Die ZPO-Klausur

Schumann / Heese

4., neu bearbeitete Auflage 2024
ISBN 978-3-406-79598-5
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Auffassung im Schrifttum hält die *Gestaltungserklärung* für maßgebend, also den Zeitpunkt der *Ausübung* des Gestaltungsrechts (dh die tatsächliche *Erklärung* der Aufrechnung (§ 388 S. 1 BGB) sowie der anderen Gestaltungsrechte ist entscheidend).[14] Bei der Antwort auf diese Streitfrage, sollte sich der Bearbeiter von klausurtaktischen Gesichtspunkten leiten lassen (→ Rn. 40).

Beispiel 105: *Michaela Maus* und *Georg Gebauer* liegen wie gehabt (Beispiel 104, → Rn. 274) im Streit wegen eines Motorradkaufs. *Maus* klagt auf Zahlung des Restkaufpreises von 250 EUR, *Gebauer* verteidigt sich mit der Minderung. Die Schadensersatzforderung bringt er im Prozess nicht vor, die will er gesondert zu einem späteren Zeitpunkt durchsetzen. *Gebauer* verliert den Prozess, mit der Minderung konnte er nicht durchdringen. *Maus* schreitet zur Vollstreckung. Triumphierend erklärt diesmal *Gebauer* die Aufrechnung mit der Schadensersatzforderung, um die Vollstreckung der Kaufpreisforderung zu Fall zu bringen. Er erhebt Vollstreckungsabwehrklage, um die Vollstreckung aus der „nunmehr erloschenen Forderung" für unzulässig erklären zu lassen.

Frage: Hat die Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) Erfolg?

Antwort: Die Aufrechnungslage (§ 387 BGB) bestand bereits während des Prozesses: Der Anspruch auf den Restkaufpreis und die Schadensersatzforderung existierten beide bereits während des Prozesses. Folgt man der vor allem von der Rechtsprechung vertretenen Ansicht, kommt es auf das Bestehen der Gestaltung*lage* an; nach dieser Ansicht hat die Vollstreckungsabwehrklage des *Gebauer* keinen Erfolg.

Anders lautet die Antwort aufgrund einer in der Literatur verbreiteten Auffassung. Maßgebend ist für sie die Gestaltungs*erklärung*. *Gebauer* gab die Aufrechnungserklärung (§ 388 BGB) nach der letzten mündlichen Verhandlung ab; erst zu diesem Zeitpunkt sind beide Forderungen erloschen (§ 389 BGB). Nach dieser Meinung hat *Gebauer* mit der Vollstreckungsabwehrklage Erfolg.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

[14] Vgl. Baur/Stürner/Bruns ZVR Rn. 45.16.; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard ZVR/Gaul § 40 Rn. 61 ff.

14. Kapitel. Die Parteiänderung

§ 56. Die Motive zur Parteiänderung

283 Die Bedeutung der Parteiänderung für die prozessuale Fallbearbeitung ist bereits mehrfach erwähnt worden (Beispiele 67 (→ Rn. 164), 71 und 72 (→ Rn. 172) sowie 79 (→ Rn. 184). Die Parteiänderung ist ein vorzügliches Mittel, um Fehler der Klageerhebung in einer prozessökonomisch sinnvollen Weise zu korrigieren. Sie kann aus prozessualen oder materiell-rechtlichen Gründen vorgenommen werden.[1]

Beispiel 106: *Behebung eines prozessualen Mangels: Anna Fink* und *Stefan Fink* leben im Güterstand der Gütergemeinschaft und verwalten das Gesamtgut gemeinschaftlich (§ 1450 I BGB). Nur gemeinsam sind sie prozessführungsbefugt. *Anna Fink* klagt gegen Untermieter *Listig* (Beispiel 48, → Rn. 99). Ihr fehlt die Prozessführungsbefugnis (§ 62 I Alt. 2 ZPO). Die Einzelklage ist unzulässig. Eine Prozessabweisung wäre aber nur die ultima ratio. Sinnvoll ist der Beitritt des *Stefan Fink* auf der Klägerseite.

