handelt, sondern dass es mit Wissen und Willen des Berechtigten dem Gericht zugeleitet worden ist.⁹⁵ Dabei sind nur bis zum Ablauf einer Klagefrist bekannt gewordene Umstände berücksichtigungsfähig.⁹⁶ Unter Umständen kann es als Beleg für die Klageabsicht auch genügen, dass sich die Unterschrift auf Anlagen zur Klageschrift befindet. Als **ausreichend** wird es z.B. angesehen, dass das zusammen mit der Klageschrift eingereichte **Begleitschreiben**⁹⁷ handschriftlich unterzeichnet war oder dass vom Prozessbevollmächtigten zusammen mit der Klageschrift eine handschriftlich beglaubigte Abschrift eingereicht worden ist.⁹⁸ In Anwaltsprozessen genügt die Unterschrift auf einem Begleitschreiben nur dann dem Unterschriftenerfordernis, wenn es fest mit dem Schriftsatz verbunden ist.⁹⁹ Außerdem kann in Einzelfällen ein Computerfax auch ohne eingescannte Unterschrift oder einen Vermerk, dass diese nicht möglich ist, genügen. Eine dem Klageentwurf beiliegende und vom Kläger unterschriebene Prozessvollmacht ist nicht ausreichend.¹⁰⁰ Die Einreichung eines nicht unterzeichneten maschinenschriftlichen Schriftsatzes genügt jedoch nach wie vor den Anforderungen nicht, selbst wenn dieser sich auf dem Kopfbogen eines Anwalts befindet¹⁰¹ oder persönlich bei Gericht gegen Empfangsbestäti-

⁹³ BGH 15.7.2008 – X ZB 8/08, NJW 2008, 2649, 2650 f. (Berufungsbegründungsschrift).

⁹⁴ BGH 4.12.2008 – IX ZB 41/08, NJW-RR 2009, 357 f.; zur Differenzierung vgl. auch *Bacher* NJW 2009, 1548, 1559 f., der von der gegenseitigen Überlagerung beider Vorschriften ausgeht.

⁹⁵ BGH 10.5.2005 – XI ZR 128/04, NJW 2005, 2086, 2088 f. (Der am Ende eines Computerfaxes mit dem Zusatz „Rechtsanwalt“ wiedergegebene computerschriftliche Vor- und Zuname des Prozessbevollmächtigten genügt ebenso wenig wie der Umstand, dass das Computerfax dem Gericht am letzten Tag der Berufungsbegründungsfrist übermittelt worden ist.); BGHR 2004, 406 (Davon ist bei einem als Entwurf gekennzeichneten, nicht unterschriebenen Schriftstück, das mit einem Prozesskostenhilfeantrag verbunden ist und nur für den Fall der Gewährung von Prozesskostenhilfe gelten soll, noch nicht auszugehen.); GmS-OG BGHZ 75, 340, 349 = NJW 1980, 172, 174 (Revisionsbegründungsschrift); BAGE 28, 1 = NJW 1976, 1285 = AP Nr. 1 zu § 4 KSchG (Klageschrift) mit Anm. *Vollkommer* (eine der Klageschrift beigelegte, vom Kläger eigenhändig unterschriebene Prozessvollmacht genügt nicht); BVerwG NJW 1989, 1175 ff. (Klageschrift).

⁹⁶ BGH 10.5.2005 – XI ZR 128/04, NJW 2005, 2086, 2088 (Berufungsbegründungsschrift).

⁹⁷ BVerfGE 15, 288, 291 f. = NJW 1963, 755 (Verfassungsbeschwerde); BGHZ 92, 251, 254 f. = NJW 1985, 328, 329 (Klageschrift) wonach allerdings etwas anderes gelten soll, wenn die Partei – auch im Parteienprozess – durch einen Anwalt vertreten ist. Dass ein Anwalt die Unterschrift für entbehrlich halte, könne nicht angenommen werden.

⁹⁸ BGHZ 24, 179, 180 = NJW 1957, 990 (Berufungsschrift); BGH NJW-RR 2004, 1364 (Berufungsbegründungsschrift); LG Amberg MDR 2000, 659 (Klageschrift).

⁹⁹ BGHZ 97, 251, 254 = NJW 1986, 1760, 1761 (Berufungsbegründungsschrift, mittels einer Loch-Heftleiste); dazu *Schlee* AnwBl 1986, 339, 340.

¹⁰⁰ BAGE 28, 1, 2 f. = NJW 1976, 1285 = AP Nr. 1 zu § 4 KSchG (Klageschrift); BAGE 52, 263, 267 = NJW 1986, 3224, 3225 (Klageschrift).

¹⁰¹ BGH NJW 2001, 1581, 1582 (Berufungsbegründungsschrift); BFH NJW 1973, 80 (Klageschrift).

gung abgegeben wurde.¹⁰² Auf keinen Fall reicht eine bloß telefonische Klageerhebung, selbst wenn der durchgesagte Text abgelesen und bei Gericht schriftlich festgehalten wird.¹⁰³ Ebenso ungenügend ist die Übergabe von Datenträgern zur Schriftsatzübermittlung.¹⁰⁴

- 24 Bestehen **Zweifel** darüber, dass die „Klageschrift“ mit Wissen und Wollen des Anwalts dem Gericht zugegangen ist, ist dem Unterschriftserfordernis in dem Zeitpunkt Genüge geleistet, in dem diese Zweifel ausgeräumt werden. So kann eine Nachfrage bei Gericht, ob die Klage unter genauer Angabe des Aktenzeichens und der Streitsache gestellt sei, für eine gewollte Klageerhebung und gegen einen Klageentwurf sprechen.¹⁰⁵ Die Zahlung eines Gerichtskostenvorschusses kann die Urheberschaft der Klage ebenfalls ausreichend bestätigen, wenn auf der Klageschrift die Unterschrift des Prozessvollmächtigten fehlt.¹⁰⁶ Eine abweichende Entscheidung würde den Anspruch des Klägers auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) verletzen.¹⁰⁷
- 25 Als nicht ernsthaft und damit unbeachtlich darf die Klageschrift dann angesehen werden, wenn sie von dem Kläger derart unsachlich (beleidigend, verunglimpfend oder querulatorisch) abgefasst wurde, dass sie den wirklichen Willen des Erklärenden zur Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens nicht mehr erkennen lässt und ein wahres Rechtsschutzverlangen nicht mehr indiziert, sondern **ausschließlich verfahrensfremden Zwecken** dient¹⁰⁸ (vgl. auch Vor § 253 Rdn. 100 und § 271 Rdn. 17 f.). Unschädlich ist es aber, wenn der Schriftsatz neben dem sachlichen Begehren auch ungehörige, unsachliche oder beleidigende Äußerungen enthält, da die Wahrung der sachlichen Form keine Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Klage darstellt.¹⁰⁹ Unter Umständen kann allerdings in solchen Fällen das Rechtsschutzbedürfnis fehlen (vgl. Vor § 253 Rdn. 100) oder die Prozessfähigkeit des Klägers zu verneinen sein.¹¹⁰
- 26 **Eingereicht** ist die Klage, wenn sie in den Machtbereich des Gerichts gelangt ist.¹¹¹ Hierzu gehören die Geschäftsstelle, der Haus- und Nachtbriefkasten, das Postfach oder sonstige Empfangsvorrichtungen.
- 27 Mit der **Einreichung** der Klageschrift bei Gericht wird die Klage **anhängig**,¹¹² erst mit der **Zustellung** ist die Klage **erhoben** (§ 253 Abs. 1).¹¹³ Die Terminbestimmung (§ 216) und die Ladung der Parteien (§ 274 Abs. 1) sind weder Bestandteile noch Voraussetzun-

102 BGH NJW 1980, 291, 292 (Berufungsbegründungsschrift).

103 BFH NJW 1965, 174, 175 (Beschwerde gegen den Erlassbescheid des Finanzamts). Zur Möglichkeit telefonischer Erklärungen im amtsgerichtlichen Verfahren gemäß § 496 vgl. Zöller/Herget § 496 Rdn. 3; Bedenken bei Stein/Jonas/Leipold § 496 Rdn. 7.

104 Kritisch Heinemann S. 199 (Argument de maiore ad minus zur rein elektronischen Schriftsatzübermittlung).

105 BGHZ 92, 251, 256 = NJW 1985, 328, 329.

106 BVerfG 22.10.2004 – 1 BvR 894/04, NJW 2005, 814, 816 gegen BGH NJW-RR 2004, 755 (zu § 12 Abs. 3 VVG a.F. bei einer Höhe des Gerichtskostenvorschusses von 42.015 DM).

107 BVerfG 22.10.2004 – 1 BvR 894/04, NJW 2005, 814, 815.

108 VGH München NJW 1990, 2403 (Klage des „Reichspräsidenten“ gegen die Wahl des Bundespräsidenten); BFH NJW 1993, 1352.

109 BFH NJW 1993, 1352; *Klag Die Querulantenklage in der Sozialgerichtsbarkeit* (1980) 76; *Walchshöfer* MDR 1975, 11, 12; *van Els* FamRZ 2001, 529, 531.

110 Vgl. BGH NJW 2000, 289, 290.

111 *Schilken* ZPR Rdn. 197.

112 Zur Bedeutung der Anhängigkeit siehe *Schilken* JR 1984, 446 ff. Danach kann als Anhängigkeit des Rechtsstreits der Zeitpunkt angesehen werden, in dem das Gericht mit dem Rechtsschutzgesuch befasst wird, eine Einbeziehung des Gegners in das Prozessrechtsverhältnis sei dafür nicht erforderlich (S. 447).

113 BGHZ 25, 66, 69 f. = NJW 1957, 1517; BGHZ 32, 114, 119 = NJW 1960, 1006. Im Verwaltungs- und Sozialgerichtsverfahren tritt die Rechtshängigkeit dagegen bereits mit Einreichung der Klage ein (vgl. z.B. § 81 Abs. 1 VwGO).

gen der wirksamen Klageerhebung.¹¹⁴ Die Zustellung wird von Amts wegen durchgeführt (§§ 271 Abs. 1, 270 S. 1, 168 Abs. 1 S. 1). Im amtsgerichtlichen Verfahren, bei dem die Klage auch zum Protokoll der Geschäftsstelle eines jeden Amtsgerichts angebracht werden kann (§§ 496, 129 a), ist die Zustellung des Protokolls maßgeblich (§ 498).

Die wirksame¹¹⁵ **Klageerhebung** löst die **Rechtshängigkeit** aus (§ 261), an die sowohl materiellrechtliche (§ 262) als auch prozessuale (§ 261 Rdn. 70 ff.) Wirkungen geknüpft werden. Soll allerdings mit der Klageerhebung eine Frist gewahrt oder die Verjährung gehemmt werden (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB), wird der Zeitpunkt auf die Klageeinreichung **vorverlegt**, sofern die Klagezustellung demnächst erfolgt (§ 167). Gemäß § 271 Abs. 1 hat die Zustellung der Klage unverzüglich zu geschehen.

Bis zur Klagezustellung hat der Kläger es in der Hand, sie zu verändern. Dies gilt für den Klageantrag wie für die Begründung. So darf er bis dahin, auch durch einen Nachtragschriftsatz, die Klage auf mehrere Beklagte ausdehnen.¹¹⁶ Dagegen liegt eine Parteiänderung vor, wenn die Klage nach Klageerhebung auf einen neuen Beklagten erstreckt wird.

