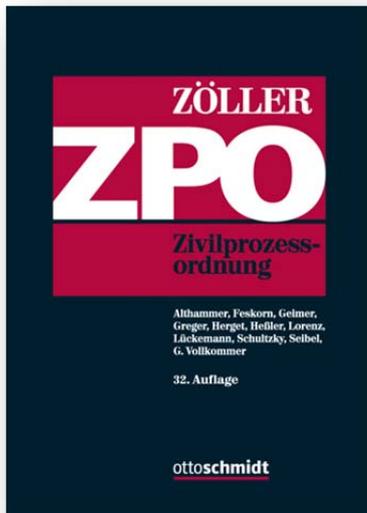


Leseprobe zu



Zöller

## **Zivilprozessordnung**

Kommentar

32. neu bearbeitete Auflage, ca. 3500 Seiten, gebunden, Kommentar, 17 x 24cm

ISBN 978-3-504-47023-4

Verfügbarkeit: November 2017

169,00 €

### **Sie finden in der Leseprobe Ausschnitte zu**

§ 50 (ab S.2)

§ 91a (ab S. 13)

§ 411 (ab S. 23)

§ 753 (ab S.25)

Nr 4 RDG; § 79 II Nr 3 u s § 79 Rn 8), Verbände der freien Wohlfahrtspflege (§ 8 I Nr 5 RDG), Behindertenverbände (§ 63 SGB IX, gültig bis 31.12.2017; danach § 85 SGB IX 2018), Antidiskriminierungsverbände (§ 23 AGG), in engen Grenzen auch Rechtsverfolgungsgesellschaften gleichartig Geschädigter (s Mann NJW 2010, 2391; ZIP 2011, 2393; Fest ZfPW 2016, 173, str; sa Rn 41, 58) usw. Im Prozess müssen sich Verbände (außer Verbraucherverbänden u -zentralen) auch vor dem AG durch einen RA vertreten lassen (§ 79 I 2, II Nr 3).

**VIII) Kollektiver Rechtsschutz.** – Lit: *Behrendt/v. Enzberg* RIW 2014, 253 (rechtspolitisch); *Brand* NJW 2012, 1116 (USA, EU); *Bruns* ZfP 125 (2012), 399 (rechtspolitisch); *Fest* ZfPW 2016, 173 (Rechtsverfolgungsgesellschaften/Kartellrecht); *Geiger*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, 2015; *Gottwald*, FS Klamaris, 2016, S 305 (Überblick); *Gsell* in Schulze, Privatrecht in Vielfalt geeint, 2014, S 179 (gebündelte treuhänderische Einziehung von Schadensersatzforderungen); *Hempel* NJW 2015, 2077 (Kartellrecht); *Keßler* ZRP 2016, 2 (Verbraucherschutz); *Langen/Teigelack* BB 2014, 1795 (gebündelte Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen); *Mann* NJW 2010, 2391 (Rechtsverfolgungsgesellschaften); *Schultes*, FS Schilken, 2015, S 469 (Musterverfahren); *Stadler* JZ 2009, 121; 2014, 613 (Inkassozeession); *Stadler*, FS Schütze, 2015, S 561 (Opt-out Mechanismen); *Tilp/Schiefer* NZV 2017, 14 („VW-Dieselsgate“). – Unter **kollektivem Rechtsschutz** versteht man die „gebündelte“ Rechtsverfolgung durch eine Vielzahl gleichartig Betroffener in einem einzigen Verf mit Zuständigkeitskonzentration. Hauptanwendungsfälle sind Massen-, Streu- und Bagatellschäden („rationale Apathie“ des Einzelnen an der Rechtsverfolgung). Mit den Instrumenten des geltenden Prozessrechts lässt sich kollektiver Rechtsschutz kaum wirkungsvoll verwirklichen. Die gemeinschaftl Klage (§§ 59 ff) stößt bei Massenverf („Sammelklage“, „Gruppenklage“) an tatsächl Grenzen (s §§ 59, 60 Rn 3a). Hilfen: gemeinsame Vertretung, Prozessverbindung zB gem § 246 III 6 AktG. Der „Beitritt“ der parallel Betroffenen als NI an einem als Musterverf geführten Einzelverf soll am fehlenden *rechtl* Interesse scheitern (aber s § 66 Rn 13c); eine Verbandsklage (s Rn 55) kommt nur bei bes gerichtl Klage-(Vertretungs-)befugnis des Verbands oder der Einrichtung in Betracht (Rn 56), wie etwa die Einziehungsklage von Verbraucherzentralen und -verbänden gem § 79 II Nr 3 (s § 79 Rn 8; dazu BGHZ 170, 18); die Rechtsdienstleistungstätigkeit von privaten „Interessenvereinigungen“ (Bsp: Aktionärsvereinigung) und Rechtsverfolgungsgemeinschaften (GbR) gleichartig Geschädigter (iE str, s Mann aaO; aA BGH ZIP 2011, 1202) soll auf den außergerichtl Bereich beschränkt sein (vgl §§ 2 II, 7 I Nr 1, 8 I Nr 4 RDG; sa vor § 78 Rn 16; zur Parteifähigkeit einer Abwicklungs-GbR sa Köln 11.3.2015 – 13 U 149/13; Eckhard EWiR 2016, 191). Das Abtretungs-(Inkasso-)modell mag als „freie“ Rechtsdienstleistung ausscheiden (BGH NJW 2013, 59), aber nicht als Mittel des kollektiven Rechtsschutzes (sa Fest, Stadler, Gsell, Langen/Teigelack, Hempel, jeweils aaO); aA – Fall von § 138 BGB – Düsseldorf NJW 2015, 2129 [krit Armbrüster JZ 2015, 733]; s zur „Sammelklage österreichischer Prägung“ die Vorlage des OGH 20.7.2016 – 6 Ob 23/16z zum EuGH: zur Frage der Anwendbarkeit von Art 15 f EuGVVO aF bei Mehrfachabtretung an Verbraucherkläger; bejahend Mankowski EWiR 2017, 223. Durch eine Musterprozessabrede kann dem Urteil keine Rechtskrafterstreckung verschafft werden (str, s § 325 Rn 43b). Für einen Teilbereich kapitalmarktrechtl Streitigkeiten ist mit G v 16.8.2005 (BGBl I 2437) ein Musterverf eingeführt worden (KapMuG iDF v 19.10.2012, BGBl I 2182); auch ist ein **ausschließl Gerichtsstand** für bestimmte kapitalmarktrechtl Klagen geschaffen worden (s § 32b Rn 7, 9). Zu Vorschlägen zum kollektiven Rechtsschutz auf EU-Ebene s Behrendt/v. Enzberg RIW 2014, 253; Stadler, FS Schilken, 2015, S 482; sa den Gesetzentwurf v 21.5.2014 zur Einführung einer Gruppenklage (BTDrs 18/1464); Montag ZRP 2013, 172. Aktuell existieren Pläne zur Einführung einer verbraucherrechtlichen „**Musterfeststellungsklage**“ (Tilp/Schiefer NZV 2017, 14: „VW-Dieselsgate“), die in der laufenden Legislaturperiode (bis Herbst 2017) wohl nicht mehr verwirklicht werden. Am Ende der 18. Legislaturperiode wurde vom BMJV ein **Diskussionsentwurf für eine verbraucherrechtliche Musterfeststellungsklage vorgelegt**. Diese soll in §§ 606 ff ZPO-E verortet werden, wobei die Klagebefugnis nur bestimmten (qualifizierten) Einrichtungen eingeräumt wird. Ob sich diese Beschränkung der Klagebefugnis in der Praxis bewähren wird, darf bezweifelt werden. In Einzelheiten unklar erscheint auch die Regelung der Bindungswirkung (§ 614 ZPO-E).

58

## § 50 Parteifähigkeit

(1) Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist.

(2) Ein Verein, der nicht rechtsfähig ist, kann klagen und verklagt werden; in dem Rechtsstreit hat der Verein die Stellung eines rechtsfähigen Vereins.

<b>I) Allgemeines</b>		<b>III) Parteifähigkeit von Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit</b>	
1) Begriff der Parteifähigkeit	1	1) Handelsgesellschaften	16a
2) Beginn und Ende der Parteifähigkeit	3	2) BGB-Außengesellschaft	17
3) Bedeutung der Parteifähigkeit	5	3) Vorgesellschaften und Gründervereinigungen	18
<b>II) Parteifähigkeit von Personen</b>	9	4) Partnerschaftsgesellschaften und RAGesellschaften	19
1) Natürl Personen	10	5) Europ Gesellschaften	20
2) Jur Personen	11		

<b>IV) Parteifähigkeit von Verbänden</b>		2) Zweigniederlassung . . . . .	26a
1) Vereine . . . . .	21	3) Innengesellschaften . . . . .	27
2) Politische Parteien . . . . .	22	4) Gemeinschaften . . . . .	27a
3) Interessenverbände . . . . .	23	5) Vermögensmassen . . . . .	28
<b>V) Weitere parteifähige Gebilde</b>		<b>VII) Beschränkt parteifähige Gebilde</b> . . . . .	30
1) WE-Gemeinschaft . . . . .	24	<b>VIII) Internationaler Rechtsstreit</b>	
2) Behörden und Stellen . . . . .	25	1) Europ Gründungstheorie . . . . .	31
3) Organe . . . . .	25a	2) Verhältnis zu Drittstaaten . . . . .	32
<b>VI) Nichtparteifähige Gebilde</b>		3) Beschränkt parteifähige Gebilde . . . . .	33
1) Firma des Einzelkaufmanns . . . . .	26		

- 1) **I) Allgemeines. Lit:** s vor § 50 Rn 2. – **1) Begriff der Parteifähigkeit.** Parteifähigkeit ist die Fähigkeit, Aktiv- oder Passivsubjekt (Haupt- oder Nebenpartei) eines Prozesses zu sein, also die Fähigkeit, im Urteilsverf Kl, Bekl oder NI, im Beschlussverf ASt oder Ag, im VollstrVerf Gl oder Sch sein zu können. Es besteht eine Verbindung zur Rechtssubjektivität: Denn die Parteifähigkeit entspricht im Wesentl der **Rechtsfähigkeit** des materiellen Rechts (vgl I; vgl BGHZ 122, 345), ist aber weiter als diese (vgl auch § 61 VwGO, § 70 SGG). Fehlende Parteifähigkeit bedeutet aber stets auch fehlende Rechtsfähigkeit („Nichtexistenz“) der Partei (s vor § 50 Rn 11; s Rn 4 aE). Parteifähig sind insb **natürl** und **jur Personen** (s Rn 10 u 11), **Gesellschaften** und **Vereinigungen**, soweit ihnen das Recht zusteht, zu klagen (s Rn 16 ff, 21 ff), sowie in bestimmten Einzelfällen **Behörden** (s Rn 25). Ein Nachlass kann mangels Rechtsfähigkeit nicht Partei sein (s Rn 29); zur „Passivlegitimation des Kartellschadensersatzes nach der 9. GWB-Novelle“ in § 33a GWB s aktuell Könen NZKart 2017, 15, 18.
- 2) Die Rechts- und Parteifähigkeit einer **ausl Partei** richtet sich nach ausl Recht (I iVm dem Personalstatut, Art 7 I EGBGB; BGHZ 51, 28, allgM; sa IZPR Rn 19; abw Brinkmann ZZP 129 [2016], 488 f). Rechtsfähige **jur Personen** und **Handelsgesellschaften des Auslands** werden daher im Inland auch als parteifähig anerkannt (iE s Rn 31 f). Zur Parteifähigkeit **ausl Stiftungen**: BGH LM Nr 13 zu § 50; Köln OLGR 99, 377.
- 3) **2) Beginn und Ende der Parteifähigkeit. a) Beginn.** Maßgebend ist grds der Beginn der Rechtsfähigkeit (zur beschränkten Parteifähigkeit des *nasciturus* als Ausnahme: s Rn 10; Vorgesellschaften u Gründervereinigungen: s Rn 18).
- 4) **b) Ende. aa) Grundsatz.** Die Parteifähigkeit endet mit dem **Verlust der Rechtsfähigkeit**, beim *Menschen* also mit Tod oder Todeserklärung (s § 9 VerschG); bei *jur Personen* (und den ihnen gleichgestellten Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit) mit ihrem Erlöschen, also bei Handelsgesellschaften und Vereinen (dazu s Rn 11, 16a ff, 21 ff) noch **nicht** mit der *Auflösung* (§ 262 AktG; § 60 GmbHG; § 78 GenG; §§ 131, 161 II HGB; §§ 41, 49 II, 726 ff BGB; s BGH NJW 2007, 589), nicht mit der *Eröffnung des InsVerf* (§ 27 I InsO iVm zB § 131 I Nr 3 HGB, § 60 I Nr 4 GmbHG, s Zweibrücken ZIP 2003, 1954) oder mit der *Löschung* der Gesellschaft usw in dem jew (Handels-, Genossenschafts-, Vereins-)Register (zB gem § 273 I 2 AktG; § 74 I 2 GmbHG; § 394 I FamFG), bei Anstalten und Stiftungen noch **nicht** mit der Aufhebung, sondern **erst mit der Vollbeendigung** nach Abwicklung (BGHZ 74, 213; BGH NJW 95, 196; 96, 2035; Oldenburg NJW-RR 96, 161 mwN, hM, str), uU mit liquidationsloser Vollbeendigung (s Rn 4b – „KG“); maßgebend ist damit allein die **Vermögenslosigkeit der (aufgelösten, gelöschten) Gesellschaft** (BGHZ 94, 108; BGH NJW-RR 2011, 115 Tz 22; Brandenburg MDR 2016, 1273 Tz 20: engl „Ltd“; dazu Otte-Gräbener BB 2016, 2899; zur Löschung einer engl „Ltd“ sa BGH MDR 2017, 346 Tz 13 u § 56 Rn 10), nicht die *Registerlöschung* als solche (BAG NJW 88, 2637; BGH NZG 2012, 916 Tz 27 = MDR 2012, 1176; NJW 2015, 2424, 2425 = MDR 2015, 780 Tz 19 zu § 394 I FamFG; **aA** aber die wohl hM: Vermögenslosigkeit *und* Registerlöschung – sog Lehre vom Doppeltatbestand; sa StJ/Jacoby Rn 43; ebenso Koblenz NZG 2007, 431; Celle NZG 2008, 271; Baumann EWiR 2015, 629). Bei Verlust ihrer Parteifähigkeit endet zugleich ihre „Existenz“ als Partei (s Rn 1; Bsp: BGH NJW-RR 2011, 115 Tz 22, 31). Das gilt auch für nicht eingetragene Vereine (s Rn 21). Zur Vollbeendigung *während des Rechtsstreits* sa Rn 4a, 4b u insb Rn 5.
- 4a) **bb) Fortbestehende und fingierte Parteifähigkeit.** Auch die beendete Gesellschaft gilt insoweit als **aktiv parteifähig**, als sie ein Vermögensrecht in Anspruch nimmt (BGHZ 48, 307; BGH NJW-RR 95, 1237 mwN; NJW 2015, 2425; WRP 2016, 1242), zB als Kl das eingeklagte Recht (BGHZ 75, 182 f; s das Bsp in Rn 4b) oder als passiv parteifähig, soweit bei ihr als Bekl nach dem Kl-Vorbringen noch **Vermögen vorhanden** ist (BGH NJW-RR 2011, 115 Tz 22; NJW 2015, 2425: nicht bei wertlosen Aktiva und nicht vollstreckbaren Forderungen); str ist, ob hierfür der ihr bei von Anfang an unbegründeter Klage zustehende Kostenerstattungsanspruch genügt (abl BGHZ 74, 213 f; BayObLGZ 95, 12 f; aA BGH NJW 2004, 2523, 2524; Koblenz ZIP 98, 967; Bork JZ 91, 849). Die Parteifähigkeit bleibt weiter bestehen bei einem sonstigen nachträgl **Abwicklungsbedarf** (BGH MDR 95, 529: Schuldentilgung, Vermögensverteilung; iE str, s Rn 5); fiktive Parteifähigkeit besteht auch im Zulassungsstreit (s Rn 8); ein nicht aktiv parteifähiges Gebilde ist insoweit **passiv parteifähig**, als gegen es Rechte geltend gemacht werden sollen, die anderweit nicht durchsetzbar wären (BGHZ 97, 270 § 50 II aF entspr; Bsp s vor § 50 Rn 11; s Rn 30). **Abgrenzung.** Bei insrechtl Nachtragsverteilung (§ 211 III InsO) besteht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des InsVerwalters fort (BFH ZIP 2012, 933 Rn 13, 14; s zum Verlust der Prozessführungsbefugnis FG Berlin-Brandenburg 23.5.2007 – 3 K 1407/03 B).

cc) **Einzelfragen bei verschiedenen Vereinigungen.** (1) **GmbH** und **UG**. – **Lit:** v *Gergen*, Partei- und Prozessfähigkeit einer aus dem Register gelöschten Gesellschaft in Frankreich, ZErB 2013, 197; *Happ*, Die GmbH im Prozess, 1997, §§ 13, 14. – Eine **GmbH in Liquidation** („i.L.“; vgl §§ 60, 66 GmbHG) ist nach Ablehnung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverf mangels Masse gem § 26 InsO, § 60 I Nr 5 GmbHG oder Einstellung des Verf mangels Masse gem § 207 I InsO solange aktiv oder passiv parteifähig, als sie noch verteilungsfähiges Vermögen hat (BGHZ 94, 108; BGH NJW 96, 2035; NJW 2015, 2425; BAG NJW 88, 2637; NZA 2003, 1050; Düsseldorf MDR 88, 415; Koblenz NJW-RR 91, 808; 94, 500; LAG Hessen 31.7.2015 – 10 Sa 702/15; zu § 73 III GmbHG). Ist eine GmbH wegen Vermögenslosigkeit vAw gelöscht (§ 394 I FamFG), so ist sie dennoch in einem Rechtsstreit parteifähig, der Ansprüche zum Gegenstand hat, die sich nach der Löschung als vorhanden herausstellen (BGH NJW 2003, 2232 mN; NJW 2015, 2424 Tz 19 = JA 2015, 944 [Schmidt]; NJW-RR 2011, 115 Tz 22; BAG ZIP 2002, 1947; MK/Lindacher Rn 15; Bork JZ 91, 842 ff; zur Vollbeendigung während des Rechtsstreits s Rn 5, zur Vertretung vgl BAG ZIP 2002, 1949; Hamburg NJW-RR 97, 1400 u s § 51 Rn 4a, 4b), oder wenn Ansprüche gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden, die kein Aktivvermögen voraussetzen (BAG NJW 82, 1831 – Zeugnisananspruch). Das Gleiche gilt, wenn die wegen Vermögenslosigkeit gelöschte GmbH erstl ein Recht für sich in Anspruch nimmt (BayObLG NJW-RR 1994, 230; Koblenz NJW-RR 2004, 1222); das mit der Klage geltend gemachte Recht genügt (BGHZ 75, 182 f; BGH NJW-RR 2011, 115 Tz 22). Ergibt sich dessen Nichtbestehen, ist der Rechtsstreit durch Sachurteil, nicht durch Prozessurteil zu erledigen (BGH DB 59, 110). Eine nicht ins Handelsregister eingetragene **in Gründung befindl GmbH** („iG“) ist nicht nur passiv, sondern auch aktiv parteifähig (iE s Rn 18); wird die „GmbH iG“ aufgelöst, ändert sich an deren Parteifähigkeit nichts, solange noch Vermögen vorhanden ist (Hamm WM 85, 659); in diesem Fall wird die GmbH „iG iL“ durch den (vorgesehenen) Geschäftsführer, nicht durch die Gesellschafter vertreten (dazu näher s Rn 18). Eine formwechselnde **Umwandlung** der GmbH in eine KG lässt ihre Parteifähigkeit unberührt (Köln ZIP 2004, 238). Für die ebenfalls nach § 13 I GmbHG rechtsfähige **Unternehmergesellschaft – UG (haftungsbeschränkt)** – gelten insoweit keine Besonderheiten, § 5a GmbHG (Kießling/Markgraf JuS 2010, 312, 314). – (2) **KG**. Die KG bleibt auch nach Ablehnung der Eröffnung des InsVerf mangels Masse idR parteifähig (BGH NJW 95, 196). Bei der 2-gliedrigen KG führt das Ausscheiden eines Gesellschafters (zB gem § 131 III Nr 2 HGB) zur liquidationslosen Vollbeendigung: Das Gesellschaftsvermögen geht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter über (BVerwG NJW 2011, 3671 Tz 15 mwN; Brandenburg 11.10.2016 – 6 U 51/15 Tz 44). – (3) **GmbH & Co KG**. Werden während des Rechtsstreits sowohl die Komplementär-GmbH als auch die KG wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöscht, endet wegen Vollbeendigung die Existenz und damit die Parteifähigkeit der KG (BGH NJW 82, 238; Hamm NJW-RR 88, 1307; sa § 91a Rn 58 „Parteifähigkeit“). Das Gleiche gilt, wenn die Komplementär-GmbH wegen Vermögenslosigkeit gelöscht wird und damit der vorletzte Gesellschafter der KG entfällt (BGH NJW-RR 88, 478); dann aber uU Fall von (liquidationsloser) Gesamtrechtsnachfolge auf den Kommanditisten als letzten Gesellschafter (vgl Herchen EWiR 2005, 809; sa Rn 16b aE). – (4) **Genossenschaft**. Ist eine eGen nach Rechtshängigkeit aufgelöst und in der Folge nach Beendigung der Liquidation während des Berufungsverf gelöscht worden, ist der Rechtsstreit wegen Vollbeendigung (s Rn 4) erledigt, sofern nicht die Klage von Anfang an unbegründet war (vgl BGH NJW-RR 86, 394). – (5) **Aktiengesellschaft**. Nachträgl Abwicklungsbedarf: § 273 IV AktG. – (6) Die **GbR** besteht bei Tod eines Gesellschafters (s § 727 BGB) als Liquidationsgesellschaft fort (München BB 2010, 2314). – (7) Der **Verein** verliert seine Rechtsfähigkeit – und damit Parteifähigkeit – mit der Eröffnung des InsVerf, § 42 I BGB (dazu KG ZIP 90, 1144); wird sein Name während des Rechtsstreits im Vereinsregister gelöscht, verliert er dadurch seine Parteifähigkeit nicht (BGH MDR 84, 118). Der voll abgewickelte im Register gelöschte Verein kann als Sch im ZwV-Verf kein Rechtsmittel mehr einlegen (Düsseldorf OLGZ 66, 129).

