

Vorlesung ZPO I - Erkenntnisverfahren

WS 20/21

Übungsfall 2

„Auktionator (light version)“¹

Themenkreise: Veräußerung der streitbefangenen Sache nach Rechtshängigkeit; Prozessstandschaft (gesetzlich wie gewillkürt); gewillkürter Parteiwechsel; Erledigterklärung des Beklagten; Ersatzzustellung

Entsprechende PP-Folien: 69 ff. (Prozessstandschaft); 118 ff. (Parteiwechsel); 31 ff. (Zustellung); 178 ff. (Erledigterklärung)

Lösungsvorschlag

Frage 1: Zulässigkeit der Klage des <i>Klugheimer</i>	3
A. Zur Erledigterklärung des B	3
B. Zulässigkeit der Klage	4
I. Ordnungsgemäße Klageerhebung.....	4
1. Zustellung	4
2. Ersatzzustellung, §§ 178 ff. ZPO	4
II. Gerichtsbezogene Sachentscheidungsvoraussetzungen	4
III. Prozessführungsbefugnis des B.....	5
1. Streitbefangener Gegenstand	5
2. Veräußerung.....	6
3. Nach Rechtshängigkeit	6
4. Kein Ausschluss der Prozessstandschaft/Sachbefugnis nach §§ 265 III, 325 II ZPO	6
5. Rechtsfolge des § 265 II ZPO auf Beklagtenseite	6

¹ Der Fall ist eine leichte Version des 2010 im Examinatorium ZPO an der LMU von DR. CARSTEN HERRESTHAL, DR. MARIETTA AUER, BENEDIKT SCHREINDORFER, TOBIAS ROTTMEIR, BERND WUST und DR. THOMAS GÄDTKE gehaltenen Falles „Auktionator“.

IV.	Ergebnis zur Zulässigkeit der Klage	7
C.	[Ab hier außerhalb der Fragestellung / für Interessierte] Begründetheit der Klage	7
I.	Eigentum des K.....	8
II.	Besitz des B.....	8
III.	Besitzrecht des B	8
IV.	Ergebnis.....	8
D.	Ergebnis.....	8
	Frage 2: Zulässigkeit der Klage des K.....	9
A.	Vorüberlegungen.....	9
B.	Zulässigkeit der Klageänderung	9
I.	Umstellung der Klage gegen B auf D	9
1.	Klagerücknahmetheorie	9
2.	Klageänderungstheorie	10
3.	Parteiwechsel als Prozesshandlung sui generis	11
4.	Zwischenergebnis.....	11
II.	Umstellung auf Leistung an P	12
III.	Ergebnis.....	12
C.	Zulässigkeit der Klage	13
I.	Ordnungsgemäße Klageerhebung.....	13
II.	Prozessführungsbefugnis des K.....	13
III.	Ergebnis.....	13
D.	[Ab hier außerhalb der Fragestellung / für Interessierte] Begründetheit der Klage	13
I.	Aktivlegitimation	14
II.	Anspruch aus § 985 BGB	14
1.	Besitz des D	14
2.	Eigentum der P	14
a.	Lage bei zeitlicher Vorlagerung des Erwerbs des D	15
b.	Lage bei zeitlich nachgelagertem Erwerb des D	16
c.	Ergebnis.....	16
3.	Ergebnis zum Anspruch aus § 985 BGB.....	16

III. Ergebnis zur Begründetheit der Klage.....	16
E. Gesamtergebnis	16

Frage 1: Zulässigkeit der Klage des *Klugheimer*

Die Klage des *Klugheimer* hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

Hinweis: Für Interessierte, wie „der Fall“ ausgehen würde, ist in dieser Lösung nicht nur die Zulässigkeit, sondern auch die Begründetheit der Klage des K untersucht. Das dort zu §§ 265, 325 ZPO nötige Wissen ist zwar nicht Inhalt der Vorlesung gewesen, zählt im 1. Examen aber dennoch zum Pflichtfachstoff. Bereicherungsrecht, die Haftung aus *culpa in contrahendo* und die §§ 823 ff. BGB wurden von der Betrachtung ausgenommen.

A. Zur Erledigterklärung des B

Vorliegend hat B den Rechtsstreit infolge der Veräußerung des streitgegenständlichen Gemäldes für erledigt erklärt. Eine solche **Erledigterklärung des Beklagten ist aber ohne weiteres wirkungslos**, weil allein der Kläger zur Disposition über den Streitgegenstand befugt ist.² Die einzige mögliche Wirkung einer einseitigen Erledigterklärung des Beklagten ist es, Teil einer übereinstimmenden Erledigterklärung zu werden, d.h. die antizipierte Zustimmung zur Erledigterklärung des Klägers.

Die Zulassung einer **einseitigen Erledigterklärung** dient nämlich lediglich dem berechtigten Interesse des **Klägers**, wenn seine ursprünglich zulässige und begründete Klage nachträglich unzulässig oder unbegründet geworden ist: Hier wäre die Klage eigentlich abzuweisen, da die Zulässigkeit und Begründetheit im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung Prüfungsgegenstand des Gerichts ist. Die einseitige Erledigterklärung gibt dem Kläger die Möglichkeit, die Abweisung und die dadurch bedingte Kostenfolge abzuwenden und zugleich ein rechtskräftiges Feststellungsurteil über die Rechtslage im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses zu erlangen. Der Beklagte bedarf einer solchen Möglichkeit nicht, da er mit einer gesonderten „Erledigterklärung“ nicht mehr erreichen könnte als mit seinem ursprünglichen Antrag auf Klageabweisung: Dieser hat nicht nur dann Erfolg, wenn die Klage bei ihrer Erhebung unzulässig oder unbegründet war, sondern auch dann, wenn die ursprünglich zulässige und begründete Klage erst nachträglich unzulässig oder unbegründet geworden ist, also Erledigung im Rechtssinne eingetreten ist.