Die Klageschrift muss in **deutscher** Sprache abgefasst sein (§ 184 Satz 1 GVG). Besonderheiten gelten gemäß § 184 Satz 2 GVG für Sorben, so dass Schriftsätze in sorbischer Sprache in ihrem Heimatgebiet Fristen wahren und von Amts wegen zu übersetzen sind. Ansonsten ist nach h.M. eine in fremder Sprache abgefasste Klageschrift nicht als Klage anzusehen und damit unbeachtlich.¹¹⁷ Dies soll selbst dann gelten, wenn der Beklagte Ausländer ist und Kläger sowie Richter der fremden Sprache mächtig sind.¹¹⁸ Das Gericht wird dem Kläger in diesem Fall aufgeben, eine Übersetzung nachzureichen.¹¹⁹ Zumindest für den Fall, dass die Klageschrift auf Kosten der Partei übersetzt worden ist, sollte sie Geltung beanspruchen. Die Zustellung der Klage ist nicht deshalb unwirksam, weil ihr keine beglaubigte Übersetzung in der Landessprache des Beklagten beigelegt ist.¹²⁰ Ist ohne Weiteres erkennbar, dass es sich um eine Klageschrift handelt, dann kommt es für den Zeitpunkt der Klageeinreichung (vgl. § 167) auf den Zeitpunkt der Einreichung des fremdsprachigen Schriftstücks an.¹²¹

2. Der notwendige Inhalt der Klageschrift (Abs. 2). § 253 unterscheidet bezüglich des Inhalts der Klage zwischen notwendigen (Abs. 2) und fakultativen Erfordernissen (Abs. 3).

Der notwendige Inhalt der Klageschrift wird in § 253 Abs. 2 festgelegt. Danach muss die Klageschrift die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts sowie die

114 BGHZ 11, 175, 176 = NJW 1954, 640, 641; *Reiner* S. 13; **a.A.** noch OLG Frankfurt MDR 1951, 44 (hier aber noch andere Rechtslage, bei der dem Beklagten die Klage mit der Ladung zugestellt werden sollte, vgl. § 261 a Abs. 2 a.F.); *Kaablit*z NJW 1958, 125, 128; *Breetzke* DRiZ 1955, 29, 32.

115 Voraussetzung für die Hemmungswirkung ist nicht die Zulässigkeit, sondern allein die Wirksamkeit der Klageerhebung, BGH NJW-RR 1989, 508; BGH MDR 1974, 388, 389 und BGHZ 80, 222, 226 = NJW 1983, 1953; vgl. auch BGHZ 39, 287, 291 = NJW 1963, 1452 und BGHZ 103, 298, 302 = NJW 1988, 1380, 1381 (fehlendes Feststellungsinteresse); BGH NJW 1978, 1058 f. und OLG Naumburg FamRZ 2001, 831 (Klageerhebung vor unzuständigem Gericht).

116 RGZ 96, 201, 202.

117 RGZ 162, 282, 288; BGH NJW 1982, 532; BayObLG MDR 1987, 416; MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 36; **a.A.** LG Berlin JR 1961, 384; FG Saarbrücken NJW 1989, 3112 für Angelegenheiten des Rechts der europäischen Gemeinschaften und alsbaldiger Nachreichung der Übersetzung.

118 MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 35; **a.A.** MünchKomm/Zimmermann GVG § 184 Rdn. 7.

119 Vgl. OLG Frankfurt NJW 1980, 1173, das allerdings für den Sonderfall eines inhaftierten Ausländers eine fristgerechte Rechtsmitteleinlegung auch in englischer Sprache annahm.

120 OLG Hamburg IPRsp 1966/67, 737 f.

121 So *Halbach* S. 103 f. mit dem Hinweis auf § 23 Abs. 4 VwVfG; **a.A.** OLG Hamburg MDR 1989, 90.

bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs und einen bestimmten Antrag (Abs. 2 Nr. 2) enthalten. Diese Angaben sind erforderlich, um die Parteien, das angegangene Gericht und den Streitgegenstand bestimmen zu können. In Scheidungs- und Folgesachenverfahren ist ergänzend zu § 253 Abs. 2 noch § 133 FamFG zu beachten, bei der Unterlassungsklage gemäß § 1 UKlaG noch § 8 Abs. 1 UKlaG.

a) Bezeichnung der Parteien und des Gerichts (Abs. 2 Nr. 1)

- 33 **aa) Bezeichnung der Parteien.** Die genaue Kennzeichnung der **Parteien** dient der Bestimmung des Klägers und des Beklagten. Damit „ist zwingend vorgeschrieben, dass, aber nicht wie die Parteien in der Klageschrift zu bezeichnen sind“. ¹²² Jedenfalls muss ein Dritter aufgrund der Bezeichnung die betroffene Partei ermitteln können, ¹²³ ohne dass Zweifel an ihrer Identität und Stellung bestehen. ¹²⁴ Dies wird regelmäßig durch Angabe des Vor- und Zunamens ¹²⁵ der Partei und ihrer ladungsfähigen Anschrift der Fall sein. Die Berufsbezeichnung (Stand und Gewerbe) ist zur Identifizierung nicht erforderlich, kann aber hilfreich sein. Da es sich bei § 130 Nr. 1 um eine bloße Ordnungsvorschrift handelt, wird eine andere, denselben Zweck erfüllende Kennzeichnung der Partei nicht ausgeschlossen. ¹²⁶ Einzelne Angaben können ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn der Kläger darlegt, dass ihm die Angabe nicht möglich (vgl. §§ 185 ff. ZPO) oder unter Berücksichtigung schutzwürdiger Belange nicht zumutbar ist. ¹²⁷
- 34 Die Angabe des **Namens** einer Partei ist, sofern die Angabe mit nicht oder nur schwer zu beseitigenden Schwierigkeiten verknüpft ist, entbehrlich, wenn die Partei so klar bezeichnet ist, dass kein Zweifel an ihrer Identität und Stellung aufkommen kann und sich anhand der Parteibezeichnung die Partei feststellen lässt. ¹²⁸ Unter Umständen genügt hierfür z.B. auch ein Deck- oder Künstlername. ¹²⁹ Andererseits kann sogar über die Namensangabe hinaus noch ein Namenszusatz (z.B. „junior“) erforderlich sein, wenn es zwei Personen (z.B. Vater und Sohn) gibt, auf welche alle diese Merkmale zutreffen. ¹³⁰ Eine Klage gegen **Unbekannt** ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn der Kläger sich nicht auf zumutbare Weise den Namen des Beklagten beschaffen kann, z.B. weil dieser seine Identität arglistig verschweigt. ¹³¹ Auch hier ist jedoch erforderlich, dass die Partei auf Grund anderer Kriterien eindeutig bestimmbar ist. Eine Räumungsklage gegen namentlich unbekannte Hausbesitzer ¹³² ist daher grundsätzlich nicht zulässig, es sei denn, dass die Partei nach räumlichen und zeitlichen Kriterien feststeht und es sich

122 BGH 12.5.1977 – VII ZR 167/76, NJW 1977, 1686.

123 BGH Warn 1973 Nr. 109. Nicht ausreichend ist die Bezeichnung „Mieter des Hauses Marienburgerstr. 3/4“, LG Berlin ZZZ 49 (1925) 228, oder „der Halter des Kraftfahrzeugs mit dem amtlichen Kennzeichen ...“, vgl. dazu *Halbach* S. 96 f.

124 BGH NJW 1977, 1686; BGH NJW 2001, 885, 887; BayObLGZ 2004, 146, 149 = NZM 2004, 711 f.; OLG Köln NJW 1982, 1888.

125 Ausreichend kann auch die Reihenfolge Nachname Vorname (ohne Komma) sein, LG Hannover JurBüro 1992, 57 (Zwangsvollstreckung).

126 Vgl. BGH 12. 5. 1977 – VII ZR 167/76, NJW 1977, 1686.

127 Vgl. BGH 4.3.2011 – V ZR 190/10, NJW 2011, 1738, 1739; BGHZ 102, 332, 334 ff. = NJW 1988, 2114, 2115; *Kleffmann* NJW 1989, 1142, 1143.

128 RGZ 6, 348, 349 (hier enthielt die Revisionsschrift nicht die einzelnen Erben des benannten Erblassers); BGH MDR 1958, 319 (Klage namens des noch unbekanntem Erben einer bestimmten Person durch einen vom Erblasser bestellten Prozessbevollmächtigten).

129 MünchKomm/*Lindacher* Vor § 50 Rdn. 14; *Haas/Beckmann* FS Schumann (2001) 171, 178.

130 OLG Koblenz MDR 1980, 149; vgl. auch OLG Nürnberg OLGZ 1987, 482, 484.

131 LG Berlin NJW-RR 1998, 713, 714; LG Kassel NJW-RR 1991, 381, 382; *Raeschke-Kessler* NJW 1981, 663 ff.

132 Näher hierzu *Christmann* DGVZ 1984, 101 ff.

nicht um einen ständig wechselnden Personenkreis handelt.¹³³ Bei einer Inkognito-Adoption muss das Inkognito gewahrt werden, so dass eine Bezeichnung der Partei mit ihren Personalien unterbleibt. Allerdings muss die Identität der Partei dann in anderer Weise eindeutig bestimmt sein.¹³⁴

Das Erfordernis der **ladungsfähigen Anschrift** ergibt sich zwar nicht aus § 253 Abs. 2 Nr. 1,¹³⁵ aber aus § 253 Abs. 4 i.V.m. § 130 Nr. 1, wonach unter anderem der Wohnort der Parteien¹³⁶ anzugeben ist. Zwar handelt es sich hier um eine bloße Soll-Vorschrift. Aufgrund der besonderen Bedeutung der Klageschrift als bestimmender Schriftsatz wird jedoch für den Gang des Verfahrens gefolgert, dass ungeachtet der Fassung des § 130 als Ordnungsvorschrift hier ein zwingendes Erfordernis vorliegt.¹³⁷ So ist die Angabe der ladungsfähigen **Anschrift des Beklagten** für die Zustellung und deren Rechtsfolgen (§§ 261, 167) sowie für die Begründung des Prozessrechtsverhältnisses notwendig. Dies erfordert aber nicht unbedingt die Angabe der Wohnanschrift des Beklagten, in geeigneten Fällen kann auch die Angabe der Arbeitsstelle genügen (§ 177).¹³⁸ Letztendlich kann nur die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift des Beklagten verlangt werden, bei der gemäß §§ 177 ff. die ernsthafte Möglichkeit einer ordnungsgemäßen Zustellung besteht.¹³⁹ Ist dem Kläger die Anschrift des Beklagten nicht bekannt, muss er dies zumindest darlegen; nur dann besteht die Möglichkeit, ggf. eine öffentliche Zustellung zu erwirken (§ 185).¹⁴⁰

Die **Anschrift des Klägers** ist jedenfalls im reinen Parteiprozess für die Ladung zu den Gerichtsterminen erforderlich, aber auch in Anwaltsprozessen, da sonst im Falle des Unterliegens des Klägers die Vollstreckung des Beklagten wegen der Kosten gefährdet wäre.¹⁴¹ Die Angabe eines Postfachs genügt nicht.¹⁴² Die Nichtangabe der ladungsfähigen

133 OLG Oldenburg MDR 1995, 793 f. (Räumungsklage gegen wechselnden Personenkreis, der jedenfalls teilweise in dem Haus nur zu Besuch weilt, ist unzulässig); OLG Köln NJW 1982, 1888 (Räumungsantrag gegen derzeit etwa 60 unbekannte Personen, die gegenwärtig das im Eigentum der Ast. befindliche Grundstück mit Gebäude besetzt halten, ist unzulässig); LG Bremen WuM 1990, 527 (Räumungsantrag gegen die gegenwärtigen Bewohner genügt nicht); BezG Potsdam OLGZ 1993, 324, 325 (Besetzer des Gebäudes ist zu unbestimmt); LG Hannover NJW 1981, 1455 (Räumungsantrag gegen wechselnde Anzahl von 20 bis 100 Personen ist unzulässig); LG Krefeld NJW 1982, 289 (Räumungsantrag gegen die derzeit noch unbekanntes Hausbesetzer ist unzulässig); *Raeschke-Kessler* NJW 1981, 663 ff.; **a.A.** Stein/Jonas/Roth Rdn. 16 (auch bei wechselndem Personenkreis); *Lisken* NJW 1982, 1136, wonach örtliche Bezeichnung bereits ausreichen soll; zu weit auch LG Kassel NJW-RR 1991, 381 (Räumungsantrag gegen diejenigen Personen, die der Gerichtsvollzieher bei der Vollstreckung in der Wohnung antrifft, ist zulässig).