3) **Bedeutung der Parteifähigkeit, maßgebender Zeitpunkt.** Die Parteifähigkeit ist **Prozessvoraussetzung** und **Prozesshandlungsvoraussetzung** (s vor § 50 Rn 15). – a) Als **Prozessvoraussetzung** muss sie spätestens im Zeitpunkt der letzten mündl Verh, sei es auch in der Revisionsinstanz, gegeben sein, da ansonsten die Klage als unzulässig abzuweisen ist (s vor § 253 Rn 9; anders dagegen beim Wegfall der Parteifähigkeit bei der NZB: s näher BGH MDR 2016, 1165). Das soll auch bei **Wegfall** der Parteifähigkeit **während des Passivprozesses** (Vollbeendigung der Liquidation tritt zB ein, s Rn 4) gelten, soweit nicht einer der anerkannten Fälle fingierter – fortbestehender – Parteifähigkeit (s Rn 4a, 4b u 8; § 56 Rn 10) vorliegt (so BGH MDR 79, 822; NJW 82, 238; MDR 2017, 346 Tz 18; engl „Ltd“; Oldenburg NJW-RR 96, 161; Rostock ZIP 2001, 1590; RSchwab/Gottwald § 43 Rn 33, str; differenzierend MK/Lindacher Rn 45 f); solange der **Passivprozess schwebt**, fehlt es jedoch an einer Vollbeendigung der Abwicklung (zutr BAG NJW 82, 1831; Bork JZ 91, 848 ff; Koblenz ZIP 98, 967; offen lassend BAG NJW 88, 2637; zum Ganzen sa § 51 Rn 4b; § 56 Rn 10 mwN; § 86 Rn 9, 12). Entspr scheidet während des **Aktivprozesses** ein Wegfall der Parteifähigkeit aus (München OLG 2006, 768; Leuering/Simon NJW-Spezial 2007, 27). Der Mangel der Parteifähigkeit kann nachträgl (auch in der Revisionsinstanz) durch Genehmigung (etwa durch die nunmehr rechtsfähig gewordene Personenvereinigung) geheilt werden (BGHZ 51, 27).

b) Als **Prozesshandlungsvoraussetzung** muss sie bei Erhebung der Klage und während des ganzen Rechtsstreits, auch bei Rechtsmitteleinlegung und in der höheren Instanz, vorliegen (s zur NZB aber BGH MDR 2016, 1165: Unzulässigkeit allein der NZB). Beim Fehlen der Parteifähigkeit ist die Prozesshandlung unwirksam, sofern nicht ausnahmsw eine (rückwirkende) Genehmigung durch die parteifähig gewordene Partei erfolgt (BGH

- WM 72, 1129, 1131; RSchwab/Gottwald § 43 Rn 37). Der nachträgl **Wegfall** der Parteifähigkeit unterbricht den Rechtsstreit gem § 239, nicht aber bei anwaltl Vertretung gem § 246 I (BGH NJW-RR 86, 394); eine wirksam erteilte Prozessvollmacht bleibt uU entspr § 86 bestehen (näher s § 86 Rn 8).
- 7 **c)** Die Rüge des Mangels der Parteifähigkeit ist **unverzichtbar** (§ 295 II) u unterliegt **nicht** der **Präklusion** (BGH NJW 2004, 2523 f). Sie kann auch noch mit einem Rechtsmittel oder der **Nichtigkeitsklage** (§ 579 I Nr 4 entspr) geltend gemacht werden (BGH MDR 59, 121; s vor § 50 Rn 11; § 579 Rn 8 ff; einschr Lindacher JZ 89, 377).
- 8 **d) Zulassungsstreit, Amtsprüfung. aa)** Im Streit über die Parteifähigkeit (sog Zulassungsstreit) ist auch der Parteiunfähige parteifähig (BGH NJW 93, 2944; Koblenz NJW-RR 94, 500; RSchwab/Gottwald § 43 Rn 40; Grunsky/Jacoby ZPR Rn 234, allgM; sa § 56 Rn 13; § 511 Rn 6). Entspr gilt auch beim Streit über die Existenz einer Partei (BGH WM 94, 1213; Koblenz MDR 2013, 1243); zur **Nichtexistenz** der Partei s vor § 50 Rn 11. Macht ein Parteiunfähiger geltend, er sei parteifähig, kann er hierzu einen Anwalt bestellen und Rechtsmittel einlegen (BGHZ 74, 212, 215; Düsseldorf MDR 77, 759), einer (auf Wegfall der Parteifähigkeit gestützten) Erledigungserklärung des Gegners widersprechen und Klageabweisung beantragen (BGH NJW-RR 86, 394; 96, 806); dgl kann der Parteiunfähige gegen das gegen ihn ergangene Sachurteil Rechtsmittel einlegen (BGH MDR 94, 511; München OLGZ 94, 89). – **bb)** Zur **Prüfung** der Parteifähigkeit vAw sa BGH NJW 2004, 2523 u Anm zu § 56.
- 9 **II) Parteifähigkeit von Personen.** In den Fällen der Rn 10-15 ergibt sich die Parteifähigkeit (s Rn 1) ohne weiteres aus der **Rechtsfähigkeit (I)**, dh aus der Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein (zur Anknüpfung bei Auslandsberührung s Rn 2; 31 f); in den Fällen der Rn 16-23 ist die Parteifähigkeit nicht rechtsfähigen Personenvereinigungen idR durch Ges bes verliehen, soweit sie nicht durch richterl Rechtsfortbildung anerkannt ist. Parteifähig sind:
- 10 **1) alle natürl Personen**, das sind alle Menschen mit der Vollendung der Geburt (§ 1 BGB), wenn sie in diesem Augenblick gelebt haben; Lebensfähigkeit ist nicht erforderl. Die **Leibesfrucht (nasciturus)** ist nach dem BGB nicht allg rechtsfähig, wird jedoch durch zahlreiche Einzelschriften (zB §§ 844 II 2, 1594 IV, 1712-1714, 1912, 1923 II, 2043, 2108 BGB) in vielfacher Hinsicht (vgl auch § 247 I FamFG) rechtl geschützt (s BVerfGE 39, 41; BGHZ 58, 49; Schleswig MDR 2000, 397 [zust Born]), so dass im Wege der Rechtsanalogie eine beschränkte Rechts- (und damit Partei-)Fähigkeit des nasciturus anzuerkennen ist (Wolf/Neuner, AT, 11. Aufl, § 11 Rn 11 ff; Beckmann ZfL 2011, 109; Vertretung und Beistand: s § 51 Rn 3). Verschollene sind rechtsfähig, solange sie nicht für tot erklärt sind. Die Rechtsfähigkeit des Menschen endet mit seinem Tod (Brandenburg 23.9.2016 – 11 Bauland U 2/15). **Tiere** sind zwar seit 1.9.1990 keine Sachen mehr (§ 90a S 1 BGB), aber nicht parteifähig (VG Hamburg NVwZ 88, 1058);
- 11 **2) alle jur Personen** des öffentl (s Rn 12 ff) und privaten Rechts (s Rn 15 ff) und **rechtsfähigen Personengesellschaften** (§ 14 II BGB). Die einmal entstandene Parteifähigkeit besteht fort, solange noch Vermögen der jur Person vorhanden ist (näher s Rn 4, 4a, 4b). **Abgrenzung** zu Behörden und Stellen: s Rn 25;
- 12 **a) jur Personen des öffentl Rechts.** Hierher gehören: **aa)** die Bundesrepublik Deutschland und die Länder – soweit Träger privater Rechte und Verbindlichkeiten, spricht man hier vom **Fiskus** (s § 18 Rn 1; sa LG Karlsruhe NVwZ-RR 2014, 750; Brandenburg FamRZ 2012, 1329; für den ehem Staat Preußen agiert die BRD) – sowie als weitere **Gebietskörperschaften** des öffentl Rechts die Gemeinden und Kreise. Partei ist stets die jur Person des öffentl Rechts, nicht – bei Gliederung in einzelne Verwaltungszweige – die einzelne Behörde, sofern ihr nicht Parteifähigkeit kraft bes Regelungen zuerkannt ist (näher s Rn 25); ein rechtlich unselbständiger kommunaler Eigenbetrieb (§ 46 EnWG) ist nicht deswegen partiell parteifähig, weil er am Vergabeverf teilnimmt (BGH 18.10.2016 – KZB 46/15);
- 13 **bb)** sonstige rechtsfähige **Körperschaften, Anstalten und Stiftungen** des öffentl Rechts: Bundesagentur für Arbeit (§ 367 SGB III); Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (BImA, s § 18 Rn 6 aE); die Träger der Sozialversicherung nach RVO (vgl § 29 SGB IV); kommunale Versorgungskassen (vgl Hamm VersR 87, 145), nicht aber Zusatzversorgungskassen (Dresden OLG 2007, 151); Betriebskrankenkassen (§ 29 SGB IV, § 4 SGB V, sa BAG NJOZ 2015, 1548); Religionsgemeinschaften iSv Art 140 GG iVm Art 137 V WRV (dazu eingeh BGHZ 197, 61 Tz 22 ff; Pieroth/Görisch JuS 2002, 937) u Glaubensgemeinschaften wie die traditionellen Kirchen (vgl List BB 97, 18), zB die Katholische Kirche, ihre Untergliederungen (uU gilt § 50 II: s BGH aaO Tz 17, 19) und uU nachgeordneten Einheiten (BGH NJW 94, 245; Bistum; BGH NJW 2005, 978; Diözese; dazu Renck NJW 2005, 1470; Köln NJW 95, 3319; Hohe Domkirche), Heilsarmee Deutschland (BVerfGE 102, 372; BGHZ 154, 309; „anerkannte Glaubensgemeinschaft des öffentl Rechts“), uU Synagogengemeinden (vgl BVerwG NJW 98, 253), auch „Zeugen Jehovas“ (vgl BGHZ 197, 61 Tz 27); die IHK; Handwerksinnungen (§ 53 HandwO); Kreishandwerkerschaften (§§ 86 ff HandwO); Kreissparkassen (s BGHZ 127, 381); Deutsche Nationalbibliothek (§ 1 II G v 22.6.2006, BGBl I 1338; geänd durch G v 5.2.2009, BGBl I 160); Stiftung des Bundes „Humanitäre Hilfe für durch Blutprodukte HIV-infizierte Personen“ (G v 24.7.1995, BGBl I 972); „Conterganstiftung für behinderte Menschen“ (G v 13.10.2005, BGBl I 2967); die Universitäten (vgl BGHZ 77, 15; 96, 363; BGH ZIP 92, 1779; Karlsruhe NJW 91, 1487); selbständige Universitätskliniken in der Rechtsform von landesrechtl rechtsfähigen Anstalten des öffentl Rechts (zB Bay UniversitätsklinikAG v 23.5.2006, GVBl 285); die Jagdgenossenschaften; Handwerksinnungen und -kammern.

cc) Parteifähig als – teilrechtsfähiges – **Sondervermögen** des Bundes ist auch das **Bundeseisenbahnvermögen** (Art 1 § 4 I ENeuOG; Vertretung und Gerichtsstand: 21. Aufl § 18 Rn 10). Parteifähig ist auch das vom **Bundesamt für zentrale Dienste und offene Vermögensfragen** verwaltete **Sondervermögen des Bundes** (Art 1 § 9 EntschädigungsG v 27.9.1994, BGBl I 2624); Gerichtsstand: s § 18 Rn 6; dgl der vom BMFin verwaltete **Aufbauhilfefonds** (§§ 1, 3 AufhFG v 19.9.2002, BGBl I 3652); Gerichtsstand: Berlin (s § 3 I 2 AufhFG) und der **Energie- u Klimafonds** (§§ 1, 3 G v 8.12.2010, BGBl I 1807; geänd d G v 29.7.2011, BGBl I 1702); Gerichtsstand: Berlin (s § 3 I G).

**b) Jur Personen des Privatrechts** sind nach BGB **eingetragene Vereine** (§§ 21 ff BGB; vgl dazu BGH NJW 83, 993 mN) und **Stiftungen** (§ 80 BGB), auf Grund anderer Gesetze: die **AG** (s zur europäischen SE Rn 21) und **KGaA** (§§ 1, 278 I AktG), die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (§ 17 GenG), die **GmbH** (§ 13 GmbHG; vgl zur zweigliedrigen GmbH Keßler GmbH 2015, 342), die **UG (haftungsbeschränkt)** nach § 5a GmbHG mit eingeschr. Mindeststammkapital, der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. Dagegen folgen die **Vor-GmbH** und die **Vor-AG** als Vorstufen zur jur Person eigenen Regeln (zur (beschränkten) Parteifähigkeit der Vorgesellschaften s Rn 18). Zur Parteifähigkeit von **Liquidationsgesellschaften** s Rn 4b, zu **europ Vereiningungen** und Gesellschaften s Rn 20. **Organe von jur Personen** treten im Prozess als ges Vertreter (s § 51 Rn 4) auf, sind aber nicht selbst Partei (s näher Rn 25a; dort auch zum Sonderfall der „Organstreitigkeit“).

**III) Parteifähigkeit von Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit.** Rechtsfähige Personengesellschaften (vgl § 14 II BGB; § 8 Nr 2 FamFG; §§ 11 II Nr 1, 15 InsO) ohne eigene Rechtspersönlichkeit sind die Handelsgesellschaften des HGB (s Rn 16a), die BGB-Außengesellschaft (s Rn 17) und die ges bes ausgestalteten Vereinigungen von berufl Selbständigen (s Rn 18, 19).

**1) Handelsgesellschaften** nach HGB. **a) Offene Handelsgesellschaft** (§§ 105-160 HGB). Sie kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingl Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden, § 124 I HGB. Damit ist die OHG zwar rechts- (vgl § 14 II BGB) und parteifähig (RGZ 86, 65; Oberhammer, Die OHG im Zivilprozeß, 1998, S 4 ff), aber keine jur Person (arg: Gesellschafter als Träger des Gesellschaftsvermögens, Miteigentümer zur gesamten Hand). Die scharfe Sonderung des gesamthänderisch gebundenen Vermögens zwingt aber dazu, als **Partei die OHG selbst** anzusehen, nicht die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbindung (so die hL BGHZ 62, 132, 133; Brandenburg NJW-RR 96, 1214; StJ/Jacoby Rn 14 mwN; ThP/Hüßtege Rn 4; MK/Lindacher Rn 25 mN, 27). **Prozessuale Konsequenzen:** Rechtsstreit zwischen OHG und ihren Gesellschaftern ist mögl. Im Prozess der OHG kann ein Gesellschafter **NI** sein; der nicht vertretungsberechtigte Gesellschafter wird als Zeuge, der vertretungsberechtigte wegen § 455 I als Partei vernommen, denn die OHG als Personenvereinigung handelt durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter. Zur **ZwV** ins OHG-Vermögen ist ein Titel gegen sie notwendig, ohne dass dieser zugleich die Vollstreckung ins Vermögen der Gesellschafter ermöglichen würde (§§ 124 II, 129 IV HGB; BGHZ 62, 133). § 736 ZPO gilt nur für die GbR, der aber auch einen Titel gegen die Gesellschaft nicht ausschließt (BGHZ 146, 353). Der einzelne Gesellschafter kann die Forderung seiner OHG nicht als **Prozessstandschafter** geltend machen (BGHZ 10, 103; 12, 310), da eine analoge Anwendung der §§ 432, 2039 BGB nicht systemgerecht ist; sa vor § 50 Rn 21. **Gesellschafterwechsel** während des Rechtsstreits ist auf diesen ohne Einfluss (BGHZ 62, 133; MK/Lindacher Rn 28). **Auflösung der OHG** während des Rechtsstreits (Eintritt ins Abwicklungsstadium, nicht Vollbeendigung: s Rn 4b) ändert nichts an der Parteifähigkeit der OHG, da die Abwicklungsgesellschaft mit ihr identisch ist (BGH MDR 95, 163 zur KG); beeinflusst werden kann wegen § 146 I HGB nur die Vertretungsmacht, was über §§ 170 III, 241, 246 prozessuale Auswirkungen haben kann; wird die OHG während des Rechtsstreits **voll beendet**, so gilt: **Im Passivprozess** hat sich der Rechtsstreit gegen die OHG erledigt (§ 91a), der Kl hat aber die Möglichkeit, im Wege der Parteiänderung (§ 263) den Prozess gegen einen oder alle Gesellschafter fortzusetzen (BGHZ 62, 132; BGH NJW 82, 238; MK/Lindacher Rn 45, 54; aA etwa BFH BB 83, 2042 mN); **im Aktivprozess:** die bish Gesellschafter führen den Prozess als notwendige Streitgenossen fort mit dem Antrag, den Bekl zur Leistung an den Gesellschafter zu verurteilen, dem der Gegenstand des Rechtsstreits bei der Auseinandersetzung zugeteilt worden war; insoweit klagen die anderen gem § 265 als Prozessstandschafter. Bei Vollbeendigung durch **Übernahme** der OHG durch einen Gesellschafter mit Aktiven und Passiven: hier keine Sonderrechtsnachfolge wie bei der Auseinandersetzung, sondern Gesamtrechtsnachfolge. Es gilt also nicht § 265, sondern § 239 analog (ThP/Hüßtege § 239 Rn 3; anders Huber ZZZ 82 [1969], 224, 253 ff). – **Streitgenossenschaft** bei Klage gegen OHG und ihre Gesellschafter (§ 128 HGB) s Anm zu § 62.

**b) Kommanditgesellschaft.** Sie hat grds dieselbe rechtl Natur wie die OHG, §§ 161 II, 124 I HGB, ist, wie diese, keine jur Person (RGZ 32, 399), kann jedoch unter ihrer Firma Rechte erwerben, Verpflichtungen eingehen, klagen und verklagt werden. Es gelten die gleichen Grundsätze wie bei der OHG (s Rn 16a).

c) Die (überholte) **Partenreederei** (§§ 489-509 HGB aF) wurde durch das SeehandelsRRG v 20.4.2013 (BGBl I 831) abgeschafft (s Begr BTDRs 17/1039, 1; sa Ramming RdTW 2013, 303); noch bestehende Mitreedereien bleiben in ihrer Rechtsform (s 29. Aufl) bestehen (Art 71 I EGHGB idF des SeehandelsRRG).

**2) BGB-Außengesellschaft.** Seit der grundlegenden Entscheidung des BGH v 29.1.2001 (II. ZS) ist die Rechtsfähigkeit der **Außen-GbR** (§§ 705 ff BGB) als Gesamthandsgemeinschaft ihrer Gesellschafter überwiegend anerkannt. Diese begründet durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten. In diesem Rahmen

ist sie zugleich aktiv und passiv parteifähig (BGHZ 146, 341 = MDR 2001, 459; fortführend BGHZ 151, 203, 206; 172, 169, 172; 179, 102 Tz 10; 193, 193 Tz 15; 197, 262 Tz 8; dazu Heinemann JR 2010, 31; krit Prütting AnwBl 2016, 637). Der GesGeber 2009 hat der geänderten „Rspr des BGH zur Rechtsfähigkeit der GbR Rechnung getragen“ (Beschlussempfehlung BTDRs 16/13437, 1), indem er bes grundbuchrechtl Vorschriften für die GbR als Verband, insb § 47 II GBO u § 899a BGB (idF des ERVGBG), eingeführt hat (s BGHZ 189, 274 Tz 21, 24f = NJW 2011, 1958; dazu Ulmer u Altmeppen ZIP 2011, 1689 u 1937). Der neu eingeführte grundbuchrechtl Eintragungszwang für *sämtl* Gesellschafter (§§ 47 II, 82 S 3 GBO) hat Auswirkungen (auch) auf den Titel (§ 750 I) bei der ImmobilienzWV (s BTDRs 16/13437, 27; dazu s § 750 Rn 5) u damit allg auf die Bezeichnung der GbR in Klagen und Urteil (so BGHZ 187, 344 Tz 11). IE gilt: **Jede Außen-GbR** ist parteifähig, gleichgültig, ob sie unternehmerisch, vermögensverwaltend (s § 105 II HGB) oder freiberufl tätig ist, einen Gesamtnamen führt und welche Größe (Zahl der Gesellschafter) sie hat (s LG Detmold NJW 2015, 3176 [Hippeli]: Abiturjahrgang als GbR; aA AG Menden NZG 2014, 661: Facebook-Gruppe); keine Außen-GbR ist die ARD als Verbund öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten (BGH NJW-RR 2016, 557; Gounalakis LMK 374236; Wimmer/Nawrath ZUM 2016, 127); die Außen-GbR ist insb auch grundbuchfähig (vgl §§ 47 II, 82 S 3 GBO; s zur Eintragung der Verpfändung eines Gesellschaftsanteils in das Grundbuch desw abl BGH NZG 2016, 1223, 1224 = MDR 2016, 1272). *Nicht* parteifähig sind dagegen die **BGB-Innengesellschaft** (s Rn 27; Abgrenzung zweifelhaft u iE str; vgl Habersack BB 2001, 478f einerseits, Ulmer ZIP 2001, 592ff; K. Schmidt NJW 2001, 1001f andererseits; zu Reformüberlegungen Westermann NJW 2016, 2625, 2628) und die **Stille Gesellschaft** (§§ 230 ff HGB). Im Gesellschaftsprozess ist *nur* die Gesellschaft Partei (wie § 124 I HGB), eine Streitgenossenschaft (§§ 59, 62) liegt nicht vor (keine Parteistellung der Gesellschafter, sa § 62 Rn 13a), so dass ein Gesellschafterwechsel während des Prozesses kein Parteiwechsel ist (BGH NJW 2011, 615 Tz 13), Prozesse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter sind mögl. Zur ZwV in das Gesellschaftsvermögen ist (anders als bei der OHG: § 124 II HGB) ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil ausreichend (BGH NJW 2007, 1813, 1815; s § 736 Rn 2, 5). Es empfiehlt sich, zur Erweiterung der Haftungsmasse neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter persönl mitzuverklagen (BGHZ 146, 341, 357 = NJW 2001, 1056, 1060). Als Partei zu bezeichnen ist die Gesellschaft als solche nach Name und Sitz (§ 253 II Nr 1), dazu sind auch die vertretungsberechtigten Gesellschafter zu benennen (§ 130 Nr 1), s dazu auch Begr zum ERVGBG (vgl BTDRs 16/13437, 27). Daneben besteht allg die Möglichkeit, die GbR auch durch Angabe der (dh aller) Gesellschafter zu bezeichnen („GbR bestehend aus A, B und C“). Die *generelle Angabe sämtl* Gesellschafter der GbR im Titel ist empfehlenswert (vgl BGHZ 187, 344 Tz 10f) und ein solches „volles“ Rubrum auch dann keinen Bedenken ausgesetzt, wenn eine ausreichende Bezeichnung ohne Angabe sämtl Gesellschafter mögl wäre (aA Bestelmeyer ZfR 2011, 119). Bei Veränderungen im Gesellschafterbestand (s oben) kann Titelum-schreibung gem § 727 entspr nicht verlangt werden (s § 750 Rn 5 gegen BGHZ 187, 344). Hilfe für Nachweis von Gesellschafterbestand und Vertretungsverhältnissen: Urteilsrubrum (§ 313 I Nr 1) bei vorangegangenen Prozess (BGHZ 179, 102 Tz 25 = NJW 2009, 594; BGH NJW-RR 2012, 532; sa § 51 Rn 4), Grundbucheintragung bei Grundbesitz (vgl § 899a BGB). Ungenauigkeiten und Unvollständigkeiten bei der Bezeichnung schaden nicht, solange nur die Gesellschaft zweifelsfrei identifiziert ist (dazu näher Wertebuch NJW 2002, 326; Kemke NJW 2002, 2218; s § 253 Rn 8a). Fehlt es an einem ermittelbaren Sitz der Gesellschaft (s § 17 Rn 5 u 10) und haben die Gesellschafter verschiedene allg Gerichtsstände und sollen sie ggf mit verklagt werden, ist § 36 I Nr 3 entspr anzuwenden (Celle OLG 2001, 198; s § 36 Rn 20). Vertretung der GbR: s § 51 Rn 4. – **Lit:** v. *Lücken*, Parteifähigkeit der GbR u Parteibegriff im ZPR, 2009; *Morawietz*, Die rechts- u parteifähige GbR im ZP, 2011; *Röder*, Reformüberlegungen zum Recht der GbR, AcP 215 (2015), 450; *Westermann*, Überlegungen zu Reformen des Personengesellschaftsrechts, NJW 2016, 2625.