² H.M., vgl. BGH NJW 1994, 2363; a.A. Schwab ZZZ 72, 127, 134; ders., ZZZ 74, 213

Die „Erledigterklärung“ des B geht also ins Leere; sie hat keine besonderen prozessualen Wirkungen, sondern stellt lediglich eine Wiederholung des ursprünglichen Klageabweisungsantrages dar, der zusätzlich auf die nachträgliche Veräußerung des Gemäldes gestützt wird.

B. Zulässigkeit der Klage

I. Ordnungsgemäße Klageerhebung

Es ist davon auszugehen, dass die Klageschrift (§ 253 I ZPO) inhaltlich den Anforderungen des § 253 II ZPO entspricht. Auch war B anwaltlich vertreten, § 78 I 1 ZPO.

Fraglich ist allerdings, ob die Übergabe der Klageschrift am 02.03.2020 an Cosima Cerruta, die Lebensgefährtin des Beklagten, als Zustellung i.S.d. §§ 253 I, 166 ff. ZPO genügt.

1. Zustellung

Die Zustellung hat gem. §§ 166 I, 177 ZPO grundsätzlich durch Übergabe des Schriftstückes an den Zustellungsadressaten – hier also an B – zu erfolgen. Dies war der Zustellperson (dem Briefträger gem. §§ 168 I 2, 176 I ZPO) jedoch **nicht möglich**, weil er B nicht angetroffen hat.

2. Ersatzzustellung, §§ 178 ff. ZPO

Daher kommt eine Ersatzzustellung gem. §§ 178 ff. ZPO in Betracht, hier alleine gem. § 178 I Nr. 1 ZPO. Danach ist zur Wirksamkeit der Ersatzzustellung erforderlich, dass die Klageschrift in der Wohnung³ „einem **erwachsenen Familienangehörigen**, einer in der Familie beschäftigten Person oder einem **erwachsenen ständigen Mitbewohner**“ ausgehändigt wurde. Unter den Begriff des „Familienangehörigen“ fallen zwar nach h.M. nicht nur Verwandte, sondern auch Verlobte und Verschwägerter (für eingetragene Lebenspartner str.⁴). Dennoch dürfte eine nichteheliche Lebenspartnerin keine Familienangehörige i.S.v. § 178 I Nr. 1 ZPO sein, weil das Bestehen einer nichtehelichen Lebenspartnerschaft nicht in gleicher Weise wie die genannten familiären Beziehungen anhand formeller Kriterien nachprüfbar ist. *Cosima Cerruta* ist aber als nichteheliche Lebenspartnerin des Zustellungsadressaten eine „erwachsene ständige Mitbewohnerin“, so dass die Ersatzzustellung gem. § 178 I Nr. 1 Alt. 3 ZPO an sie erfolgen kann.

Somit ist die **Klage wirksam erhoben** worden.

II. Gerichtsbezogene Sachentscheidungsvoraussetzungen

Das LG München I ist gem. §§ 1 ZPO, 71 I, 23 Nr. 1 GVG, 6 ZPO **sachlich zuständig**, da der Wert des Gemäldes über € 5.000 liegt. Die **örtliche Zuständigkeit** ergibt sich aus §§ 12, 13 ZPO, 7 BGB,

³ Nicht genügend: im gleichen Haus, vgl. BGH NJW-RR 2000, 444.

⁴ Vgl. zum Streit MüKo ZPO/Häublein/Müller, § 178 Rn. 19.

da der Beklagte B seinen Wohnsitz und damit den allgemeinen Gerichtsstand in München hat, wohl auch aus § 21 I ZPO, weil B seine gewerbliche Niederlassung in München hat.⁵ Zwischen den Gerichtsständen hat der Kläger nach § 35 ZPO die Wahl.

III. Prozessführungsbefugnis des B

Die **Prozessführungsbefugnis des B** ist problematisch, denn nach dem eigenen Vortrag des B ist ihm die Sachbefugnis am 06.03.2020 verloren gegangen, indem B die Sache an D (übereignet und) und übergeben zu haben. Fraglich ist, ob B nunmehr über ein behauptetes fremdes „Recht“ weiterprozessieren kann. Die Prozessführungsbefugnis des B kann sich aus § 265 II 1 ZPO ergeben. Denn wenn § 265 II 1 ZPO bestimmt, dass die Veräußerung oder Abtretung auf den Prozess keinen Einfluss hat, kann diese Vorschrift nur so zu verstehen sein, dass sie eine **gesetzliche Prozessstandschaft** desjenigen begründet, der den streitbefangenen Gegenstand nach Eintritt der Rechtshängigkeit veräußert hat (allg. M.): Die frühere Partei soll den bereits begonnenen Prozess grundsätzlich zu Ende führen.

Hinweis: Es ist an dieser Stelle ebenfalls vertretbar, die Prozessführungsbefugnis des B schlicht mit dem Argument anzunehmen, dass der Kläger gerade gegen ihn einen Anspruch **behauptet**. Kurz: Ein Beklagter ist in Bezug auf den gegen ihn erhobenen Streitgegenstand im Grundsatz stets prozessführungsbefugt. Wenn die Sachbefugnis des Beklagten fehlt, dann mangelt es schlicht an der Passivlegitimation im Hinblick auf den behaupteten Anspruch des Klägers. Ergänzend sollen hier dennoch die nachfolgenden Überlegungen angestellt werden, denn der Satz, dass sich die Prozessführungsbefugnis des Beklagten bereits aus seiner Beklagtenstellung ergibt, gilt nicht uneingeschränkt: Etwa in Fällen gesetzlicher Prozessstandschaft kann es anders sein. So fehlt es bei einem Prozess eines Insolvenzgläubigers unmittelbar gegen den Schuldner an dessen passiver Prozessführungsbefugnis, denn diese ist auch für Passivprozesse auf den Insolvenzverwalter übergegangen, § 80 I InsO.