134 OLG Karlsruhe FamRZ 1975, 507, 508 (ausreichend: „Das am ... geborene, im Geburtsregister des Standesamtes ... unter dem Namen ... eingetragene Kind.“).

135 Hierfür genügt, dass die Identität der Parteien zweifelsfrei feststeht, vgl. BGH NJW 1977, 1686.

136 Mit Straße und Hausnummer (vgl. OLG Frankfurt MDR 1984, 943) gegebenenfalls noch mit weiteren Unterscheidungsmerkmalen wie Stockwerk oder Gartenhaus, BVerwG NJW 1999, 2608, 2609.

137 So BGH 9.12.1987 – IV b ZR 4/87, BGHZ 102, 332, 334 f. = NJW 1988, 2114 = ZZZ 101 (1988) 457 mit abl. Anm. *Zeiss*; BVerwG NJW 1999, 2608, 2609; KG OLGZ 1991, 465; KGR 1996, 108; *Nierwethberg* NJW 1988, 2095; **a.A.** OLG Stuttgart NJW 1986, 1882 (LS); vgl. auch BVerfG NJW 1996, 1272, nach dem die Zulässigkeit einer zivilprozessualen Klage nicht ausnahmslos von der Angabe einer ladungsfähigen Anschrift des Klägers abhängig gemacht werden darf, weil es sich um Anforderungen handelt, die über die ausdrücklich im Gesetz geregelten Zulässigkeitsanforderungen hinausgehen.

138 BGHZ 145, 358, 364 f. = NJW 2001, 885, 887 (Bezeichnung der beklagten Krankenhausärzte im Arzthaftungsprozess mit Namen und ärztlicher Funktion in einer bestimmten medizinischen Abteilung des Krankenhauses).

139 BGHZ 145, 358, 363 f. = NJW 2001, 885, 887. Die ladungsfähige Anschrift muss auch nicht notwendig mit dem allgemeinen Gerichtsstand übereinstimmen, *Heidemann* NJW 2002, 494.

140 Vgl. dazu *Kleffmann* S. 35.

141 Vgl. BVerfG NJW 1996, 1272, das allerdings auf die Möglichkeit der Sicherheitsleistung hinweist; BGH 1.4.2009 – XII ZB 46/08, NJW-RR 2009, 1009, 1010; BGHZ 102, 332, 335 = NJW 1988, 2114.

142 BVerwG NJW 1999, 2608, 2609.

Anschrift des Klägers führt deshalb, wenn nicht ein (vom Kläger darzulegender) zureichender Grund für die Verweigerung der Angabe nach Aufforderung durch das Gericht vorliegt, zur Unzulässigkeit der Klage.¹⁴³ Dasselbe gilt, wenn der Kläger seine Anschrift von Anfang an unzutreffend angibt und auch auf Rüge hin diesen Mangel nicht behebt.¹⁴⁴ Ein zureichender Grund für die Verweigerung der Angabe kann z.B. darin bestehen, dass der Bekanntgabe ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse entgegensteht.¹⁴⁵ Entbehrlich kann die Angabe der ladungsfähigen Anschrift des Klägers zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes und wegen des Sozialstaatsprinzips auch bei Obdachlosen sein.¹⁴⁶ Wird die Anschrift erst während des Prozesses unrichtig, bleibt die Klage zulässig, wenn nicht wegen der Nichtbenennung der neuen Anschrift rechtsmissbräuchliches Verhalten, z.B. Entziehung der Kostenlast, vorliegt.¹⁴⁷

- 37 Bei Geltendmachung von Rechten noch **nicht Geborener oder noch nicht Erzeugter** genügt die Kennzeichnung der Abstammung von einer bestimmten Person.¹⁴⁸
- 38 Bei **prozessunfähigen Parteien** gehört die Angabe des gesetzlichen Vertreters ebenso wie die korrekte Angabe der Vertretungsverhältnisse nicht zu dem von § 253 Abs. 2 Nr. 1 geforderten notwendigen Inhalt der Klageschrift und kann deshalb jederzeit nachgeholt werden.¹⁴⁹ Das gilt auch für eine Klage gegen den Fiskus, in der die Endvertretungsbehörde nicht notwendig (richtig) bezeichnet werden muss.¹⁵⁰ Die Nichtangabe des gesetzlichen Vertreters birgt allerdings wegen § 170 Abs. 1 das Risiko der nicht ordnungsgemäßen Zustellung und damit vor allem des Nichteintritts der Wirkung des § 167.¹⁵¹
- 39 Seit der Grundsatzentscheidung des BGH,¹⁵² in der er die Rechtsfähigkeit und damit zugleich die aktive und passive Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft **bürgerlichen Rechts** anerkannt hat, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet, kann diese unter ihrem Namen klagen und verklagt werden.¹⁵³ Nach den soeben (Rdn. 38) genannten Grundsätzen ist die Angabe der Gesellschafter als gesetzliche Vertreter der Gesellschaft in der Klageschrift für die Zulässigkeit der Klage nicht zwingend erforderlich, sofern die Gesellschaft anderweitig (z.B. durch Angabe des Namens und der Anschrift) eindeutig identifizierbar ist.¹⁵⁴ Bei Zweifeln am Bestehen eines

143 BGH NJW-RR 2004, 1503 (dies gilt nicht, wenn die in der Klageschrift angegebene ladungsfähige Anschrift im Laufe des Prozesses unrichtig wird und der Kläger keine ladungsfähige Anschrift beibringt); BGHZ 102, 332, 337 = NJW 1988, 2114.

144 OLG Frankfurt NJW 1992, 1178.

145 BFH NJW 2001, 1158 (drohende Verhaftung); KG OLGZ 1991, 465 (frühere Tätigkeit eines Klägers in einem Verfassungsschutzamt allein allerdings nicht ausreichend); KGR 1996, 108.

146 A.A. offenbar VGH Kassel NJW 1990, 138; zu Recht kritisch dagegen MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 57; vgl. dazu auch Gusy JuS 1992, 28 ff.

147 BGH 1.4.2009 – XII ZB 46/08, NJW-RR 2009, 1009, 1010.

148 RGZ 61, 355, 356 f.

149 BGHZ 32, 114, 118 = NJW 1960, 1006; RG JW 1888, 424; RG JW 1896, 400; vgl. auch BGH NJW 1989, 2689; BGH NJW 1993, 2811, 2813; OLG Karlsruhe 20.6.2007 – 15 W 23/07, MDR 2008, 408, 409.

150 OLG Zweibrücken OLGZ 1978, 108 = NJW 1977, 1928 (LS).

151 Siehe BGHZ 32, 114, 119 = NJW 1960, 1006.

152 BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

153 Vgl. Reichert Die BGB-Gesellschaft im Zivilprozeß (1988) 125 ff., 155, Hüffer FS Stimpel (1985) 165, 180 f., die die GbR schon vorher als parteifähig angesehen und den im Rechtsverkehr gebräuchlichen Gesamtnamen der GbR für ausreichend gehalten haben; K. Schmidt Handelsrecht⁵ (1999) § 5 II 2 für die Mitunternehmer-BGB-Gesellschaft; a.A. Schöpflin Der nichtrechtsfähige Verein (2003) 364.

154 Vgl. BGH 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 356 f. = NJW 2001, 1056, 1060 (in Aktivprozessen beispielsweise durch möglichst exakte Beschreibung der Gesellschafter, der gesetzlichen Vertreter und der

Gesellschaftsvermögens oder einer echten (Außen-)GbR – in Abgrenzung zur reinen Innengesellschaft – ist es allerdings schon wegen der persönlichen Haftung der Gesellschafter ratsam, diese immer auch einzeln zu verklagen.¹⁵⁵ Die Umstellung einer Klage der Gesellschafter als notwendige Streitgenossen entsprechend der vor der Rechtsprechungsänderung geltenden Rechtslage auf die Gesellschaft stellt einen Fall der Parteiberichtigung und keine Parteiänderung dar.¹⁵⁶ Wichtig ist sowohl bei Aktiv- als auch bei Passivprozessen im Zusammenhang mit einer GbR stets, dass klargestellt wird, ob die Gesellschaft, die Gesellschafter oder beide gemeint sind.¹⁵⁷

Diese Grundsätze hat der BGH¹⁵⁸ wegen § 54 BGB auf den klagenden **nicht eingetragenen Verein** übertragen.¹⁵⁹ Mittlerweile ist § 50 Abs. 2 dementsprechend geändert¹⁶⁰ und dem nichtrechtsfähigen Verein auch die aktive Parteifähigkeit zuerkannt worden. Auch hier genügt es, den nicht eingetragenen Verein identifizierbar zu beschreiben.¹⁶¹ Eine Übertragung der Grundsätze zur Parteifähigkeit der GbR auf die **Erbengemeinschaft** (§ 2032 BGB) wurde vom BGH¹⁶² abgelehnt, so dass sie mangels eigener Rechtsfähigkeit nicht parteifähig ist.¹⁶³ Auch der ehelichen **Gütergemeinschaft** (§§ 1415 ff. BGB) wird trotz der BGH-Entscheidung zur Parteifähigkeit der GbR die Rechtsfähigkeit abgesprochen.¹⁶⁴ Bei der nichtrechtsfähigen reinen Innengesellschaft¹⁶⁵ sowie der Gemeinschaft (§§ 741 ff. BGB), die nicht selbst klagen und verklagt werden können, sind die Gesellschafter einzeln namentlich aufzuführen.

Die **Wohnungseigentümergeinschaft** wird nunmehr¹⁶⁶ als teilrechtsfähig angesehen, soweit sie bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsver-

Bezeichnung, unter der die Gesellschaft im Rechtsverkehr auftritt); *K. Schmidt* NJW 2001, 993, 999 f.; *Wertenbruch* NJW 2002, 324, 326; für die Anwaltssozietät *Lüke* FS Geimer (2002) 583, 586 f.

155 BGHZ 146, 341, 357 = NJW 2001, 1056, 1060.

156 BGH NJW-RR 2004, 275, 276; BGH NJW 2003, 1043 = EWIR 2003, 357; ebenso *Krämer* NZM 2002, 465, 473; noch offen gelassen in BGH NJW-RR 2003, 228; **a.A.** *Jacoby* NJW 2003, 1644, der die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit durch den BGH als formwechselnde Umwandlung der bisherigen Gesamthandsgesellschaften in rechtsfähige Personengesellschaften ansieht und einen gesetzlichen Parteivchsel annimmt. Im Ergebnis ist jedoch auch hiernach zur Fortführung des Prozesses lediglich eine Rubrumsberichtigung erforderlich.

157 Zur Auslegung OLG Karlsruhe 20.6.2007 – 15 W 23/07, MDR 2008, 408; *Kemke* NJW 2002, 2218 mit Vorschlägen zum Rubrum; vgl. auch *Schmidt* NJW 2008, 1841 ff.

158 2.7.2007 – II ZR 111/05, NJW 2008, 69, 74 unter Hinweis auf den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts v. 25.8.2004 S. 33, in welchem dem nichtrechtsfähigen Verein auch die aktive Parteifähigkeit zugesprochen wird.

159 So schon KG MDR 2003, 1197; AG Witzhausen NJW-RR 2003, 614, 615; *Zöller/Vollkommer*²⁶ § 50 Rdn. 22; *Thomas/Putzo/Hüfstege*²⁸ § 50 Rdn. 7; *Hess* ZZZ 117 (2004) 267, 292 f.; *Jauernig* NJW 2001, 2231, 2232; *Kempfler* NZG 2002, 411 ff., der sich für eine Gesetzesänderung ausspricht; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁶ § 43 Rdn. 21; *K. Schmidt* NJW 2001, 993, 1002 f.; **a.A.** *Stein/Jonas/Bork* § 50 Rdn. 30; *Wagner* ZZZ 117 (2004) 305, 358 f. Zur Rechtslage vor Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR siehe *Wieczorek/Schütze/Hausmann*³ (1994) § 50 Rdn. 46 ff.

