

D. Fortführung des Verfahrens durch die Parteien

Der Prozess als dynamische Entwicklung des Verfahrens muss von den Beteiligten betrieben werden, damit es zu einer Entscheidung kommen kann (Ausfluss des Dispositionsgrundsatzes, § 4 Rn. 7 ff.). Dazu nehmen alle am Prozess Beteiligten Handlungen vor, mit denen sie auf das Verfahren einwirken.

Das Gericht handelt, indem es den Prozess leitet und ihn letztendlich entscheidet. Die Parteien handeln im und außerhalb des Prozesses in vielfältiger Form.

§ 11 Prozesshandlungen der Parteien

Literatur: *Arens*, Willensmängel bei Parteiaktionen im Zivilprozess, 1968; *Baumgärtel*, Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess, 2. Aufl. 1972; *Bruns*, Der Begriff der Parteiprozesshandlung, JZ 1959, 204; *Niese*, Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, 1950; *Nußbaum*, Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, 1908; *Schwab*, Probleme der Prozesshandlungslehre, FS Baumgärtel, 1990, S. 503.

- 1 Jedem Studenten ist der Begriff des materiellen Rechtsgeschäfts gegenwärtig. Dies ist ein auf dem Parteiwillen beruhender Gesamtbestand, der eine mit einer Willenserklärung angestrebte Rechtsfolge herbeiführt. Es gibt einseitige (z.B. Kündigung) und mehrseitige (z.B. Vertrag/Beschluss) Rechtsgeschäfte im materiellen Recht.
- 2 Handlungen der Parteien, die der Führung eines Prozesses durch dessen Einleitung, Fortführung oder Beendigung dienen, sind dagegen ausschließlich Gegenstand des Prozessrechts. Auch ihre Bewertung unterliegt den Regeln des Prozessrechts. Sie werden im Unterschied zu den Rechtsgeschäften des materiellen Rechts **Prozesshandlungen** der Parteien genannt. Während das BGB in den §§ 104–185 eine umfassende Regelung der Voraussetzungen von Rechtsgeschäften enthält, fehlt eine vergleichbare Regelungstiefe in der ZPO für Prozesshandlungen.

I. Abgrenzung von materiellen Rechtsgeschäften und Prozesshandlungen

- 3 Die Abgrenzung von Rechtsgeschäften und Prozesshandlungen ist mitunter schwierig, weil materielle Rechtsgeschäfte auch im Rahmen eines Prozesses vorgenommen werden können und weil Prozesshandlungen materiellrechtliche Wirkungen haben können.
- 4 Außer dem Prozessvergleich, der sowohl materielles Rechtsgeschäft als auch Prozesshandlung ist (§ 16 Rn. 43), ist eine Handlung entweder als materielles Rechtsgeschäft oder Prozesshandlung zu qualifizieren.

1. Voraussetzungen und Wirkungen im Prozessrecht

- 5 Keine Abgrenzungsfragen entstehen, wenn Voraussetzungen und Wirkung einer Handlung im Prozessrecht geregelt sind.

Merke: Prozesshandlungen liegen vor, wenn Voraussetzungen und Wirkung im Prozessrecht geregelt sind.

Dieser eindeutige Fall ist leider selten gegeben. Das Geständnis (§ 288) ist hierfür ein Beispiel ebenso wie die Einlegung von Rechtsmitteln.

2. Unterscheidung nach der Hauptwirkung

Diese Definition reicht demnach nicht aus, um Prozesshandlungen und Rechtsgeschäfte voneinander abgrenzen zu können. Auch ein rein zeitliches Element etwa derart, dass Prozesshandlungen nur in einem bereits rechtshängigen Verfahren gegeben sein können, ist nicht hilfreich, weil z.B. eine Prozessvollmacht bereits vor diesem Zeitpunkt gegeben wird, aber doch ganz klar im Hinblick auf einen Prozess. Eine rein materiellrechtliche Einordnung wäre also sicher nicht richtig.