Beispiel 107: *Behebung eines materiell-rechtlichen Mangels: Klein* verklagt Vater *Sanft* auf Herausgabe des Rasenmähers (vgl. Beispiel 12, → Rn. 27 und Beispiel 67, → Rn. 164). Vater *Sanft* sagt, er sei nicht mehr Besitzer; sein Sohn habe den Rasenmäher. Mit Zustimmung von *Klein,* Vater und Sohn *Sanft* wird eine Parteiänderung vorgenommen, dass Sohn *Sanft* statt Vater *Sanft* Partei ist.

NOCK-SHOP.DE
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Wenn bei einer Richterklausur der Bearbeiter derartige prozessuale oder materiell-rechtliche Fehler im Prozess entdeckt, darf er aber nicht einfach eine Parteiänderung vornehmen. Auch in der Praxis darf ein Richter eine Partei nicht in der Weise beraten, dass er ihr sagt, jetzt müsse eine Parteiänderung vorgenommen werden. Vielmehr muss er mit solchen Hinweisen äußerst vorsichtig sein, um nicht wegen Befangenheit abgelehnt zu werden. In der Richterklausur spielt deshalb weniger eine Rolle, wie ein Mangel behoben werden kann, sondern ob durch eine Parteiänderung der Mangel behoben ist. Anders ist es wiederum in der Anwaltsklausur: Hier ist es ohne weiteres möglich, ja oft erforderlich, solche Empfehlungen zu erteilen.

§ 57. Die Probleme bei der Parteiänderung

I. Parteiänderung oder Parteiberichtigung?

284 Um keinen Fehler zu begehen, muss immer erst gefragt werden, ob trotz der Ausdrücke „Parteiänderung“ oder ähnlicher Begriffe von den Parteien möglicherweise nur eine *Berichtigung* oder *Klarstellung* gemeint ist, die gemäß § 264 Nr. 1 ZPO ohne weiteres zulässig ist.[1*] Ohne eine genaue Untersuchung, wer Partei ist, kommt man auch hier nicht aus (zur Frage, wer Partei ist, → Rn. 89, → Rn. 164, → Rn. 169).

---

[1] Zur Parteiänderung: Rosenberg/Schwab/Gottwald ZivilProzR § 42; Jauernig/Hess ZivilProzR § 86; Thomas/Putzo/Hüßtege ZPO Vor § 50 Rn. 11–31; BGH NJW-RR 2010, 1726.

[1*] Stein/Jonas/Roth ZPO § 264 Rn. 6 f.; BAG NZA 2014, 725, Rn. 19 ff.

II. Parteistellung?

Wenn keine Berichtigung oder Klarstellung vorliegt, muss in der *Richterklausur* geprüft werden, ob wirklich eine Veränderung in der Parteistellung gewollt ist. Nicht selten werden vor allem Streitverkündung (§§ 72 ff. ZPO) und die Nebenintervention (§§ 66 ff. ZPO) mit der Parteiänderung durcheinandergebracht. Auch hier kommt es auf das Ziel an, das erreicht werden soll. Bei der *Anwaltsklausur* müssen die verschiedenen Beteiligungsmöglichkeiten beurteilt werden. Vielfach ist eine Streitverkündung der Parteiänderung vorzuziehen. **285**

Beispiel 108: Nachts stolpert *Faller* auf kaum beleuchteter Straße über einen Kanaldeckel, der 5 cm über den Straßenrand herausragt. *Faller* verklagt die *Gemeinde* auf Schadensersatz. Im Prozess trägt die *Gemeinde* vor, sie habe die Straße ordnungsgemäß angelegt. Schuld trage die *Wasserversorgungs-AG,* die den Kanaldeckel nicht ordnungsgemäß angebracht habe.

Frage: Was ist *Faller* nach dieser Klageerwiderung zu raten?