160 Art. 3 des Gesetzes zur Erleichterung elektronischer Anmeldungen zum Vereinsregister und anderer vereinsrechtlicher Änderungen v. 24.9.2009, BGBl I S. 3145, 3147.

161 *Zöller/Greger* Rdn. 8 a.

162 BGH NJW 2002, 3389, 3390.

163 Zustimmung *Marotzke* ZEV 2002, 506, 508; vgl. auch *Heil* ZEV 2002, 296 ff.; *Hess* ZZZ 117 (2004) 267, 293 f. (für den Regelfall); **a.A.** *Ann* Die Erbengemeinschaft (2001) 394 ff.; *Eberl-Borges* ZEV 2002, 125, 130 f.; *Grunewald* AcP 197 (1997) 305, 306, 314; *Wagner* ZZZ 117 (2004) 305, 354 f.

164 BayObLG NJW-RR 2003, 899, 900; vgl. auch *Hess* ZZZ 117 (2004) 267, 295.

165 Hierzu zählt auch die – von der Sozietät abzugrenzende – bloße anwaltliche Bürogemeinschaft, näher *Lüke* FS Geimer (2002) 583, 586 Fn 5.

166 Die h.M. verneinte bisher die Rechts- und Parteifähigkeit der WEG, vgl. BGHZ 142, 290, 294 = NJW 1999, 3713 f.; BGHZ 78, 166, 172 = NJW 1981, 282, 283; BGH NJW 1977, 1686; BGH NJW 1983, 1901; BGH NJW 1993, 2943, 2944; BGH NJW 1998, 3279; BayObLG NJW-RR 2004, 1160, 1161; BayObLG NJW-RR 2002, 445,

kehr teilnimmt.¹⁶⁷ Der Gesetzgeber hat dies mit der Regelung in § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG n.F. bestätigt.¹⁶⁸ Unabhängig vom aktuellen Mitgliederbestand der Wohnungseigentümergeinschaft kann diese klagen und verklagt werden (§ 10 Abs. 6 Satz 5 WEG n.F.).¹⁶⁹ Sie ist dann in der Klageschrift als „Wohnungseigentümergeinschaft“ gefolgt von der bestimmten Angabe des gemeinschaftlichen Grundstücks zu bezeichnen (§ 10 Abs. 6 Satz 4 WEG n.F.). Der Verwalter ist gemäß § 27 Abs. 3 WEG n.F. berechtigt, im Namen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, soweit er hierzu kraft Gesetzes, durch Vereinbarung oder durch Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer ermächtigt ist. Dabei vermutet das Gesetz im Rahmen der gerichtlichen Passivvertretung in § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 WEG n.F. a.E. unwiderleglich, dass der Verwalter zur Prozessführung ermächtigt ist.¹⁷⁰ Für Aktivprozesse benötigt der Verwalter, mit Ausnahme der Fälle der Nachteilsabwendung gemäß § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 WEG n.F. für eine Prozessführung eine ausdrückliche Ermächtigung der Wohnungseigentümer, andernfalls vertreten alle Wohnungseigentümer die Gemeinschaft (§ 27 Abs. 3 Satz 2 WEG n.F.). Der Verwalter tritt also in Finanzangelegenheiten nunmehr als gesetzlicher Vertreter¹⁷¹ der Eigentümergemeinschaft auf.¹⁷²

Eine vor der Rechtsprechungsänderung zu Recht gegen die einzelnen Wohnungseigentümer erhobene Klage auf Werklohn wegen Arbeiten am Gemeinschaftseigentum kann nicht im Wege einer Rubrumsberichtigung gegen die Wohnungseigentümergeinschaft gerichtet werden. Vielmehr ist ein Parteiwechsel erforderlich (§ 263 Rdn. 110).¹⁷³

- 42 Bei fehlender Teilrechtsfähigkeit muss die Klage jedoch durch oder gegen alle Wohnungseigentümer erhoben werden. Auch die Anfechtungsklage gemäß § 46 WEG n.F. ist gegen die übrigen Wohnungseigentümer bzw. bei der Klage des Verwalters gegen die Wohnungseigentümer zu richten.¹⁷⁴ Bei versehentlicher Falschbezeichnung kann die Klage gegen die Wohnungseigentümergeinschaft als eine Klage gegen die einzelnen Mitglieder ausgelegt werden.¹⁷⁵ Ergibt sich dagegen aus dem übrigen Inhalt der Klage-

446 = NZM 2001, 956, 957; BayObLG NJW 2002, 1506, 1507; KGR Berlin 2003, 262; LG Hamburg ZMR 2001, 856; Ott ZMR 2002, 97; Hess ZfP 117 (2004) 267, 296; a.A. schon bisher *Bärmann* NJW 1989, 1057, 1060 ff.; *Bub* ZWE 2002, 103; *Bub/Petersen* NZM 1999, 646, 648 f.; *Derleder* ZWE 2002, 193 ff. und 250 ff.; *Häublein* FS Wenzel (2005) 175, 195 ff.; *Maroldt* ZWE 2002, 387; *Pauly* WuM 2002, 531; *Raiser* ZWE 2001, 173; *Schwörer* NZM 2002, 421.

167 BGH 2.6.2005 – V ZB 32/05, BGHZ 163, 154, 160 ff. = NJW 2005, 2061, 2062 ff. (S. 2068: Eine Teilnahme am Rechtsverkehr bezieht sich auf das Außenverhältnis zu Dritten, aber u.U. auch auf das Innenverhältnis, z.B. bei der Verfolgung von gemeinschaftlichen Beitrags- oder Schadensersatzansprüchen gegen einzelne Wohnungseigentümer. Die Beschlussanfechtung (§ 43 Nr. 4 WEG) betrifft dagegen die Willensbildung innerhalb der Gemeinschaft und nicht den Rechtsverkehr des Verbands. Passivlegitimiert sind hier weiterhin nur die übrigen Wohnungseigentümer und nicht die Gemeinschaft, Gründe zu III. 12); dazu *Maroldt* ZWE 2005, 361; *Raiser* ZWE 2005, 365; zu den Konsequenzen vgl. *Abramenko* ZMR 2005, 585; *Armbrüster* ZWE 2005, 369 ff.; *Hügel* DNotZ 2005, 753; kritisch *Demharter* ZWE 2005, 357; *Bork* ZIP 2005, 1205; *W. Lüke* ZfIR 2005, 516, 520; *Rapp* MittBayNot 2005, 449.

168 WEG-Novelle v. 26.3.2007, BGBl I S. 370, in Kraft seit 1.7.2007.

169 So schon BGH 2.6.2005 – V ZB 32/05, BGHZ 163, 154, 160 ff. = BGH NJW 2005, 2061, 2065.

170 Jennißen/*Heinemann* WEG³ (2012) § 27 Rdn. 92.

171 Dies gilt auch für Aktivprozesse, für die eine Ermächtigung gemäß § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG erforderlich ist, Jennißen/*Heinemann* WEG³ (2012) § 27 Rdn. 117.

172 Vgl. auch BGH 2.6.2005 – V ZB 32/05, BGHZ 163, 154, 160 ff. = BGH NJW 2005, 2061, 2066.

173 BGH 10.3.2011 – VII ZR 54/10, NJW 2011, 1453 f.

174 Vgl. Jennißen/*Suilmann* WEG³ (2012) § 46 Rdn. 84 a; *Bergerhoff* NZM 2007, 425 f.

175 BGH 6.11.2009 – V ZR 73/09, NJW 2010, 446, 447 (im konkreten Fall verneint); vgl. auch BGH 4.3.2011 – V ZR 190/10, NJW 2011, 1738, 1739 (Auslegung der Beklagtenbezeichnung: „sonstige Wohnungseigentümergeinschaft“ im Rahmen einer Anfechtungsklage); zu großzügig bei der

schrift, dass die Klage gegen den Verband gerichtet ist, ist ein Parteiwechsel erforderlich.¹⁷⁶ Nunmehr regelt § 44 WEG n.F. die Bezeichnung der Wohnungseigentümer in der Klageschrift. Wie nach bisheriger Rechtslage¹⁷⁷ genügt bei der Klage **aller Wohnungseigentümer bzw. gegen alle Wohnungseigentümer** (jeweils mit Ausnahme des Gegners) für die Parteibezeichnung die bestimmte Angabe des gemeinschaftlichen Grundstücks. § 44 Abs. 1 Satz 1 WEG n.F. stellt lediglich eine Abwandlung des § 253 Abs. 2 Nr. 1 dar und verdrängt diese Vorschrift nicht. Die „bestimmte Angabe des gemeinschaftlichen Grundstücks“ kann sich nach der postalischen Adresse oder aber nach dem Grundbucheintrag richten. Außerdem ist es, z.B. zur Ermöglichung der späteren Zwangsvollstreckung, gemäß § 44 Abs. 1 Satz 2 WEG n.F. erforderlich, bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung eine Liste mit der Bezeichnung der Wohnungseigentümer einschließlich ihrer ladungsfähigen Adressen einzureichen,¹⁷⁸ da § 44 Abs. 1 Satz 2 WEG die Anforderungen an die Bezeichnung der Parteien nicht abmildert.¹⁷⁹ Bei endgültiger (grundloser) Verweigerung dieser notwendigen Angaben ist die Klage als unzulässig abzuweisen.¹⁸⁰ Allerdings können die fehlenden Angaben im Berufungsrechtszug nachgeholt und der Mangel der Zulässigkeit geheilt werden.¹⁸¹ Sind an dem Rechtsstreit nicht alle Wohnungseigentümer beteiligt, ist es vor dem Hintergrund der notwendigen Beiladung der übrigen Wohnungseigentümer gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 WEG n.F. erforderlich, dass diese alle bereits in der Klageschrift bezeichnet werden (§ 44 Abs. 2 Satz 1 WEG n.F.). Naturgemäß scheidet diese Notwendigkeit bei fehlender Beiladung aus (§ 44 Abs. 2 Satz 2 WEG n.F.).

Um eine Zustellung zu ermöglichen, ist für Passivprozesse gegen die Wohnungseigentümer die Angabe des Verwalters (§ 45 Abs. 1 WEG)¹⁸² oder eines anderen Zustellungsverträtters (§ 45 Abs. 2 Satz 1 WEG) erforderlich. Es sind stets beide Personen zu bezeichnen, da es in der Hand des Gerichts liegt, an wen die Zustellung zu erfolgen hat.¹⁸³ Da Zustellungen an die Wohnungseigentümergeinschaft an den Verwalter als deren Zustellungsverträtter gemäß § 27 Abs. 3 Nr. 1 WEG erfolgen können, muss auch dieser benannt werden.

Bei der Kennzeichnung der sog. **Partei kraft Amtes** ist neben der Kennzeichnung ihrer Person die Kenntlichmachung der Funktion und der verwalteten Vermögensmasse

Auslegung LG Nürnberg-Fürth 5.5.2009 – 14 T 9452/08, NJW 2009, 2142f. und LG Düsseldorf 1.9.2008 – 25 S 5/08, NZM 2008, 813, 814.

176 BGH 6.11.2009 – V ZR 73/09, NJW 2010, 446, 447f., wobei die Klage gegen den Verband die Klagefrist gemäß § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG wahrt, wenn innerhalb der Klagefrist der Verwalter angegeben und die namentliche Bezeichnung der richtigerweise zu verklagenden übrigen Mitglieder der Gemeinschaft bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nachgeholt wird; LG Düsseldorf 28.4.2011 – 16 S 142/09, NZM 2011, 410, 411, allerdings **a.A.** bezüglich der Einhaltung der Klagefrist.