- 18 3) **Vorgesellschaften und Gründervereinigungen.** – **Lit:** *de Lousanoff*, Partei- und Prozessfähigkeit der unechten und fehlgeschlagenen Vor-GmbH, NZG 2008, 490; *Happ*, Die GmbH im Prozess, 1997, § 13; *Kunz*, Die Vorgesellschaft im Prozess und in der ZwV, 1994. – Die **Vorgesellschaft** (Vor-GmbH, Vor-AG, Vor-eGen) ist eine notwendige Vorstufe zur jur Person (BGHZ 80, 136ff; 117, 326f; 120, 105f), auf die weitgehend die für die spätere Rechtsform gültigen Rechtsgrundsätze anzuwenden sind (BGHZ 169, 270, 273 mwN = NJW 2007, 589, 590, stRspr, auch iSv Art 19 III GG: BVerfG NJW 2014, 613 Tz 50, 59). Eine Vorgesellschaft entsteht erst mit Abschluss eines wirksamen Gesellschaftsvertrags oder eines gleichstehenden Errichtungsakts (vgl §§ 1, 2 I GmbHG); auf die „Vorgründungs“-Gesellschaft ist in gewissem Umfang bereits das GmbH-(usw)Recht anwendbar (vgl BGHZ 120, 105f mwN). Die *Vorgesellschaft* ist bei Teilnahme am Rechtsverkehr nicht nur **passiv** (BGHZ 79, 241 mwN), sondern wie die Außen-GbR (s Rn 17) auch **aktiv parteifähig** (für **Vor-GmbH** so bereits BGH MDR 98, 338, zu Vb-Verf s BVerfG NJW 2014, 613 Tz 50; zur unechten (fehlgeschlagenen) Vor-GmbH BGH NJW 2008, 2441, 2442; für **Vor-AG** BGHZ 169, 270, 272; *Happ* § 13 Rn 40; *de Lousanoff* NZG 2008, 490f). Die Vor-GmbH endet, sobald die Eintragung ins Handelsregister nicht mehr betrieben wird (BGH NJW 2008, 2441, 2442; BFH NJW-RR 2010, 1124 Tz 20) oder rechtskräftig abgelehnt wurde (Köln NJW-RR 98, 1047), besteht aber als parteifähige Abwicklungs- oder Personengesellschaft fort (BGH NJW 2008, 2441). Als **Abwicklungsgesellschaft** (s Rn 4b) wird sie entspr § 66 I GmbHG, § 265 I AktG durch die Geschäftsführer (Vorstandsmitglieder) als Liquidatoren (Abwickler) vertreten (BGHZ 169, 279, 281 = aaO; BGH NJW 2008, 2441; s § 51 Rn 4a). Entspr Grundsätze – rechtsfähiges Sondervermögen, Vertretung entspr GmbH/AG – gelten bei der Vorgesellschaft im Fall der Einmanngründung (vgl Drygala JZ 2007, 997, iE str). **Abgrenzung:** Die „un-

**echte**“ (fehlgeschlagene) **Vorgesellschaft** (dazu BGHZ 169, 270, 277 f = aaO; Hamm MDR 2007, 169; BGH NJW 2008, 2441, 2442; teils abw de Lousanoff NZG 2008, 490 f) ist GbR (s Rn 17) oder OHG (s Rn 16a, 16b).

**4) Partnerschaftsgesellschaften und Rechtsanwaltsgesellschaften.** Die „Partnerschaft“ iSd PartGG, eine Gesellschaftsform mit Registerpublizität, übt kein Handelsgewerbe aus und hat nur natürl Personen (Freiberufler) als Mitglieder (§ 1 I PartGG), verfügt über einen eigenen Namen (§ 2 PartGG), ist rechtl selbständig (§ 7 II PartGG iVm § 124 HGB) iSv voller Rechtsfähigkeit (so MK-BGB/Schäfer § 7 PartGG Rn 1; ähnl BAG NJW 2007, 2877, 2878; der OHG weitg angenähert; sa § 14 II BGB) und kann als ProzBev oder VerfahrensBev beauftragt werden (§ 7 IV PartGG; näher s vor § 50 Rn 14; § 78 Rn 20, 22; § 80 Rn 6). Nach §§ 59c-59m BRAO sind auch **RA-Gesellschaften** in der Rechtsform der GmbH zulässig (eingefügt durch Art 1 Nr 2 G v 31.8.1998, BGBl I 2600). – **Lit:** *Henssler*, PartGG, 3. Aufl 2017; *Henssler/Prütting*, BRAO, 4. Aufl 2014, PartGG.

**5) Europ Vereinigungen und Gesellschaften. a) Europ wirtschaftl Interessenvereinigung (EWIV).** Die durch die EWIV-VO geschaffene supranationale Vereinigungsform gilt als Handelsgesellschaft iSd HGB (§ 1 Hs 2 EWIV-AG), obwohl sie auch nichtgewerbl (frei-)berufl tätigen Mitgliedern, von denen mindestens eines einem anderen EU-Mitgliedstaat angehören muss, offen steht (Art 4 EWIV-VO). Die EWIV hat von der Eintragung an „die Fähigkeit, im eigenen Namen Träger von Rechten und Pflichten jeder Art zu sein, Verträge zu schließen oder andere Rechtshandlungen vorzunehmen und vor Gericht zu stehen“ (Art 1 II EWIV-VO). Durch die Unterstellung der EWIV unter das subsidiär geltende OHG-Recht (§ 1 Hs 1 EWIV-AG) soll klargestellt sein, dass die EWIV „keine Rechtspersönlichkeit“ hat (so Entw-Begr BTDRs 11/352, 12); sie ist damit gem § 124 I HGB aktiv und passiv parteifähig (s Rn 16a) und ZwV-Subjekt (§ 124 II HGB; iE s § 736 Rn 9; sa § 859 Rn 9b). – **b) Europ Gesellschaft (SE).** Sie besitzt eigene Rechtspersönlichkeit (Art 1 III, Art 16 I SE-VO) und damit Parteifähigkeit. Vor Eintragung ist auch die Existenz einer „Vor-SE“ denkbar, worüber das Recht des Sitzstaates entscheidet (Art 15 I SE-VO). Rechtsgrundlagen: G zur Einführung der Europ Gesellschaft (SEEG) v 22.12.2004 (BGBl I 3675); zugleich Umsetzung der EU-VO v 8.10.2001 (SE-VO). – **Lit:** *Herrmanns MittBayNot* 2016, 297; *Lutter/Hommelhoff/Teichmann*, SE-Kommentar, 2. Aufl 2015. – **c) Europ Genossenschaft (SCE).** Sie besitzt eigene Rechtspersönlichkeit (Art 1 V SCE-VO) und Parteifähigkeit. Rechtsgrundlagen: SCEAG v 14.8.2006 (BGBl I 1911) iVm EG-VO v 22.7.2003 über das Statut der Europ Genossenschaft (SCE).

**IV) Parteifähigkeit von Verbänden. 1) Vereine. Lit:** *Reichert/Dauernheim/Schimcke*, Hdb des Vereins- und Verbandsrechts, 13. Aufl 2016; *Sauter/Schweyer/Waldner*, Der eingetragene Verein, 20. Aufl 2016; *Stöber/Otto*, Hdb zum Vereinsrecht, 11. Aufl 2016. – **a) Allgemeines.** Das BGB unterscheidet **rechtsfähige** (eingetragene: §§ 21, 55 BGB) und **nicht rechtsfähige** (nicht eingetragene) Vereine (§ 54 S 1 BGB). Die ZPO knüpft in II an diese Unterscheidung an. Nach **II aF** war dem nicht rechtsfähigen Verein zur Erschwerung der eigenen Rechtsverfolgung die aktive Parteifähigkeit vorenthalten, während seine prozessuale Inanspruchnahme erleichtert war (sa MK/Lindacher Rn 35); Entspr gilt für die ZwV (s § 735). Die „Diskriminierung“ des nicht rechtsfähigen Vereins ist durch **II nF** für den ZP beseitigt (s unten bb, c; s zuvor bereits K Schmidt, FS Lindacher, 2007, S 143, 156 f). Denn rechtsfähige und nicht rechtsfähige Personenvereinigungen werden von versch VerOrdnungen in der Partei-(Beteiligten-)fähigkeit gleichgestellt (§ 70 Nr 2 SGG; § 58 II FGO; § 61 Nr 2 VwGO; § 8 Nr 2 FamFG; § 11 I 2 InsO). Nach Anerkennung der Parteifähigkeit der GbR (s Rn 17), der WE-Gemeinschaft (s Rn 24) und zuletzt auch des nicht rechtsfähigen Vereins durch die Rspr (BGH MDR 2007, 1446 Tz 55) hat der Gesetzgeber mWv 30.9.2009 den Norminhalt von **II** konsequent der vollzogenen Rechtsentwicklung angepasst (... kann „klagen und“ ...; sa Begr BTDRs 16/12813, 15). Sowohl im Aktiv- als auch im Passivprozess haben der rechtsfähige und der nicht rechtsfähige Verein somit die gleiche Rechtsstellung. Ersterer besitzt als jur Person ohnehin die volle aktive und passive Parteifähigkeit (**I**; s Rn 15). Dasselbe gilt gem **II Hs 2** auch für den nicht rechtsfähigen Verein. Frühere Hilfskonstruktionen zur aktiven Rechtsverfolgung des nicht rechtsfähigen Vereins und weitere verfahrensrechtliche Problemstellungen (vgl 22. Aufl Rn 33-35 u 24. Aufl Rn 35-37) sind überholt. Probleme bereitet weiter die **Grundbucheintragung des nichtrechtsfähigen Vereins** unter seinem Namen (abl BGH MDR 2016, 704 Tz 16: § 47 II GBO analog; Waldner NotBZ 2016, 384). Inzwischen finden sich im Schrifttum weitere Reformvorschläge (s Prütting AnwBl 2016, 637, 639 zu einem Registerzwang). – **b) Begriff.** Im Gegensatz zur Gesellschaft (§§ 705 ff BGB) sind für den Vereinsbegriff (rechtl Verbindung von Personen zu gemeinsamen Zwecken idealer oder materieller Art von nicht nur vorübergehender Dauer) die Veränderlichkeit des Personenbestandes der Mitglieder und die körperschaftl Struktur wesentl Merkmale (vgl Pal/Ellenberger vor § 21 BGB Rn 13). – **c) Untergliederungen eines Vereins.** Unabhängig von der Rechtsform (s oben a) des Hauptverbandes sind auch selbständige, wenngleich weisungsabhängige Untergliederungen (nachgeordnete Verbandsstufen, örtl Verwaltungsstellen) als Vereine (**II**) mögl (BGH MDR 84, 737; MDR 2007, 1446). Voraussetzung ist nur, dass die Untergliederung eine eigene Organisation (zB eigenen Vorstand; eigene Mitgliederversammlung) besitzt, selbständig bestimmte satzungsgemäße Aufgaben im Interesse der Mitglieder wahrnimmt und über „wirtschaftl Selbständigkeit“ verfügt (zust LG Berlin 8.12.2014 – 28 O 25/14); Zweck und Organisation der Untergliederung können sich aber auch aus der Satzung des Hauptvereins ergeben (BGHZ 90, 333 f). **Bsp:** Orts- und Kreisverbände eines Gesamtverbandes, zB Ortsverein („Ortsgruppe“) eines Gebietsverbandes (BGHZ 90, 331; BGH NJW 90, 905); örtl Untergliederungen einer politischen Partei (Bezirks-, Unterbezirks-, Kreis-, Ortsverbände; s Bamberg NJW 82, 895; Stuttgart ZIP 88, 674; LG Arnberg NJW 87, 1412; näher s

- Rn 22), einer Gewerkschaft (zB Kreisverwaltung, s Rn 23 u LG Berlin 8.12.2014 – 28 O 25/14) oder eines Sportverbandes (zB Ruderabteilung, dazu BGH NJW 2008, 69, 73; Tennisabteilung, dazu LG Regensburg NJW-RR 88, 184).
- 22) **2) Politische Parteien. Lit:** *Hientzsch* JR 2010, 185. – Parteien (s Art 21 I GG) sind, gleich ob als eingetragener (§ 21 BGB) oder als nicht rechtsfähiger Verein (II; § 54 S 1 BGB) organisiert, aktiv und passiv parteifähig (I, II; § 3 S 1 PartG als „überflüssige Klarstellung“, s *Hientzsch* aaO 187); dies gilt auch für Gebietsverbände der jew höchsten Stufe (§ 3 S 2 PartG; zB Landesverband). Für die in § 3 S 2 PartG nicht genannten nachgeordneten Gebietsverbände (Bezirks-, Kreis-, Ortsverbände) gelten die allg Grundsätze (II 2; sa Rn 21 [c]; sa *Hientzsch* aaO 187; MskV/Weth Rn 23 f; RSchwab/Gottwald § 43 Rn 23; überholt: Celle NJW 2004, 17; LG München I Rpfleger 2006, 483); anders als unselbständige Verwaltungsstellen sind Untergliederungen von Parteien als nicht rechtsfähige Vereine auch aktiv parteifähig (*Hientzsch* aaO 188; s Rn 21 [c]). Parteifähig sind auch Bundes- (vgl § 46 AbgG) und Landtagsfraktionen (LG Bremen NJW-RR 92, 447; Stuttgart NJW-RR 2004, 619; nicht rechtsfähiger Verein).
- 23) **3) Interessenverbände, Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen** sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände sind im arbeitsgerichtl Verf unabhängig von der Rechtsform des Verbands parteifähig (§ 10 Hs 1 ArbGG). Im Zivilprozess ist den verfassungsrechtl bes schutzwürdigen (Art 9 III GG) nicht als Vereine eingetragenen Gewerkschaften bereits seit längerem durch Richterrecht entgegen I die uneingeschränkte Parteifähigkeit zuerkannt worden (BGHZ 50, 325; BGH MDR 90, 141); dies sollte allerdings – im Gegensatz zum arbeitsgerichtl Verf – nicht für Unterorganisationen von Gewerkschaften gelten (BGH MDR 72, 177 = ZZZP 86 [1973], 212; krit Fenn ZZZP 86 [1973], 177; MK/Lindacher Rn 36). Seit dem 30.9.2009 (s Rn 21 [a]) sind diese zw Zivilprozess und arbeitsgerichtl Verf bestehenden früheren Unterschiede praktisch beseitigt und Arbeitnehmer- und Arbeitgebervereinigungen (unabhängig von § 2 I TVG) als nicht rechtsfähige Vereine unbeschränkt parteifähig. Körperschaftl organisierte Untergliederungen von Gewerkschaften sind nach allg Grundsätzen aktiv parteifähig (s Rn 21 [c]; ausdr zust LG Berlin 8.12.2014 – 28 O 25/14).
- 24) **V) Weitere parteifähige Gebilde. 1) WE-Gemeinschaft.** Der Ausgestaltung der WE-Gemeinschaft durch die WEG-Novelle mWv 1.7.2007 als „Verband sui generis“ (vgl BGHZ 163, 154, 172 = MDR 2005, 1156) entspricht die (auch aktive) Parteifähigkeit gem § 10 VI WEG. Die Parteifähigkeit ist nicht auf das Außenverhältnis der Gemeinschaft zu Dritten beschränkt (§ 43 Nr 5 WEG), sondern betrifft auch das Innenverhältnis zu den Wohnungseigentümern (§ 43 Nr 2 WEG; zB Ansprüche auf Beitrags-(usw)zahlung). Als Partei (Kl, Bekl) zu bezeichnen ist die vom Wechsel der Mitglieder unabhängige „WE-Gemeinschaft“ (§ 253 II Nr 1) iVm der bestimmten Angabe des gemeinschaftl Grundstücks (§ 10 VI 4 WEG); Erleichterungen gelten für die Bezeichnung *sämtl Wohnungseigentümer* als Partei (Angabe des gemeinschaftl Grundstücks und ggf des Verwalters s § 44 I WEG, sa Gottschalg ZWE 2007, 71, 72). Bei Beschlussanfechtungsklagen kann die falsche Parteistellung (WE-Gemeinschaft statt „übrige Wohnungseigentümer“, vgl § 46 I 1 WEG) noch nachträgl fristwährend (vgl § 46 I 2 WEG) umgestellt (allg s § 263 Rn 19) werden (BGH NJW 2010, 446; NJW 2010, 3376; Dötsch NJW 2010, 911); fehlende Angaben zu den Wohnungseigentümern (vgl § 44 I 2 WEG) können in der Berufungsinstanz heilend nachgeholt werden (BGH NJW 2011, 3237; 2012, 997); zu Fragen der Zeugen- und Parteistellung s Dötsch NZM 2015, 473. Vor Entstehung der WE-Gemeinschaft mit GB-Eintragung von Wohnungs-(Mit-)Eigentum besteht bereits eine *werdende WE-Gemeinschaft*, auf die im Innenverhältnis das WEG anzuwenden ist (BGHZ 177, 53 = MDR 2008, 1088; BGH NJW 2012, 2650), ferner auch § 10 VI WEG (Demharter EWiR 2008, 638 mN). Ausschließl zuständig für WE-Sachen gem § 43 Nrn 1-4 u 6 ist das AG der Belegenheit des Grundstücks (§ 43 WEG; § 23 Nr 2c GVG); für Klagen gem Nr 5 ist nur die örtl Zuständigkeit ausschl, § 29b wurde mWv 1.7.2007 aufgehoben. Das gemeinschaftl Vermögen („Verbandsvermögen“) besteht im *Verwaltungsvermögen* (§ 10 VII); es umfasst insb Ansprüche aus Rechtsverhältnissen mit Dritten und mit Wohnungseigentümern (vgl § 10 VII 3 WEG); nicht dazu gehört das Sondereigentum und das gemeinschaftl Eigentum (insoweit hat die Gemeinschaft aber eine ges Rechtsausübungsbefugnis: § 10 VI 3 WEG). Es besteht eine *akzessorische* anteilige Haftung der Wohnungseigentümer für die Verbindlichkeiten der Gemeinschaft (§ 10 VIII WEG; zu Rechtskraftfragen bei Urteilen für und gegen die Gemeinschaft s § 325 Rn 5, 35). Der Verwalter (§§ 26, 27 WEG) ist in Passivprozessen (§ 43 Nrn 2 u 5) ges Vertreter der Gemeinschaft (§ 27 III Nr 2 WEG); außer bei Zustellungen ggü der Gemeinschaft (§ 27 III Nr 1 WEG) bedarf er bei Aktivprozessen der Legitimation der Wohnungseigentümer durch Beschl (§ 27 II Nr 3 WEG); der Beschl kann auch *allg* zur gerichtl Geltendmachung von Forderungen der Gemeinschaft ermächtigen. Wird die Gemeinschaft im Rahmen ihrer Rechtsausübungs- und -wahrnehmungskompetenz tätig (§ 10 VI 3 WEG), liegt ein Fall ges *Prozessstandschaft* vor (BGHZ 172, 42, 47 = NJW 2007, 1952, 1953; BGH NJW 2016, 1735 Tz 21; Lehmann-Richter ZWE 2014, 388, 389, näher s Rn 21, vor § 50 Rn 46 [g]); für eine gewillkürte Prozessstandschaft des *Verwalters* fehlt es insoweit an einem schutzwürdigen Eigeninteresse (BGH NJW 2011, 1361). – Eine *Untergemeinschaft* von Wohnungseigentümern ist nicht rechts- u parteifähig (Koblenz 18.10.2010 – 5 U 934/10; Nürnberg BauR 2016, 1366; keine originären Satzungs- und Organisationsbefugnisse). – **Lit:** *Dötsch* NZM 2015, 473; ZWE 2015, 157; *Gottschalg* ZWE 2007, 71; *Niedenführ* NJW 2007, 1841; *Tolani*, „Teilrechtsfähigkeit“ von Personenvereinigungen, 2009; **Materialien:** RegE BTDRs 16/887.

2) **Behörden und Stellen** sind nur kraft bes ges Bestimmungen Partei und insoweit auch parteifähig (vgl § 8 Nr 3 FamFG; § 10 S 2, 3 ArbGG; § 61 Nr 3 VwGO; § 70 Nr 3 SGG; § 44b SGB II (dazu sogleich); § 10 Nr 3 SGB X; zum gegenteiligen Grundsatz s Rn 12). **Bsp:** Das Jugendamt; „Behörden u jur Personen des öffentl Rechts“ (vgl § 78 II; § 79 II Nr 1 u s § 79 Rn 6); zur Betreuungsbehörde, Unterbringungsbehörde u zum Standesamt sa Johannsen/Henrich/Althammer, FamR, 6. Aufl, § 8 FamFG Rn 8; die klagebefugten „Kammern“ (§ 8 III Nr 4 UWG; § 3 I Nr 3 UKlaG; s vor § 50 Rn 55); die den VA erlassende Stelle in Baulandsachen, § 222 I 2 BauGB; die (früheren) Arbeitsgemeinschaften iSv § 44b SGB II (BGH MDR 2010, 167; nunmehr: gemeinsame Einrichtung; gerichtl Vertretung: § 44d I 2 SGB II idF G v 3.8.2010, BGBl I 1112); oberste Arbeitsbehörden in TVG-Verf (§ 10 ArbGG); das Finanzamt im finanzgerichtl Verf, § 63 I FGO; die Universitätsfakultät in Promotions-sachen (VGH Mannheim VerwRSpr 21, 251; **nicht:** beliebene Unternehmer (OVG Bremen NJW 2011, 3802). **Abgrenzung:** Nicht Partei sind (ges oder gewillk) Vertreter in Behördenform (sa Rn 25a). Bsp: Bezirksrevisor (s § 78 Rn 15a); Bundesamt für Justiz (s RSchwab/Gottwald § 29 Rn 9ff); Generalbundesanwalt (s BGHZ 188, 121 Tz 7). – Als *Parteien* können sich Behörden (selbst) auf die Justizgrundrechte (Art 101 I 2, 103 I GG) berufen (BVerfG NVwZ 2015, 510).

3) **Organe** von jur Personen handeln im Prozess als ges Vertreter (s § 51 Rn 4), sind aber – von der teilw tatsächl Behandlung abgesehen – nicht selbst Partei (s § 51 Rn 14). Soweit das Organ (Organmitglied) dagegen eigene Rechte aus seiner Organstellung ggü einem anderen Organ oder der jur Person geltend macht (zB Informationsrechte, vgl §§ 90 I-III, V, 111 II, 170 AktG; Unterlassung von Kompetenzstörungen, sog „Kompetenzschutz“), tritt das Organ im *eigenen Namen als Partei* auf (für bes Vertreter iSv § 147 II AktG; im Abberufungsstreit LG München I NJW 2009, 3794; einschr München NJW-RR 2009, 108; LG Heidelberg BB 2017, 980; sa § 66 Rn 7), so dass **Organstreitigkeiten** nicht an I scheitern (BGH MDR 2015, 842 Tz 14 für NI von Organmitglied [obiter]; sa vor § 50 Rn 1), möglicherw aber am fehlenden „Klagerecht“ (grds abl BGHZ 106, 62; MskV/Weth Rn 19; dafür Hess ZZZP 117 [2004], 285f; StJ/Jacoby vor § 50 Rn 38; aber § 256 beachten); zum einstw Rechtsschutz s Celle ZIP 89, 1552. Die Kosten des Organstreits trägt grds die Gesellschaft, andernfalls der Veranlasser (vgl Hess aaO u S 378; s § 88 Rn 11). **Hilfe:** Kompetenzüberschreitung eines Organs kann uU Gegenstand einer gegen die Gesellschaft zu richtenden allg Feststellungsklage eines Gesellschafters sein (BGH NJW 2006, 374, 375). **Abgrenzung.** Das einzelne Organmitglied kann auf Seiten der bekl Gesellschaft als NI am Organstreit (Bsp: § 112 AktG) auftreten (s § 66 Rn 7, 13b). **Besonderheiten beim Betriebsrat.** Soweit er im Rahmen seines ges Wirkungskreises im Verh zu Dritten handelt, ist er partiell rechtsfähig (BGH NJW 2013, 464 Tz 16; krit Fischer NZA 2014, 343, 347: „relative“ Parteifähigkeit) und parteifähig (I). Bsp: Freistellungsanspruch gem §§ 40 I, 80 III, 111 S 2 BetrVG.