1. Streitbefangener Gegenstand

§ 265 I ZPO erwähnt sowohl die „in Streit befangene Sache“ als auch den „geltend gemachten Anspruch“, erfasst also nicht nur körperliche Sachen i.S.v. § 90 BGB, sondern auch Rechte; die Vorschrift ist damit auf alle **Gegenstände** anwendbar.

⁵ Hinweis: Ferner kann das LG München I auch gem. § 29 ZPO örtlich zuständig sein, wenn diese Vorschrift auch für Bereicherungsansprüche nach erfolgter Anfechtung eines Vertrages gilt; dies ist allerdings str. (dagegen BGH NJW 1962, 739; NJW 1996, 1411, 1412, weil es sich bei Bereicherungsansprüchen um gesetzliche und nicht um vertragliche Ansprüche handelt; dafür z.B. *Spickhoff* ZZP 109, 510, weil sie einen engen Zusammenhang mit den eigentlichen Erfüllungsansprüchen aufweisen und zudem das vertragliche Synallagma über die Saldotheorie fortwirke).

„**Streitbefangen**“ ist der Gegenstand, wenn von seiner Innehabung die Sachlegitimation der veräußernden Partei abhängt. Vorliegend ist das Eigentum an dem Gemälde „Komposition VII“ streitbefangen, weil K die Herausgabe gestützt auf sein Eigentum verlangt hatte.

Streitbefangen ist hier der Besitz des Gemäldes, denn ein Anspruch auf Herausgabe kann sich nur gegen den Besitzer richten; die Sachlegitimation des B als Beklagtem einer Herausgabeklage hängt also davon ab.

2. Veräußerung

„**Veräußerung**“ i.S.v. § 265 I ZPO bedeutet nicht nur die rechtsgeschäftliche Übertragung, sondern umfasst auch den Übergang kraft Gesetzes im Wege der Einzelrechtsnachfolge unter Lebenden (wichtig z.B. bei §§ 401, 426 II, 774 I BGB). Vorliegend hat B den Besitz nach seinem Vortrag an D übertragen, so dass die Passivlegitimation entfallen ist. Dass § 265 I ZPO lediglich von „**Veräußerung**“ und „**Abtretung**“ spricht, ist nach allg. M. unbeachtlich; die Vorschrift erfasst nicht nur jeglichen Rechtsübergang im Wege der Einzelrechtsnachfolge unter Lebenden, sondern darüber hinaus auch den bloß tatsächlichen Übergang des Besitzes. Denn wenn die Sachlegitimation lediglich auf dem Besitz beruht, ist die Interessenlage insoweit die gleiche wie beim Übergang einer auf der Innehabung eines Rechts beruhenden Sachlegitimation.

3. Nach Rechtshängigkeit

Die Veräußerung muss **nach Rechtshängigkeit** stattgefunden haben. Denn wenn sie bereits vor Rechtshängigkeit lag, so war die Klage von Anfang an mangels Sachlegitimation unbegründet und ist *aus diesem Grund* abzuweisen. Wie bereits oben unter **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** festgestellt wurde, ist die Klage mit der Zustellung der Klageschrift am 02.03.2020 rechtshängig geworden (§ 261 I ZPO), so dass die Veräußerung am 06.03.2020 danach lag.

4. Kein Ausschluss der Prozesstandschaft/Sachbefugnis nach §§ 265 III, 325 II ZPO

Ein **Ausschluss der Prozesstandschaft** nach §§ 265 III, 325 II ZPO kommt hier – trotz der Gutgläubigkeit des D hinsichtlich der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruches – nicht in Betracht, da § 265 III ZPO ausdrücklich nur die Veräußerung des streitbefangenen Gegenstandes durch den **Kläger**, nicht aber die durch den Beklagten erfasst.

5. Rechtsfolge des § 265 II ZPO auf Beklagtenseite

Rechtsfolge des § 265 II 1 ZPO ist bei der Rechtsnachfolge auf Beklagtenseite **nicht lediglich eine Prozesstandschaft** des Beklagten für den neuen Rechtsinhaber. Vielmehr ist der Prozess auch

aus materiell-rechtlicher Sicht so fortzuführen, als hätte die Veräußerung auf Beklagtenseite nicht stattgefunden.⁶

Hinweis: Diese Ungleichbehandlung gegenüber den Fällen der Rechtsnachfolge auf Klägerseite rührt daher, dass § 265 III ZPO nur für die Rechtsnachfolge auf Klägerseite gilt: Wenn dem Kläger seine mangelnde Sachbefugnis nur bei Gutgläubigkeit des Erwerbers (§ 325 II ZPO) aufgrund der ausdrücklichen Regelung des § 265 III ZPO entgegengehalten werden kann, kann die fehlende Sachbefugnis des Beklagten (und damit die Rechtsnachfolge auf seiner Seite) mangels einer dem § 265 III ZPO entsprechenden Vorschrift überhaupt nicht geltend gemacht werden.

Der Grund dieser auf den ersten Blick willkürlich anmutenden Differenzierung liegt darin, dass dem Beklagten die Möglichkeit genommen werden soll, sich dem Prozess durch Veräußerung der streitbefangenen Sache zu entziehen. Diese Gefahr besteht auf Klägerseite nicht, da der Kläger kein Interesse daran haben kann, sich dem von ihm selbst angestregten Prozess zu entziehen.