177 Vgl. hierzu die Voraufl. Rdn. 42 und die Begründung des Gesetzes BT-Drucks. 16/887 S. 35 f.

178 Dabei genügt es, wenn die Liste durch den Beklagten eingereicht wird und der Kläger sich darauf bezieht, BGH 4.3.2011 – V ZR 190/10, NJW 2011, 1738, 1739; LG München 9.5.2011 – 1 S 22360/10, NJW 2011, 1974f. lässt eine Korrektur der rechtzeitig eingereichten Liste auch nach dem Zeitpunkt gemäß § 44 Abs. 1 Satz 2 WEG zu.

179 BGH 4.3.2011 – V ZR 190/10, NJW 2011, 1738, 1739.

180 BGH 20.5.2011 – V ZR 99/10, NJW 2011, 3237.

181 BGH 20.5.2011 – V ZR 99/10, NJW 2011, 3237, auch bei Angabe durch die beklagte Partei.

182 Nidenführ/Kümmel/V andenhouten/Nidenführ WEG⁹ (2010) § 44 Rdn. 6; vgl. noch zur alten Rechtslage: BGHZ 78, 166, 172 = NJW 1981, 282 mit Anm. Kellmann; Blackert Die Wohnungseigentümergeinschaft im Zivilprozess (1999) 197f., 208ff.; Bassenge MDR 2004, 78, 79.

Dasselbe gilt für den mit umfassender Vollmacht ausgestatteten Treuhänder einer Bauherrngemeinschaft, soweit diese keine rechtsfähige Außengesellschaft darstellt, OLG München MDR 1987, 418.

183 Nidenführ/Kümmel/V andenhouten/Nidenführ WEG⁹ (2010) § 44 Rdn. 6.

erforderlich.¹⁸⁴ Bei unzutreffender Bezeichnung kommt allerdings eine Parteiberichtigung in Betracht, wenn sich aus dem sonstigen Vorbringen im Wege der Auslegung zweifelsfrei ergibt, dass die Klage gegen die Partei kraft Amtes gerichtet werden soll. Andernfalls wird die bezeichnete Person persönlich Partei.¹⁸⁵

- 45 Gemäß § 17 Abs. 2 HGB kann ein **Kaufmann** unter seiner **Firma** klagen und verklagt werden, die Firmenbezeichnung dient hier als ausreichendes Kennzeichen. Eine unzulässige oder falsche Firma schadet nicht, sofern die Identität der betreffenden Partei eindeutig feststeht. Einer Partei dürfen aus einem infolge mehrfacher Umfirmierung entstehenden Namenswirrwarr keine Vorteile erwachsen.¹⁸⁶ Die Klage gegen eine Firma ohne Inhaberbenennung gilt stets als gegen den Inhaber z.Z. der Klageerhebung gerichtet.¹⁸⁷ Wird dagegen in der Klageschrift eine Person als Inhaber neben der Firma eines Einzelkaufmanns benannt, so wird diese unter bestimmten Umständen¹⁸⁸ auch dann Partei, wenn sie in Wahrheit nicht Inhaber der Firma ist.¹⁸⁹ Anders liegt der Fall, wenn es sich um die Firma einer Personengesellschaft handelt, weil hier der Nennung des Namens der Gesellschaft ausschlaggebende Bedeutung zukommt, so dass der irrige Zusatz eines Inhabernamens dahinter zurücktritt.¹⁹⁰ Wird eine Einzelhandelsfirma als OHG verklagt oder klagt sie als solche, so ist nur der Einzelkaufmann Kläger oder Beklagter.¹⁹¹ Wird eine bestehende OHG verklagt oder klagt sie als solche, dann richtet sich die Klage nur gegen sie, nicht gegen die Gesellschafter der OHG (siehe § 261 Rdn. 79). Wird die OHG im Laufe des Prozesses aufgelöst, geht der Prozess gegen die Gesellschafter weiter, selbst wenn nur einer von ihnen die Firma fortführt, es sei denn, dass die anderen ausdrücklich entlassen worden sind.¹⁹² Ist sie vor Klageerhebung aufgelöst worden, so wirkt die Klagezustellung nur gegen den Gesellschafter, dem sie zugestellt wird. Allerdings können bei Klagen gegen die OHG neben der Gesellschaft auch die einzelnen persönlich haftenden Gesellschafter verklagt werden;¹⁹³ während umgekehrt, wenn die OHG klagt, die einzelnen Gesellschafter grundsätzlich zugleich keine Ansprüche erheben können.
- 46 Die Parteibezeichnung ist für die Parteistellung nicht allein ausschlaggebend. Sie ist als Teil einer Prozesshandlung grundsätzlich der Auslegung fähig. Dabei ist der gesamte Inhalt der Klageschrift nebst Anlagen zu berücksichtigen.¹⁹⁴ Bei **unrichtiger äußerer Bezeichnung** ist grundsätzlich die Person als Partei angesprochen, die erkennbar durch die Parteibezeichnung betroffen werden soll.¹⁹⁵ Welche Partei objektiv erkennbar gemeint ist, ist anhand der Bezeichnung in der Klageschrift, der Zustellungsadresse, dem Tatsachenvortrag und den vom Kläger vorgelegten Urkunden¹⁹⁶ aus Empfängersicht (Ge-

184 Z.B.: „als Insolvenzverwalter über das Vermögen von ...“.

185 MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 63.

186 LAG Hamm ZInsO 2001, 240 (LS).

187 RGZ 159, 337, 350; OLG München NJW 1971, 1615; KG Rpfleger 1982, 191.

188 OLG Köln NJW-RR 1996, 292.

189 RGZ 157, 369, 373; OLG Karlsruhe OLGZ 11, 77; KG OLGrspr 13, 111 f.

190 BGH NJW 1999, 1871 f. (zu einer mit der OHG bzw. KG vergleichbaren Partnership des englischen Rechts).

191 RGZ 157, 369 (anders, wenn ausdrücklich die Gesellschaft geklagt hat oder verklagt werden sollte, S. 376); RGZ 99, 271.

192 RGZ 66, 240, 243; RGZ 124, 146, 151; BGHZ 62, 131, 132 = NJW 1974, 338.

193 RG JW 1907, 712.

194 BGH 10.3.2009 – VIII ZR 265/08, NJW-RR 2009, 948 f.; BGH 27.11.2007 – X ZR 144/06, NJW-RR 2008, 582, 583 m.w.N.

195 RGZ 157, 369, 374 f.; BGHZ 4, 328, 334 = NJW 1952, 545; BGH MDR 1978, 307; BGH NJW 1981, 1453, 1454; BGH NJW 1983, 2448, 2449; BGH NJW 2002, 3110, 3111; BGH NJW-RR 1995, 764; BGH NJW-RR 2004, 501; BFH BB 1987, 398; OLG Nürnberg OLGZ 1987, 482, 483.

196 Z.B. einem vorgelegten Kündigungsschreiben des Insolvenzverwalters bei einer gegen den Schuldner gerichteten Kündigungsschutzklage, BAG NZA 2003, 1391.

richt und Prozessgegner) festzustellen.¹⁹⁷ Es ist daher grundsätzlich diejenige Person als Partei anzusehen, die nach dem Gesamtzusammenhang der Prozessklärung als Partei gemeint ist. Dabei können als Auslegungsmittel auch spätere Prozessvorgänge herangezogen werden.¹⁹⁸ In den Grenzen der Auslegungsfähigkeit ist das Rechtssubjekt gemeint, das aus den maßgebenden Rechtshandlungen berechtigt oder verpflichtet ist.¹⁹⁹

Steht die Identität der Partei im Zeitpunkt der Klageerhebung fest oder lässt sie sich durch Auslegung eindeutig ermitteln, so ist eine unrichtige Bezeichnung in jeder Lage des Verfahrens mit Wirkung ex tunc von Amts wegen oder auf Anregung einer Partei **zu berichtigen**.²⁰⁰ Dasselbe gilt, wenn sich die richtige Partei auf den Streit eingelassen hat.²⁰¹ Dazu genügt es, wenn der richtigen Partei zugestellt worden ist und diese die Zustellung auf sich bezogen hat. Stellt allerdings das Gericht eine in Unkenntnis der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Schuldner gerichtete Klage dem Insolvenzverwalter zu, so wird zunächst weder der eine noch der andere zur beklagten Partei. Der Insolvenzverwalter erlangt die Parteistellung nicht vor der Erklärung, dass sich die Klage gegen ihn richtet. Er ist ausdrücklich als Partei zu kennzeichnen.²⁰²

Die Klage gegen einen nicht anwaltlich vertretenen²⁰³ bereits Verstorbenen oder gegen eine (z.B. durch Verschmelzung) erloschene Gesellschaft²⁰⁴ in Unkenntnis des Todes bzw. des Erlöschens kann nicht als Klage gegen den **Rechtsnachfolger** ausgelegt werden.²⁰⁵ Eine derartige Klage gegen eine nicht (mehr) existente Partei ist unzulässig (vgl. Vor § 253 Rdn. 47). Stirbt bei einer vom Prozessbevollmächtigten erhobenen Klage der Vollmachtgeber vor Einreichung oder Zustellung der Klageschrift, so kann die Klage i.d.R. als im Namen der Erben erhoben ausgelegt werden.²⁰⁶

Die dargestellten Grundsätze über die Bezeichnung der Parteien gelten gleichermaßen auch im **Eilverfahren** nach §§ 916 ff., 935 ff.²⁰⁷

bb) Bezeichnung des Gerichts. Die Angabe des **Gerichts als solches** ist ausreichend, die des einzelnen nach der Geschäftsverteilung berufenen Richters oder Spruchkörpers ist nicht erforderlich,²⁰⁸ aber empfehlenswert. Im Allgemeinen wird die Klageschrift an das Gericht adressiert; doch genügt auch die bloße Einreichung bei einem Gericht ohne **Adressenangabe**, denn daraus lässt sich schließen, dass sich dieses Gericht

197 BGH 15. 5. 2006 – II ZB 5/05, NJW-RR 2006, 1569, 1570; BGH NJW 1998, 1496, 1497 m.w.N.; BAG 12.10.2010 – 9 AZR 522/09, NZA 2011, 695, 697; *Baumgärtel* FS Schnorr von Carolsfeld (1973) 19, 33; *Weimann/Terheggen* NJW 2003, 1298 m.w.N.

198 BGH 10.3.2009 – VIII ZR 265/08, NJW-RR 2009, 948 f. m.w.N.; BGH NJW-RR 2006, 1569, 1570; OLGR Köln 2004, 107.

199 *Weimann/Terheggen* NJW 2003, 1298; vgl. aber BGH 6.11.2009 – V ZR 73/09, NJW 2010, 446, 447; BGH 6. 11. 2009 – V ZR 73/09, NJW 2010, 446, 447 (im konkreten Fall verneint) zu großzügig bei der Auslegung LG Nürnberg-Fürth 5.5.2009 – 14 T 9452/08, NJW 2009, 2142 f.

200 BGH 4.3.2011 – V ZR 190/10, NJW 2011, 1738; OLGR Hamm NJW-RR 1991, 188 f.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 41 Rdn. 13; vgl. auch *Burbulla* MDR 2008, 439, 440 ff.

201 Vgl. OLG Düsseldorf Warn 1970 Nr. 247; OLGR Köln 2004, 107, 108.

202 BGHZ 127, 156, 163 f. = NJW 1994, 3232 = LM § 50 Nr. 44 mit abl. Anm. *Wax*.

203 Bei anwaltlicher Vertretung richtet sich die Klage gegen die Erben, weil die Vollmacht durch den Tod nicht erloschen ist, § 86. In diesem Fall ist eine Rubrumsberichtigung erforderlich, vgl. OLG Hamm NJW-RR 1986, 739 f.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 43 Rdn. 34.

204 Vgl. hierzu BGH NJW 2002, 3110, 3111.

205 BGH WM 2000, 260 = VIZ 2000, 168; *Weimann/Terheggen* NJW 2003, 1298; zweifelnd BGH NJW 2002, 3110, 3111; **a.A.** Stein/Jonas/Roth Rdn. 20.