Antwort: Keinesfalls angeraten sind der Parteiwechsel (*Wasserversorgungs-AG* statt der *Gemeinde*) oder der Parteibeitritt (*Wasserversorgungs-AG* zusätzlich zur *Gemeinde* in den Prozess). Der *Parteiwechsel* ist gefährlich, weil nicht auszuschließen ist, dass die neue Beklagte (die *Wasserversorgungs-AG*) umgekehrt argumentiert: Sie habe den richtigen Deckel angebracht; die Straße habe sich aber gesenkt. Aber auch der *Parteibeitritt* ist falsch, weil *Faller* nur *entweder* von der *Gemeinde oder* von der *Wasserversorgungs-AG* den Schadensersatz beanspruchen kann – *einer* seiner Ansprüche müsste auf jeden Fall kostenpflichtig (§ 91 ZPO) abgewiesen werden. *Richtiger Rat:* Nicht Parteiänderung, sondern Streitverkündung (§§ 72 ff. ZPO) gegenüber der *Wasserversorgungs-AG* – Zur Streitverkündung → Rn. 101 und speziell bei *alternativer* Haftung → Rn. 102 (Beispiel 55).

Beck-Shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

III. Parteiwechsel oder Parteibeitritt?

Schon die letzten drei Beispiele zeigen, dass die Parteiänderung als Parteiwechsel oder als Parteibeitritt vorkommt. *Parteiwechsel* ist der Austausch einer Partei; *Parteibeitritt* ist das Hinzutreten einer weiteren Partei: die nachträgliche Streitgenossenschaft. Der Bearbeiter muss sich deshalb die Frage stellen, ob eine Partei ausscheidet und ersetzt wird oder ob eine weitere Partei hinzutritt. **286**

IV. Gesetzliche, gesetzlich geregelte oder gewillkürte Parteiänderung?

Beim Tod einer Partei tritt *gesetzlicher* Parteiwechsel ein (§ 239 ZPO); daneben gibt es vom Gesetz *ermöglichte* Parteiänderungen (§§ 265 II 2, 266, 240 ZPO iVm §§ 85, 86 InsO, §§ 75 S. 1, 76 III, 77 ZPO). Von großer Bedeutung ist schließlich die *gewillkürte* Parteiänderung, für die eine eigene gesetzliche Regelung fehlt. **287**

V. Die gewillkürte Parteiänderung

Zur *gewilllkürten Parteiänderung* werden im Wesentlichen drei Theorien vertreten:[2] Die Rechtsprechung folgt der *Klageänderungstheorie.* Sie fasst die Parteiänderung als Klageänderung auf, mit der Folge der Anwendbarkeit der §§ 263 f. ZPO und §§ 267 f. ZPO. Die *Klagerücknahmetheorie* sieht in der Parteiänderung eine Rücknahme der Klage (§ 269 ZPO), verbunden mit einer neuen Klage gegen die neue Partei (§ 253 ZPO). Nach einer dritten Ansicht stellt die gewillkürte Parteiänderung ein *prozessuales Institut eigener Art* dar, das kraft Gewohnheitsrechts gilt und weit- **288**

[2] Stein/Jonas/Roth ZPO § 263 Rn. 43 ff.; Köhler JuS 1993, 315.

gehend den Wertungen der Klageänderungstheorie folgt[3]. Es ist aber nicht ratsam, sich im Rahmen der Fallbearbeitung an dieser Stelle in einem Theorienstreit zu ergehen. Es sollte vielmehr mit den Wertungen der §§ 269, 263 f. ZPO sowie mit dem Justizgewährungsanspruch argumentiert werden.

289 Die Behandlung der gewillkürten Parteiänderung ist nur richtig, wenn der Bearbeiter vom Antragsgrundsatz ausgeht und ferner nicht vergisst, dass der Beklagte nach dem Beginn seiner mündlichen Verhandlung zur Hauptsache (§ 137 I ZPO) eine feste Verfahrensposition besitzt, die er – unabhängig davon, auf welcher Seite der Parteiwechsel erfolgt – nur mit seiner Zustimmung verlieren kann (§ 269 I ZPO).[4] *Das zentrale Problem der Parteiänderung ist deshalb immer wieder die Frage der Zustimmung.* Sofern sämtliche Parteien mit der Parteiänderung einverstanden sind, ergeben sich meist keine Schwierigkeiten (vgl. Beispiel 107, → Rn. 283). Schwierig ist aber die Fallbearbeitung, wenn die Parteiänderung nicht von der Zustimmung sämtlicher Prozessbeteiligter getragen wird.