Auf diese Weise kommt zwar im Falle des Unterliegens des Beklagten ein Urteil zustande, das der materiellen Rechtslage widerspricht, weil der Beklagte in Wahrheit nicht mehr passivlegitimiert war. Dieses Ergebnis ist aber durchaus **nicht unsinnig**: Der Beklagte veräußert die Sache während der Rechtshängigkeit grundsätzlich auf **eigenes Risiko** (vgl. z.B. §§ 989, 818 IV, 292 BGB). Verliert er den Prozess, so mag er versuchen, die Sache vom Erwerber zurückzuerlangen und so dem Urteil nachzukommen. Gelingt ihm dies nicht, so kann der obsiegende Kläger nach § 281 BGB oder ggf. § 283 BGB vorgehen und Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Zudem entfaltet das Urteil gem. § 325 I ZPO grundsätzlich auch Rechtskraft gegenüber dem Erwerber, so dass der Kläger den Titel gem. § 727 I ZPO auf den Erwerber umschreiben lassen kann, um gegen diesen zu vollstrecken (dazu mehr in der Vorlesung zum Zwangsvollstreckungsrecht). Sofern der Erwerber hinsichtlich der Rechtshängigkeit und der Berechtigung des Beklagten gutgläubig war (§§ 932 ff. BGB, 325 II ZPO), besteht diese letztere Möglichkeit nicht; der Kläger ist auf seine Rechte gegen den Veräußerer (z.B. aus §§ 989, 816 I 1 BGB) beschränkt. Ist dem Kläger dieser Weg zu umständlich, so kann er seine Klage gegen den ursprünglichen Beklagten während des laufenden Prozesses gem. § 264 Nr. 3 ZPO zulässigerweise auf Schadensersatz bzw. Herausgabe des Erlöses umstellen, ohne dass es auf § 265 ZPO ankäme.

IV. Ergebnis zur Zulässigkeit der Klage

Die Klage des K ist somit zulässig.

⁶ RGZ 102, 197; 121, 379, 381.

C. [Ab hier außerhalb der Fragestellung / für Interessierte] Begründetheit der Klage

Die Klage des K ist begründet, wenn der geltend gemachte Herausgabeanspruch gegen B **unter Hinwegfiktio**n der Veräußerung des Gemäldes an D besteht.

Hinweis: Die Modifikation des Obersatzes ergibt sich aus § 265 II 1 ZPO. Die Veräußerung der streitbefangenen Sache ist hinwegzudenken, um dem Beklagten die Möglichkeit zu nehmen, sich durch eine solche Veräußerung „aus dem Prozess zu stehlen“, s. dazu bereits oben B.III.5.

Dieser könnte sich hier aus § 985 BGB (die weiteren in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen sind wie gesagt von der Betrachtung ausgeschlossen).

I. Eigentum des K

Ursprünglich war **K Eigentümer** des Gemäldes. Er hat das Eigentum auch nicht infolge des Kommissionsvertrages an B verloren, denn dieser Vertrag sah ausdrücklich nur eine Verfügungsermächtigung i.S.v. § 185 I BGB und keine Übereignung vor. Da die Veräußerung an D in diesem Prozess nicht berücksichtigt wird, kommt es auf einen möglichen Eigentumserwerb des D von K (in Kommission durch B) nicht an. Die materiell-rechtliche Lage wird gerade so angesehen, als hätte B die Sache nach Rechtshängigkeit nicht veräußert.

II. Besitz des B

Da die Veräußerung an D in diesem Prozess nicht berücksichtigt wird, ist **B** nach wie vor als **Besitzer** anzusehen.

III. Besitzrecht des B

Ein **Besitzrecht des B** ergab sich ursprünglich aus dem Kommissionsvertrag, § 986 I 1 Var. 1 BGB. Jedoch ist möglicherweise mit der Anfechtung des Kommissionsvertrages auch das vertragliche Besitzrecht des B entfallen. Voraussetzung hierfür ist, dass K zur Anfechtung berechtigt war.

Laut Sachverhalt hatte B ihn beim Abschluss des Kommissionsvertrages **arglistig über den Wert des Gemäldes getäuscht**. Anders als bei § 119 II BGB – wo ein Irrtum über den reinen Wert der Sache unbeachtlich wäre – kommt es im Rahmen von § 123 I BGB nicht auf die Art des hervorgegerufenen Irrtums an; im Falle einer arglistigen Täuschung ist vielmehr jeder Motivirrtum beachtlich, sofern er nur kausal für den Abschluss des konkreten Vertrages war. Da hier K keinen Vertrag mit diesem Inhalt geschlossen hätte, wenn B ihn nicht arglistig über den Wert des Gemäldes getäuscht hätte, ist diese Voraussetzung erfüllt, so dass ein Anfechtungsgrund nach § 123 I BGB bestand. K hat den Kommissionsvertrag auch fristgerecht (§ 124 BGB) angefochten, so dass das Besitzrecht des B gem. § 142 I BGB rückwirkend entfallen ist.

IV. Ergebnis

Der Anspruch aus § 985 BGB besteht somit – bzw. ist als bestehend anzusehen. Damit ist die Klage des K gegen B begründet.

D. Ergebnis

Die Klage des K wird Erfolg haben.

Frage 2: Zulässigkeit der Klage des K

Hinweis: Für Interessierte, wie „der Fall“ ausgehen würde, ist in dieser Lösung nicht nur die Zulässigkeit, sondern auch die Begründetheit der Klage des K untersucht. Das dort zu §§ 265, 325 ZPO nötige Wissen ist zwar nicht Inhalt der Vorlesung gewesen, zählt im 1. Examen aber dennoch zum Pflichtfachstoff. Bereicherungsrecht, die Haftung aus *culpa in contrahendo* und die §§ 823 ff. BGB wurden von der Betrachtung ausgenommen.