206 BGH ZPR 71 (1958) 471, 473 f.

207 OLG Frankfurt NJW 1992, 1178.

208 Dementsprechend ist eine Falschbezeichnung, die dem Geschäftsverteilungsplan nicht entspricht, unbeachtlich.

mit der Sache befassen soll. Ob das Gericht zuständig ist oder nicht, ist für die Begründung des Prozessrechtsverhältnisses unerheblich.

- 51 Welches Gericht sich mit der Sache befassen soll, ist durch **Auslegung** zu ermitteln. So schadet eine Falschbezeichnung nicht, wenn die Klage bei dem richtigen Gericht eingeht. Soll der Rechtsstreit vor die Kammer für Handelssachen, muss ein dementsprechender Antrag gemäß § 96 Abs. 1 GVG in der Klageschrift gestellt werden. Ist die Klageschrift an die Kammer für Handelssachen adressiert, so ist hierin bereits der Antrag gemäß § 96 Abs. 1 GVG enthalten.²⁰⁹ Dieser Antrag ist weder nachholbar noch veränderbar. Lediglich im Fall eines Schreibfehlers kann die Klageschrift berichtigt werden.²¹⁰ Ist der Antrag gestellt, die Klage jedoch versehentlich an die Zivilkammer gerichtet, so ist diese Falschbezeichnung unbeachtlich und daher die Kammer für Handelssachen gemeint.²¹¹

- 52 **b) Angabe des Klagegegenstandes, des Klagegrundes und des bestimmten Antrags (Abs. 2 Nr. 2). § 253 Abs. 2 Nr. 2** fordert ferner die Angabe des Klagegegenstandes, des Klagegrundes und des bestimmten Antrags. Dadurch wird der Streitgegenstand und damit der Entscheidungsumfang gemäß § 308 festgelegt. Die Angaben sind ferner bedeutsam für die sachliche Zuständigkeit, die Rechtshängigkeit, den Umfang der Rechtskraft, die Klageänderung, die Klagenhäufung und die Kosten. Die Angabe der Beweismittel (§§ 253 Abs. 4, 130 Nr. 5) ist nicht erforderlich, aber zweckmäßig.

aa) Klagegegenstand

- 53 **(1) Begriff.** Unter dem **Gegenstand** der Klage ist nicht der Streitgegenstand zu verstehen, da dieser durch den Antrag mit bestimmt wird.²¹² Es handelt sich aber auch nicht um das gegenständliche Objekt des Klagebegehrens, also um die Sache, die herauszugeben ist oder das Recht, das eingeklagt wird.²¹³ Ebenso wenig ist damit der Sachverhalt gemeint, aus dem sich der geltend gemachte Anspruch ergibt, denn dieser wird durch die bestimmte Angabe des Grundes des erhobenen Anspruchs dargelegt.²¹⁴ Schließlich handelt es sich bei dem Gegenstand auch nicht um eine neben dem Antrag stehende Rechtsbehauptung des Klägers.²¹⁵ Der Gegenstand des Anspruchs hat vielmehr i.d.R. keine eigenständige Bedeutung, weil er bereits im bestimmten Antrag seinen Ausdruck findet.²¹⁶ Allerdings sind Fälle denkbar, in denen die Angabe des Gegenstandes doch eine eigenständige Bedeutung erlangt.²¹⁷
- 54 **(2) Dauerschuldverhältnisse.** Bei einer Klage auf Vergütung müssen die **Zeiträume**, für die die Vergütung gefordert wird, kalendermäßig bezeichnet werden.²¹⁸ Dasselbe

209 OLG Brandenburg NJW-RR 2001, 429, 430.

210 OLG Frankfurt BB 1980, 552.

211 MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 176; Musielak/Foerste Rdn. 23.

212 MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 69; Zöller/Greger Rdn. 11; Musielak/Foerste Rdn. 24.

213 So aber *Hahn* Kooperationsmaxime im Zivilprozeß? (1983) 90 ff.; dagegen zutreffend Stein/Jonas/Roth Rdn. 24; MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 69; Zöller/Greger Rdn. 11 mit dem Hinweis, dass ein gegenständliches Objekt häufig gar nicht vorhanden ist.

214 A.A. Zöller/Greger Rdn. 11; AK/Wassermann Rdn. 9.

215 So aber *Nikisch* Der Streitgegenstand im Zivilprozeß (1935) 14 ff.; *Habscheid* S. 132 ff.

216 *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 95 Rdn. 16.

217 Nach *Sutschet* ZPR 119 (2006) 279, 281 hat die Unbestimmtheit des Gegenstandes die Unbestimmtheit des Antrags zur Folge.

218 BAG AP Nr. 5 zu § 1 TVG Tarifverträge Bewachungsgewerbe (Gründe zu I 1) = NZA 1996, 266; BAG AP Nr. 40 zu § 253 ZPO = DB 2003, 348 (LS): „restliche Vergütung für 61 Werkstage des Jahres 1999“ nicht ausreichend.

gilt bei der Geltendmachung eines Miet- bzw. Betriebskostensaldos. Hier müssen die auf die jeweiligen Monate entfallenden Beträge einzeln genannt werden, da es sich um eigenständige Ansprüche handelt.²¹⁹

(3) Teilklagen.²²⁰ Ergeben sich aus dem Lebenssachverhalt mehrere gleichgerichtete Ansprüche, so muss durch die Angabe des Gegenstandes deutlich gemacht werden, um welchen Anspruch oder Anspruchsteil es sich handelt, da andernfalls der Streitgegenstand und damit der Umfang der Rechtskraft unklar bliebe. Der bestimmte Antrag und die Angabe des Grundes des erhobenen Anspruchs sind hierfür nicht ausreichend.²²¹ So muss der Kläger, wenn er im Wege der Teilklage²²² einen Teil der Gesamtsumme fordert, die sich aus mehreren Einzelpositionen,²²³ z.B. Verdienstaufschlag, Heilungskosten, Sachschaden und Schmerzensgeld zusammensetzt,²²⁴ im Einzelnen angeben, wie die geltend gemachte Gesamtsumme ziffernmäßig auf die verschiedenen Ansprüche zu verteilen ist, oder zumindest eine Reihenfolge angeben, in welcher die Ansprüche bis zu der von ihm geltend gemachten Gesamtsumme gefordert werden.²²⁵ Dies gilt auch für einen einheitlichen Bürgschaftsanspruch, der sich auf verschiedene prozessual selbständige Hauptforderungen stützt,²²⁶ oder wenn von den Monatsgehältern eines längeren Zeitraums ein Teilbetrag eingeklagt wird; hier muss die Klagesumme mit bestimmten Beträgen auf bestimmte Monate aufgeteilt werden.²²⁷ Der Kläger kann auch beide Möglichkeiten kombi-

219 AG Köln 25.6.2008 – 220 C 55/08, NZM 2009, 737, 738; Gies NZM 2003, 545; a.A. Junglas ZMR 2008, 673 ff.

220 Hierzu Friedrich Probleme der Teilklage (1995) 122 ff.

221 So zu Recht Schilken ZPR Rdn. 207; Pawlowski ZPP 78 (1965) 307 ff.; BGH ZPP 69 (1956) 310, 314; vgl. aber BGHZ 124, 164, 167 f. = NJW 1994, 460, 461 (Klagegrund). In der Literatur wird auf die Problematik zumeist im Rahmen des bestimmten Antrags eingegangen. Jedoch ist der Antrag selbst mit der Bezifferung hinreichend bestimmt.

222 Dies gilt sinngemäß auch für die Teilfeststellungsklage (OLG Hamburg ZIP 1999, 1628, 1630 f.: Teilabtretung), für die auf einen Teilbetrag beschränkte negative Feststellungsklage (BGH NJW 1958, 343), nicht jedoch für die Aufrechnung mit Teilbeträgen aus mehreren selbständigen Ansprüchen (Schneider MDR 1988, 928; a.A. OLG Schleswig MDR 1976, 50).

223 Handelt es sich nur um einen prozessualen Anspruch, ist es nicht erforderlich, dass der Kläger die Teilklage als solche bezeichnet (sog. verdeckte Teilklage), BGHZ 34, 337, 340 = NJW 1961, 917, dazu Habscheid FamRZ 1962, 352, 353; Lindacher ZPP 76 (1963) 451, 452. Auch eines förmlichen Vorbehalts einer Nachforderung bedarf es in diesem Fall nicht, BGHZ 135, 178, 181 = NJW 1997, 1990. Vgl. zur verdeckten Teilklage Batsch ZPP 86 (1973) 254, 264 ff.; Kuschmann FS Schiedermaier (1976) 351, 357 ff.; zum Umfang der Rechtskraft von verdeckten Teilklagen vgl. Assmann FS Schwab (2000) 1, 4 ff.; Beinert Der Umfang der Rechtskraft bei Teilklagen (2000); Brötel JuS 2003, 433; zur Verjährungsunterbrechung (jetzt Hemmung) BGHZ 151, 1 ff. = NJW 2002, 2167 f.; BGH 11.3.2009 – IV ZR 224/07, NJW 2009, 1950, 1951 f.

224 Hierbei handelt es sich um verschiedene Streitgegenstände, RGZ 158, 34, 36 (nicht bloße Rechnungsposten, sondern mehrere Ansprüche); BGHZ 30, 7, 18 = NJW 1959, 1269; Krefl DRiZ 1954, 186 f.

225 BGH 17.7.2008 – IX ZR 96/06, NJW 2008, 3142, 3143; BGHZ 11, 192, 194 = NJW 1954, 757; BGHZ 124, 164, 167 f. = NJW 1994, 460, 461; BGH NJW 1984, 2346, 2347; BGH NJW 1990, 2068, 2069 (Schadensersatz, der sich aus acht Einzelpositionen zusammensetzt); BGH NJW 2000, 3718, 3719; BGH 12.1.2006 – III ZR 138/05 (Gründe zu II 1 a); BGH NJW-RR 1997, 441; BGH ZPP 69 (1956) 310, 314; RGZ 157, 321, 326; BAG 24.3.2011 – 6 AZR 691/09, NZA 2011, 1116, 1118; BAG AP Nr. 5 zu § 529 ZPO mit Anm. Thomas; OLG Düsseldorf NJW 1993, 2691; OLG Saarbrücken 9.6.2009 – 4 U 47/08, NJW-RR 2010, 125, 128. Zur Teilleistungsklage bei objektiver Klagenhäufung vgl. auch Krefl DRiZ 1954, 186 f.; Berg JR 1967, 326 ff. und Friedrich Probleme bei Teilklagen (1995) 122 ff., die überzeugende Argumente gegen die Ansicht von Pawlowski (ZPP 78 (1965) 308, 312 ff.; einschr. aber in AcP 195 (1995) 548, 552: Aufgliederung ist nur dann entbehrlich, wenn diese nicht möglich oder nicht zumutbar ist) eine Aufgliederung sei nicht erforderlich, anführen.