**VI) Nichtparteifähige Gebilde. 1) Firma des Einzelkaufmanns.** Der in das Handelsregister eingetragene Einzelkaufmann (Vollkaufmann – „e.K.“) kann in Angelegenheiten seines Handelsgeschäfts unter seiner Firma **klagen und verklagt** werden, § 17 HGB, wengleich als Rechtsträger und Partei nicht die Firma, die kein selbständiges Rechtsgebilde ist, sondern nur der Inhaber der Firma, von dem oder gegen den der Anspruch im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit geltend gemacht wird, in Betracht kommt (Frankfurt BB 85, 1219; s bereits RGZ 157, 375; sa vor § 50 Rn 6). Bezieht sich ein Rechtsstreit auf den Geschäftsbetrieb einer Filiale, kann er unter deren Firma geführt werden (BGH BB 52, 42). Bei Erlöschen der Firma während des Prozesses führt der Inhaber diesen unter seinem bürgerl Namen fort. Das gegen einen Kaufmann unter seiner Firma ergangene Urteil ist in dessen gesamtes Vermögen vollstreckbar. Veräußert der unter seiner Firma verklagte Kaufmann sein Geschäft während des Prozesses, so bleibt er Partei (Frankfurt BB 85, 1219; München NJW 71, 1615; sa vor § 50 Rn 6), selbst wenn die Schuld auf den Erwerber übergegangen ist (Bsp: § 25 II HGB). Das Urteil ist nur gegen den Inhaber der Firma im Zeitpunkt der Klageerhebung vollstreckbar (näher s § 750 Rn 10). Zur Vollstreckbarkeitserstreckung bei Veräußerung nach Rechtskraft des Urteils iE s § 729 Rn 8, 9. Stirbt der unter seiner Firma verklagte Kaufmann während des Prozesses, so finden die §§ 239-252 Anwendung. Stirbt er nach rechtskräftiger Verurteilung, so ist zur ZwV gegen die Erben – auch in das Geschäftsvermögen – Vollstreckungsklausel gegen die Erben gem §§ 727ff erforderlich.

2) **Zweigniederlassung.** Sie ist als Teil des jew Unternehmens idR nicht parteifähig (BGHZ 4, 65; s aber sogleich unten); Träger des der Zweigniederlassung zugewiesenen Vermögens ist der Unternehmensträger (Einzelkaufmann oder jur Person). Der Unternehmensträger kann unter der Firma der Zweigniederlassung (vgl §§ 13ff HGB) klagen und verklagt werden (BGHZ 4, 65; s § 21 Rn 2); zum Gerichtsstand s § 21 m Anm. Zweigniederlassungen ausl Banken und Versicherungen werden in bestimmter Hinsicht wie selbständige Rechtspersonen behandelt (§ 53 I KWG, §§ 106ff VAG); nicht abdingbarer Gerichtsstand: § 53 III KWG. Soweit der Niederlassung (ausnahmsw) rechtl Selbständigkeit zukommt (zB bei voll „beherrschter“ Tochter-GmbH: s § 21 Rn 2 u 6), gilt im Passivprozess am Ort der Niederlassung für *diese* § 17.

3) **Innengesellschaften.** Im Gegensatz zur **BGB-Außengesellschaft** (s näher Rn 17) ist die **BGB-Innengesellschaft** (gem §§ 705ff BGB) nicht aktiv oder passiv parteifähig (BGHZ 80, 227; Müther MDR 98, 625, str; differenzierend Beuthien NZG 2011, 161; s zur „Tippgemeinschaft“ Fleischer/Hahn NZG 2017, 1; zu Reformüberlegungen vgl Westermann NJW 2016, 2625); also Klage aller Gesellschafter und gegen alle Gesellschafter erforderlich (vgl BGH NJW 2000, 292); jedoch ist die Bezeichnung der Gesellschaft als Partei unter einer

Sammelbezeichnung (vgl BGHZ 163, 166f) unschädlich (BGHZ 136, 258; weiter gehend LAG Berlin MDR 99, 946; zulässig und der Rubrumsetzung zugänglich (BGHZ 146, 350f). Die geschäftsführenden Gesellschafter sind Stellvertreter bzw ProzeßBev (RG JW 33, 55). Aktiv- und Passivprozesse der Gesellschafter: s § 62 Rn 13, 17f; Einzelklagebefugnis: s vor § 50 Rn 21. Zur ZwV in das Gesellschaftsvermögen ist ein Titel gegen alle Gesellschafter notwendig (§ 736 ZPO, vgl aber auch § 714 BGB). Zur (beschränkten) Parteifähigkeit von **Vorgesellschaften** (Gründervereinigungen) s Rn 18. Nicht parteifähig ist weiter die **stille Gesellschaft** (§§ 230ff HGB, s Beuthien NZG 2011, 161).

- 27a 4) **Gemeinschaften**. Schlichte **Bruchteilsgemeinschaften** iSv §§ 741ff BGB sind als solche nicht rechts- und parteifähig (s aber zur InsFähigkeit gem § 11 InsO AG Göttingen ZIP 2001, 580; mR abl Bork ZIP 2001, 545). Das Gleiche gilt für andere Gemeinschaften, bei denen es an einer verbandsmäßigen Ausgestaltung des Verhältnisses der Mitberechtigten fehlt (s zur **Erbengemeinschaft** gem §§ 2032ff BGB näher Rn 29 mN). Bei zunehmender Verfestigung von organisatorischen Strukturen, insb bei Verwaltungsorganisationen von Miteigentümern mit korporativer Verfassung (BGHZ 25, 311: Waldinteressentenschaft) kann eine abw Beurteilung geboten sein (sa Rn 30). S iÜ zur Ausgestaltung der WE-Gemeinschaft im WEG als „Verband sui generis“ Rn 24.
- 28 5) **Vermögensmassen**. a) Die **Insolvenzmasse** ist kein selbständiges Sondervermögen mit eigener Rechtspersönlichkeit (BGHZ 88, 335; überholt die – ältere – „Organtheorie“). Prozessführungsbefugigt für die Masse ist der Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes (s § 19a Rn 4 [c]; vor § 50 Rn 19; § 51 Rn 7).
- 29 b) Der **Nachlass** als solcher kann nicht Partei sein, da er nicht rechtsfähig ist (Marotzke ZEV 2002, 507); das Gleiche gilt für die **Erbengemeinschaft** (BGH NJW 2006, 3715; LG Berlin NJOZ 2003, 2918; München WM 2017, 406; zu Zustellungs- und Auslegungsfragen; Tolani aaO S 216f; Hess ZNP 117 [2004], 293, str; aA Grunewald ACP 197 [1997], 305; Wagner ZNP 117 [2004], 355f, 374; Wolf, FS Canaris I, 2007, S 1318; Wendt notar 2016, 364ff: „zur Handlungsunfähigkeit verdammt“); Behandlung: § 2059 II BGB (s § 62 Rn 18); der Nachlass wird auch nicht durch den TV vertreten, sondern Letzterer ist Partei kraft Amtes (s vor § 50 Rn 19; § 51 Rn 7). Nicht rechts- und parteifähig ist auch die **Gütergemeinschaft** (vgl Hess aaO S 295; Wolf aaO S 1317). – c) **Sondervermögen** ohne eigene Rechtspersönlichkeit sind die dt **Treuhand** und der engl **Trust**; prozessführungsbefugigt aus eigenem Recht und in eigenem Namen ist der Treuhänder (Trustee; näher Wilske/ZIP 2012, 459, 461).
- 30 VII) **Beschränkt parteifähige Gebilde**. Aktive und passive Parteifähigkeit müssen nicht notwendig zusammenfallen (vgl II aF; s Rn 21 [a]); der wichtigste Anwendungsfall der – auf Passivprozesse – beschränkten Parteifähigkeit beim nicht rechtsfähigen Verein ist jedoch überholt (vgl II u s Rn 21). **II aF** wurde früher auf weitere nicht rechtsfähige Gebilde **entspr** angewendet (insb auf ausl Gesellschaften bei grenzüberschreitender Sitzverlegung, s näher zur Problemstellung BGH MDR 86, 743; durch die Rechtsentwicklung im EU-Bereich überholt, s Rn 31f; infolge des „Brexit“ ist Situation für die engl „Ltd“ künftig unklar, sa Seeger DStR 2016, 1817; Thoma/Benz/Weller NJW 2016, 2378). Auch bei im EU-Gründungsstaat gelöschten Gesellschaften wird für die im Inland (noch) tätigen „**Rest- u Spaltgesellschaften**“ volle Parteifähigkeit als OHG oder GbR angenommen (BGH MDR 2017, 346 Tz 19f; Hamm NJW-RR 2014, 995 [zust Fröhlich EWiR 2014, 679]; KG NJW 2014, 2737; Brandenburg MDR 2016, 1273 Tz 25: engl „Ltd“; s näher Rn 31). Von Bedeutung ist die Rspr zu **II aF** noch für Klagen auf Zustimmung (§ 888 BGB) oder Duldung der ZwV (§§ 1147, 1148 BGB) gegen im GB als Eigentümer eingetragene (nicht rechtsfähige) ausl Gesellschaften (BGHZ 97, 269), uÜ auch für Klagen gegen Rechtsgemeinschaften von gewisser Organisationsstufe (s Rn 27a). Mit der nF von II verfolgte der Gesetzgeber ledigl die Angleichung des Gesetzeswortlauts an die zwischenzeitl eingetretene Rechtsentwicklung (s Rn 21 [a]), an eine Einschränkung des Rechtsschutzes inländischer GI war nicht gedacht.
- 31 VIII) **Internationaler Rechtsstreit**. 1) **Europ Gründungstheorie**. Verlegte eine im Ausland wirksam als jur Person (Handelsgesellschaft) gegründete Gesellschaft ihren tatsächl Verwaltungssitz ins Inland, verlor sie nach der **früher herrschenden Sitztheorie** (vgl BGH NJW 97, 658; NJW 2009, 289 Tz 19; NJW-RR 2010, 1364; sa Düsseldorf 17.12.2015 – I-2 U 87/04: Schweizer Gesellschaft; krit Lieder/Kliebisch BB 2009, 338) mit ihrer Rechtsform zugleich ihre Rechts- und (aktive) Parteifähigkeit, womit sie der Neugründung bedurfte. Nicht maßgeblich sollte sein, dass die Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsortes als jur Person entstanden war (so aber die **Gründungstheorie**). Bei Geschäftstätigkeit im Inland wurde die ausl Handelsgesellschaft allerdings – entspr § 50 II aF (s Rn 21 [a]) – als passiv parteifähig behandelt (BGH MDR 86, 743; s Rn 29) u sie war gem § 17 I 2 gerichtspflichtig. Im **EU-Bereich** ist die Sitztheorie im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften (Art 49, 54 AEUV) und im Anschluss an die Rspr des EuGH (EuGH MDR 2003, 96 – „Überseering“; NJW 2003, 3331 = MDR 2003, 1303 LS – „Inspire Art“) auch in der Rspr des BGH durch die **europ Gründungstheorie** abgelöst worden (BGHZ 154, 185 = MDR 2003, 825; 190, 242 Tz 16–22 = NJW 2011, 3372; 198, 14 Tz 11 = NJW 2013, 3656). Die Voraussetzungen von § 50 I liegen in den sog „**Zuzugsfällen**“ vor, wenn die Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaates rechtsfähig erscheint. **Ausl Gesellschaften** aus **EU-Mitgliedstaaten** behalten somit nach Sitzverlegung auch im Inland ihre Rechtspersönlichkeit und damit ihre Parteifähigkeit; sie haben einen allg inländischen Gerichtsstand (s § 17 Rn 8, 8a [2b]). Innerhalb der EU ist die identitätswahrende grenzüberschreitende Sitzverlegung zulässig, soweit sie im Einklang mit dem Recht des Wegzugstaates steht (s EuGH NJW 2009, 569 – „Cartesio“: „Wegzugsfall“; Leible/Hoffmann BB 2009, 58; krit Behrens EuZW 2009, 3). Auch eine grenzüberschreitende Sitzverlegung einer Gesellschaft unter Wechsel der

Rechtsform ist denkbar (EuGH NJW 2012, 2715 – „VALE“; Nürnberg ZIP 2014, 128; zust Neye EWIR 2014, 45; eingeh Schaper ZIP 2014, 810; Herrmanns MittBayNot 2016, 297; Teichmann/Ptak RIW 2010, 817; Böttcher/Kraft NJW 2012, 2701; Weller LMK 2012, 336113: „europaweite Unternehmensmobilität“; MsKV/Weth Rn 31); §§ 190 ff UmwG gelten entspr (Nürnberg aaO). Ist die ausl Gesellschaft im Gründungsstaat erloschen, verfügt sie aber noch über Vermögen im Inland, besteht sie als **parteifähige „Restgesellschaft“** fort (BGH MDR 2017, 346; KG NJW 2014, 2737; Hamm NJW-RR 2014, 995; Brandenburg MDR 2016, 1273; LG Hamburg 12.7.2016 – 328 O 415/15; LG Arnberg 16.8.2016 – 5 T 21/16 Tz 10: texanische Gesellschaft; sa Rn 32). Zur Vertretung: s § 51 Rn 6. Von der so modifizierten Sitz-/Gründungstheorie ist hier auszugehen (vgl auch Geimer s IZPR Rn 20 f). Die europ Gründungstheorie hat zur Folge, dass Auslandsgesellschaften als solche in erhebl Umfang am inländischen Prozessrechtsverkehr teilnehmen. Von der Erfüllung der gem §§ 13 dff HGB vorgeschriebenen Registrierung (dazu näher Werner MDR 2005, 1034 ff) darf die Parteifähigkeit nicht abhängig gemacht werden (BGH NJW 2005, 1648, 1649 f). Zum europ System der Registervernetzung s § 96 HGB. – **Lit:** *Altmeppen* NJW 2004, 97; *Eidenmüller* NJW 2005, 1618; *Franz* EuZW 2016, 931; *Jung* EuZW 2012, 863; *Leible/Hoffmann* BB 2009, 58; *Lieder/Kliebisch* BB 2009, 338; *Weller*, FS Goette, 2011, S 583; *Zimmer/Naendrup* NJW 2009, 545. – Einer geplanten Kodifizierung des Internationalen Gesellschaftsrechts im EGBGB (vgl zum RefEntw des BJM Köster ZRP 2008, 214; Bollacher RIW 2008, 200) darf die Rspr nicht vorgreifen (BGHZ 178, 192 Tz 22 = NJW 2009, 289).

2) Im Verhältnis zu **Nicht-EU-Staaten** ist zu unterscheiden: **a)** Im Bereich der **EFTA-Staaten** besitzen die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaften mit satzungsmäßigem Sitz im Vertragsgebiet volle Niederlassungsfreiheit (Art 31, 34 EWR-Abk), so dass die Rechtslage der im EU-Bereich (s Rn 31) entspricht (BGHZ 164, 148 = MDR 2006, 105 [Haack] = RIW 2005, 945 [Leible/Hoffmann] – Liechtenstein AG). – **b)** Bei **zweiseitigen Abkommen** sind deren bes Regelungen maßgebend. Im Verhältnis zu den **USA** ist im Vertrag (Text MK-BGB/Kindler, 6. Aufl, IntGesRn 333) eine Anknüpfung an die Gründungstheorie vorgesehen, die EU-Rechtslage (s Rn 31) gilt damit entspr (BGHZ 153, 353 = MDR 2003, 647; 159, 94, 100 = NJW 2004, 2523, 2524; BGH NJW-RR 2004, 1618 = JZ 2005, 303 [Rahm]; München OLGR 2008, 802); das gilt bei inländischem Verwaltungssitz auch dann, wenn praktisch keine nennenswerte Geschäftstätigkeit in den USA stattfindet (BGH ZIP 2004, 2230 = JZ 2005, 298 [Ebke] = LMK 2005, 48 [Dörner]). – **c)** IÜ hat sich im **Verhältnis zu anderen Staaten (Drittstaaten)** an der Geltung der Sitztheorie (s Rn 31) nichts geändert (so BGHZ 178, 192 Tz 19 = NJW 2009, 289; BGH NJW-RR 2010, 1364 Tz 15; ZIP 2009, 2385; Düsseldorf 17.12.2015 – I-2 U 87/04: Schweizer Gesellschaft; Jung EuZW 2012, 863, str; krit u aA *Lieder/Kliebisch* BB 2009, 338; *Eidenmüller* ZIP 2002, 2244; StJ/Jacoby Rn 53) mit der Folge fehlender Rechtsfähigkeit (als jur Person) von Scheinauslandsgesellschaften mit tatsächl Verwaltungssitz im Inland. Allerdings ist zu beachten, dass der Gesellschaft als „rechtsfähiger Personenvereinigung“ iSv § 14 II BGB wie einer **Außen-GbR** (s Rn 17) oder **OHG** (s Rn 16a, 16b) aktive Parteifähigkeit im Inland zukommen kann (so BGHZ 151, 204 = NJW 2002, 3539; 178, 192 Tz 23 = NJW 2009, 289; MK/Lindacher Rn 62 – gilt nicht für EU-Bereich); sa Rn 29. **Inländischer Gerichtsstand:** BGH NJW-RR 2008, 551; s § 17 Rn 8a [2c].

3) **Einzelfälle parteifähiger Auslandsgesellschaften:** Niederl „BV“ (s BGH NJW 2003, 1461); engl „private limited company“ (BGH MDR 2005, 1000; s dazu ferner BGHReport 2007, 1138; Nürnberg OLGR 2007, 1020; Pannen/Riedmann MDR 2005, 496; zu den künftigen Folgen des „Brexit“ s Seeger DStR 2016, 1817; Weller/Thomale/Benz NJW 2016, 2378; Schall ZfPW 2016, 407); „Ltd“ der brit Virgin Islands (BGH JR 2011, 88 Tz 15); schweiz AG (verneinend BGH NJW 2009, 289 Tz 21, str, s Rn 32 [c]); schweiz e.V. (BGH NJW-RR 2010, 1364); schweiz GmbH (Düsseldorf 17.12.2015 – I-2 U 87/04); luxemb S.a.r.l.; Liechtenstein AG (BGH MDR 2006, 105 [Haack]); US-amerik „Inc.“ (BGH NJW-RR 2004, 1618; sa Pfeiffer Rpfleger 2006, 173); US LLC (Nodoushani RIW 2014, 336); singapor „Ltd“ (BGH ZIP 2009, 2385); bei einer „Private Company limited by shares“ der Isle of Man ist deren Nichtzugehörigkeit zum EU-Bereich iSv Rn 32 zu beachten (KG ZIP 2005, 989, 990; Hamburg BB 2007, 1519 [Binz/Mayer]; das Gleiche gilt für die Kanalinseln, s Art 355 Vc AEUV). **Beachte:** inländischer Gerichtsstand von Auslandsgesellschaften: s § 17 Rn 8, 8a, 10; § 21 Rn 4; Nachweis der Vertretungsverhältnisse: s § 51 Rn 6. – **Lit:** *Franz* EuZW 2016, 930; *Goette* ZIP 2006, 541; *Hirtle/Bücker*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2006; *Hoger/Lieder* ZHR 180 (2016), 613; *Just*, Die engl Limited in der Praxis, 4. Aufl 2012; *Weller/Thomale/Benz* NJW 2016, 2378 („Brexit“-Folgen); *Wagner*, Scheinauslandsgesellschaften im Europ ZPR, in Lutter (Hrsg), Europ Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S 223 ff; *Werner* MDR 2005, 103 (Rspr-Entwicklung zu Auslandsgesellschaften).

## § 51 Prozessfähigkeit; gesetzliche Vertretung; Prozessführung

(1) Die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, die Vertretung nicht prozessfähiger Parteien durch andere Personen (gesetzliche Vertreter) und die Notwendigkeit einer besonderen Ermächtigung zur Prozessführung bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Vorschriften enthalten.

(2) Das Verschulden eines gesetzlichen Vertreters steht dem Verschulden der Partei gleich.

sicherung werde nicht genügen (Schleswig JurBüro 81, 760). Verzichtet Zeuge ggü dem Gericht auf Zeugengeb, verzichtet er dadurch nicht ohne weiteres auch ggü der Beweis führenden Partei auf Erstattung seiner Auslagen (KG JurBüro 82, 1247). Die in einem solchen Fall von der Partei an den Zeugen geleisteten Zahlungen gehören zu den notw Parteiauslagen bis zur Höhe des Betrags, der dem Zeugen aus der Staatskasse zu erstatten wäre (Karlsruhe JurBüro 91, 1514; München JurBüro 81, 1245; Frankfurt JurBüro 83, 1253; Erstattungsfähigkeit verneinen Koblenz OLGR 97, 231, Hamburg MDR 87, 147, weil die eigenmächtige Entschädigung von Zeugen grds unerwünscht sei; Frankfurt JurBüro 87, 908, bei Zahlung von Wegekosten an Zeugen, die diesen überhaupt nicht entstanden waren; Frankfurt 5.7.2016 – 15 W 43/16 bei freiwilligen Leistungen der Partei).

- **Zurücknahme des Rechtsmittels:** §§ 516, 565. Erstattung, wenn die Mandatierung des zur Abwehr des zurückgenommenen Rechtsmittels zugezogenen RA durch den Rechtsmittelbekl nach Zustellung des Rechtsmittels erfolgt ist. S näher unter „Berufung“. Der Kostenbeschluss ergeht vAw (§§ 516 III 2, 565). Ein Antrag ist daher überflüssig (Hamburg MDR 2003, 1261 für die Rücknahme einer NZB) und löst keine Geb aus.

- **Zustellung:** Kosten der öffentl Zustellung (§ 187) sind erstattungsfähig, der Auslandszustellung nur, wenn im Inland nicht zugestellt werden kann (Hamburg 24.4.2017 – 8 W 14/17). – Erstattungsfähig sind die Kosten der Zustellung durch Vermittlung des GV (GV-KV 100, 101) oder durch einen RA (KG MDR 2010, 55; Karlsruhe 29.1.2015 – 13 W 130/14), wenn Partei berechtigtes Interesse an schneller und zuverlässiger Zustellung nach der im Erkenntnisverf ausgesprochenen Kostenquote (Hamm AGS 2015, 484; N. Schneider NJW-Spezial 2013, 219), da der Rpfleger daran gebunden ist. Hier sollte bereits im Ausspruch eine Kostentrennung erfolgen, wenn der Bekl nur für einen Teil der Klageforderung Sicherheit leistet und gerade bezüglich dieses Teils am Ende obsiegt.