A. Vorüberlegungen

Mit der Umstellung des Klageantrags auf Herausgabe an P und gegen D möchte der Kläger K den Beklagten auswechseln und zudem nicht mehr Leistung an sich, sondern an einen Dritten verlangen. Darin liegt eine Änderung des Streitgegenstands. Das LG München I wird der Klage somit nur stattgeben, wenn die Klageänderung zulässig ist sowie die geänderte Klage selbst zulässig und begründet ist.

B. Zulässigkeit der Klageänderung

I. Umstellung der Klage gegen B auf D

Fraglich ist, ob K seine Klage wirksam von B auf D umgestellt hat. Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen der Kläger durch Antragsänderung die Beklagtenpartei auswechseln darf, ist allerdings sehr str.:

Hinweis: Hier hat der Beklagte in die Klageänderung eingewilligt. In diesem Fall ist die Klageänderung nach allen vertretenen Theorien zulässig (nur die Klagerücknahmetheorie bleibt dennoch unpraktikabel). Es ist daher auch vertretbar, den Streit gar nicht erst zu behandeln, sondern nur kurz aufzuwerfen und sodann mit entsprechendem Hinweis offenzulassen. Die nachfolgenden Ausführungen sind didaktischer Natur.

1. Klagerücknahmetheorie

Nach der heute nicht mehr vertretenen Klagerücknahmetheorie ist die Auswechslung des Beklagten stets als **Rücknahme der ursprünglichen Klage, verbunden mit der Erhebung einer weiteren Klage** gegen den neuen Beklagten zu sehen. Danach ist wegen § 269 I ZPO die Einwilligung des alten Beklagten grundsätzlich erforderlich, wenn dieser bereits mündlich verhandelt hat; der Kläger trägt zudem nach § 269 III 2 ZPO die Kosten des alten Verfahrens.⁷ Diese Lösung hat zwar den Vorzug absoluter Gesetzeskonformität, führt aber zu gravierenden Nachteilen: Es entstehen doppelte Anwalts- und Gerichtskosten; die Ergebnisse des Erstprozesses sind im Zweitprozess nicht verwertbar; der „Parteiwechsel“ ist nur in der ersten Instanz möglich (weil eine neue Klage nicht in der zweiten Instanz erhoben werden kann). Daher wird diese Auffassung heute einhellig abgelehnt.

2. Klageänderungstheorie

Die Rspr. sieht den Parteiwechsel grundsätzlich als Fall der Klageänderung i.S.d. §§ 263 f. ZPO an.⁸ Er ist daher in der ersten Instanz grundsätzlich auch ohne Zustimmung des neuen Beklagten zulässig, wenn ihn das Gericht für **sachdienlich** hält. Ob der BGH auch die **Zustimmung des alten Beklagten** für erforderlich hält, ist unklar; man wird wohl das Ausscheiden des alten Beklagten gegen seinen Willen angesichts des § 269 I ZPO niemals für sachdienlich erachten dürfen, wenn dieser bereits mündlich verhandelt hat.⁹

In der Berufungsinstanz sei § 263 ZPO auf den Parteiwechsel allerdings nicht mehr anwendbar; vielmehr sei die Zustimmung des alten Beklagten zu seinem Ausscheiden entsprechend § 269 I ZPO erforderlich, sobald er zur Sache verhandelt habe,¹⁰ ebenso die Zustimmung des neuen Beklagten, weil ihm durch den Parteiwechsel eine Tatsacheninstanz genommen wird. Ohne Zustimmung der Parteien komme eine Zulässigkeit des Parteiwechsels lediglich dann in Betracht, wenn die **Verweigerung der Zustimmung ausnahmsweise rechtsmissbräuchlich** sei.¹¹

Eine weitere Ausnahme macht die Rspr. im Fall des § 265 II ZPO, wenn also die Klage gegen den Rechtsnachfolger desjenigen gerichtet werden soll, der die streitbefangene Sache nach Rechtshängigkeit veräußert hat.¹² Denn § 265 II ZPO setzt die Zustimmung des Gegners (hier: des K) ausdrücklich voraus. Da K den Beklagtenwechsel durch die Klageänderung initiiert hat, liegt seine

⁷ Kisch, Parteiänderung im Zivilprozess, 1912.

⁸ BGHZ 65, 264, 268; BGH NJW 1988, 128.

⁹ BGH NJW 1981, 989.

¹⁰ BGH NJW 1981, 989.

¹¹ BGH NJW 1987, 1946; ausf. BGHZ 21, 285, 287 ff.

¹² BGH NJW 1996, 2799.

Zustimmung vor. Die Zustimmung des alten Beklagten ist nach allgemeinen Grundsätzen zu behandeln, ohne dass § 265 II ZPO insoweit eine Rolle spielt.

Nach dieser Auffassung wäre hier die Einbeziehung des D als **sachdienlich** anzusehen, da auf dessen Seite kein schutzwürdiges Interesse daran erkennbar ist, nicht in den Prozess hineingezogen zu werden: Er könnte sich ohnehin nicht dagegen wehren, in erster Instanz verklagt zu werden. Zudem ist der Streitstoff in beiden Verfahren nahezu der gleiche, weil die Eigentumslage an dem Gemälde für beide Prozessrechtsverhältnisse gleichermaßen präjudiziell ist, so dass die Verwertung der bisherigen Prozessergebnisse sinnvoll ist. Dagegen könnte wegen der Wertung des § 269 I ZPO B nicht durch einseitige Erklärung des Klägers gegen seinen Willen aus dem Prozess ausgeschieden werden, weil er bereits mündlich zur Sache verhandelt hatte; insoweit wäre der Parteiwechsel also nicht sachdienlich (hier ist freilich zu beachten, dass B i.S.d. § 263 Alt. 1 ZPO eingewilligt hat, s.o.).