Heute wird daher nach der Zielrichtung der Handlungen unterschieden.

Merke: Danach sind Prozesshandlungen die von einem Handlungswillen getragenen Verhaltensweisen, die ihre **Hauptwirkung** im prozessualen Bereich entfalten.

Nebenwirkungen im Prozess bzw. im materiellen Recht führen nicht zu einer abweichenden Qualifikation. Die Prozessvollmacht ist daher Prozesshandlung und unterliegt in Voraussetzungen und Wirkungen den Regeln des Prozessrechts. Die Klageerhebung hat ihre Hauptwirkung im prozessualen Bereich, wenn sie auch materiellrechtliche Wirkungen hat (§ 8 Rn. 83 ff.). Die Veräußerung der streitbefangenen Sache (§ 265) ist ein materielles Rechtsgeschäft der Übertragung der Sache, um die im Prozess gestritten wird. Die Hauptwirkung aber liegt im materiellrechtlichen, nicht im prozessualen Bereich.

3. Vornahme materieller Rechtsgeschäfte im Prozess

Soweit materielle Rechtsgeschäfte wie Kündigung, Aufrechnung, Anfechtung usw. im Verlauf eines Prozesses vorgenommen werden, bleiben diese auch bei Vornahme im Prozess materielle Rechtsgeschäfte, deren Voraussetzungen und Wirkungen im materiellen Recht geregelt sind. Hiervon ist aber die **prozessuale Geltendmachung** als Angriffs- oder Verteidigungsmittel zu trennen.

Merke: Zwischen materiellrechtlichen Rechtsgeschäften und ihrer Geltendmachung im Prozess ist zu unterscheiden.

Die Geltendmachung materieller Rechtsgeschäfte im Prozess ist Prozesshandlung und untersteht den Normen des Prozessrechts.

Daher spielt es auch keine Rolle, ob eine Kündigung in der mündlichen Verhandlung erklärt wird oder außerhalb der mündlichen Verhandlung in einem rechtshängigen Verfahren. In beiden Fällen liegt in der Kündigung die Ausübung eines materiellen Gestaltungsrechts. Davon ist die prozessuale Geltendmachung zu unterscheiden, auch wenn bei der Kündigung in der mündlichen Verhandlung diese Trennung von außen nicht sichtbar ist, weil beides räumlich und zeitlich zusammenfällt.

► **Hinweis:** In Fällen des zeitlichen Zusammentreffens des materiellen Rechtsgeschäfts und der Prozesshandlung liegt ein **Doppeltatbestand** vor. Eine Handlung lässt sich gleichzeitig unter materielle und prozessuale Vorschriften subsumieren. Die Wirksamkeit des materiellen Rechtsgeschäfts ist aber rein nach materiellem Recht und die der Prozesshandlung allein nach Prozessrecht zu beurteilen. Keineswegs müssen für die Wirksamkeit kumulativ die Anforderungen des materiellen und des Prozessrechts erfüllt sein. Die Handlung hat nicht wie der Prozessvergleich eine **Doppelnatur**. ◀

II. Arten der Prozesshandlungen

1. Ein- und zweiseitige Prozesshandlungen

Literatur: *Hellwig*, Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages, 1968; *Schlosser*, Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess, 1968; *Söbning*, Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozessverträgen, 1968; *Schiedermair*, Vereinbarungen im Zivilprozess, 1935; *Teubner/Künzel*, Prozessverträge, MDR 1988, 720; *Wagner*, Prozessverträge, 1998.