1. Die Zustimmung des (bisherigen) Klägers ist fast immer notwendig

290 Fehlt die Zustimmung des (bisherigen) Klägers, kann ein Partei*wechsel* nicht durchgeführt werden, und zwar gleichgültig, ob auf der Kläger- oder Beklagtenseite; denn der Kläger bestimmt, wer Partei des Rechtsstreits ist (vgl. → Rn. 89, → Rn. 283). Ein Partei*beitritt* auf der *Beklagtenseite* – so etwa, wenn in Beispiel 108 (→ Rn. 285) neben der von *Faller* verklagten *Gemeinde* die *Wasserversorgungs-AG* im Termin als „weitere Partei" auftritt – ist ohne Klägerzustimmung ebenfalls unwirksam.[5] Ein *neuer* Kläger muss stets einverstanden sein, in einen Prozess einzutreten;[6] denn niemand wird Kläger gegen seinen Willen (vgl. → Rn. 89). So könnte in Beispiel 106 (→ Rn. 283) *Anna Fink* daher nicht gegen *Stefan Finks* Willen erklären, auch dieser sei nunmehr Partei.

Allerdings kann ein Kläger*beitritt* auch gegen den Willen des *bisherigen* Klägers erfolgen:[7]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Beispiel 109: Als *Stefan Fink* erfährt, dass *Anna Fink* allein gegen *Listig* geklagt hat, tritt er (Beispiel 106, → Rn. 283) dem Prozess bei. *Anna Fink* widerspricht, weil sie aus Rache an ihrem Mann eine Prozessabweisung will: Ihr Widerspruch ist unbeachtlich, weil er gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (venire contra factum proprium) verstößt. Da *Stefan Fink* und *Anna Fink* gemäß § 1450 I BGB einen Rechtsstreit nur gemeinsam führen dürfen, ist es *Anna Fink* verwehrt, einerseits allein einen Prozess anzustrengen und andererseits dem Beitritt des *Stefan Fink* zu widersprechen, der zur Heilung des von ihr selbst verursachten Fehlers führt.[8]

So problematisch dies auf den ersten Eindruck auch erscheint, es ist sogar das Hinzutreten von solchen Beklagten möglich, gegen die sich der Antrag des bisherigen

---

[3] Vgl. Stein/Jonas/Roth ZPO § 263 Rn. 43 ff.

[4] Es ist hier ähnlich wie bei der Klageänderung, bei der ebenfalls häufig nicht beachtet wird, dass die in einer Klageänderung enthaltene Klagerücknahme möglicherweise der Zustimmung des Beklagten bedarf (→ Rn. 272 Fn. 7 und 8). Es empfiehlt sich deshalb bei der Fallbearbeitung, dass der Bearbeiter auch bei der Parteiänderung auf diese Problematik näher eingeht. Hierzu Stein/Jonas/Roth ZPO § 263 Rn. 49 ff., 54 ff.; Eicker JA 2018, 529.

[5] Stein/Jonas/Roth ZPO § 263 Rn. 71.

[6] Hierzu Stein/Jonas/Roth ZPO § 263 Rn. 49 f.; Eicker JA 2018, 529.

[7] Stein/Jonas/Roth ZPO § 263 Rn. 69 f.

[8] Singer NZA 1998, 1309 ff.; dies berührt auch das schwierige Problem des widersprüchlichen Verhaltens notwendiger Streitgenossen, vgl. Zöller/Althammer ZPO § 62 Rn. 24 ff.; Stein/Jonas/Bork ZPO § 62 Rn. 37.