- **Zwangsvollstreckungskosten:** Prozessbürgschaft zur Ermöglichung der ZwV (zB § 709 S 1) = Kosten der ZwV (§ 788 I, BGH MDR 2016, 485 [Elzer 504] = WM 2016, 464); findet dann aber keine ZwV statt, Festsetzung durch das Prozessgericht (BGH MDR 2008, 286 zu einer Avalbürgschaft). – Kosten zur Abwehr einer ZwV = Kosten des Rechtsstreits (BGH MDR 2006, 886); bei einer Teilsicherheit erfolgt die Kostenerstattung nach der im Erkenntnisverf ausgesprochenen Kostenquote (Hamm AGS 2015, 484; N. Schneider NJW-Spezial 2013, 219), da der Rpfleger daran gebunden ist. Hier sollte bereits im Ausspruch eine Kostentrennung erfolgen, wenn der Bekl nur für einen Teil der Klageforderung Sicherheit leistet und gerade bezüglich dieses Teils am Ende obsiegt.

## § 91a Kosten bei Erledigung der Hauptsache

(1) Haben die Parteien in der mündlichen Verhandlung oder durch Einreichung eines Schriftsatzes oder zu Protokoll der Geschäftsstelle den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, so entscheidet das Gericht über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen durch Beschluss. Dasselbe gilt, wenn der Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers nicht innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen seit der Zustellung des Schriftsatzes widerspricht, wenn der Beklagte zuvor auf diese Folge hingewiesen worden ist.

(2) Gegen die Entscheidung findet die sofortige Beschwerde statt. Dies gilt nicht, wenn der Streitwert der Hauptsache den in § 511 genannten Betrag nicht übersteigt. Vor der Entscheidung über die Beschwerde ist der Gegner zu hören.

<b>I) Überblick</b>			
1) Bedeutung der Institute . . . . .	1	11) Besonderheiten der Erledigungserklärung in Einzelfällen . . . . .	33
2) Erledigungserklärung und erledigendes Ereignis . . . . .	2	<b>III) Einseitige Erledigungserklärung des Klägers</b>	
3) Anwendungsbereich . . . . .	7	1) Allgemeines . . . . .	34
<b>II) Übereinstimmende Erledigungserklärung der Parteien (I)</b>		2) Wesen . . . . .	35
1) Allgemeines . . . . .	8	3) Zeitpunkt der Erledigungserklärung . . . . .	36
2) Wirkung . . . . .	12	4) Zeitpunkt des Eintritts der Erledigung . . . . .	41
3) Hilfsweise Erledigungserklärung . . . . .	13	5) Gerichtl Prüfung . . . . .	43
4) Zeitpunkt der Erledigungserklärung und Eintritt der Erledigung . . . . .	16	6) Entscheidung . . . . .	45
5) Erledigungserklärung in der Rechtsmittelinstanz . . . . .	18	7) Rechtsmittel . . . . .	49
6) Erledigungserklärung zwischen den Instanzen . . . . .	21	<b>IV) Einseitige Erledigungserklärung des Beklagten</b>	52
7) Verfahren und Entscheidung . . . . .	22	<b>V) Teilweise Erledigung</b>	
8) Anfechtung . . . . .	28	1) Begriff und Unterscheidung . . . . .	53
9) Rechtskraft . . . . .	31	2) Übereinstimmende Erledigungserklärung . . . . .	54
10) Alternativen der Kostenerstattung bei Erledigung vor Rechtshängigkeit . . . . .	32	3) Anfechtung der Kostenmischentscheidung . . . . .	56
		4) Einseitige Erledigungserklärung des Kl . . . . .	57
		<b>VI) Einzelfälle (alphabetisch geordnet)</b>	58
		<b>VII) Gebühren</b>	59

**VI) Einzelfälle** (alphabetisch geordnet)

- **Ablehnung:** s „Richterablehnung“.
- **Anfechtung:** Wird Anfechtung (§§ 119, 123, 2078f BGB) eines (vor Rechtshängigkeit) vorgenommenen Rechtsgeschäfts erklärt, tritt wegen § 142 I BGB keine Erledigung ein (BGH NJW 2003, 3268, 3270; abw aber bei § 389 BGB, s unter „Aufrechnung“). Bejaht man hingegen Erledigung, indem auf die spätere Anfechtungserklärung abgestellt wird, ist nach Anfechtungsgründen zu unterscheiden: So ist eine Kostenbelastung des Bekl im Falle von § 119 BGB gerechtfertigt, nicht aber bei § 123 BGB (näher Althammer/Löhning NJW 2004, 3080f; zust MK/Schulz Rn 116). Zur InsAnfechtung s „Insolvenzverfahren“.
- **Anschlussberufung:** Wird die Hauptsache im Berufungsverf im Umfang des Hauptrechtsmittels übereinstimmend für erledigt erklärt, soll die Anschlussberufung davon nicht erfasst werden (BGH MDR 85, 125; BGHZ 139, 12, 15; aA München MDR 84, 320; Habscheid/Lindacher NJW 64, 2395; näher s Rn 18; § 524 Rn 26); richtigerweise ist hinsichtlich des Zwecks der unselbständigen Anschlussberufung ein Rückgriff auf § 524 IV gerechtfertigt, weil keine dem Berufungsklagen ungünstige Hauptsacheentscheidung mehr zu erwarten ist (näher Stj/Althammer § 524 Rn 55: auf die Bewertung der Erfolgsaussichten der Hauptsache iRv § 91a kommt es nicht an); bei Rücknahme des Hauptrechtsmittels ist für eine Erledigung des Anschlussrechtsmittels aber kein Raum, soweit der Rechtsmittelführer auch die Kosten der Anschließung trägt (BGH MDR 2005, 704; MDR 2007, 788; Katzenstein NJW 2007, 739; Stj/Althammer § 524 Rn 56, str; aA – § 91a entspr – Frankfurt FamRZ 95, 945; Frankfurt OLGR 2005, 327; LAG Sachsen MDR 2005, 719; iE s Rn 18, § 524 Rn 43).
- **Arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren:** gemeinsame Erledigungserklärung durch alle Beteiligten: §§ 83a I, 90 II, 95 S 4 ArbGG; die Zustimmung eines Beteiligten gilt als erteilt, wenn er sich nicht innerhalb einer gesetzten Frist gegenteilig äußert (§ 83a III 1 ArbGG). Da im Beschlussverf eine Kostenentscheidung nicht ergeht, prüft das Gericht bei der einseitigen Erledigungserklärung nur, ob ein erledigendes Ereignis eingetreten ist, nicht dagegen die ursprüngl Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags (BAGE 65, 105 = NJW 91, 192; BAG NJW 2008, 1977; ZIP 2009, 1442 Tz 17; EzA 5/2011, S 22; zust Schumann, FS Richardi, 2007, S 410ff; iE Jost/Sundermann ZZP 105 [1992], 268ff); Erledigung vor Rechtshängigkeit ist mögl (BAG NJW 2008, 1977; s Rn 3, 6).
- **Arrest und einstw Verfügung: Lit:** *Vossler* MDR 2009, 667. – Als **Erledigungsereignis** kommt der Wegfall der Dringlichkeitslage (Bsp: Köln WRP 85, 661; LAG Rheinland-Pfalz 1.9.2016 – 5 SaGa 6/15) oder der Wiederholungsgefahr (Bsp: BGH NJW-RR 2006, 1378) in Frage (Bsp: Abgabe von Unterlassungserklärung bei Antrag auf Unterlassungsverfügung [iE Bernreuther GRUR 2007, 660]), nicht aber der fruchtlose Ablauf der Vollziehungsfrist nach § 929 II (Düsseldorf WRP 85, 642), außer er beruht auf dem Arrestkläger nicht zuzurechnenden Gründen (Frankfurt OLGZ 94, 95); dgl ist der Ablauf des Verbotszeitraums keine Erledigung bei einem befristeten Verbot (Nürnberg WRP 96, 145; zur eingeschränkten Erledigung s Rn 53). **Übereinstimmende Erledigungserklärung:** Hauptsache ist nicht der zu sichernde materielle Anspruch, sondern die begehrte Rechtsfolge auf einstw Regelung oder Sicherung (Hamm MDR 87, 589); für die Kostenentscheidung kommt es darauf an, ob ein Verfügungsgrund vorgelegen hat oder Veranlassung iSv § 93 für die einstw VfG gegeben war (s Rn 3; sa § 924 Rn 5). Bei Erledigterklärung nach Ablauf der Vollziehungsfrist des § 929 II trägt der Ast die Kosten (Neustadt JurBüro 61, 567; Hamburg NJW 64, 600). Zur Kostentragung des Gl im Arrestaufhebungsverf s München MDR 76, 761; Frankfurt MDR 82, 328. Zum Ganzen sa § 922 Rn 4; § 926 Rn 26. **Einseitige Erledigungserklärung:** Wird ein ursprüngl zulässiger und begründeter Arrest-(Verfügungs-) Antrag durch ein erledigendes Ereignis unzulässig oder unbegründet, ist dies durch Urteil festzustellen (Köln WRP 85, 660 mwN). Erledigt sich der Verfügungsantrag nach Eingang beim Gericht aber vor Zustellung an den Gegner, liegt zwar ein erledigendes Ereignis vor (Köln GRUR 2001, 425), anders als im Klageverf (s Rn 41) aber unmittelbar kein Fall von § 269 III 3, IV (abl daher KG MDR 2009, 765; anders im Fall Karlsruhe MDR 2012, 540; s § 922 Rn 4). Zur Beschwerde bei Erledigung nach Nichterlass der einstw Verfügung s § 922 Rn 4. Im **Aufhebungsverf** (§ 926) ist die Erhebung der Hauptsacheklage erledigendes Ereignis (Frankfurt GRUR 87, 651; Frankfurt OLGR 2005, 605; 5.12.2016 – 6 W 110/16). Erklären die Parteien – auch nach *verspäteter* – Erhebung der Hauptsacheklage das Aufhebungsverf für erledigt, treffen die Kosten den Gl (Frankfurt aaO; s § 926 Rn 26); Grund: § 93 entspr Umfang der zu erstattenden Kosten: Frankfurt Rpfleger 86, 281.
- **Aufrechnung:** Eine Aufrechnung führt jedenfalls dann zu einer Erledigung der Hauptsache, wenn die Gegenforderung erst nach Rechtshängigkeit der Klage entstanden oder aufrechenbar geworden ist (RGZ 57, 384). **Bsp:** Aufrechnung mit während des Rechtsstreits erworbener Gegenforderung. Der Streit, ob für das Erledigungsereignis (wegen § 389 BGB) auf die Aufrechnungslage oder (wegen § 388 BGB) auf die Aufrechnungserklärung abzustellen ist (vgl BGHZ 155, 392, 396ff mN = NJW 2003, 3134 [Lindacher LMK 2004, 13]; 184, 128 Tz 24 = NJW 2010, 2422; Althammer/Löhning NJW 2004, 377; Wolf/Lange JZ 2004, 416; Billing JuS 2004, 186; Heyers JR 2004, 242; N. Schneider BGHReport 2003, 1304), spielt bei der *übereinstimmenden* Erledigungserklärung keine Rolle (Grund: s Rn 6, 16; undeutl BGHZ 155, 400) und betrifft allein die *einseitige* Erledigungserklärung (s Rn 34; Fallgestaltung in BGHZ 155, 392). Vom weiten – auch Ereignisse vor Rechtshängigkeit (Eintritt der Aufrechnungslage) einbeziehenden – Erledigungsbegriff (s Rn 41f) kommt es allerdings auf die prozessuale Berücksichtigung der mat-rechtl Rückwirkung (§ 389 BGB) nicht an; die Rechtsstreiterledigung

tritt auch dann ein, wenn die Aufrechnungslage bereits vorprozessual bestanden hat (iErg auch mit abw Begr BGHZ 155, 398 f = aaO; aA Althammer/Löhning NJW 2004, 377 f aus der Sicht des engen Erledigungsbegriffes). Bei der Billigkeitentscheidung über die Kosten gem § 91a I verbietet sich jede schematische Verteilung auf eine der Parteien, etwa eine regelmäßige Kostenbelastung des Kl oder des Bekl (so N. Schneider Anm BGHReport 2003, 1304); entscheidend sind vielmehr Gesichtspunkte der Zumutbarkeit und der Risikotragung (iE str; Lindacher LMK 2004, 13; MK/Schulz Rn 118: Aspekte der Veranlasserhaftung; Billing JuS 2004, 187 f); bei der *einseitigen Erledigungserklärung* gilt § 91 (vgl Wolf/Lange JZ 2004, 418), aber auch § 93 entspr (Heyers JR 2004, 243). Bei Erledigung mit vorprozessualer Aufrechnungslage ist auch Raum für § 269 III 3 (so Wolf/Lange JZ 2004, 417; aA Schröcker NJW 2004, 2204; offen BGH aaO S 400). Kein Erledigungsereignis ist die sog Eventualaufrechnung, bei der der Bekl mit einer Gegenforderung hilfsw die Aufrechnung erklärt, denn das Gericht muss über die (weiter) bestr Klageforderung noch entscheiden (s Althammer/Löhning NJW 2004, 3079; s § 145 Rn 13); der Kl kann aber die Gegenforderung anerkennen und den Prozess einseitig für erledigt erklären (Braunschweig MDR 63, 767); die Kostenentscheidung gem § 91 richtet sich dann danach, ob die Klage ursprünglich begründet war und durch die Aufrechnung erloschen ist (vgl Wolf/Lange JZ 2004, 418).

- **Auskunft:** s „Stufenklage“.
- **Ausländisches Urteil:** Im (einseitigen) Ausgangsverf der (früheren) Vollstreckbarerklärung nach Art 38 EuGVVO aF (s nunmehr nach Abschaffung des Exequaturverf Art 36, 46 EuGVVO) ist § 91a nicht anwendbar (BGH NJW-RR 2010, 571 = MDR 2010, 521, arg s Rn 7), anders erst im Beschwerdeverf (BGH aaO; Hau IPRax 1998, 256).
- **Baulandsache:** Die Anwendbarkeit der Erledigungsgrundsätze (vgl §§ 221 I, 222 III, 228 BauGB iVm § 91a) ist nur ggü denj Beteiligten gegeben, welche Anträge zur Hauptsache gestellt haben (Koblenz NJW 83, 2036).
- **Beschlussverfahren:** s „Arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren“.
- **Beschwerdeverfahren:** Erklärt der Beschwerdeführer die Beschwerde mit Zustimmung des Gegners für erledigt, ist über die Kosten nach § 91a zu entscheiden, ansonsten nach § 91 (Frankfurt MDR 98, 559; s Rn 40; § 567 Rn 53). Auslegungfrage, ob die Erledigung nur das Rechtsmittel selbst (s Rn 19) oder die Hauptsache in der Beschwerdeinstanz umfasst (Bsp: BGH NJW-RR 86, 369 – Tod des Ag bei unvererblich Anspruch); zur Erledigung der Ablehnungsbeschwerde s unten „Richterablehnung“. Kein Fall des § 91a liegt vor, wenn während des Beschwerdeverf die Klage zurückgenommen wird (Frankfurt NJW-RR 95, 956; § 269 III 2 gilt).
- **Beweissicherungsverfahren:** s „Selbständiges Beweisverfahren“.
- **Drittschuldnererklärung:** Die Drittschuldnerklage gem § 840 ist nicht erledigt, wenn – erst – die prozessuale Einlassung des beklagten Drittschuldners im Zahlungsprozess ergibt, dass die gepfändete Forderung von Anfang an nicht bestanden hat (BGH MDR 81, 493; BAG NJW 90, 2644). Eine Erledigung liegt auch dann nicht vor, wenn der auf Auskunft verklagte Drittschuldner eine (negative) Erklärung iSv § 840 I abgibt; Grund: § 840 I gewährt keinen einklagbaren Anspruch auf Auskunft (BGHZ 91, 130). Bei einseitiger Erledigungserklärung ist für eine Kostenentscheidung nach § 91a und damit für eine Berücksichtigung der mat-rechtl Kostenerstattungspflicht des Bekl gem § 840 II 2 im Rahmen der Kostenentscheidung kein Raum (BGH MDR 79, 1000); der Kl kann jedoch den mat Erstattungsanspruch gem §§ 263, 264 Nr 3 im anhängigen Rechtsstreit mit der Feststellungsklage (BGH MDR 81, 493) oder mit der bezifferten Leistungsklage (BAG NJW 90, 2643) geltend machen (abw Foerste aaO S 286 f: § 93 „reziprok“). – **Lit:** *Becker-Eberhard*, FG BGH Bd III, S 216 ff, 305; *Foerste*, FS Stürner, 2013, S 273.
- **Drittwiderrspruchsklage:** Die Freigabe der gepfändeten Sache ist ein Erledigungsereignis (Neustadt MDR 61, 65); sa „Zwangsvollstreckung“.
- **Einstweilige Verfügung:** s „Arrest und einstw Verfügung“.
- **Erfüllungshandlungen:** Sie sind idR Erledigungsgrund (s Rn 4), insb bei „Anerkenntnis“ (s vor §§ 306, 307 Rn 3), bei Wiedergutmachung im Rahmen von Auflagen gem § 56b II Nr 1 StGB (vgl Koblenz OLGR 2007, 517). Maßgebend ist der Zeitpunkt des Eintritts des Leistungserfolgs, nicht der der Vornahme der Leistungshandlung, im Überweisungsverkehr entscheidet also die Gutschrift, nicht der Eingang des Überweisungsauftrags (vgl Hamm OLGR 95, 80). Eine Erledigung tritt jedoch nicht ein, wenn der Bekl nur zur Abwendung der ZwV leistet (BGHZ 94, 274 = NJW 85, 2405; 203, 257 Tz 19; BGH MDR 2014, 921; allg s Rn 5) oder wenn eine ZwV aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel erfolgt (BGHZ 203, 257 Tz 19; BGH MDR 2014, 921; *Becker-Eberhard* JuS 98, 884; s Rn 5). Dagegen schließt *Leistung unter Vorbehalt* eine Erledigung nicht notwendig aus; Bsp: Vorbehalt der Rückforderung gem § 812 BGB (Ausschluss von § 814 BGB), BGH FamRZ 88, 263. Die Leistung durch einen verklagten *Gesamtschuldner* erledigt bei streitiger Gesamtschuld nicht auch für den anderen (BGH MDR 2000, 471).
- **Feststellungsklage:** Die negative Feststellungsklage wird durch die gegenläufige (nicht mehr einseitig rücknehmbare) Leistungsklage erledigt (BGHZ 99, 343; 165, 305, 308 = NJW 2006, 515, 516, hM; näher s § 256 Rn 7d; dazu krit Herrmann JR 88, 376; Zeuner, FS Lücke, 1997, S 1011; einschr für EuGVÜ und EuGVVO-Bereich BGHZ 134, 211). Erledigendes Ereignis ist auch der Wegfall des Feststellungsinteresses (BGHZ 37, 142 = NJW 62, 1723; 165, 305, 308 = NJW 2006, 515, 516).

- **Freiwillige Gerichtsbarkeit und FamSachen (FamFG-Verf).** Die „Kostenpflicht bei Erledigung“ ist nicht eigenständig geregelt (vgl § 83 II FamFG), vielmehr gelten (auch) insoweit die flexiblen und weitgehend unter Berücksichtigung von Billigkeitsgesichtspunkten ausgestalteten allg Grundsätze gem § 81 FamFG. Erklären sämtl Beteiligte eines Antragsverf das Verf für erledigt (s § 22 III FamFG), stellt das Gericht die Erledigung fest (Brandenburg MDR 2013, 1105). Bei einseitiger Erledigungserklärung hat das Gericht zu prüfen, ob Hauptsacheerledigung tatsächl eingetreten ist (Brandenburg MDR 2013, 1106). In diesem Fall kann eine Sachentscheidung nicht (mehr) ergehen (BGHZ 196, 118 Tz 5). Mit Hauptsacheerledigung wird ein eingelegtes, nicht auf die Kosten beschränktes Rechtsmittel unzulässig, wenn kein Fall des § 62 I FamFG vorliegt (BGHZ 196, 118 Tz 6ff). Die Anfechtung von isolierten Kostenentscheidungen richtet sich nach den §§ 58, 61, 70 FamFG (Zweibrücken FamRZ 2012, 238; näher hier Feskorn s § 58 FamFG Rn 4, § 61 FamFG Rn 7, § 70 FamFG Rn 4). Eine Ausnahme gilt für **Ehesachen und FamStreitsachen** (Begriff: § 112 FamFG); insoweit ist § 91a I, II iVm § 567 grds entspr anwendbar (§ 113 I FamFG); **Sondervorschriften:** §§ 131, 243 FamFG (sa unten „Stufenklage“, „Vergleich“); iRd Kostenverteilung nach billigem Ermessen gem § 243 FamFG darf auf die Rechtsprechung zu § 91a zurückgegriffen werden, selbst wenn §§ 91 ff nicht unmittelbar anwendbar sind (Hamm FamRZ 2013, 1510; sa BGH MDR 2011, 1439 Tz 30); sa Rn 7b mwN.
- **Gegendarstellung:** Zur Erledigung durch erzwungenen Abdruck einer Gegendarstellung nach § 11 PresseG (Karlsruhe OLGZ 79, 351; München NJW 88, 349; Koblenz NJW-RR 2006, 484); sa Rn 4.
- **Genehmigung, Gestaltungserklärungen:** Inwieweit die mat-rechtl Rückwirkung auf vorprozessual entstandene Rechtsgeschäfte oder Rechtslagen (zB gem §§ 142, 184, 389 BGB) ein Erledigungsereignis ausschließt (wie bei Aufrechnung, dazu oben), bedarf differenzierender Prüfung. Die Genehmigung eines vollmachtlos geschlossenen Vertrags wirkt im Erfüllungsprozess (nur) *ex nunc* (Köln OLGR 1914, 140).
- **Gesetzesaufhebung, -änderung, -nichtigklärung, Gesetzesaufhebung** (Bsp: Aufhebung RabattG u ZugabeVO durch G v 2.7.2001, BGBl I 1661 u 1663; UWG aF durch G v 3.7.2004, BGBl I 1414) und **Gesetzesänderung** können ein Erledigungsgrund sein (s BGH WRP 2004, 350; WRP 2005, 126; WRP 2008, 252; GRUR 2016, 421 [zur Einführung von § 78 I 4 AMG nF; maßgeblich sei erst die Schuldnererklärung] u näher s Rn 4, 24; instruktiv mw Bsp von Verfahrensrechtsänderungen Schumann, FS Bub, 2007, S 567). Hierfür bestehen häufig bes ges Kostenregelungen (Überblick: StJ/Muthorst Rn 63) des Inhalts, dass jede Partei ihre außergerichtl Kosten trägt, die Gerichtskosten geteilt und die gerichtl Geb niedergeschlagen werden. Bei **Nichtigklärung eines Gesetzes** gilt: Wird während des Rechtsstreits das der Klage zugrunde liegende Gesetz vom BVerfG für ungültig erklärt (Art 100 I GG), ist dies kein Fall nachträgl Erledigung der Hauptsache, vielmehr ist der Kl mit seiner Klage abzuweisen, da sie von Anfang an unbegründet war (BGH NJW 65, 296; Schumann, FG BGH Bd III, 2000, S 39 f). Ebenso wenig ist § 91a bei Nichtigklärung eines Gesetzes auf Grund einer Verfassungsbeschwerde anwendbar (BVerfGE 66, 152, 153); auch eine **Änderung der Rspr** stellt (idR) kein Erledigungsereignis dar (BGH NJW 2004, 1665).
- **Hinterlegung:** Der Forderungsprätendentenstreit um eine hinterlegte Geldsumme wird durch die Zustimmung des einen Prätendenten zur Auszahlung an den anderen und die dementspr Auszahlung erledigt (BGH NJW-RR 97, 495).
- **Insichprozess:** s „Konfusion“.
- **Insolvenzverfahren. a)** Die Grundsätze über die **übereinstimmende Erledigungserklärung** sind im quasi-kontradiktorischen **Insolvenzöffnungsverf** (Endzeitpunkt: § 27 InsO, vgl BGHZ 168, 27 mN) entspr anwendbar (§ 4 InsO iVm §§ 91a I und II, § 567; so BGHZ 149, 178, 181 = MDR 2002, 416; BGH NJW-RR 2005, 418, 419; 2009, 188 Tz 6, 7; inzwischen allgM, früher str, s 26. Aufl mN); bei **einseitiger Erledigungserklärung** gelten die allg Grundsätze (s Rn 34, 43 f) nur modifiziert; die Kostenentscheidung ergeht nach § 91; Rechtsbehelf bei Antragsabweisung: sof Beschwerde idR des AST gem §§ 6, 34 I InsO, bei Erledigungsfeststellung: sof Beschwerde des Sch gem §§ 6, 34 II InsO (BGH NJW-RR 2009, 188 Tz 8). Ein vorläufiger InsVerwalter muss der Erledigung gem § 21 II Nr 2 InsO zustimmen (AG Göttingen ZIP 2007, 1282). Bei Zahlung auf einen ursprüngl zulässigen und begründeten, gehörig glaubhaft gemachten Eröffnungsantrag (§ 14 I 1 InsO) treffen die Kosten den Sch. Erledigung tritt auch ein, wenn auf Antrag eines *Dritten* das Verf eröffnet wird (BGH NJW-RR 2005, 418, 419). § 269 III 3 ist bei Zahlung nach Zustellung des InsAntrags nicht entspr anwendbar (AG Köln ZIP 2003, 1213). **Besonderheiten seit 1.1.2011** (§ 14 I, III InsO idF des HBegG 2011): Die Erfüllung der Forderung als solche ist kein Erledigungsgrund, wenn bereits früher (Zeitraum: 2 Jahre) ein InsAntrag gestellt war (§ 14 I 2 InsO nF); mWv **5.4.2017** ist das Erfordernis des Erstantrags weggefallen (§ 14 I 2 InsO neu gef durch G v 29.3.2017 (BGBl I 654); sa BT Drs 18/7054, 16); der aufrecht erhaltene Antrag ist zulässig, soweit die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen gem § 14 I 1 InsO (Glaubhaftmachung von InsGrund und rechtl Interesse) (weiter) vorliegen (vgl noch BGH NJW 2013, 2119 Tz 8: bes strenge Anforderungen; insoweit krit Kruth/Schneider EWiR 2012, 764; mWv **5.4.2017** ist aber das Erfordernis der Glaubhaftmachung des Erstantrags in § 14 I 3 Inso aF weggefallen, da die Voraussetzungen insgesamt als zu restriktiv empfunden wurden). Wird ein (von Anfang an) **unzulässiger** Antrag entspr § 91a für erledigt erklärt oder ein (aufrechterhaltener) Antrag entspr § 91 als unzulässig zurückgewiesen, treffen trotz Erfüllung die Kosten den GI (AG Hamburg ZIP 2012, 1044; AG Wuppertal ZIP 2012, 1363); dagegen trägt der Sch die Kosten, wenn der (zulässige) Antrag als unbe-