- 12 Die Mehrzahl der Prozesshandlungen richtet sich an das Gericht und ist einseitig. Prozesshandlungen können Angriff, Angriffsmittel, Verteidigung oder Verteidigungsmittel sein.
- 13 Die Klage ist der prozessuale Angriff, Angriffsmittel jedes Vorbringen zur Durchsetzung des geltend gemachten Anspruchs, z.B. eine Behauptung oder ein Beweismittel. Verteidigungsmittel ist das Vorbringen zur Abwehr des klägerischen Anspruchs.
- 14 Daneben gibt es aber auch zweiseitige Prozesshandlungen, die sog. **Prozessverträge**. Die bekanntesten Prozessverträge sind die Gerichtsstands- (dazu § 6 Rn. 83) und die Schiedsvereinbarung sowie der Prozessvergleich, der gleichzeitig Prozessvertrag und materiellrechtlicher Vertrag i.S. von § 779 BGB ist. Bei den Prozessverträgen zeigt sich die geringe Regelungsdichte, die das Prozessrecht im Bereich der Prozesshandlungen aufweist, am deutlichsten. Hier ist der Rückgriff auf Regeln des BGB, z.B. zur Beurteilung des Einigungsstatbestandes, unumgänglich.

2. Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen

- 15 Verbreitet ist weiter die Unterscheidung nach Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen.
- 16 **Erwirkungshandlungen** sollen das Gericht zu einem bestimmten Handeln veranlassen, können dieses Verhalten aber nicht unmittelbar herbeiführen (z.B. Beweisantrag, Behauptungen, Bestreiten).
▶ **Klausurhinweis:** Erwirkungshandlungen sind auf Zulässigkeit und Begründetheit zu prüfen. ◀
- 17 **Bewirkungshandlungen** haben dagegen eine unmittelbare, nicht von der Tätigkeit des Gerichts abhängige prozessuale Wirkung und gestalten die prozessuale Rechtslage um (z.B. Geständnis, Anerkenntnis, Verzicht, Klagerücknahme, Rechtsmittelverzicht).
▶ **Klausurhinweis:** Bewirkungshandlungen sind auf ihre Wirksamkeit zu prüfen, nicht auf Zulässigkeit und Begründetheit. ◀
- 18 Je nach dem Ergebnis dieser Prüfung sind Bewirkungshandlungen für das weitere Verfahren beachtlich oder unbeachtlich.
- 19 In Einzelfällen kann eine Prozesshandlung zugleich Erwirkungs- und Bewirkungshandlung sein: Die Klage hat unmittelbar (Bewirkungshandlung) die Rechtshängigkeit des Streitgegenstands zur Folge, ist aber zugleich als Erwirkungshandlung an das Gericht gerichtet, es möge wie beantragt entscheiden.

III. Regelung der Parteihandlungen

- 20 Auch wenn in der ZPO eine geschlossene Regelung der Voraussetzungen von Prozesshandlungen fehlt, gilt grundsätzlich, dass das Prozessrecht die Voraussetzungen

der Prozesshandlungen selbst regelt. Die umfassende Regelung des BGB für Rechtsgeschäfte (§§ 104–185 BGB) darf wegen der Unterschiede von Rechtsgeschäften und Prozesshandlungen keineswegs unesehen in das Prozessrecht erstreckt werden. Da die Regelung im Prozessrecht lückenhaft ist, kann und muss jedoch in Einzelfällen auf übertragbare Regeln des materiellen Rechts zurückgegriffen werden.

1. Prozesshandlungsvoraussetzungen

Sowohl die Zulässigkeit von Erwirkungshandlungen (beachten Sie den Prüfungsaufbau) als auch die Wirksamkeit von Bewirkungshandlungen (beachten Sie den Prüfungsaufbau im Unterschied zu den Erwirkungshandlungen) erfordert das Vorliegen der Prozesshandlungsvoraussetzungen. 21

Diese sind Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit und Postulationsfähigkeit sowie die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters und die Vollmacht bei der gewillkürten Stellvertretung. Hierzu wird auf die obigen Ausführungen verwiesen (§ 7 Rn. 21 ff.). 22