Klägers nicht wendet.[9] Das Beispiel könnte man dahin fortführen, dass der (dem Prozess der *Anna Fink* beigetretene weitere) Kläger *Stefan Fink* nicht nur gegen *Listig,* sondern gleichzeitig auch noch Klage gegen die *Schwester* von *Listig* auf Widerruf einer ehrenkränkenden Behauptung erhebt. An diesem Prozessverhältnis ist die bisherige Klägerin *(Anna Fink)* überhaupt nicht beteiligt. Falls die *Schwester von Listig* einwilligt oder nicht widerspricht, ist diese Parteierweiterung zulässig (§§ 263 Alt. 1, 267 ZPO). Ist dies nicht der Fall, ist sie allerdings unzulässig; denn mangels Verwertbarkeit der bisherigen Prozessergebnisse für den neuen Streitgegenstand besteht keine Sachdienlichkeit (§ 263 Alt. 2 ZPO).[10]

2. Die Zustimmung des Beklagten ist nicht immer erforderlich

Gegen einen *Kläger- oder Beklagtenwechsel* vor Beginn seiner mündlichen Verhandlung zur Hauptsache kann sich der *bisherige Beklagte* nicht wehren; gegen eine Klagerücknahme wäre er ja auch machtlos (§ 269 I ZPO). Nach diesem Zeitpunkt kann er aber gegen seinen Willen weder aus dem Prozess geworfen,[11] noch kann ihm ein *anderer* Kläger aufgezwungen werden (→ Rn. 289).[12] Da der Beklagte in erster Instanz allerdings jederzeit verklagt werden kann, kann er sich nicht gegen einen *weiteren* Kläger wehren (Beispiel 106, → Rn. 283). **291**

Da jedermann verklagt werden kann, ist die Zustimmung des neuen Beklagten bei einer Parteiänderung nicht erforderlich; auch gegen den *Beklagtenbeitritt* kann sich der *bisherige Beklagte* nicht mit Erfolg wehren. Ebenso wenig gegen einen *Klägerbeitritt.*[13] Falls *Stefan Fink* der *Anna Fink* in erster Instanz im Prozess gegen *Listig* beitritt (Beispiel 106, → Rn. 283) kann sich *Listig* dagegen nicht mit Erfolg wehren; denn er muss nicht zustimmen! Anders ist dies jedoch, wenn die Parteiänderung in der nächsten Instanz erfolgt.

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

3. In höherer Instanz müssen grds. alle Parteien zustimmen

Sind die Parteien einverstanden, kann auch in höherer Instanz eine Parteiänderung vorgenommen werden. Problematisch ist auch hier wieder das fehlende Einverständnis einzelner Beteiligter. Da niemand in der 2. Instanz verklagt werden kann (Fehlen der funktionellen Zuständigkeit, Verlust einer Instanz!), versperrt hier regelmäßig der Widerspruch des neuen Beklagten die Parteiänderung auf der Beklagtenseite. Aber auch auf der Klägerseite ist ohne Zustimmung eine Parteiänderung unzulässig. **292**

---

[9] Stein/Jonas/Roth ZPO § 263 Rn. 71.

[10] Stein/Jonas/Roth ZPO § 263 Rn. 24; insgesamt hierzu Musielak/Voit/Foerste ZPO § 263 Rn. 23 ff.

[11] BGH NJW 2007, 769; BGH NJW 2006, 1351; Eicker JA 2018, 529. In der Rspr., soweit sie die Parteiänderung als Form der Klageänderung auffasst (eine Zusammenfassung gibt BGH NJW 1976, 240), wird nicht selten der Fehler gemacht, dass über die „Sachdienlicherklärung" des § 263 Alt. 2 ZPO auch ohne die im Einzelfall erforderliche Einwilligung des Beklagten ein Parteiwechsel vorgenommen wird. Das bedeutet einen schweren Verstoß gegen die Wertung des § 269 I ZPO, weil ein anderer Kläger auftritt oder der Beklagte aus dem Prozess „geworfen" wird. In der Fallbearbeitung soll aber der Bearbeiter nicht vergessen, dass dieser Fehler in der Praxis verbreitet ist (→ Rn. 289 Fn. 4) und deshalb möglicherweise auch einem Prüfer unterläuft. *Aus diesem Grunde muss er deutlich auf die Wertung des § 269 I ZPO hinweisen.*

[12] Eicker JA 2018, 529.