3. Parteiwechsel als Prozesshandlung sui generis

In der Lit. völlig herrschend ist die auf *de Boor* (Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, 1941) zurückgehende Auffassung, beim Parteiwechsel handle es sich um ein **gesetzlich nicht geregeltes Rechtsinstitut**, das eigenen Wertungen (insbesondere der §§ 267, 269 ZPO) zu folgen habe. Insbesondere kommt eine Behandlung als Klageänderung nicht in Betracht, weil die Regelungen der §§ 263, 264 ZPO lediglich auf die inhaltliche Änderung des Klageantrags, nicht aber auf die Änderung der personellen Beteiligungen am Prozess ausgerichtet sind. Die Frage, ob eine Partei in einen Prozess gegen ihren Willen hineingezogen wird oder aus ihm ausscheidet, ist aufgrund grundsätzlich anderer Wertungsgesichtspunkte zu beantworten als die Frage der Zulässigkeit einer Veränderung des Klagegegenstandes.¹³ Die Behandlung derartiger Wertungsgesichtspunkte im Rahmen der „Sachdienlichkeit“ i.S.v. § 263 I ZPO ist zwar denkbar, führt aber in der Praxis eher zur Verschleierung der eigentlichen Wertungen und zu einer Überbewertung der Prozessökonomie. Zudem kann die Rspr. nicht erklären, warum in der Berufungsinstanz andere Regeln als in der ersten Instanz gelten sollen,¹⁴ obwohl gem. § 525 ZPO dort eine Klageänderung im gleichen Umfang zulässig ist wie in der ersten Instanz.

Das Institut des Parteiwechsels muss nach der h.L. vielmehr im Ergebnis den **Wertungen** entsprechen, die auch nach der **Klagerücknahmetheorie** maßgeblich wären: Der (alte) Beklagte hat nach § 269 I ZPO grundsätzlich ein Recht auf eine abweisende Sachentscheidung, sobald er mündlich verhandelt hat; der neue Beklagte kann sich dagegen gegen eine Inanspruchnahme in erster Instanz nicht wehren, so dass seine Zustimmung entbehrlich ist. In der Berufungsinstanz kann der

¹³ Vgl. insoweit auch BGHZ 21, 285, 287 ff.

¹⁴ So BGHZ 21, 285, 287 f.

neue Beklagte gegen seinen Willen überhaupt nicht einbezogen werden, weil im dadurch eine Tatsacheninstanz verloren ginge.

4. Zwischenergebnis

Die Ergebnisse differieren also zwischen der h.L. und der Rspr. nicht wesentlich, solange das Ausscheiden des alten Beklagten gegen seinen Willen niemals als sachdienlich, die Einbeziehung des neuen Beklagten gegen seinen Willen dagegen als möglich angesehen wird. Eine **Entscheidung erübrigt sich** daher in den meisten Fällen.

Hier ergibt sich die Zulässigkeit der Klageänderung wie gesagt bereits aus der Zustimmung des Beklagten.

II. Umstellung auf Leistung an P

Mit Schriftsatz vom 20.04.2020 hat K seinen Klageantrag auf Leistung an die P umgestellt (vgl. zur Notwendigkeit der Umstellung näher unten D.I). Hierin liegt wegen des geänderten Antrags ein **Wechsel des Streitgegenstandes** und damit eine Klageänderung i.S.v. § 263 ZPO. Es handelt sich auch nicht etwa um einen gewillkürten Parteiwechsel. Denn Partei des Prozesses bleibt nach dem formellen Parteibegriff der ZPO nach wie vor K, unabhängig von der Frage des materiellrechtlichen Leistungsempfängers bzw. der Aktivlegitimation.

Die Zulässigkeit dieser Klageänderung richtet sich nach den §§ 263 f. ZPO. Nach h.M. handelt es sich bei der Änderung des Leistungsempfängers um einen Fall des § 264 Nr. 2 ZPO, da es sich um eine „**qualitative Änderung**“ des Klageantrags bei gleich bleibendem Klagegrund handele.¹⁵

Folgt man dem nicht, weil die Auswechslung des Leistungsempfängers zugleich die Auswechslung des eingeklagten Anspruchs bedeutet, mithin eine **Änderung des „Klagegrundes“** i.S.v. § 264 ZPO, so kommt es auf die Voraussetzungen des § 263 ZPO an: Hier hat B bereits i.S.d. § 263 Alt. 1 ZPO seine Einwilligung erteilt, sodass es auf die Sachdienlichkeit nicht ankommt.

Exkurs zur Sachdienlichkeit der Klageänderung: Sachdienlich ist eine Klageänderung dann, wenn der bisherige Streitstoff (d.h. der bisherige Vortrag der Parteien und die ggf. bisher erhobenen Beweise) eine verwertbare Entscheidungsgrundlage bleibt und die Zulassung der Änderung die endgültige Beilegung des Streits fördert und einen neuen Prozess vermeidet. Dabei kommt es lediglich auf objektive Kriterien an, nicht auf die subjektive Sicht eines der Beteiligten oder gar auf die Erfolgsaussichten der geänderten Klage. Vorliegend bleibt der Streitstoff trotz des neuen Empfängers der eingeklagten Leistung im Wesentlichen derselbe; der bisherige Parteivortrag

¹⁵ BGH NJW-RR 1990, 505; RGZ 158, 302, 314.

bleibt in vollem Umfang verwertbar. Dass evtl. weitere Beweiserhebungen – über die Veräußerungen des Gemäldes auf Kläger- und auf Beklagtenseite – erforderlich sind, ist nicht auf die Klageänderung zurückzuführen, sondern auf die entsprechenden tatsächlichen Veränderungen. Im Übrigen würde die Notwendigkeit weiterer Beweiserhebungen auch nicht gegen die Zulässigkeit der Klageänderung sprechen.¹⁶ Durch die Zulassung der Änderung wird auch ein neuer Prozess vermieden, der andernfalls unweigerlich geführt würde.