gründet abgewiesen wird (§ 14 III InsO), dh das Risiko der Masseunzulänglichkeit (§ 26 InsO) geht zu Lasten des Sch. – **b)** In dem vom InsVerwalter betriebenen **Anfechtungsprozess** tritt mit Beendigung des InsVerf die Erledigung der Hauptsache ein (RGZ 58, 414; StJ/Muthorst Rn 6; offen bei BGH NJW 82, 1766). – **c) Feststellung** der Forderung zur Tabelle (§§ 178 III, 201 II 1 InsO) erledigt den (unterbrochenen) Passivprozess (vgl BGH NJW 61, 1066, 1067; DZWIR 2005, 253; Köln NJW-RR 2003, 265; StJ/Roth § 240 Rn 27; hier Greger s § 240 Rn 14 m Hinw zur Aufnahme wegen der Kostenentscheidung), ferner die (aufgenommene) Feststellungsklage (vgl Karlsruhe ZIP 89, 791), ebenso erledigt das spätere Anerkenntnis der „vorläufig bestr.“ Forderung (München ZIP 2005, 2227).

- **Kartellverwaltungsverfahren** (§§ 54 ff, 78 GWB): Hier ist nicht erforderl, dass im Falle einer einseitigen **Erledigungserklärung** die (Rechts-)Beschwerde bis zum Eintritt des Erledigungsereignisses zulässig und begründet war (allg s Rn 3). Tritt eine Erledigung deswegen ein, weil der zugrunde liegende VA gegenstandslos wird, ist nur noch zu prüfen, ob der VA keine Wirkungen mehr äußern kann und damit gegenstandslos wird (BGH MDR 86, 560; zur Erledigung eines (früheren) Freistellungsverf gem §§ 7, 10 GWB af s BGH ZIP 2002, 1740; nunmehr Legalfreistellung; § 2 GWB). § 91a ist nicht entspr anwendbar (München GRUR 87, 316).

- **Klagerücknahme:** „Erledigungs“erklärung nur wegen des Kostenrisikos ist als Klagerücknahme zu werten (VGH Mannheim NJW 74, 964; aA Czermak NJW 74, 1478; sa § 269 Rn 4); zur „privilegierten“ Klagerücknahme gem § 269 III 3 s Rn 32 [a] u § 269 Rn 18c-18e.

- **Konfusion:** Bei Vereinigung von Gl- und Sch-Stellung erlischt der Prozess (s vor § 50 Rn 1); auch eine Entscheidung gem § 91a scheidet grds aus (BGH NJW-RR 2011, 488 = MDR 2011, 509). Bsp: Beerbung des alleinigen Prozessgegners (BGH aaO).

- **Kündigungsschutzklage:** Bei Rücknahme der Kündigung durch Arbeitgeber, welche kostenrechtlich einer freiwilligen Erfüllung gleichsteht, sind ihm idR die Kosten aufzuerlegen; (LAG Nürnberg 15.10.2015 – 4 Ta 135/15; LAG Hessen 14.5.2008 – 8/15 Ta 490/07).

- **Mahnverfahren. Lit:** *Wagner*, Die Erledigung im Mahnverf, 2015. – Die (teilw) Zahlung auf einen MB führt nicht zur „Erledigung“, sondern nur zur (teilw) Beendigung des Mahnverf (arg § 699 I 2 Hs 2; so KG MDR 83, 323; Jooß JR 2010, 510 f; aA Hofmann Rpfleger 82, 325, 328; MskV/Flockenhaus Rn 4; Stuttgart MDR 84, 673, hM; sa § 690 Rn 27). – Zahlungen im Mahnverf erfolgen (trotz der Rückwirkungsfiktion gem §§ 696 III, 700 II) *vor Rechtshängigkeit* und lassen damit den „Anlass“ der Verfahrenseinleitung entfallen (wie § 269 III 3). Im mit Abgabe (§§ 696 I, 700 III) rechtshängig gewordenen (s § 696 Rn 5 ff) Streitverf kann der Kl die Klage – anders als bei der Erledigung *nach* Rechtshängigkeit (dazu BGH NJW 2004, 223; s § 269 Rn 18 aE) – „privilegiert“ **gem § 269 III 3, IV** (auch) mit einer Kostenbelastung des Bekl zurücknehmen (krit Jooß JR 2010, 512). Dafür ist wegen § 269 III 3 („bish Sach- und Streitstand“) eine dem Bekl formlos mitzuteilende Anspruchsbegründung (§ 697 I 1) erforderl. Eine Rücknahme des *Mahntrags* (s § 690 Rn 26) gem/entspr § 269 III 3 *nach* Rechtshängigkeit scheidet aus (allgM); auch bei einer „Rückkehr“ ins Mahnverf (iVm Rücknahme des Streittrags, s § 690 Rn 26, § 696 Rn 2) sind in diesem Verf wegen seiner Besonderheiten (kein Sach- und Streitstand, kein Gehör des Ag) streitige Kostenentscheidungen gem § 269 III 3 nicht mögl, zuständig dafür ist das Streitgericht (BGH NJW 2005, 512, 513 u 513, 514, iE str; befürwortend aber Jooß JR 2010, 508 ff, für Anwendbarkeit von § 91a PG/Hausherr Rn 79, arg s Rn 12; näher s § 690 Rn 26). Der Streitwert im Streitverf nach Widerspruch gegen den MB bemisst sich dann nach dem Restanspruch (so Stuttgart, Karlsruhe, je aaO; München OLGR 2003, 395; Liebheit NJW 2000, S 2237 ff; allg s Rn 48). Will der Sch geltend machen, dass er keinen Anlass zur Einleitung des Mahnverf gegeben habe, muss er zum Zweck eines Anerkenntnisses (§ 93) auf die Kosten beschränkten Widerspruch einlegen (Schleswig MDR 2006, 228; Naumburg NJOZ 2011, 1937; Sonntag MDR 2006, 188; Hergert hier s § 93 Rn 6 „Mahnverf“, str); ein unbeschränkter Widerspruch genügt nicht (so aber StJ/Muthorst § 93 Rn 9; Fischer MDR 2001, 1336; hier 29. Aufl). Hat der Ag die Hauptforderung mit Ausnahme der Kosten vor Erhebung eines Widerspruchs voll beglichen, erfolgt Überleitung ins streitige Verf nur noch in Höhe der Verfahrenskosten (vgl LG Bielefeld ZIP 2005, 1095); in der einseitigen Erledigterklärung der Hauptsache liegt idR eine entspr Rücknahme des Streittrags (s § 696 Rn 2); zur Kostenentscheidung bei Rücknahme des Mahnantrags s § 690 Rn 26). Zur Abtretung des Mahn-Anspruchs als Erledigungsgrund näher s vor § 688 Rn 8.

- **Mieterhöhungsverfahren:** s AG Hildesheim NdsRpfl 76, 112; AG Oberhausen ZMR 74, 158 u LG Verden JurBüro 76, 812 [abl Schalthorn S 1101]. Seit 1.9.2001 ist MHRG durch §§ 558 ff BGB ersetzt (zur Erledigung im Zusammenhang mit § 558b BGB s AG Düren 31.3.2011 – 47 C 185/10; AG Osnabrück WuM 2011, 474; AG Lübeck WuM 2017, 200; LG Stuttgart 14.8.2015 – 19 T 330/15).

- **Nebenintervention:** s „Streitgenossenschaft und Nebenintervention“, „Zwischenstreit nach § 71“, „Vergleich“ (Kosten der Streithilfe).

- **Negative Feststellungsklage:** s „Feststellungsklage“.

- **Neues Vorbringen im 2. Rechtszug:** Im Rahmen der Kostenentscheidung nach § 91a ist auch der Rechtsgedanke des § 97 II (Obsiegen auf Grund eines neuen Vorbringens in 2. Instanz) anwendbar (Frankfurt WRP 84, 692; vgl auch BGH NJW-RR 86, 369).

- **Nichtigerklärung eines Gesetzes:** s „Gesetzesaufhebung, -änderung, -nichtigerkklärung“.
- **Parteifähigkeit:** Verliert der Bekl während des Rechtsstreits seine Rechts- und Parteifähigkeit, ist die Hauptsache erledigt, sofern die Klage bis zu diesem Zeitpunkt zulässig und begründet war (BGH NJW 82, 238 = JZ 82, 843; NJW-RR 96, 806; sa MK/Schulz Rn 124, str; aA Hamm NJW-RR 88, 1307; keine Sachentscheidung – auch gem § 91a – mehr zulässig; noch aA Koblenz ZIP 98, 967: Sachentscheidung infolge fiktiver Parteifähigkeit; sa § 50 Rn 8). Das Gleiche gilt bei Erlöschen einer rechts- u parteifähigen Personengesellschaft (§ 14 II BGB) mit Gesamtnachfolge ohne Liquidation (BGH NJW 2002, 1207; zur Fortwirkung der Vertretung bei § 91a s § 86 Rn 8a). **Nicht** hierher gehören die als Parteiwechsel zu behandelnden Fälle der Beendigung der gesetzl oder gewillkürten Prozessführungsbefugnis (s vor § 50 Rn 20, 50).
- **Patentnichtigkeitsverfahren** (sa Feststellungsklage): § 91a ist über §§ 84 II, 110 V PatG entspr anwendbar, ohne dass es darauf ankommt, ob die Klage durch das erledigende Ereignis unzulässig oder unbegründet geworden ist (BGH MDR 84, 665 = LM Nr 3 zu § 110 PatG 1981; BPatG 13.3.2017 – 2 Ni 8/15 (EP); 14.11.2012 – 3 Ni 16/12; dazu näher Jestaedt WRP 94, 680). § 91a gilt entspr in kontradiktorisch ausgestalteten *patentamtli (-gerichtl) und Rechtsbeschwerdeverf* (BGHZ 135, 58 u s Rn 7b).
- **Presserecht:** s „Gegendarstellung“.
- **Prozesskostenhilfeverfahren:** Das PKH-Verf ist kein kontradiktorisches Verf (BGH NJW 2004, 1805, 1806; 15.7.2009 – I ZB 118/08: „der staatliche Daseinsfürsorge zuzurechnendes Antragsverfahren“; s Rn 7; sa § 118 Rn 1, 31). Der nach § 118 zu hörende (spätere) Prozessgegner ist nicht Partei dieses Verf (s § 118 Rn 2). Nur die Staatskasse steht dem Antragsteller ggü (vgl Düsseldorf FamRZ 86, 288; einschr BGH MDR 2001, 1312; dazu krit s § 85 Rn 11; vgl auch BGH NJW 2004, 1806). Erklären die (späteren) Prozessparteien im PKH-Verf die Hauptsache (unzulässig: VGH München NJW 2013, 891) übereinst für erledigt, darf keine Entscheidung nach § 91a ergehen (Brandenburg MDR 2000, 1393; Hamm OLG 2007, 149, 150; Tschischgale JurBüro 61, 111); das soll auch dann gelten, wenn gleichzeitig mit dem PKH-Antrag bereits für den Fall der PKH-Bewilligung die Klage eingereicht und noch vor ihrer Zustellung für erledigt erklärt wird (so Bamberg OLG 2001, 122; abw im Hinblick auf die eingetretene Anhängigkeit [s Rn 17] Deubner JuS 2000, 1198 f). Kommt es aber noch zu einer Zustellung der mit eingereichten Klageschrift, ist die Erledigungserklärung als Antrag gem § 269 III 3 auszulegen (s Rn 42); im PKH-Verf *selbst* ist § 269 III 3 nicht anwendbar; eine *einseitige* Erledigungserklärung gilt als Antragsrücknahme (Koblenz NJW-RR 2010, 500), desgl eine unzulässige (s oben) übereinst Erledigung (VGH München NJW 2013, 891).
- **Räumungsklage:** Zieht der Mieter, der die Berechtigung der Kündigung im Räumungsschutzprozess bestreitet, während des Prozesses (vorbehaltslos) aus, erledigt sich der Rechtsstreit in der Hauptsache (*anders* bei Zwangs-räumung: BGH NJW 2014, 2199 Tz 8; sa Rn 5 u unten „ZwV“). Die Herbeiführung des Erledigungsereignisses geht nicht notwendig zu Lasten des Mieters (so LG Stuttgart ZMR 76, 92; LG Hannover ZMR 74, 177, 178; AG Neuss NJW-RR 87, 789; allg s Rn 25). Werden die Mietrückstände nach Einreichung aber *vor* Zustellung der auf Räumung u Zahlung gerichteten Klage beglichen, kommt nunmehr anstelle einer – einseitigen – Erledigungserklärung die privilegierte Klagerücknahme gem § 269 III 3 in Frage (s Rn 42). Nicht erforderlich ist, dass es noch zu einer förmli Zustellung der Klage kommt (BGH NJW 2004, 1530); formlose Mitteilung an den Bekl zur Stellungnahme im Verf gem § 269 III 3, IV genügt (LG Düsseldorf NJW-RR 2003, 213; sa § 269 Rn 18d). Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung ist zu berücksichtigen, ob der Mieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen konnte; dabei ist gehörige Geltendmachung zu unterstellen (verkannt von LG Berlin MDR 99, 1436).
- **Rechts-(Rechtsprechungs-)änderung:** s „Gesetzesaufhebung, -änderung, -nichtigerkklärung“.
- **Rechtsmittelverfahren:** s „Anschlussberufung“, „Beschwerdeverfahren“, ferner allg s Rn 19.
- **Rechtsnachfolge:** s „Konfusion“.
- **Richterablehnung:** Erledigungsereignisse sind die Fälle des endgültigen Ausscheidens des abgelehnten Richters aus dem Verf; idR ohne Mitwirkung an einer Sachentscheidung (s § 46 Rn 18), uU aber auch dann (vgl BGH MDR 2007, 288; Stj/Muthorst Rn 6 Fn 39). Eine Erledigung des Ausgangsverf soll mangels kostenrechtl Selbständigkeit ausscheiden (s Rn 7), im Beschwerdeverf ist sie dagegen mögl (BGH aaO; Rostock NJW-RR 2007, 429; iE Stollenwerk NJW 2007, 3753 f). Die Kostenentscheidung ergeht – ohne Unterscheidung zwischen übereinstimmender und einseitiger Erledigungserklärung – gem § 91a (Rostock aaO; zust Stollenwerk aaO).
- **Säumnisverfahren:** s Versäumnisverfahren.
- **Schadensersatzansprüche nach §§ 302 IV 3, 600 II, 717 II:** Die Wirkungslosigkeit eines erstinstanzli Urteils infolge übereinstimmender Erledigungserklärung in einer Rechtsmittelinstanz (allg s Rn 12, 18 ff) stellt keine „Aufhebung“ eines für vorläufig vollstreckbaren Urteils iSd § 717 II dar (BGH MDR 72, 765 = NJW 72, 1283). Dies gilt auch im Falle einer einseitigen Erledigungserklärung (BVerwG NJW 81, 699). Grund: Es wird keine Entscheidung über die Richtigkeit des erstinstanzli Urteils getroffen. Kein Fall einer Erledigung liegt vor, wenn während des Schadensersatzprozesses (§§ 302 IV 3, 600 II) der titulierte Anspruch rechtskräftig bestätigt wird; Grund: von Anfang an kein Vollstreckungsschaden (BGH NJW-RR 2005, 1135; allg sa Rn 5).
- **Schuldübernahme:** Befreiende Schuldübernahme erledigt (BGHZ 61, 140, 141, hM); Grund: Beendigung der Passivlegitimation des AltSch (s § 325 Rn 24).

- **Selbständiges Beweisverfahren:** Im Gegensatz zur überwiegenden OLG-Rspr (s 26. Aufl) scheidet nach Auffassung des BGH im sBV sowohl eine einseitige (BGH MDR 2011, 317 Tz 9; MDR 2011, 503; FamRZ 2017, 392) als auch eine übereinstimmende Erledigungserklärung aus (BGH MDR 2007, 1150; MDR 2011, 502; zust Koblenz NJW 2015, 1896 [dazu *Seibel* IBR 2015, 230]; sa Loeff NJOZ 2007, 5595). Damit zwingt der BGH zur Führung von (Erledigungs-)Feststellungsprozessen (vgl Hamm MDR 2007, 621) oder von mat-rechtl Kosten-erstattungsprozessen (vgl Schleswig OLG 2009, 444; Fischer ZZZ 121 [2008], 95). Dass § 494a II keine abschließende Kostenregelung enthält, zeigt sich schon daran, dass der BGH selbst eine Kostenentscheidung gem § 269 III 2 nach Antragsrücknahme bejaht (BGH MDR 2007, 1150 Tz 7 mN), in die idR auch eine einseitige Erledigungserklärung umzudeuten sein soll (BGH MDR 2011, 317 Tz 10; MDR 2011, 503; FamRZ 2017, 392; Koblenz NJW 2015, 1896, str; aA zB Schleswig NJW-RR 2009, 1437); dann muss aber auch eine Kostenentscheidung gem § 269 III 3 in Frage kommen (ohne Begr aA BGH NJW 2011, 1292 Tz 15; s aber LG Lübeck NJW 2016, 963: In der Anordnung einer Beweiserhebung iSv § 490 II liege keine Entscheidung über ein Recht oder einen Anspruch), wenn der „Anlass für das sBV“ nachträgl entfallen und damit ein Erledigungstatbestand „vor Rechtshängigkeit“ eingetreten ist (iErg m abw Begründung auch München MDR 2014, 1346: Kostenentsch bei Störungsbeseitigung im sBV u zugleich Erfüllungshandlung hins des fiktiven Hauptsacheverf). Vgl auch – krit – Loog NJW 2008, 24; Fellner MDR 2014, 1304; sa allg Herget s § 91 Rn 13 sBV; § 494a Rn 5.
- **Streitgenossenschaft und Nebenintervention:** Bei einfacher Streitgenossenschaft wirkt die Erklärung für jedes Prozessrechtsverhältnis gesondert (s § 61 Rn 8). Bei notwendiger ist zu unterscheiden (s § 62 Rn 25 aE): Im Fall von § 62 Alt 2 (s § 62 Rn 11) müssen sämtl Streitgenossen für erledigt erklären, da die Erledigung nur einheitl eingetreten sein kann (Pape/Notthoff JuS 95, 914 mN; s § 62 Rn 25); allerdings muss die Kostenregelung selbst nicht notwendig einheitl sein (BGH MDR 85, 914, 915); iÜ kann dagegen auch von einem (Teil der) notwendigen Streitgenossen für erledigt erklärt werden (BGH NJW-RR 2011, 618 Tz 19). Zur Kostenverteilung, wenn von 2 beklagten Streitgenossen einer durch Klagerücknahme ausscheidet und iÜ die Hauptsache für erledigt erklärt wird: Frankfurt MDR 63, 317; sa Schneider/Schneider MDR 87, 462. Der **einfache NI** kann der Erklärung der Partei nicht widersprechen (arg § 67, s § 67 Rn 9a, allgM); dies gilt aber auch für den **streitgenössischen Nebeninterventionen** (§ 69), denn durch die Rechtsstreiterledigung ohne Entscheidung in der Hauptsache wird seine Rechtsposition nicht berührt (München MDR 2000, 1152; Köln OLG 2003, 313, 314; ThP/Hüßtege Rn 18, str; aA MskV/Flockenhaus Rn 58; BL/Hartmann Rn 78; hier 24. Aufl). Wird der Hauptprozess für erledigt erklärt, ist über die **Kosten der Nebenintervention** unter Berücksichtigung der Erfolgsaussicht des Klagebegehrens zu entscheiden (BGH MDR 85, 914, 915; sa § 66 Rn 19). Bei einer streitgenössischen Nebenintervention braucht die Entscheidung über die Kosten der NI nicht der auf dem Anerkenntnis des Bekl beruhenden Kostenregelung zu folgen (BGH aaO). Schließen die Parteien ohne Mitwirkung des (einfachen) Streit-helfers einen **Vergleich** über die Kosten des Rechtsstreits, ist für die Entscheidung über die Kosten der Streit-hilfe grds der Inhalt des Vergleichs maßgebend (vgl auch BGHZ 154, 351, 354); dagegen ermöglicht bei der streitgenössischen Streithilfe die fehlende Kostenparallelität (s § 66 Rn 19; § 69 Rn 10) im Fall der Erledigung bei der Berücksichtigung des bish Sach- und Streitstands auch eine Kostenentscheidung zu Lasten des NI, zB bei der „räuberischen“ AktionärsNI (s Goslar/Linden WM 2009, 492, 500 f; s § 69 Rn 10; § 101 Rn 8); bei Kostenaufhebung steht dem NI kein KE zu (BGHZ 154, 351; BGH NJW-RR 2005, 1159; Köln MDR 2014, 1107); das gilt auch bei vergleichsw Klagerücknahme (BGH NJW-RR 2004, 1506; s näher unten „Vergleich“ unter a aE), dgl bei Klagerücknahme iVm Kostenverzicht des Bekl (Karlsruhe NJW-RR 2009, 1078). Für eine Anwendung des § 91a ist allenfalls bei einer Ausklammerung dieser Kosten Raum (zweifelhaft; s unten „Vergleich“ [a] u näher s § 101 Rn 8, 10).
- **Stufenklage:** Nicht mehr hierher gehören seit 1.9.2009 **Unterhaltssachen** (FamStreitsache iSv §§ 112 Nr 1, 113 I, V Nr 2, 3, 231 ff FamFG), für welche ein bes Antragsverf mit verfahrensrechtl Auskunftspflicht (§ 235 FamFG) und Kostenverteilung nach billigem Ermessen (§ 243 FamFG) geschaffen wurde (sa MK/Schulz Rn 131). Auch wenn dadurch ein Rückgriff auf ZPO-Grundsätze nicht ausgeschlossen ist (vgl BGH MDR 2011, 1439 Tz 23 ff; sa Rn 7b u oben „Frei Gerichtsbarkeit usw“ u unten „Vergleich“), ist für eine Erledigung einzelner „Stufen“ kein Raum. – Bei der Erledigung der Stufenklage ist zu berücksichtigen, dass der Auskunfts-(Wertermittlungs-, Richtigkeitsversicherungs-)anspruch ledigl ein Hilfsmittel zur Herbeiführung der fehlenden Bestimmtheit des Leistungsanspruchs ist (BGH MDR 2000, 717; hier Greger s § 254 Rn 4), umgekehrt der Zahlungsanspruch (idR) nicht vor Erteilung der Auskunft (usw) beziffert werden kann. Daraus folgt: Der Kl kann im Laufe des Rechtsstreits jederzeit unter Abstandnahme von vorbereitenden Ansprüchen (1., 2. usw. Stufe) auf die bezifferte Leistungsklage übergehen (§ 264 Nr 2); für eine (übereinstimmende oder einseitige) **Erledigungserklärung** ist insoweit (idR) **kein Raum** (BGHZ 94, 275; BGH MDR 2001, 408 mwN; Düsseldorf FamRZ 96, 493; hier s § 254 Rn 12; einschr BGHZ 141, 317 = NJW 99, 2520, 2522 für Auskunfterteilung in der Rechtsmittelinstanz; sa MK/Schulz Rn 131). Wird bei einer Stufenklage **nach Erteilung der Auskunft** die Hauptsache hinsichtl des **Zahlungsantrags** übereinstimmend für erledigt erklärt, muss im Rahmen einer Kostenentscheidung nach § 91a auf den (unbestimmten) Zahlungsantrag des Kl abgestellt werden. War der Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch begründet, hat der Bekl die Kosten zu tragen, auch wenn kein Zahlungsanspruch besteht (so auch Karlsruhe NJW-RR 98, 1454; Hamm FamRZ 93, 1344; Jena FamRZ 97, 219; Nürnberg MDR 2001, 590; Brandenburg MDR 2003, 893 LS; Frankfurt NJW-RR 2006, 1581; Düsseldorf MDR 2012, 1492, str).