[13] Hierzu Stein/Jonas/Roth ZPO § 263 Rn. 54, 69, 71.

Nur bei Prozessmissbrauch kann man die fehlende Zustimmung in die Parteiänderung als unbeachtlich ansehen.[14]

4. Die bisherigen Prozessergebnisse binden nicht ohne weiteres die neue Partei

293 In Wissenschaft und Praxis ist der Streit um die Erhaltung der bisherigen Prozessergebnisse (Beweisaufnahmen, Geständnisse, Heilung durch rügeloses Einlassen: § 295 ZPO)[15] noch immer nicht geklärt. In der Fallbearbeitung kann eine Übernahme der bisherigen Ergebnisse gegenüber den neuen Beteiligten jedenfalls dann vertreten werden, wenn sämtliche Beteiligten zugestimmt hatten oder wenn die neue Partei am bisherigen Prozessgeschehen wenigstens in einer anderen Weise (zB als gesetzlicher Vertreter, als Nebenintervenient) beteiligt war.

> **Beispiel 110:** So etwa, wenn Eltern statt des Kindes als Partei klagen (Beispiele 71 und 72 [→ Rn. 172] und 79 [→ Rn. 184]). Dann wird man den Widerspruch gegen die Ergebnisse des bisherigen Prozessgeschehens als prozessmissbräuchlich ansehen müssen.[16]

Eine im Wege der gewillkürten Parteiänderung gegen ihren Willen wirksam in den Prozess einbezogene Partei wird man jedoch nicht an die bisherigen Prozessergebnisse binden dürfen.

5. Bedingungsfeindlichkeit des Parteiwechsels

294 Anders als die Klageänderung kann die Parteiänderung nicht bedingt (etwa für den Fall des Unterliegens), mithin nicht als subjektive Eventualklagehäufung erklärt werden. Das Bestehen eines Prozessrechtsverhältnisses darf nicht aufgrund einer außerprozessualen Bedingung – die „neue" Partei ist gerade noch nicht am Prozess beteiligt – in der Schwebe stehen (→ Rn. 262).

DIE FACHBUCHHANDLUNG

6. Kostenfrage nicht vergessen

295 Die Kosten des ausscheidenden Beklagten hat der Kläger in entsprechender Anwendung des § 269 III 2 ZPO zu tragen.[17] Damit ist sichergestellt, dass der Beklagte nicht mit den Verfahrenskosten eines Rechtsstreits belastet wird, der erfolglos gegen ihn endete.

---

[14] Hierzu Stein/Jonas/Roth ZPO § 263 Rn. 49, 59 ff., 72 ff.; Eicker JA 2018, 529; BGH NJW 2011, 1453; BGH NZBau 2007, 721. In BGH NJW 1976, 239 ließ der BGH einen Klägerbeitritt in der Berufungsinstanz ohne Zustimmung des Beklagten zu, weil sich der Streitstoff hierdurch nicht änderte (nicht unbedenklich).

[15] Dafür: Rosenberg/Schwab/Gottwald ZivilProzR § 42 Rn. 26 f.; diff.: Stein/Jonas/Roth ZPO § 263 Rn. 52, 55, 69 ff., BGH NJW 1996, 196 f.; s. auch Thomas/Putzo/Hüßtege ZPO Vor § 50 Rn. 20 ff.

[16] Vgl. BGH NJW 1956, 1598 (1599).

[17] Zu den Verfahrenskosten bei der Parteiänderung: Zöller/Greger ZPO § 263 Rn. 31; Stein/Jonas/Roth ZPO § 263 Rn. 53, 57.