2. Form und Wirksamwerden

Literatur: *Bacher*, Eingang von E-Mail-Sendungen bei Gericht, MDR 2002, 559; *Dästner*, Neue Formvorschriften im Prozessrecht, NJW 2001, 3469; *Fritzsche*, Die Pflicht zum elektronischen Rechtsverkehr – Chancen und Risiken, NZFam 2022, 1; *Jungbauer*, Einreichung elektronischer Dokumente via beA im Zivilprozess, DAR 2022, 52; *Krüger/Bütter*, „Justitia goes online!“ – Elektronischer Rechtsverkehr im Zivilprozess, MDR 2003, 181; *Rossnagel*, Beweiswert von E-Mail, NJW 2003, 1209; *Rühl/Horn*, Digitalisierung des Zivilprozesses, AnwBl 2023, 96; *Schultzky*, Elektronische Kommunikation im Zivilprozess, MDR 2022, 201; *Vollkommer*, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, 1973.

Form und Wirksamwerden von Prozesshandlungen regelt das Prozessrecht selbst. Es ist zu unterscheiden, ob eine Prozesshandlung in oder außerhalb der mündlichen Verhandlung vorgenommen wird. 23

a) Prozesshandlung in mündlicher Verhandlung

In mündlicher Verhandlung erfolgt die Prozesshandlung durch Erklärung gegenüber dem Gericht. Es kommt weder auf die Anwesenheit der anderen Partei (soweit diese ordnungsgemäß geladen ist) noch auf die Protokollierung an. 24

b) Prozesshandlung außerhalb der mündlichen Verhandlung

aa) Gegenüber dem Gericht

Gegenüber dem Gericht erfolgen Prozesshandlungen durch **Einreichung eines Schriftsatzes**. Dies ist der Fall bei der Einlegung des Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil (§ 340 Abs. 1), der Einlegung von Rechtsmitteln (§§ 519 Abs. 1 (Berufungsschrift), 549 Abs. 1 (Revisionschrift), 569 Abs. 2 S. 1 (Beschwerdeschrift)), der Begründung von Berufung und Revision (§§ 520 Abs. 3 S. 1, 551 Abs. 2 S. 1) und dem Antrag auf Wiedereinsetzung in diesen Fällen (§ 236 Abs. 1). 25

In Einzelfällen kann die Prozesshandlung auch **mündlich zum Protokoll der Geschäftsstelle** (z.B. nach § 117 Abs. 1 S. 1 (PKH-Antrag), § 496 (Verfahren vor AG), § 569 Abs. 3 (Beschwerdeschrift)) angebracht werden. 26

§ 11 D. Fortführung des Verfahrens durch die Parteien

- 27 **Wirksam** wird die Prozesshandlung analog § 130 Abs. 1 BGB: Es muss der Gewahrsam des Gerichts in einer für die Entgegennahme von Schriftsätzen üblichen Weise begründet werden. Dazu richten die Gerichte Nachtbriefkästen aber auch Telefax ein, so dass Fristen bis 24 Uhr ausgenutzt werden können. Für E-Mail gilt § 130 a Abs. 5 S. 1: Danach ist das elektronische Dokument eingereicht, sobald die für den Empfang bestimmte Einrichtung des Gerichts es aufgezeichnet hat. Auf einen Ausdruck oder Kenntnis bestimmter Personen kommt es nicht an.
- 28 Die Urschriften der zuzustellenden oder einzureichenden Schriftstücke müssen vom Erklärenden, in Anwaltprozessen von einem zugelassenen Rechtsanwalt, eigenhändig unterschrieben sein. Durch den **Einsatz neuer Techniken** im Verfahren kam es hier zu gravierenden Neuerungen, die für die Einreichung der Klageschrift bereits erörtert wurden. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen (§ 8 Rn. 16 ff.).
- **Klausurhinweis:** Die Neuregelung der Schriftform im zivilprozessualen Verfahren muss als examensrelevant eingestuft werden. ◀