## § 411 Schriftliches Gutachten

(1) Wird schriftliche Begutachtung angeordnet, setzt das Gericht dem Sachverständigen eine Frist, innerhalb derer er das von ihm unterschriebene Gutachten zu übermitteln hat.

(2) Versäumt ein zur Erstattung des Gutachtens verpflichteter Sachverständiger die Frist, so soll gegen ihn ein Ordnungsgeld festgesetzt werden. Das Ordnungsgeld muss vorher unter Setzung einer Nachfrist androht werden. Im Falle wiederholter Fristversäumnis kann das Ordnungsgeld in der gleichen Weise noch einmal festgesetzt werden. Das einzelne Ordnungsgeld darf 3000 Euro nicht übersteigen. § 409 Abs. 2 gilt entsprechend.

(3) Das Gericht kann das Erscheinen des Sachverständigen anordnen, damit er das schriftliche Gutachten erläutere. Das Gericht kann auch eine schriftliche Erläuterung oder Ergänzung des Gutachtens anordnen.

(4) Die Parteien haben dem Gericht innerhalb eines angemessenen Zeitraums ihre Einwendungen gegen das Gutachten, die Begutachtung betreffende Anträge und Ergänzungsfragen zu dem schriftlichen Gutachten mitzuteilen. Das Gericht kann ihnen hierfür eine Frist setzen; § 296 Abs. 1, 4 gilt entsprechend.

I, II u III geändert durch G zur Änderung des Sachverständigenrechts ua v 11.10.2016 (BGBl I 2222) mWv 15.10.2016.

- 1) **1) Form der Begutachtung:** Ges Regelfall ist, wie sich aus § 402 iVm §§ 373 ff ergibt, die mündl Gutachtenserstattung durch **Vernehmung** des SV. Nach I kann aber (als bes Verf iSv § 358) **schriftl Begutachtung** angeordnet werden. Diese steht im Ermessen des Gerichts; einer Zustimmung der Parteien bedarf es nicht. Von ihr wird in der Praxis zumeist Gebrauch gemacht, was bei komplexeren Beweisfragen auch sachgerecht ist (gründlichere Ausarbeitung, bessere Nachvollziehbarkeit für Gericht und Parteien, mündl Erläuterung bleibt gleichwohl mögl, s III). Zur Vermeidung des oft erheblichen Zeit- und Kostenaufwands ist aber zu prüfen, ob im Einzelfall mündl Gutachtenserstattung ausreicht (Schneider/Schmaltz NJW 2011, 3270, 3272). Entspr Auftrag schließt Erstellung schriftl Unterlagen zur Unterstützung des Vortrags nicht aus (Köln MDR 2015, 856). Protokollierung: § 160 III Nr 4.- Zur Verwertung von Privatgutachten und schriftl Gutachten aus anderen Verf s vor § 402 Rn 11; § 411a.
- 2) **2) Verfahrensablauf bei schriftl Begutachtung: Anordnung** durch Beweisbeschluss (§ 358), der zweckmäßigerw zugleich die Ernennung des SV (§ 404 I), die Fristbestimmung nach I sowie ggf die Festsetzung des Auslagenvorschusses (s § 379 Rn 1 ff) enthält. Sodann **Erteilung des Gutachtensauftrags** an den ernannten SV (ggf nach Eingang des Auslagenvorschusses) unter Beachtung von § 404a und (seit 15.10.2016; s Rn 8) mit **obligatorischer Fristsetzung (I)**. Nach Eingang des Gutachtens (als unterschriebenes Schriftstück oder signiertes elektron Dokument nach § 130a) **Überprüfung** der formalen und inhaltl Anforderungen, ggf Verlangen von Nachbesserung. Übersendung von Abschriften an Parteien mit **Aufforderung nach IV**, idR mit Fristsetzung (s Rn 7). Falls beantragt oder vom Gericht für nötig befunden, **Anordnung schriftl Erläuterung bzw Ergänzung (III 2)** oder **Ladung zur mündl Erläuterung (III 1)**, ggf zur **Befragung durch die Parteien** (§§ 402, 397; s Rn 4; zum Auslagenvorschuss s § 379 Rn 1, 3). **Einführung in die mündl Verh** durch Vortrag der Parteien gem § 285 II (BGH NJW 1961, 2308), idR mittels Bezugnahme nach § 137 III. Ggf mündl Ausführungen des geladenen SV mit ausführl Protokollierung (BGH NJW-RR 1993, 1034, 1035). Abschließend **Erörterung u Verh des Beweisergebnisses** (§§ 279 III, 285 I), ggf **erneute Anhörung** des SV (BGH NJW 1986, 2886) oder Gelegenheit zu **nachträgl Stellungnahme** nach Vorliegen des Protokolls zwecks rechtl Gehörs (BGH NJW 2009, 2604; NJW 1982, 1335; s § 285 Rn 2). Beachtl Ausführungen (auch in nicht nachgelassenem Schriftsatz) erfordern **Wiedereröffnung der mündl Verh** (BGH MDR 2011, 160).
- 3) **3) Mündl Erläuterung des schriftl Gutachtens: a) Anordnung von Amts wegen (III)** nach Ermessen des Gerichts; bei Unklarheiten und Zweifeln ist es hierzu jedoch verpflichtet, sofern eine schriftl Erläuterung oder Ergänzung (III 2) nicht ausreichend erscheint oder nicht gleich nach § 412 ein anderer SV beauftragt wird (BGH NJW 2011, 852, 855); auch Einwände gegen das Gutachten in einem Parteigutachten können hierzu Anlass geben (BGH NJW-RR 98, 1527, 1528; NZV 97, 72; MDR 92, 407). Der Anordnung vAw steht nicht entgegen, dass ein entspr Antrag einer Partei wegen Verspätung zurückzuweisen wäre (BGH NJW-RR 98, 1527, 1528; MDR 89, 535).
- 4) **b) Anordnung auf Antrag einer Partei** ist (unabhängig von § 411 III) stets geboten nach § 402 iVm § 397 (BGHZ 6, 398; BGH NJW 98, 162; NJW-RR 2001, 1431). Nichtbeachtung verletzt grds (Ausnahmen: s Rn 5) rechtl Gehör (BVerfG NJW 98, 2273; 2012, 1346; NJW-RR 2013, 626); Berufungsgericht muss wiederholtem Antrag stattgeben (BGH MDR 2005, 1308). § 398 und auch ein früher erklärtes Einverständnis mit schriftl Begutachtung stehen nicht entgegen, denn bei der Anhörung des SV soll das Gutachten nicht wiederholt, sondern der Partei Gelegenheit gegeben werden, Fragen zur Erläuterung u Ergänzung zu stellen (zur vorherigen Mitteilung dieser Fragen s IV u Rn 7). Kann die Partei dieses Recht nur mit Unterstützung eines eigenen SV sachgerecht ausüben, muss bei dessen Verhinderung einem Verlegungsantrag entsprochen werden (Karlsruhe VersR 2011, 1284 [Jahns]). Durch den Antrag auf Ladung des SV wird das Gericht nicht gehindert, zunächst eine schriftl Erläuterung einzuholen; von der Ladung kann es aber auch dann nur absehen, wenn die Partei, ggf

nach Anfrage, ihren Antrag zurücknimmt (BGH VersR 2015, 257; MskV/Huber Rn 7). Hat das Gericht gem § 412 einen neuen SV beauftragt, ist es zur Vorladung des früheren nur noch dann verpflichtet, wenn es auch dessen Gutachten verwerten will (unklar BGH NJW 2011, 852, 855).

**Ausnahmen:** Als missbräuchl zurückgewiesen werden darf (im Urteil) ein Antrag, wenn das schriftl Gutachten vollständig und überzeugungsfähig ist, der Antrag aber gleichwohl nicht begründet wird (BGHZ 24, 9, 14; BAG MDR 68, 529; Rixecker NJW 84, 2135, 2137; Ankermann NJW 85, 1204, 1205) oder in seiner Begründung die Ankündigung abwegiger, bereits eindeutig beantworteter oder beweisunerhebl Fragen enthält (Saarbrücken OLGR 2004, 379; Oldenburg OLGR 98, 17; Hamm MDR 85, 593; s § 397 Rn 3). Dass das Gericht das Gutachten für ausreichend und überzeugend hält, reicht für sich alleine aber nicht (BVerfG NJW 2012, 1346; BGH NJW 97, 802; 98, 162; NJW-RR 2003, 208). Zur Präklusion wegen Verspätung des Antrags s Rn 7.

c) **Sonderfälle:** Bei **Behördengutachten** (s vor § 402 Rn 8) kommt eine persönl Vorladung nach § 411 III nicht in Betracht (vgl Celle NJW 73, 203 u Frankfurt MDR 83, 327 zum Gebührengutachten der RA-Kammer). Ergibt sich in einem solchen Fall die Notwendigkeit einer Erläuterung des Gutachtens, so kann entweder eine ergänzende Stellungnahme der Behörde angefordert oder ein Bediensteter (zB der Gutachtenersteller) geladen werden (vgl BGHZ 62, 93, 95 für den Gutachterausschuss gem §§ 192 ff BauGB). Hierin liegt eine nachträgl Bestellung dieser Person zum SV und die Beauftragung mit der Erstattung eines mündl Gutachtens (BGH NJW 98, 3355). – Ein **im Ausland wohnender SV** kann, wenn er nicht zum Erscheinen bereit ist, nur im Wege internat Rechtshilfe (§ 363) angehört werden (BGH MDR 80, 931).

4) **Mitwirkungspflicht der Parteien (IV):** Damit das Gericht möglichst kurzfristig über den weiteren Prozessablauf entscheiden kann, verlangt IV 1, dass die Parteien ihre Einwendungen, Anträge oder Fragen zu den Gutachten in angemessener Zeit nach Übermittlung des Gutachtens vorbringen. Die Fragen müssen nicht abschließend ausformuliert werden; es genügt die allg Angabe, in welcher Richtung eine weiter gehende Aufklärung gewünscht wird (BGHZ 24, 9, 15). Die Dauer wird maßgeblich durch die obj Schwierigkeit der Beweisfrage und Verständlichkeit des schriftl Gutachtens bestimmt (vgl Düsseldorf NJW-RR 96, 1527 u Celle MDR 2001, 108: 10 bzw 12 Wochen zur Prüfung eines schwierigen technischen Gutachtens). Eine Präklusionswirkung hat diese Regelung jedoch nur, wenn den Parteien (am besten zugleich mit der Übersendung des Gutachtens) durch zuzustellenden Gerichtsbeschluss mit Hinweis auf diese Wirkung eine **Ausschlussfrist** nach IV 2 gesetzt wird (BGH NJW-RR 2006, 428); Verfügung des Vors reicht nicht (BGH NJW-RR 2001, 1432; MskV/Huber Rn 7; sa § 296 Rn 8c ff). Auch ein erst in der mündl Verh gestellter Antrag ist aber nicht verspätet, wenn sich der Grund zur Antragstellung erst in ihr ergeben hat (BGH MDR 2009, 163).

5) **Befristung des Gutachtensauftrags** ist seit Inkrafttreten des neu gefassten I (15.10.2016) bei allen SV-Bestellungen **obligatorisch**. Geht das Gutachten nicht fristgerecht ein, darf der Richter sich nicht mit einer Sachstandsanfrage begnügen. Vielmehr ist idR eine **Nachfrist mit Ordnungsgeldandrohung** zu setzen (II). Vorherige Rücksprache mit Hinweis auf die Haftung für Schäden durch Verfahrensverzögerung (s vor § 402 Rn 18) kann sich empfehlen (Koblenz VersR 2015, 474). **Nach Ablauf der Nachfrist soll** durch Beschluss des Gerichts ein **Ordnungsgeld** bis zu 3000 Euro festgesetzt werden (die bisherige *Kann*-Regelung wurde ab 15.10.2016 verschärft; zu Einzelheiten s § 380 Rn 5f), sofern keine genügende Entschuldigung (entspr § 381) vorliegt (zu den Anforderungen Celle NJW 72, 1524; Koblenz VersR 2015, 474). Keine (ersatzw) Haft, keine Vorführung. Nach erneuter Fristsetzung und Androhung ist **nochmalige Festsetzung** von Ordnungsgeld mögl. Führt diese gleichfalls nicht zum Erfolg, ist Gutachtensverweigerung anzunehmen. Wenn das Gericht diese Reaktion bei der letzten Fristsetzung ankündigt, sind sodann weitere Maßnahmen entspr § 409 mögl (Stuttgart MDR 2017, 900). Auf die Streitfrage, ob § 411 II 3 zu weiteren Ordnungsmaßnahmen berechtigt (abl Koblenz OLGR 2001, 369), kommt es dann nicht an. Gegen die Anordnung von Ordnungsmitteln, nicht schon gegen die Fristsetzung oder die Androhung **sof Beschwerde** (II iVm § 409 II; Einzelheiten s § 380 Rn 10). Mit ihr kann fehlendes Verschulden geltend gemacht werden; Nichtanzeige von Hinderungsgründen (§ 407a I) schließt dies aus (Oldenburg MDR 2012, 247). Zur SV-Vergütung s § 413 Rn 7.

6) **Gebühren:** a) **Gericht:** keine. – b) **RA:** keine Beweisgeb. Im Fall des III kann die „Zusatzgeb“ VV 1010 entstehen. Die Tätigkeit nach IV ist durch die VerfGeb VV 3100 abgegolten.

## § 411a Verwertung von Sachverständigengutachten aus anderen Verfahren

**Die schriftliche Begutachtung kann durch die Verwertung eines gerichtlich oder staatsanwaltschaftlich eingeholten Sachverständigengutachtens aus einem anderen Verfahren ersetzt werden.**

1) **Bedeutung:** Die Vorschrift soll vermeiden, dass das Gericht über einen Lebenssachverhalt, der bereits in einem anderen Verf begutachtet worden ist, ein neues SV-Gutachten erstellen lassen muss, weil die Verwertung des früheren Gutachtens als Urkundenbeweis (s vor § 402 Rn 11) nicht ausreicht. Das Gericht soll das bereits

Sicherheitsleistung nach dem Verhältnis zu dieser Hauptforderung. Bei (isolierter) Vollstreckung festgesetzter Kosten (nicht der Fall nach voller Sicherheitsleistung bei vorausgegangener Hauptsachevollstreckung) ist Teilbetrag der festgesetzte Kostenbetrag, als Gesamtbetrag ist damit die Summe von Kosten und titulierter Hauptsache anzusehen. Das gilt auch für die Gegen-Sicherheitsleistung des Gl im Fall des § 711 S 1 (fällt unter § 751 II: dazu BTDRs 13/341, 14 [reSp]). Die Sicherheitsleistung für wiederkehrende Leistungen in Höhe des jeweils beizutreibenden (vollen) Anspruchs mit Zuschlag (s § 709 Rn 6) bestimmt sich nach § 751 II (kein Fall des § 752). Für die Vollstreckung nur eines Teils fälliger wiederkehrender Leistungen bemisst sich die Sicherheitsleistung nach S 1.

- 3) 2) Die Vollstreckung **mehrfacher Teilbeträge** erfordert den Nachweis der Teilsicherheitsleistung für jeden Forderungsteil (vgl BTDRs 13/341, 14 [liSp]). Wenn das Vollstreckungsorgan erkennt, dass der Gl versucht, eine Teilsicherheit missbräuchlich für die Vollstreckung eines weiteren Teilbetrags zu verwenden, ist die weitere Teilvollstreckung abzulehnen. **Rechtsbehelf des Sch**, wenn dennoch unzulässig die ZwV eines weiteren Teilbetrags bei nur einmaliger Teilsicherheitsleistung erfolgt: Erinnerung nach § 766 (dann: sof Beschwerde nach § 793). Von der Vollstreckung mehrfacher Teilbeträge zu unterscheiden ist die „mehrfache“ (wiederholte) Vollstreckung des gleichen Teilbetrags (Pfändung durch den GV und zugleich oder später Forderungspfändung). Ihr sind Grenzen nur durch das Verbot der Überpfändung (§ 803 I 2) gesetzt.
- 4) 3) Ist die (geleistete) **Teilsicherheit geringer** als nach S 1 erforderlich, kann die ZwV nur wegen des entspr geringeren Teilbetrags des Gläubigeranspruchs begonnen oder fortgesetzt werden. Den weiter gehenden Antrag (nicht den Antrag insgesamt; Auslegung) hat der GV abzulehnen (s § 753 Rn 14) oder das Vollstreckungsgericht zurückzuweisen (s § 829 Rn 5).
- 5) **III) S 2. 1)** Bei einer Teilvollstreckung ermöglicht S 2 für die **Abwendungsbefugnis des Sch** (§ 712 I 1) bei einem unter § 709 fallenden, somit nur gegen Sicherheitsleistung des Gl vollstr, (anderen) Urteil eine Teilabwendungssicherheitsleistung. Höhe: wie Rn 2. Diese Abwendungsbefugnis besteht nicht in den Fällen des § 711 S 1 (Abwendungsbefugnis des Sch in den Fällen des § 708 Nr 4-11) iVm § 712 I 1. Die Abwendung der dem Gl in vollem Umfang ohne Sicherheitsleistung gestatteten Vollstreckung erfordert vielmehr eine volle Sicherheitsleistung (BTDRs 13/341, 14), die auch vereinfacht nach § 711 S 2 bestimmt sein kann. Vollstreckt jedoch der Gl in diesem Fall nur wegen eines Teilbetrags, so kann auch der Sch diese Vollstreckung gegen Teilsicherheit abwenden (BTDRs aaO).
- 6) 2) Unsicherheiten ergeben sich für den Sch, weil er vor dem Beginn der ZwV die Höhe einer Teilabwendungssicherheit nicht kennen kann. Der Sch muss überdies, wenn der Gl eine Teilvollstreckung mit Nachweis der Teilsicherheit betreibt (S 1 iVm § 751 II), mit weiterer Teilvollstreckung rechnen. Solche (nicht vermeidbaren) Unsicherheiten sollen sich durch eine Höchstbetragsbürgschaft mit variabler Inanspruchnahme (zumutbar) bewältigen lassen (BTDRs 13/341, 14 [reSp]).
- 7) **IV) Rechtsbehelfe:** wie § 751 Rn 8.

## § 753 Vollstreckung durch Gerichtsvollzieher; Verordnungsermächtigung

(1) Die Zwangsvollstreckung wird, soweit sie nicht den Gerichten zugewiesen ist, durch Gerichtsvollzieher durchgeführt, die sie im Auftrag des Gläubigers zu bewirken haben.

(2) Der Gläubiger kann wegen Erteilung des Auftrags zur Zwangsvollstreckung die Mitwirkung der Geschäftsstelle in Anspruch nehmen. Der von der Geschäftsstelle beauftragte Gerichtsvollzieher gilt als von dem Gläubiger beauftragt.

(3) Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates verbindliche Formulare für den Auftrag einzuführen. Für elektronisch eingereichte Aufträge können besondere Formulare vorgesehen werden.

(4) Schriftlich einzureichende Anträge und Erklärungen der Parteien sowie schriftlich einzureichende Auskünfte, Aussagen, Gutachten, Übersetzungen und Erklärungen Dritter können als elektronisches Dokument beim Gerichtsvollzieher eingereicht werden. Für das elektronische Dokument gelten § 130a, auf dieser Grundlage erlassene Rechtsverordnungen sowie § 298 entsprechend. Die Bundesregierung kann in der Rechtsverordnung nach § 130a Absatz 2 Satz 2 besondere technische Rahmenbedingungen für die Übermittlung und Bearbeitung elektronischer Dokumente in Zwangsvollstreckungsverfahren durch Gerichtsvollzieher bestimmen. Im Übrigen gilt § 174 Absatz 3 und 4 entsprechend.