15. Kapitel. Die Widerklage

§ 58. Die Regelung der Widerklage – Waffengleichheit

I. Die lückenhafte Regelung der Widerklage

Als vielfach unterschätzte, gefährliche Klippe erweist sich immer wieder die unübersichtliche und – vor allem – lückenhafte Regelung der Widerklage. Der Examenskandidat sollte deshalb erst einmal die für das Erkenntnisverfahren in der 1. Instanz vorhandenen Paragraphen lesen, um das Gebiet der Widerklage kennenzulernen: **296**

a) § 33 ZPO: *zusätzliche (!) örtliche Zuständigkeit* für die Widerklage (dies ist die zentrale Vorschrift);
b) § 5 Hs. 2 ZPO: *kein Zusammenrechnen des Streitwerts* von Klage und Widerklage (wichtig für die streitwertabhängige sachliche Zuständigkeit);
c) § 256 II ZPO: Zwischenfeststellungswiderklage;
d) § 506 ZPO: *Verweisung* des Rechtsstreits *vom AG* an das *LG;*
e) § 145 II ZPO: *Trennungsmöglichkeit* der (nicht-konnexen) Widerklage von der Klage;
f) § 347 ZPO: Anwendbarkeit des *Versäumnisverfahrens* auch auf die Widerklage;
g) § 81 ZPO: Umfang der *Prozessvollmacht* auch für die Widerklage;
h) § 301 ZPO: *Teilurteil,* wenn nur die Klage oder die Widerklage entscheidungsreif ist;
i) § 322 ZPO: *Materielle Rechtskraft* des Urteils, in dem über den mit der Widerklage verfolgten Anspruch entschieden wird;
j) § 12 II Nr. 1 GKG: Kein *Gerichtskostenvorschuss* erforderlich;
k) § 45 I 1 GKG: Zusammenrechnung von Klage und Widerklage bzgl. *Gerichtsgebühren;*
l) für das *Berufungsverfahren* sei schließlich noch auf § 533 ZPO hingewiesen.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

II. Widerklage als Ausdruck prozessualer Waffengleichheit

§ 33 ZPO dient dem prozessualen Gleichheitssatz („Waffengleichheit").[1] Der mit der Klage überzogene Beklagte ist durch § 33 ZPO in die Lage versetzt, einen mit der Klage zusammenhängenden (in Konnexität stehenden) Gegenanspruch *trotz örtlicher Unzuständigkeit* geltend zu machen. Der Beklagte darf also einen Anspruch in den Prozess einführen, für den das Gericht örtlich unzuständig wäre, falls er ihn als eine selbständige Klage anhängig machen würde. Ist freilich für die Widerklage das Gericht ohnehin örtlich zuständig, weil der Kläger (Widerbeklagte) zB im Gerichtsbezirk seinen allgemeinen Gerichtsstand hat und ein ausschließlicher Gerichtsstand für den Streitgegenstand nicht in Frage kommt, bedarf es insoweit nicht des Eingehens auf § 33 ZPO. Besteht allerdings offenkundig ein Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage und ist die örtliche Zuständigkeit für den Widerklageanspruch nicht schnell zu begründen, kann der Verfasser dahingestellt lassen, ob für den Widerklageanspruch an sich das Gericht örtlich zuständig ist; jedenfalls ist es nach § 33 ZPO örtlich berufen. Vor allem aber muss § 33 ZPO herangezogen werden, wenn für den Widerklageanspruch jede örtliche Zuständigkeit bei dem betreffenden Gericht fehlt; dann ist es für ihn kompetent, sofern die „Konnexität" besteht. **297**

Zwei allgemeine Voraussetzungen einer zulässigen Widerklage sind unkompliziert:

(1) Die *Hauptklage* (so wird in diesem Zusammenhang die Klage bezeichnet) muss erhoben und noch *rechtshängig* sein. Sobald die Widerklage rechtshängig gewor-

---

[1] Vgl. BVerfG NJW 2021, 2020 Rn. 19 ff.; NJW 2022, 1083 Rn. 24 ff. (hierzu Hufen JuS 2022, 893); Schumann JZ 2019, 398 ff.; weiterführend Möller https://rsw.beck.de/arbeitshilfe-moeller.

den ist, ist sie jedoch vom Fortbestand der Rechtshängigkeit der Hauptklage unabhängig *(sog. Sprungbrettfunktion der Hauptklage).*

(2) Die *Widerklage* muss einen *anderen Streitgegenstand* (→ Rn. 72 ff.) als die Hauptklage haben. Der bloßen Negierung der Hauptklage steht der Einwand der Rechtshängigkeit (§ 261 III Nr. 1 ZPO) entgegen (→ Rn. 243).