Die Klageänderung ist zulässig.

III. Ergebnis

Zu entscheiden ist somit über einen Leistungsantrag des K gegen D auf Herausgabe an P.

Zur Wiederholung: Ziehen Sie sich in prozessualen Klausuren stets die „prozessuale Brille“ auf, d.h. fragen Sie sich genau nach der Prozesssituation und dem, was Sie beantworten sollen. Lautet die Frage, wie das Gericht entscheiden wird, dann müssen Sie zunächst den letzten maßgeblichen Klageantrag herausfiltern! Ist dieser gefunden, ist danach zu fragen, ob dieser wirksam in den Prozess eingeführt wurde. Dabei kann es nötig sein, die Zulässigkeit einer Klageänderung zu behandeln.

C. Zulässigkeit der Klage

Es kann im Wesentlichen nach oben B (zu Frage 1) verwiesen werden.

I. Ordnungsgemäße Klageerhebung

Die Klage gegen den neuen Beklagten D darf nicht im Wege des § 261 II Alt. 1 ZPO durch bloße Erhebung des neuen Antrags in der mündlichen Verhandlung erhoben werden, sondern kann nur nach § 253 I ZPO bzw. § 261 II Alt. 2 ZPO durch **Zustellung eines Schriftsatzes** erfolgen, da gegen D noch kein Rechtsstreit rechtshängig ist. Bei einer Anwendung des § 261 II Alt. 1 ZPO wäre nicht sichergestellt, dass der neue Beklagte überhaupt von der Klageerhebung gegen ihn erfährt. Erst mit der Zustellung des Schriftsatzes an den neuen Beklagten wird der neue Prozess daher rechtshängig (§ 261 I ZPO). Der Schriftsatz vom 20.4.2020 ist dem D laut Sachverhalt ordnungsgemäß zugestellt worden.

II. Prozessführungsbefugnis des K

Problematisch ist allerdings die **Prozessführungsbefugnis des K**: Er macht auch gegenüber D ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend, tritt also als Prozessstandschafter der P auf. Anders

¹⁶ BGH NJW-RR 1994, 1143.

als im Prozess gegen B kann sich die Prozessführungsbefugnis auch nicht aus § 265 II 1 ZPO ergeben, weil die Veräußerung des Gemäldes an die P vor der Rechtshängigkeit des Prozesses *gegen D* (erst mit Zustellung des Schriftsatzes vom 20.04.2020) lag.

Aber in der vorgelegten Ermächtigung der P liegt die Einräumung einer **gewillkürten Prozessstandschaft** des K, die analog § 185 I BGB allgemein für zulässig gehalten wird. Ein schutzwürdiges Interesse des K an der Prozessführung, wie es für die gewillkürte Prozessstandschaft erforderlich ist, ergibt sich hier daraus, dass er als Verkäufer des Gemäldes den Prozess gegen D führen muss, um seiner Rechtsmängelhaftung gegenüber der P nach §§ 435, 437 ff. BGB zu entgehen; dagegensprechende Interessen des D sind nicht ersichtlich.

III. Ergebnis

Die Klage des K ist somit zulässig.

D. [Ab hier außerhalb der Fragestellung / für Interessierte] Begründetheit der Klage

Die Klage des K gegen D ist begründet, wenn der P ein Anspruch gegen B auf Herausgabe des Gemäldes zusteht.

Hinweis: Der Obersatz ist Folge der Prozessstandschaft des K für die P.

I. Aktivlegitimation

Fraglich ist zunächst, ob der Klageantrag des K den **richtigen Leistungsempfänger** bezeichnet. Die in der Lit. z.T. vertretene sog. „**Irrelevanztheorie**“ nimmt nämlich § 265 II 1 ZPO insoweit beim Wort, als die Veräußerung auf Klägerseite auch ohne Einfluss auf den Klageantrag sein soll, die Klage also weiterhin auf Leistung an den Kläger gerichtet bleiben kann. Hierfür wird zudem angeführt, dass auch bei Rechtsnachfolge auf Beklagtenseite der Klageantrag unverändert bleibe. Das Ergebnis sei auch nicht unsinnig, da der Kläger den erlangten Vollstreckungstitel gem. § 727 ZPO auf den tatsächlichen Rechtsinhaber umschreiben lassen könne.

Die h.M. vertritt allerdings die sog. „**Relevanztheorie**“, wonach der Kläger seinen Klageantrag auf Leistung an den Erwerber umstellen muss; tut er das nicht, so ist die Klage als unbegründet abzuweisen.¹⁷ Dafür spricht, dass § 265 II 1 ZPO die materielle Rechtslage bei Rechtsnachfolge auf Klägerseite unverändert lässt und lediglich eine Prozessstandschaft anordnet, die nicht zwingend mit der Befugnis zur Forderung der Leistung an den Prozessstandschafter verbunden ist. Die materiell-rechtliche Aktivlegitimation steht dem Erwerber zu, so dass der Antrag auf Leistung an diesen umzustellen ist. Bei Nachfolge auf Beklagtenseite ist die Sachlage anders, weil zum einen

¹⁷ BGH NJW 1986, 3206 f.; BGHZ 26, 31, 37.

gegen einen am Prozess nicht beteiligten Dritten kein Urteil ergehen kann, zum anderen dort nicht nur eine Prozesstandschaft vorliegt, sondern auch die Sachbefugnis fingiert wird.

Da aber auch die Vertreter der Irrelevanztheorie die Klage nicht abweisen wollen, wenn der Kläger seinen Antrag auf Leistung an den Erwerber umstellt, kann die Entscheidung hier dahinstehen.

II. Anspruch aus § 985 BGB

Ein Anspruch der P auf Herausgabe kann sich aus § 985 BGB ergeben. Dafür müsste die P Eigentümerin und D Besitzer des Gemäldes sein, ohne dass diesem ein Besitzrecht zusteht.