226 BGH NJW 1998, 1140.

227 BAG 24.3.2011 – 6 AZR 691/09, NZA 2011, 1116, 1118; BAGE 8, 333, 337 und AP Nr. 2 zu § 496 ZPO.

nieren, indem er den mit dem Hauptantrag eingeforderten Betrag ziffernmäßig aufteilt und den restlichen Teil der Ansprüche in einem Hilfsantrag geltend macht.²²⁸

- 56 Die **Aufschlüsselung** kann nicht nur im Antrag, sondern auch ausdrücklich oder konkludent in der Klagebegründung²²⁹ erfolgen, z.B. durch die Reihenfolge, in der die Ansprüche in der Klagebegründung vorgetragen werden.²³⁰ Eine ursprünglich unterlassene Zuordnung kann dadurch geheilt werden, dass die in einem erstinstanzlichen Urteil erfolgte Zuordnung in der zweiten Instanz hingenommen wird.²³¹ Die ziffernmäßige Aufteilung der Klageforderung auf die einzelnen Ansprüche oder die Erklärung eines Anspruchs zum Hauptanspruch und der übrigen zu in der Reihenfolge bestimmten Hilfsansprüchen kann jedenfalls dann noch in der Revisionsinstanz erfolgen, wenn die Einzelansprüche als solche nach Grund und Betrag eindeutig bestimmt sind.²³² Hat dagegen ein Kläger den eingeklagten Teilbetrag eines aus mehreren Ansprüchen bestehenden Gesamtanspruchs trotz Aufforderung durch den Tatrichter nicht aufgegliedert, ist die Klage auch im Revisionsrechtszug als unzulässig abzuweisen.²³³ Die Rechtskraft einer solchen Klageabweisung steht aber einer erneuten Klage mit einem hinreichend individualisierten Antrag nicht entgegen.²³⁴
- 57 Liegt keine Teilklage vor und erstrebt der Kläger eine Entscheidung über den gesamten im Streit befindlichen Anspruch, ist eine **Aufteilung nicht erforderlich**, selbst wenn die einzelnen Posten den eingeforderten Gesamtbetrag übersteigen.²³⁵ Dasselbe gilt, wenn der Kläger nur einen einheitlichen Schaden mit unselbständigen Rechnungsposten geltend macht.²³⁶ Das Gericht muss jedoch im Urteil deutlich machen, welche Einzelposten es überprüft hat.²³⁷ Die Abgrenzung zwischen selbständigen prozessualen Ansprüchen und unselbständigen Rechnungsposten kann allerdings im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Auch bei einer Klage auf einen Teilbetrag eines Schlussrechnungssaldos als einheitlicher Anspruch, dessen in eine Gesamtabrechnung eingestellten werkvertraglichen Leistungen als bloße Rechnungsposten anzusehen sind, bedarf es keiner weiteren Individualisierung.²³⁸
- 58 Bei einer Teilklage wird nur der eingeklagte Teil rechtshängig, so dass auch nur in dieser Höhe die **Verjährung** gehemmt wird.²³⁹ Liegt zunächst ein nicht aufgegliederter Antrag wegen verschiedener Teilansprüche vor, so wird die Verjährung für jeden Teilan-

228 *Arens* JuS 1964, 395; *Kreft* DRiZ 1954, 186, 187.

229 OLG Düsseldorf DB 1966, 658.

230 BGHZ 124, 164, 167 f. = NJW 1994, 460, 461.

231 BGH NJW-RR 1987, 639, 640; BGH NJW-RR 1995, 1119, 1120. Allerdings muss der Gegenstand des erstinstanzlichen Urteils hinreichend bestimmt sein, BGH NJW-RR 1997, 441.

232 BGHZ 11, 192, 195 = NJW 1954, 757 = LM § 253 Nr. 8 mit Anm. *Johannsen*; BGH NJW 1955, 1030 f. Von der Zulässigkeit der Klage ist die Zulässigkeit der Berufung streng zu trennen. Deshalb kann die Unzulässigkeit der Berufung nicht daraus hergeleitet werden, dass der Berufungskläger den Teilbetrag, in dessen Höhe er den Rechtsstreit über eine Gesamtforderung weiter betreibt, nicht auf die einzelnen selbständigen Ansprüche aufgeteilt hat, BGHZ 20, 219, 221 = NJW 1956, 870 f.

233 BGH NJW 1958, 1590.

234 BGH NJW 2000, 3718, 3719.

235 BGH NJW-RR 1995, 1119, 1120; OLG Saarbrücken 26.5.2009 – 4 U 603/07 – 202, 4 U 603/07, MDR 2009, 1412.

236 BGH 12.1.2008 – III ZR 138/05 (Gründe zu II 1 a), dazu *Löhnig* JA 2006, 564, 565; BGH NJW 2000, 3718, 3719; BGH NJW-RR 2003, 1075 = MDR 2003, 824; OLG Nürnberg 15.2.2011 – 14 U 691/09, NZI 2011, 422, 423.

237 *MünchKomm/Becker-Eberhard* Rdn. 109.

238 BGH 24.1.2008 – VII ZR 43/07, NJW 2008, 1741, 1742; vgl. hierzu auch *Sonntag* NZBau 2008, 361 ff.

239 BGH 11.3.2009 – IV ZR 224/07, NJW 2009, 1950, 1951 f.; BGH 9.1.2008 – XII ZR 33/06, NJW-RR 2008, 521, 522; BGH NJW 2002, 2167 f.; BGH NJW-RR 1988, 692; RGZ 93, 158, 159 f.; *MünchKommBGB⁶/Grothe* (2012) § 204 Rdn. 15 f. m.w.N.; *Fenge* FS Pieper (1998) 31, 47.

spruch in Höhe der Gesamtsumme gehemmt, nicht aber hinsichtlich des weiteren, die Gesamtsumme übersteigenden Teils der Einzelsprüche.²⁴⁰ Dies gilt selbst dann, wenn die Bezifferung der Einzelforderungen erst nach Ablauf der Verjährungsfrist im Laufe des Rechtsstreits vorgenommen wird.²⁴¹ Voraussetzung für die fortdauernde Hemmung der Verjährung ist, dass im Laufe des Rechtsstreits aufgegliedert wird, aus welchen Forderungen oder Teilbeträgen von Forderungen sich die geltend gemachte Klagesumme zusammensetzt.²⁴² Von entscheidender Bedeutung ist jedoch, dass die betroffenen prozessualen Ansprüche hinreichend individualisiert sind (vgl. unten Rdn. 63). Die verjährungshemmende Wirkung einer solchen Teilklage stimmt mit dem Rechtsgedanken des § 204 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 BGB überein. Es kann keinen Unterschied machen, ob eine Klage als unzulässig abgewiesen und innerhalb von sechs Monaten eine zulässige Klage erhoben wird oder ob innerhalb des laufenden Verfahrens dem Mangel der Unbestimmtheit abgeholfen wird.²⁴³ Allerdings ist der Konstruktion des BGH²⁴⁴ bezüglich der auflösenden Bedingung zu widersprechen. Nach seiner Auffassung tritt die verjährungshemmende Wirkung einer solchen Teilklage nur ein, wenn im Laufe des Prozesses die notwendige Abgrenzung der einzelnen Ansprüche nachgeholt wird. Nur dann falle die Bedingung, unter der die Klageerhebung erfolgt sei, aus und ihre Wirkungen träten voll ein.²⁴⁵ Könne dagegen eine Klarstellung nicht mehr erfolgen, weil der Rechtsstreit rechtskräftig durch ein Urteil abgeschlossen ist, dessen materielle Reichweite nicht festgestellt werden kann, so trete die (auflösende) Bedingung hinsichtlich aller geltend gemachten Ansprüche mit der Folge ein, dass rückwirkend die Rechtshängigkeit insgesamt entfällt und damit auch deren verjährungshemmende Wirkung. Insoweit gelte im Ergebnis dieselbe Rechtslage wie für einen hilfsweise eingeklagten Anspruch, über den sachlich nicht entschieden worden ist, weil das Gericht der Hauptklage stattgegeben hat. Gegen eine solche auflösend bedingte Rechtshängigkeit²⁴⁶ bestehen jedoch Bedenken, da keiner der Einzelsprüche unbedingte gestellt worden ist. Dies ist aber Voraussetzung für eine wirksame Klageerhebung.²⁴⁷ Ansonsten wäre bei fehlender Nachholung der Aufgliederung kein Anspruch rechtshängig, der durch Prozessurteil abgewiesen werden könnte.²⁴⁸ Deshalb ist die Rechtshängigkeit nur derjenigen Einzelsprüche als auflösend bedingt anzusehen, die nach Aufschlüsselung der Klagesumme auf die einzelnen Posten nicht genannt oder nur hilfsweise zur Entscheidung gestellt werden.²⁴⁹ Erfolgt keine Aufgliederung, muss die Klage als unzulässig abgewiesen werden, so dass dann § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB direkt Anwendung findet und die verjährungshemmende Wirkung entfällt, wenn nicht innerhalb von sechs Monaten erneut Klage erhoben wird.

240 BGHZ 11, 192, 195 = NJW 1954, 757; BGH NJW 1959, 1819 f.; BGH NJW 1967, 2210; BGH NJW 1978, 1058; BGH NJW 1988, 1079, 1083; BGH NJW-RR 1996, 885, 886; RGZ 157, 321, 326.

241 BGH NJW 1959, 1819 f.; BGH NJW 1967, 2210 = ZZP 82 (1969) 141 mit krit. Anm. *Arens*, der überzeugend die Begründung des BGH angreift, dem Ergebnis aber mit einem Hinweis auf § 212 BGB a.F. (ähnlich § 204 Abs. 2 BGB n.F.) zustimmt; ebenso *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 95 Rdn. 25.

242 BGH NJW-RR 1996, 885; a.A. BGH 21.10.2008 – XI ZR 466/07, NJW 2009, 56, 57.

243 So auch *Arens* ZZP 82 (1969) 141, 147 f.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 95 Rdn. 25.

244 NJW 1984, 2346.

245 BGH NJW 1984, 2346, 2347.

246 BGH NJW 1959, 1819 f.; BGH NJW 1984, 2346, 2347.

247 *Arens* ZZP 82 (1969) 143, 144; *Berg* JR 1967, 326, 327; *Baumgärtel* JZ 1960, 28.

248 So zu Recht MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 113.

249 So auch MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 114. Allerdings war wohl auch BGHZ 11, 192, 195 = NJW 1954, 757 so zu verstehen.

Diese Rechtsprechung scheint der BGH²⁵⁰ aufgegeben zu haben.²⁵¹ Zwar ist die Entscheidung zum Mahnverfahren ergangen, jedoch kann diesbezüglich kein Unterschied zum Klageverfahren gemacht werden.²⁵² In der Entscheidung fordert er eine hinreichende Aufschlüsselung des Gesamtbetrages bereits im Mahnantrag, wenn eine Mehrzahl von Einzelsprüchen geltend gemacht wird.²⁵³ Dies hat zur Folge, dass eine nachträgliche Aufschlüsselung vor Ablauf der Verjährungsfrist erfolgen müsste, um eine Hemmung der Verjährung herbeizuführen. Der Entscheidung ist nicht zuzustimmen. Sind die einzelnen prozessualen Ansprüche hinreichend individualisiert und fehlt nur die Aufgliederung des Gesamtbetrages auf die Einzelforderungen, ist die Klage wirksam erhoben und die Verjährung deshalb gehemmt (vgl. § 262 Rdn. 5). Die Aufgliederung kann deshalb noch nach Ablauf der Verjährungsfrist vorgenommen werden. Diese Problematik stellt sich nicht, wenn von einem einheitlichen prozessualen Anspruch, der sich aus unselbständigen Rechnungsposten zusammensetzt, lediglich ein Teil einer Gesamtforderung geltend gemacht wird. In dem Fall kann die Aufschlüsselung ohne weiteres nachgeholt werden (vgl. Rdn. 57).²⁵⁴

- 59 Ist bei einer Teilklage nicht erkennbar, welcher Teil des Gesamtanspruchs Gegenstand der Klage sein soll, und lässt sich dem dennoch ergangenen Sachurteil nicht entnehmen, über welche der Einzelforderungen oder welche Teilbeträge das Gericht entschieden hat, ist das Urteil nicht der materiellen Rechtskraft fähig²⁵⁵ und kann analog § 767 beseitigt werden.²⁵⁶ Ein Urteil kann jedoch trotz fehlender Individualisierung des Klagegegenstandes materielle Rechtskraft entfalten, wenn das Urteil selbst hinreichend bestimmt ist und deutlich macht, welchen (prozessualen) Anspruch zu welchem Teil es sachlich bescheiden will.²⁵⁷
- 60 Wird nur ein Teilbetrag eingeklagt, ist der vom Kläger zu tragende **Mitverschuldensanteil** nicht von diesem Teilbetrag, sondern vom Gesamtschaden abzuziehen, wenn sich aus dem Klagevorbringen ergibt, dass der Kläger mit der Teilklage einem etwaigen Mitverschuldenseinwand zuvorkommen wollte.²⁵⁸ Auch die Minderung betrifft die Gesamtforderung; hier ist der Minderungsbetrag von dem letzttrangigen Teil der Forderung abzurechnen. Entscheidend ist, ob nach der Minderung noch eine Forderung in Höhe der Klageforderung verbleibt.²⁵⁹ Etwas anderes gilt allerdings, wenn der Geschädig-

250 BGH 21.10.2008 – XI ZR 466/07, NJW 2009, 56, 57. In diesem Fall könnte man allerdings bereits an der Individualisierung des erhobenen Anspruchs zweifeln, weil im Mahnantrag nicht deutlich wurde, ob der Betrag aus zwei oder nur einer der Darlehensforderungen geltend gemacht wird.