§ 59. Typische Examensfehler bei der Widerklage

I. Klage und Widerklage werden nicht strikt getrennt

298 *Widerklage* und *Klage* sind schon beim ersten Durchdenken des Falles und später in der schriftlichen Lösung *strikt zu trennen.* Es empfiehlt sich daher, die Klage – sofern eine Widerklage erhoben wurde – als *„Hauptklage"* zu bezeichnen, um Verwechslungen zu vermeiden. Aus demselben Grunde sollte der Beklagte *„Widerkläger",* der Kläger *„Widerbeklagter"* genannt werden, sobald die Widerklage erörtert wird; bei der ersten Verwendung dieser Begriffe in der Lösung ist es angebracht, vom *„Beklagten und Widerkläger"* und vom *„Kläger und Widerbeklagten"* zu sprechen. Diese terminologische Klarheit hilft dem Bearbeiter, das durch die Widerklage begründete selbständige Prozessrechtsverhältnis von der Hauptklage gedanklich streng zu trennen, sodann gesondert zu prüfen und schriftlich zu bearbeiten.

Von ebenso großer Bedeutung für die Klausur ist die *Einhaltung der richtigen Prüfungsreihenfolge.* Zulässigkeit und Begründetheit der *Eventualwiderklage* dürfen zwingend erst *nach* Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit der Hauptklage geprüft werden. Denn erst dann ist geklärt, ob die jeweilige Bedingung des Eventualwiderklägers eingetreten ist (§ 308 I ZPO). Dieses Prüfungsschema empfiehlt sich aus Gründen der Übersichtlichkeit – wenngleich nicht zwingend – auch im Falle einer unbedingten Widerklage.

Beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

II. Widerklage und Aufrechnung werden verwechselt

299 Da Aufrechnung und Widerklage verschiedene Prozessziele haben (→ Rn. 296 ff.), darf nicht jedes Geltendmachen eines Gegenanspruchs durch den Beklagten als „Widerklage" angesehen werden. Entscheidend ist, was der Beklagte will (auch an einer falschen Bezeichnung darf man nicht haften bleiben): Genügt ihm die Abweisung der Klage, dann will er nur aufrechnen. Möchte er aber die Verurteilung des Klägers zur Zahlung des Gegenanspruchs, dann liegt eine Widerklage vor. Unter Umständen verbindet der Beklagte auch Aufrechnung und (Eventual-)Widerklage.

III. Die allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen der Widerklage werden nicht geprüft

300 Häufig trifft man auf Lösungen, in denen der Bearbeiter übersieht, die allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen der Widerklage zu prüfen; in aller Regel ist dies ein Folgefehler aus der fehlenden Trennung von Klage und Widerklage (→ Rn. 298). Da die Widerklage eine echte Klage ist (nur die „Parteirollen" sind umgekehrt), müssen auch bei ihr die allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen (→ Rn. 160–250). Fehlt nur *eine* von ihnen, ist die Widerklage unzulässig und (mit Prozessurteil) abzuweisen (zur Verweisung in solch einem Fall → Rn. 305 aE).

IV. Die sachliche Zuständigkeit wird falsch behandelt

301 Das Gericht muss für die Widerklage *sachlich zuständig* sein. Bei streitwertabhängiger sachlicher Zuständigkeit (→ Rn. 190) ist § 5 ZPO zu beachten (→ Rn. 296 sub b): Die *Klage* in Höhe von 2.900 EUR und die *Widerklage* in Höhe von 2.300 EUR