*ab 1.1.2022: (5) § 130d gilt entsprechend.*

Überschrift neu gefasst, III 1 geändert, IV angefügt mWv 26.11.2016 durch EuKoPfvODG v 21.11.2016 (BGBl I 2591); IV neu gefasst mWv 1.1.2018, V angefügt mWv 1.1.2022 jew durch G zur Einführung der elektron Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektron Rechtsverkehrs v 5.7.2017 (BGBl I 2208).

**I) Gerichtsvollzieher (GV):** § 154 GVG mit Anm.

**II) 1)** Die **ZwV**, soweit sie nicht den Gerichten übertragen ist, führt der **GV im Auftrag des Gl** durch (**I**); gemeint ist damit ein **Antrag** (BVerwG NJW 83, 896, 897). Zum Aufgabenbereich des GV gehören ZwV-Handlungen (§ 30 GVGA) bei der ZwV wegen Geldforderungen in bewegliche körperliche Sachen einschließlich der Wertpapiere und der noch nicht vom Boden getrennten Früchte (§§ 802a-827), bei der Pfändung von Forderungen aus Wechslen usw durch Wegnahme des Papiers (§ 831), zur Erwirkung der Herausgabe, Überlassung und Räumung (§§ 883-885), zur Beseitigung eines Widerstands des Sch nach § 892, im Verfahren zur Abnahme der Vermögensauskunft (§ 802a II 1 Nr 2, § 802c), dabei Verhaftung (802g II 1) sowie bei der Vollziehung von Arrestbefehlen und einstw Verfügungen (§§ 916-945). Bei der ZwV in Forderungen wirkt der GV nur in beschränktem Umfang mit (§§ 121-126 GVGA).

**2) Örtlich zuständig** ist der GV für den Bezirk des Amtsgerichts (Dienstbehörde: vgl §§ 2, 12 GVO). Die Verteilung der Geschäfte unter mehreren GV erfolgt nach GV-Bezirken (§ 10 GVO). Eine Amtshandlung ist jedoch nicht deshalb unwirksam, weil sie ein anderer als der nach der Geschäftsverteilung zuständige GV oder ein GV außerhalb seines Bezirks vorgenommen hat (§ 14 II GVO; letztere ist aber als mangelhaft anfechtbar). Ausschließung des GV von der Amtsausübung: § 155 GVG; jedoch keine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangtheit (BGH MDR 2005, 169 = NJW-RR 2005, 149; eine solche ist auch verfassungsrechtlich nicht geboten: BVerfG NJW-RR 2005, 365).

**3)** Der GV **handelt** bei der ihm zugewiesenen ZwV **selbständig**, somit „in eigener Verantwortung“ (BGH MDR 85, 562, 563), und **hoheitlich** (ist nicht Vertreter des Gl: vgl BGH NJW 2011, 2149 Tz 5; BVerwG NJW 83, 896, 897). Aufträge hat der GV schnell und nachdrücklich durchzuführen; er darf die Erledigung nicht verzögern (§ 5 I 1 GVGA). Die Vorschriften der GVGA hat der GV zu beachten (§ 1 S 4 GVGA; BGH NJW 2011, 2149 Tz 5). Eine Bindung abweichend vom Gesetz begründet die GVGA jedoch nicht (§ 1 S 3 GVGA). **Weisungen des Gl**, die Beginn, Art und Ausmaß der ZwV betreffen, sind für den GV bindend (Parteiherrschaft: dazu s vor § 704 Rn 19), wenn sie mit Gesetzen oder der GVGA nicht in Widerspruch stehen. Der Gl kann den GV vor Vollstreckungsbeginn zB anweisen, den Auftrag einstweilen ruhen zu lassen und weitere Weisungen abzuwarten (AG Straubing Rpfleger 79, 72; sa BGH MDR 2016, 355 = NJW-RR 2016, 319 Tz 7 mwN).

**III) 1) „Auftrag“** des Gl ist dessen Antrag (BVerwG NJW 83, 896, 897; sa vor § 704 Rn 19) an den GV, eine Amtshandlung vorzunehmen. Er ist **grds formfrei**, kann also *schriftl*, *elektron* (s Rn 16 [IV iVm § 130a]); zum vereinfachten elektron Auftrag bei VB: § 754a) oder *mündl*, auch *telefonisch*, unmittelbar beim GV (§ 31 GVGA) oder durch Vermittlung der GeschSt (**II**), bei einem Amtsgericht mit mehreren GV auch über die GV-Verteilungsstelle (§ 22 GVO), gestellt werden (§ 4 S 1 GVGA). **Ausnahme/Formularzwang:** Nach **III** ist die **Gerichtsvollzieherformular-VO** (GVFV v 28.9.2015, BGBl I 1586) eingeführt worden (in Kraft ab 1.10.2015). Danach ist für den Auftrag an den GV zur **Vollstreckung von Geldforderungen** (§§ 802a-882h) das **Formular der Anlage der GVFV** zu verwenden (ausführl dazu: Seibel ua ZwV aktuell, 3. Aufl 2016, § 3 Rn 120 ff; sa Salten MDR 2016, 125). Vom **1.4.2016** an ist das Formular verbindlich zu nutzen (§ 5 GVFV; zur [elektron] Einreichung des Formulars: §§ 2 ff GVFV). Dieser Formularzwang (Ausnahmen: § 1 II GVFV; zulässige Abweichungen: § 2 GVFV), der an § 829 IV (iVm ZVFV) angelehnt ist, soll eine Standardisierung des Vollstreckungsauftrags ermöglichen und dem GV so dessen Erfassung erleichtern (vgl BTDRs 16/10069, 23). Das Formular besteht aus folgenden Teilen (§ 1 GVFV): Auftrag an den GV, Forderungsaufstellung (Anlage 1) und Hinweise zum Ausfüllen und Einreichen des Auftrags (Anlage 2). Mit Wirkung vom **1.12.2016** ist das Formular gem der Anlage des G zur Durchführung der Verordnung (EU) Nr 655/2014 sowie zur Änderung sonstiger zivilprozessualer Vorschriften etc (EuKoPfvODG v 21.11.2016, BGBl I 2591, 2603 ff) **neu gefasst** worden (BRDRs 633/15, 13, 22 ff; sa Salten MDR 2017, 61). Für Aufträge, die bis zum 28.2.2017 eingereicht worden sind, kann das bis zum 30.11.2016 geltende Formular weiter genutzt werden (§ 6 GVFV).

**2) a)** Im **Auftrag** sind Gl und Sch mit ihren Anschriften sowie die verlangte Tätigkeit des GV (bei der ZwV wegen Geldforderungen der beizutreibende Betrag) **zu bezeichnen**. Die **Anschrift** des Sch ist so anzugeben, dass dessen Wohnung ohne weitere Ermittlungen auffindbar ist (AG Darmstadt DGVZ 81, 62). Zur Ermittlung des nicht bekannten Wohnsitzes oder Aufenthaltsorts durch den GV: § 755. Die **Forderung** ist nach Hauptsache, Zinsen und (Prozess-/ZwV-)Kosten (zumindest bestimmbar) zu bezeichnen (vgl BGH MDR 2003, 1315 = NJW-RR 2003, 1437, 1438); Teilzahlungen sind vom Gl zu verrechnen (§§ 366, 367 BGB, sa § 497 III BGB), nicht vom GV (MK/Heßler Rn 28 mwN). Dem Auftrag ist daher ggf eine übersichtliche Zinsberechnung beizufügen (LG Darmstadt DGVZ 95, 45; sa § 80 III GVGA). Eine maschinelle Forderungsaufstellung muss lesbar (und leicht nachprüfbar) sein (AG Frankfurt DGVZ 71, 25).

**b)** Ein **Pfändungsantrag** (§§ 803, 808) kann mit dem Auftrag auf Abnahme der Vermögensauskunft (§ 802c) (**kombinierter Antrag**), wenn Haftbefehl bereits erlassen ist, aber auch mit einem **Verhaftungsantrag** (§ 802g), kumulativ (jeder Antrag ist unabhängig von dem anderen zu erledigen) oder alternativ (Verhaftung für den Fall der Erfolglosigkeit des Pfändungsversuchs) **verbunden** werden (vgl LG Koblenz DGVZ 98, 61). Die Eventualhäufung der Anträge als zulässige innerprozessuale Bedingung bewirkt, dass die Vollziehung des Haftbefehls vom fruchtlosen Verlauf der vorrangig beantragten Pfändung abhängig ist (sa Hk-ZPO/Kindl Rn 7). Ein (iso-

- liert) Verhaftungsauftrag (§ 802g) schließt einen Auftrag zur Pfändung (§ 808) nicht ein; der GV kann daher grds keine Sachpfändung vornehmen, wenn er bei der Ausführung des Haftauftrags pfändbares Schuldnervermögen vorfindet (LG Berlin DGVZ 85, 59; LG Essen DGVZ 81, 187; LG Osnabrück DGVZ 80, 124). Nur ausnahmsweise ist der Verhaftungsauftrag auch als (vorrangiger) Pfändungsauftrag anzusehen, wenn konkrete Anhaltspunkte im Einzelfall eine solche Auslegung gebieten; zB dann, wenn der GV im Schuldnerbesitz pfändbare Gegenstände vorfindet, deren Verwertung sicher zur vollständigen und baldigen Gläubigerbefriedigung führen kann (vgl LG Berlin aaO). Ergeben sich Zweifel, dann erfordert die Amtspflicht des GV, sich zur Klarstellung des Auftrags mit dem Gl (ggf fernmündlich) in Verbindung zu setzen. Verlangt der Gl Pfändung zugleich mit einer anderen Vollstreckungsmaßnahme, dann kann er auch die Reihenfolge bestimmen (sa § 802a Rn 3). Zulässig muss es daher auch sein, die Anträge alternativ zu verbinden. Daher kann die Pfändung sogleich auch unter die Bedingung gestellt werden, dass sie nur nach Abgabe der Vermögensauskunft und dann nur für den Fall erfolgen soll, dass die Vermögensauskunft pfändbare Gegenstände ergeben hat (LG Koblenz DGVZ 2014, 175).
- 8) 3) Der Auftrag kann auch nur wegen eines **Teils der vollstr Forderung** erteilt werden (grds kein Rechtsmissbrauch). Eine Berechnung seiner Forderung unter Darstellung aller Ratenzahlungen des Sch braucht der Gl nicht einzureichen; eine Gesamtabrechnung ist daher grds entbehrlich (vgl LG Bremen JurBüro 2011, 607; MK/Heßler Rn 27 mwN [str]). Auch wenn der Teilbetrag als **Restforderung** geltend gemacht wird, hat der GV grds nicht zu prüfen, ob Teilzahlungen des Sch vollständig und richtig verrechnet sind. Grund: Mit seinem Antrag bestimmt der Gl den Umfang der ZwV (s vor § 704 Rn 19), das Vollstreckungsorgan hat den Anspruch nicht festzustellen und nicht zu prüfen (s vor § 704 Rn 14). Das Nichtbestehen, insb den Untergang des Anspruchs, hat der Sch mit Angriff gegen den Titel (insb § 767) geltend zu machen. Wenn der Gl zur Begründung seiner Restforderung aber eine Aufstellung einreicht, muss diese nachprüfbar sein und den Anspruch richtig ausweisen. Nur unter besonderen Umständen kann der GV vom Gl eine Berechnung der Forderung verlangen; insb wenn es wegen zahlreicher Posten mit verschiedenem Zinsfuß und mit Abschlagszahlungen einer umfangreichen Berechnung bedarf (§ 80 III GVGA). Beruht die Höhe der Restforderung auf einer **Verrechnung** mit außerhalb der ZwV erbrachten Teilleistungen (§§ 366, 367 BGB), benötigt der GV zudem regelmäßig eine Gesamtberechnung einschließlich der Kosten für vorangegangene ZwV-Maßnahmen (ebenso MK/Heßler Rn 28 mwN). Zahlungen des Sch auf eine Forderung aus einem **Verbraucherdarlehensvertrag** sind gem § 497 III 1 BGB (abweichend von § 367 I BGB) zunächst auf Kosten der Rechtsverfolgung, dann auf den übrigen geschuldeten Betrag (§ 497 I BGB) und zuletzt auf die nach Eintritt des Verzugs angefallenen Zinsen (§ 497 II BGB) anzurechnen. Für die ZwV erlangt diese Tilgungsreihenfolge Bedeutung, wenn der Vollstreckungstitel sie ausweist (sa MskV/Lackmann Rn 10).
- 9) 4) Auch der Gl einer **Kleinforderung** (Minimal- oder Bagatellforderung) kann ihre Beitreibung mit der ZwV verlangen. Seinem Vollstreckungsanspruch fehlt das Rechtsschutzbedürfnis grds nicht. Rechtsmissbräuchlich bzw sittenwidrig ist die ZwV nicht schon deshalb, weil Kosten entstehen, die die Restforderung mehrfach übersteigen (LG Wuppertal NJW 80, 297), oder weil die bisherigen Vollstreckungskosten die Hauptforderung übersteigen (LG Bochum Rpfleger 94, 117). Das Rechtsschutzinteresse für die ZwV einer geringen (unbedeutenden) Restforderung (insb Nebenforderung) kann nur dann verneint werden, wenn berechtigte Schutzinteressen des Sch eindeutig überwiegen (vgl Düsseldorf NJW 80, 1171; immer abhängig vom Einzelfall).
- 10) 5) Ob eine **sittenwidrige Vollstreckung** (insb bei Erschleichen des Titels und bei Kostenvollstreckung, wenn VB noch nach Zahlung erwirkt wurde) den GV (ebenso das Vollstreckungsgericht) zur Ablehnung eines Gläubigerantrags berechtigt, ist str. Richtigerweise darf der GV die ZwV in solchen Fällen nicht ablehnen, weil die Prüfung des durch den Titel ausgewiesenen Vollstreckungsanspruchs des Gl nicht im ZwV-Verfahren erfolgen kann, sondern dem Erkenntnisverfahren vorbehalten ist (ebenso Hk-ZPO/Kindl Rn 12; MK/Heßler Rn 49 mwN; aA 31. Aufl).
- 11) 6) Der **Vollstreckungstitel** (vollstr Ausfertigung oder – wenn es keiner Klausel bedarf – Ausfertigung) muss dem GV übergeben, andere für den Beginn der ZwV nötige Urkunden müssen ihm ausgehändigt werden. Ob die Voraussetzungen der ZwV vorliegen und die einzelnen Vollstreckungshandlungen zulässig sind, prüft der GV selbstständig in eigener Verantwortung (vgl schon RGZ 140, 423, 429). Eine Prüfung des urkundlich nachgewiesenen vollstr Anspruchs, mithin auch die Rechtmäßigkeit des Titels und der Vollstreckungsklausel, kann durch den GV nicht erfolgen (s Rn 10 mwN; sa AG Siegen DGVZ 71, 122). Der GV hat daher auch eine Verjährung nicht zu beachten (AG Münster NJW-RR 92, 1531; hierfür § 767). Zum Nachweis der Vollmacht des Gläubigervertreters genügt die Bezeichnung als Prozeß Bev im Schuldtitle (§ 31 III GVGA). Sonst ist ein Mangel der Vollmacht vAw zu berücksichtigen, bei Vertretung durch einen RA jedoch nur bei einer Rüge durch den Gegner (§ 88 II).
- 12) IV) Über den Ausgang des Vollstreckungsverfahrens (die Erledigung des Auftrags) hat der GV den **Gl zu unterrichten** (BGH MDR 2004, 648 = NJW-RR 2004, 788; sa § 34 GVGA). Genügend ist eine kurze Mitteilung über den Erfolg oder die Erfolglosigkeit der Vollstreckungstätigkeit (BGH aaO). Pfändungsmittelung gebietet auch allg Bezeichnung gepfändeter Gegenstände und Hinweis auf gleichzeitige Pfändung für mehrere Gl (s § 762 Rn 2); nicht erforderlich ist, dass die Pfandgegenstände einzeln aufgeführt werden, also ein Verzeichnis der Pfandstücke übersandt wird (BGH aaO). Die Nachricht über die Erfolglosigkeit muss erkennen lassen, aus welchem Grund der Vollstreckungsversuch gescheitert ist (BGH aaO). Einzelheiten kann der Gl dem Protokoll (§ 762) entnehmen; hierfür ist ihm Akteneinsicht zu gestatten und auf Antrag Abschrift zu erteilen (§ 760). Ggf

ist Mitteilung zu geben, dass der Sch unter der angegebenen Anschrift nicht (mehr) wohnt (sa § 762 Rn 2) oder die Vollstreckung eingestellt wurde, weil er die Wohnungsdurchsuchung nicht erlaubt hat (BGH aaO).

**V) Die Rücknahme des Auftrags** ist bis zur Beendigung der ZwV jederzeit zulässig; sie beendet das ZwV-Verfahren (s vor § 704 Rn 19). ZwV-Maßnahmen muss der GV aufheben (s § 64 I GVGA). Der Gl kann infolge seiner Herrschaft über den vollstr Anspruch den GV auch anweisen, die ZwV (einstw) einzustellen, zu beschränken oder die Erledigung eines Vollstreckungsauftrags zurückzustellen (vgl BGH MDR 2016, 355 = NJW-RR 2016, 319 Tz 7 mwN); er kann auch einen gepfändeten Gegenstand freigeben. Zur Behandlung und Überwachung eines ruhenden Vollstreckungsauftrags durch den GV: §§ 27, 28 GVO. Nur vorübergehende Rückforderung und Rückgabe des Schuldtitels stehen der Antragszurücknahme nicht gleich. Weil jedoch der Titel als Ausweis für ZwV-Handlungen vorliegen muss (§ 754; sa § 31 V GVGA), kann die ZwV erst nach Wiedervorlage des Titels fortgesetzt werden. Die Rücknahme des Auftrags durch einen **Neugläubiger**, auf den mit der Ablösung die Gläubigerforderung übergegangen ist (§ 268 III 1 BGB), erfordert den Nachweis der Rechtsnachfolge; Vollstreckungsunterlagen auf seinen Namen (Titel mit umgeschriebener Klausel) braucht der Ablösende dabei nicht vorzulegen (vgl Stöber ZVG § 15 Rn 20.23).

**VI) Abgelehnt** wird die Übernahme eines Auftrags vom GV, wenn die Voraussetzungen der Zulässigkeit der ZwV nicht vorliegen oder wenn der Antrag sonst mit bestehenden Vorschriften (zB § 811) unvereinbar ist. Bestehen Hindernisse nur teilw (zB mangelhafte Zinsberechnung, nicht glaubhaft gemachte Vollstreckungskosten), so ist *insoweit* abzulehnen; der weiter gehende Antrag ist auszuführen (LG München I DGVZ 95, 91). Von der Ablehnung ist der Gl (bzw sein ProzBev) unter Bekanntgabe der Gründe zu benachrichtigen.

**VII) Vereinfachte Behandlung eines Auftrags zur Vollstreckung gegen einen vermögenslosen Sch** sieht § 32 GVGA vor. Der GV sendet dem Gl demnach den Titel mit **Unpfändbarkeitsbescheinigung** zurück, wenn er begründeten Anhalt dafür hat, dass die ZwV fruchtlos verlaufen wird. Dabei teilt der GV dem Gl mit, dass er den Auftrag (zur Vermeidung unnötiger Kosten) als **zurückgenommen** betrachtet (§ 32 I 1, 2 GVGA). Das gilt nicht, wenn der Wunsch des Gl zur Ausführung des Auftrags aus der Sachlage hervorgeht (zB Pfändungsauftrag für den Neubeginn der Verjährung: § 32 II GVGA). Dann kann der Auftrag nur abgelehnt werden, wenn der Gl kein schutzwürdiges Interesse an einem Vollstreckungsversuch gegen den (sicher) vermögenslosen und unpfändbaren Sch hat, das Rechtsschutzbedürfnis somit fehlt (Ausnahmefall: vgl zB LG Hannover DGVZ 84, 90). Gleiches gilt für die Taschenpfändung (LG Karlsruhe DGVZ 88, 43).

**VIII) Elektronischer Rechtsverkehr.** Durch IV und V (*letzterer gilt ab dem 1.1.2022*) wird klargestellt, dass für den elektron Rechtsverkehr unter Beteiligung von GV neben § 130a auch das auf seiner Grundlage erlassene Verordnungsrecht insgesamt entspr anzuwenden ist. Dabei wird die Möglichkeit geschaffen, im Verordnungsrecht auch besondere technische Rahmenbedingungen für die Übermittlung und Bearbeitung elektron Dokumente in ZwV-Verfahren durch GV zu bestimmen. IV verweist insgesamt auf § 130a in der Fassung, die diese Vorschrift durch das G zur Förderung des elektron Rechtsverkehrs mit den Gerichten v 10.10.2013 (BGBl I 3786) zum 1.1.2018 erhalten hat, mithin auf die Verordnungsermächtigungen in § 130a II 2 sowie IV Nr 3, 4 und die danach erlassenen Verordnungen. Für Zustellungen elektron Dokumente und elektron Empfangsbekanntnisse gilt § 174 III. IV entspr (iE BTDRs 18/12203, 81; vgl auch schon BRDRs 633/15, 49 f; BRDRs 526/16, 2 f; BTDRs 18/9698, 23 f [zuerst geplante Fassung von IV, V ab dem 1.1.2018]). V, der ab dem 1.1.2022 gilt, verweist auf die ab diesem Zeitpunkt nach § 130d geltende Nutzungspflicht für RAe, Behörden und jur Personen des öffentl Rechts.

**IX) Rechtsbehelfe.** Für Gl bei Weigerung des GV, einen Auftrag zu übernehmen oder nach Antrag durchzuführen: Erinnerung nach § 766 II (dann: sof Beschwerde nach § 793); für Gl und Sch gegen die Art und Weise der ZwV und das Verfahren des GV: Erinnerung nach § 766 (dann: sof Beschwerde nach § 793). Für die **Dienstaufsicht** ist unmittelbarer Vorgesetzter des GV der Aufsicht führende Richter des Amtsgerichts (§ 1 S 3 GVO). Maßnahmen der Dienstaufsicht können jedoch nur für die Geschäftsführung gefordert und getroffen werden (vgl § 77 S 1 GVO; zB Verzögerung, Nichtbearbeitung eines Auftrags), nicht aber für die Tätigkeit des GV bei der ZwV, bei der er selbstständig handelt. Bei Einziehung der Kosten unterliegt der GV uneingeschränkt der Dienstaufsicht (näher dazu: BVerwG NJW 83, 896; NJW 83, 899).

## § 754 Vollstreckungsauftrag und vollstreckbare Ausfertigung

(1) Durch den Vollstreckungsauftrag und die Übergabe der vollstreckbaren Ausfertigung wird der Gerichtsvollzieher ermächtigt, Leistungen des Schuldners entgegenzunehmen und diese zu quittieren sowie mit Wirkung für den Gläubiger Zahlungsvereinbarungen nach Maßgabe des § 802b zu treffen.

(2) Dem Schuldner und Dritten gegenüber wird der Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zwangsvollstreckung und der in Absatz 1 bezeichneten Handlungen durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung ermächtigt. Der Mangel oder die Beschränkung des Auftrags kann diesen Personen gegenüber von dem Gläubiger nicht geltend gemacht werden.