251 MünchKommBGB⁶/Grothe § 204 Rdn. 23; Musielak/Voigt § 693 Rdn. 4.

252 Vgl. BGH 17.10.2000 – XI ZR 312/99, NJW 2001, 305, 307; OLG Hamm 23.11.2010 – 34 U 157/07.

253 BGH 21.10.2008 – XI ZR 466/07, NJW 2009, 56, 57; so verstanden auch von BGH 13.5.2011 – V ZR 49/10 (Gründe unter 1d) bb), BGH 17.11.2010 – VIII ZR 211/09, NJW 2011, 613, 614 (Gründe unter 2 b) bb) und OLG München 20.7.2011 – 19 W 984/11 (Gründe unter 2 a). Allerdings wurde in all diesen Fällen die Verjährung gehemmt, weil es sich in diesen Fällen um eine Teilklage bezüglich eines einheitlichen Anspruchs handelte, der sich nur aus unselbständigen Rechnungsposten zusammensetzte.

254 BGH 13.5.2011 – V ZR 49/10; BGH 17.11.2010 – VIII ZR 211/09, NJW 2011, 613, 614; OLG München 20.7.2011 – 19 W 984/11.

255 BGH MDR 1953, 164; BGH NJW 1990, 2068; BGHZ 124, 164, 166 = NJW 1994, 460; Götz Urteilsängel und innerprozessuale Bindungswirkung (1956) 43, 55; Jauernig Das fehlerhafte Zivilurteil (1958) 190; Blomeyer ZPR § 81 III 2b.

256 BGHZ 124, 164, 170 = NJW 1994, 460, 461.

257 BGH NJW 1984, 2346, 2347.

258 RGZ 122, 351, 360; BGH NJW-RR 1998, 948, 949; OLG Bremen ZIP 1999, 1671, 1679; OLG Schleswig VersR 1983, 932; Schneider MDR 1962, 444 f.

259 BGHZ 46, 242, 244 = NJW 1967, 388, 389; BGH NJW 1971, 1800, 1801.

te mit der Teilklage gerade eine Entscheidung über die Verantwortungsquoten erreichen will.²⁶⁰

Eine **Aufrechnung** gegenüber dem eingeklagten Teilbetrag kann der Kläger nur dadurch verhindern, dass er bereits in der Klageschrift die Gegenforderung von seinem Gesamtanspruch absetzt und diesen Teil nicht mehr einklagt.²⁶¹ **61**

bb) Klagegrund

(1) Klagegrund als Lebenssachverhalt. Als Klagegrund ist die Summe der Tatsachen anzusehen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden Betrachtungsweise zu dem durch den Vortrag des Klägers zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören (vgl. § 130 Nr. 3). Dies umfasst den **Lebenssachverhalt**, auf den der Kläger seinen behaupteten prozessualen Anspruch stützt,²⁶² nicht aber das Rechtsverhältnis, woraus der Klageanspruch abgeleitet wird und das sich aus diesen Tatsachen ergibt.²⁶³ Die rechtliche Einordnung des vom Kläger vorgetragenen Lebenssachverhalts ist Sache des Gerichts (da mihi factum, dabo tibi ius). Unter dem Klagegrund ist auch nicht das Grundverhältnis als solches zu verstehen, wie z.B. das Eigentum bei der Herausgabeklage gemäß § 985 BGB, sondern die konkrete Beziehung zum Klageantrag.²⁶⁴ Allerdings können für den Vortrag des Lebenssachverhalts auch allgemein bekannte juristische Ausdrücke wie z.B. Kauf oder Kaufvertrag verwendet werden, sofern der Sachverhalt durch weitere Tatsachenangaben wie z.B. Ort und Zeit des Vertragschlusses konkretisiert wird.²⁶⁵ Der Klagegrund wird durch die Klageschrift nicht so stark festgelegt, dass nicht weitere neue Tatsachen nachgebracht werden könnten (§§ 139, 264 Nr. 1, 277 Abs. 4, 296 a; siehe aber für die Berufungsinstanz § 529 und für die Revisionsinstanz § 559). Er darf auch bei unklarer Klagebegründung noch in der mündlichen Verhandlung geklärt werden.²⁶⁶ **62**

Daraus ergibt sich auch, dass entgegen der vor allem früher vertretenen Substantiierungstheorie²⁶⁷ nicht sämtliche klagebegründenden Tatsachen²⁶⁸ angegeben werden müssen.²⁶⁹ Dabei handelt es sich um eine Frage der Schlüssigkeit der Klage, die im Rahmen der Begründetheit zu überprüfen ist.²⁷⁰ Für eine ordnungsgemäße Klageerhebung ist ein schlüssiger Vortrag nicht erforderlich. Es genügt vielmehr, dass der Sachverhalt so **63**

260 Näher MünchKommBGB⁵/Oetker (2007) § 254 Rdn. 144; Staudinger/Schiemann BGB (2005) Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdn. 87.

261 BGH NJW 1967, 34; BGH NJW 1971, 1800, 1801; ansonsten kann mit der eingeklagten Teilforderung aufgerechnet werden, vgl. dazu ausführlich RGZ 66, 266 ff.

262 RGZ 126, 245, 248; RGZ 143, 57, 65; BGHZ 22, 254, 255 = NJW 1957, 263; BGHZ 117, 1, 5 f. = NJW 1992, 1172; BGH NJW 1996, 3151, 3152; BGH NJW 1999, 3126, 3127; BGH NJW 2003, 2748, 2749; *Habscheid* S. 206 ff.

263 RGZ 126, 245, 248.

264 Vgl. BGH LM Nr. 1 zu § 985 BGB.

265 MünchKomm/Becker-Eberhard Rdn. 82.

266 BGH VersR 1979, 764.

267 Vgl. RGZ 99, 172, 176 f.; RGZ 126, 245, 248; RGZ 143, 57, 65; *Musielak* NJW 2000, 3593, 3595 (siehe aber auch S. 3596).

268 D.h. diejenigen Tatsachen, die rechtlich geeignet oder erforderlich sind, um den Schluss auf die Begründetheit des Klageantrags zu rechtfertigen; vgl. auch – allerdings nur auf die Leistungsklage abstellend – die Motive, S. 182 (*Hahn/Mugdan* Bd. 2 Abt. 1, S. 255): „diejenigen Thatsachen, welche nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen – die rechtsbegründenden Thatsachen –.“

269 BGHZ 117, 1, 5 = NJW 1992, 1172, 1173 f.; BGH NJW 2000, 3492, 3493; BGH MDR 1976, 1005; BGH VersR 1979, 764.

270 BGH VersR 1979, 764.

konkret vorgetragen wird, dass er von anderen abzugrenzen ist. Dazu ist nicht, wie es die früher vertretene Individualisierungstheorie forderte, die bestimmte Angabe eines Rechtsverhältnisses in juristischer Formulierung oder zumindest der Merkmale des Rechtsverhältnisses, durch die sich dieses von anderen unterscheiden lässt, erforderlich. Es reicht vielmehr die Angabe der Tatsachen aus, durch die der prozessuale Anspruch soweit konkretisiert wird, dass er sich von anderen unterscheiden lässt, sog. **verbesserte Individualisierungstheorie**.²⁷¹ Darüber herrscht heute weitgehend Einigkeit, so dass der frühere Theorienstreit als beendet betrachtet werden kann.²⁷²

Die zur Festlegung des Streitgegenstands zwingend erforderlichen Tatsachen sind jeweils im **Einzelfall** zu ermitteln.

- 64** Soweit sich **Feststellungsklagen** auf die positive oder negative Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses beziehen, ist jedoch die Benennung des Rechtsverhältnisses erforderlich. Eine rechtliche Qualifizierung ist allerdings nicht geboten. Es liegt dabei in der Hand des Klägers, wie eng oder wie weit er den Streitgegenstand zieht. So kann er, wenn es um Ansprüche aus einem Unfall geht, die Feststellung des sich aus dem Unfall ergebenden Rechtsverhältnisses begehren, aber auch nur die Feststellung, dass der Beklagte aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung hafte (vgl. § 256 Rdn. 25, 59).²⁷³
- 65** Für eine **Kündigungsschutzklage** ist es ausreichend, dass aus der Klageschrift hervorgeht, gegen wen sie sich richtet, wo der Kläger tätig war und dass er seine Kündigung nicht als berechtigt anerkennen will.²⁷⁴ Wenn mehrere Kündigungen ausgesprochen wurden, ist auch darzulegen, welche Kündigung(en) angegriffen werden.²⁷⁵ Die versehentliche Angabe eines falschen Kündigungsdatums ist hierbei unschädlich, wenn sich die Kündigung auf Grund anderer Angaben (in der Klagebegründung) konkretisieren lässt.²⁷⁶
- 66** Bei der Erhebung einer **Gestaltungsklage** sind die die Gestaltungsrechtsfolge tragenden tatsächlichen Umstände darzulegen.²⁷⁷ So ist z.B. bei Erhebung einer aktienrechtlichen Anfechtungsklage die genaue Bezeichnung des angegriffenen Hauptversammlungsbeschlusses erforderlich, aber auch ausreichend. Konkrete Anfechtungsgründe müssen nicht vorgetragen werden.²⁷⁸
- 67** **(2) Tatsachenbehauptung.** Es müssen nur die zur Individualisierung des prozessualen Anspruchs erforderlichen Tatsachen vorgetragen werden (Rdn. 63). Unzulässig ist eine Klage ohne jegliche Tatsachenbehauptung,²⁷⁹ bzw. eine Klage, die nicht erkennen lässt, auf welchen Tatsachenkomplex der Kläger den behaupteten Anspruch stützt. Das

271 *Jauernig/Hess* ZPR § 37 Rdn. 15; *Schilken* ZPR Rdn. 208; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 95 Rdn. 20; *Vollkommer* FS Lücke (1997) 865, 883; *de Boor* Gerichtsschutz und Rechtssystem (1941) 43. Vgl. auch BGH NJW 2000, 3492, 3493; Es ist „im Allgemeinen ausreichend, wenn der Anspruch als solcher identifizierbar ist.“; BAG AP Nr. 40 zu § 253 = DB 2003, 348 (LS): „Vorzutragen sind die Tatsachen, die den Streit unverwechselbar festlegen. Der zugrunde liegende Sachverhalt darf nicht beliebig sein.“

272 *MünchKomm/Becker-Eberhard* Rdn. 77; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZPR § 95 Rdn. 19; *Vollkommer* FS Lücke (1997) 865, 883.

273 BGHZ 109, 275, 276 = NJW 1990, 834.

274 BGH 13.12.2007 – 2 AZR 818/06, NJW 2008, 1900, 1901; BAG NJW 1982, 1174; BAGE 3, 107, 109 f. = NJW 1956, 1772.

275 Vgl. BAG NJW 1982, 1174; näher zum Klageantrag im Kündigungsschutzverfahren *Diller* NJW 1998, 663.

276 LAG Hamm MDR 1987, 875; LAG Hamm NZA 1993, 864 (LS).

277 Näher hierzu *Becker* AcP 188 (1988) 25, 50 ff.

278 *MünchKomm/Becker-Eberhard* Rdn. 80 a.E.

279 Vgl. BAG BB 1981, 1528, 1529 (für einen erstmals in der mündlichen Verhandlung erhobenen Anspruch).