bb) Gegenüber dem Gegner

- 29 Gegenüber dem Gegner werden Prozesshandlungen durch Zustellung eines Schriftsatzes vorgenommen, teilweise auch durch formlose Mitteilung (z.B. §§ 134 Abs. 1, 270 S. 1, 364 Abs. 4). Auch der Verzicht auf Rechtsmittel kann durch formlose Mitteilung erklärt werden.
- 30 **Wirksam** wird die Prozesshandlung erst, wenn der Schriftsatz zugestellt wird, auch wenn die Zustellung unter Mitwirkung des Gerichts erfolgt. Wird eine formlose Mitteilung durch die Post versandt, gilt sie, falls der Adressat im Bereich des Ortsbestellverkehrs wohnt, an dem folgenden, sonst an dem zweiten Werktag nach der Aufgabe zur Post als zugegangen, außer wenn der Adressat glaubhaft macht, dass ihm die Mitteilung überhaupt nicht oder erst später zugegangen ist (§ 270 S. 2). Analog § 130 Abs. 1 S. 2 BGB soll bis zu diesem Zeitpunkt auch ein Widerruf möglich sein.

3. Auslegung

- 31 Prozesshandlungen sind der Auslegung grundsätzlich zugänglich.¹ Vorrangig ist jedoch im Verfahren die richterliche Klärung gem. § 139. Für die Auslegung von Prozesshandlungen werden die Auslegungsregeln des BGB (§§ 133, 157) entsprechend herangezogen.² Empfangsbedürftige Erklärungen sind vom Standpunkt des Empfängers auszulegen, ein entgegenstehender innerer Wille ist unbeachtlich. Im Zweifel ist eine Auslegung vorzuziehen, die die Wirksamkeit der Prozesshandlung ergibt. Auch eine Umdeutung (§ 140 BGB analog) ist denkbar.³

4. Bedingungen

Literatur: *Gottwald/Adolphsen*, Zur Zulässigkeit der eventuellen subjektiven Klagehäufung, (Linzer) Beiträge zum Zivilprozessrecht, Bd. V, 2003, S. 1; *Kion*, Eventualverhältnisse im Zivilprozess, 1971; *Merle*, Zur eventuellen Klagenhäufung, ZZP 83 (1970), 436; *Wendtland*, Die Verbindung von Haupt- und Hilfsantrag im Zivilprozess, 2001.

1 BGH, Beschluss vom 7.11.1989, Az.: VI ZB 25/8 = NJW 1990, 1118; BGH, Beschluss vom 10.6.2003, Az.: VIII ZB 126/02 = NJW 2003, 3418.

2 *Henke*, „Ein Mann – ein Wort?“ – Die Auslegung von Prozesshandlungen, ZZP 112 (1999), 397, 430.

3 BGH, Urteil vom 6.12.2000, Az.: XII ZR 219/98 = NJW 2001, 1217.

Bei der Regelung der Bedingung zeigen sich erhebliche und examensrelevante Unterschiede materieller Rechtsgeschäfte und Prozesshandlungen. 32

Der Prozess ist ein kontinuierliches Fortschreiten in einem Verfahren. Die einzelnen Schritte bauen aufeinander auf. Daher ist es zwingend, dass über den bisherigen Weg Klarheit herrscht und nicht eine von einer Bedingung abhängige Prozesslage entsteht, die ein weiteres Fortschreiten unmöglich macht. Unsicherheit entsteht bei außerprozessualen Bedingungen, weil der Eintritt dieses ungewissen Ereignisses nicht von den am Prozessrechtsverhältnis Beteiligten beherrscht wird. 33

Merke: Prozesshandlungen dürfen nicht von einer außerprozessualen Bedingung abhängig gemacht werden.