1. Besitz des D

D ist unmittelbarer Besitzer (§ 854 I BGB) des Gemäldes.

2. Eigentum der P

Die P müsste Eigentümerin des Gemäldes sein.

Ursprünglich war K Eigentümer des Gemäldes. Dies könnte er jedoch an D oder an P verloren haben. Aus dem Sachverhalt ergibt sich nicht, welche Verfügung der jeweils anderen zeitlich vorangeht. **Evtl. kann dies aber auch dahinstehen:**

a. Lage bei zeitlicher Vorlagerung des Erwerbs des D

Ein gutgläubiger Erwerb des D kommt hier allerdings **nicht schon nach § 932 BGB** in Betracht, denn beim Erwerb in einem Auktionshaus kann ein Ersteigerer nicht davon ausgehen, vom Eigentümer zu erwerben. Vielmehr ist dort der Kommissionsverkauf die Regel, bei dem der Kommissionär nicht Eigentümer wird, sondern lediglich (wie hier) zur Verfügung über das Auktionsgut im eigenen Namen gem. § 185 I BGB ermächtigt wird. Insoweit würde eine eventuelle Unkenntnis des – als Kunstsammler auch branchenerfahrenen – D jedenfalls auf grober Fahrlässigkeit beruhen, so dass es am guten Glauben in Bezug auf das Eigentum fehlt.

Jedoch könnte D das Eigentum an dem Gemälde **aufgrund guten Glaubens an die Verfügungsbefugnis** des B nach §§ 932 BGB, 366 I HGB erworben haben. § 366 I HGB setzt die Kaufmannseigenschaft des Veräußerers voraus, d.h. B müsste ein Gewerbe betrieben haben (was bei einem Auktionshaus unproblematisch der Fall ist), das gem. §§ 1 ff. HGB als Handelsgewerbe zu qualifizieren ist. Da eine Eintragung im Handelsregister aus dem Sachverhalt nicht hervorgeht, käme es eigentlich auf die Frage an, ob das Gewerbe des B nach Art und Umfang einen „in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb“ erfordert. Das kann nach dem Sachverhalt nicht eindeutig beantwortet werden, ist aber letztlich unerheblich: Denn zum einen wird dieses Erfordernis gem. § 1 II HGB vermutet, zum anderen ist § 366 I HGB hier unabhängig von der Kaufmannseigenschaft des B anwendbar, weil es sich um ein **Kommissionsgeschäft** i.S.v. § 383 I HGB handelte,

auf das gem. § 383 II 2 HGB die Vorschriften des ersten Abschnittes des vierten Buches des HGB auch dann Anwendung finden, wenn der Gewerbebetrieb des B nicht im Handelsregister eingetragen ist und auch keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

Da D weder von der arglistigen Täuschung des K durch B (§ 142 II BGB!) noch von der erfolgten Anfechtung des Kommissionsvertrages wusste oder wissen musste, war er hinsichtlich des Fortbestandes der Verfügungsbefugnis **gutgläubig** und konnte daher gem. §§ 932 BGB, 366 I HGB durch Einigung und Übergabe Eigentum an dem Gemälde vom Nichtberechtigten erwerben.

D hätte somit in diesem Fall gutgläubig Eigentum erworben.

In diesem Fall käme ein gutgläubiger Erwerb der P gem. §§ 931, 934 BGB in Betracht. Dieser setzte allerdings entweder voraus, dass die P (unmittelbaren) Besitz an dem Gemälde erworben hat (§ 934 Alt. 2 BGB), oder dass K im Zeitpunkt der Abtretung seiner Herausgabeansprüche noch mittelbarer Besitzer war (§ 934 Alt. 1 BGB). Die erste Voraussetzung ist zweifellos nicht gegeben; auch die zweite liegt nicht vor, weil K seinen mittelbaren Besitz an dem Gemälde entweder bereits durch die Anfechtung des Besitzmittlungsverhältnisses, jedenfalls aber – unter der hier zugrunde liegenden Annahme, dass die Veräußerung an D bereits erfolgt war – durch die Aufgabe des unmittelbaren Fremdbesitzes durch B verloren hatte.

In diesem Fall verbleibt es somit bei dem Eigentum des D.

b. Lage bei zeitlich nachgelagertem Erwerb des D

Nichts Anderes gilt, wenn sich der Erwerb des D erst nach dem Erwerb der P von K abgespielt hätte: Dann hätte zwar die P vom Berechtigten D Eigentum erworben (§§ 929 S. 1, 931 BGB), jedoch änderte dies nichts am gutgläubigen Erwerb des D nach §§ 932 BGB, 366 I HGB.

c. Ergebnis

In beiden Fällen steht somit D das Eigentum am Gemälde zu.

3. Ergebnis zum Anspruch aus § 985 BGB

Mangels Eigentümerstellung der P besteht der Anspruch aus § 985 BGB somit nicht.

III. Ergebnis zur Begründetheit der Klage

Die Klage des K ist somit unbegründet.

E. Gesamtergebnis

Das LG München I wird die Klage des K als unbegründet abweisen.

Literatur und Rechtsprechung:

Zur Veräußerung des streitbefangenen Gegenstandes: **Schmitt, Die Veräußerung der streitbefangenen Sache in der zivilprozessrechtlichen Klausur, JuS 2019, 1166**

Zum gewillkürten Parteiwechsel: **Deubner, JuS 1998, 539, 541 f.; Kohler, JuS 1993, 315 ff.; Roth, NJW 1988, 2977 ff.**

Zur Klageänderung: [Wendelstein, Die Klageänderung im Zivilprozess, Jura 2020, 442.](#) (Zugriff über Uni-Passau als Institution)