In diesem Bereich gibt es jedoch praxis- und prüfungsrelevante Ausnahmen. 34

Die wichtigste ist die **Zulässigkeit innerprozessualer Bedingungen**. Danach können die Parteien innerhalb eines bereits rechtshängigen Verfahrens eine Prozesshandlung davon abhängig machen, dass ein bestimmtes innerprozessuales Ereignis eintritt bzw. der Prozess sich in bestimmter Weise entwickelt. Da dieses in der Macht des Gerichts liegt, wird keine den Prozess beeinträchtigende Unsicherheit in das Verfahren hineingetragen. Relevant ist diese Fallgruppe ausschließlich für Erwirkungshandlungen, da darüber das Gericht – mangels unmittelbarer prozessualer Wirkung – zu befinden hat. 35

Der Bestand des Prozessrechtsverhältnisses darf dagegen nicht von einer innerprozessualen Bedingung abhängig sein, so dass eine bedingte Klageerhebung in jedem Fall unzulässig ist. 36

Merke: Innerhalb eines bereits rechtshängigen Verfahrens darf eine Prozesshandlung von der Entwicklung des Verfahrens (innerprozessuale Bedingung) abhängig gemacht werden.

a) Haupt- und Hilfsantrag

Der Kläger ist befugt, eine **eventuelle objektive Klagehäufung** (§ 8 Rn. 101 f.) vorzunehmen. Er kann z.B. Klage auf Zahlung an sich, hilfsweise auf Zahlung an den Insolvenzverwalter erheben. In diesem Fall stellt er zwei Anträge, von denen einer unbedingt, der andere aber bedingt gestellt ist. Der bedingt erhobene Antrag ist **Hilfsantrag**. (Formulierung: „Hilfsweise wird beantragt...“). Dieser kann sowohl für den Fall, dass der Hauptantrag scheitert („eigentlicher Hilfsantrag“), gestellt werden als auch für den Fall des Erfolgs des Hauptantrags („uneigentlicher Hilfsantrag“). In jedem Fall muss aber einer von mehreren Anträgen unbedingt gestellt werden und die Anträge müssen auf das wirtschaftlich oder rechtlich gleiche Ziel gerichtet sein. Da die Entscheidung über den Hilfsantrag lediglich von der Entscheidung über den Hauptantrag abhängig ist, die das Gericht selbst trifft, wird keine Unsicherheit in den Prozess gebracht. 37

Merke: Hilfsanträge können von der Entscheidung über den Hauptantrag abhängig gemacht werden.

Das gleiche Recht hat auch der Beklagte. Er kann eine Hilfswiderklage erheben, z.B. wenn die Prozessaufrechnung gesetzlich oder vertraglich ausgeschlossen ist. 38

Bei der innerprozessualen Bedingung handelt es sich um eine **auflösende**, nicht um eine aufschiebende. Auch der Hilfsantrag wird mit Zustellung der Klage rechtshängig. Die Hemmung der Verjährung (§ 204 Abs. 1 BGB) erstreckt sich auch auf den hilfsweise 39

geltend gemachten Antrag.⁴ Die Rechtshängigkeit erlischt mit Wirkung *ex tunc*, wenn die Bedingung nicht eintritt.

► **Vertiefung:** Dies hat Konsequenzen für die Verjährung, die während der Rechtshängigkeit der Klage gehemmt ist (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Wegen des Wegfalls *ex tunc* kann die Verjährungsfrist abgelaufen sein, wenn der Ausfall der Bedingung feststeht. Hier hilft § 204 Abs. 2 S. 4 BGB: Danach bleibt die verjährungshemmende Wirkung erhalten, wenn der Hilfsantrag binnen sechs Monaten erneut rechtshängig gemacht wird.⁵ ◀

- 40 Das Gericht ist an das Verhältnis von Haupt- und Hilfsantrag gebunden (§ 308 Abs. 1). Es darf erst und nur dann über den Hilfsantrag entscheiden, wenn die innerprozessuale Bedingung eintritt. Beim eigentlichen Hilfsantrag also nur dann, wenn der Hauptantrag entweder unzulässig oder unbegründet ist. Tritt die Bedingung nicht ein, so beachtet das Gericht den Hilfsantrag nicht.
- 41 Da aber der Hilfsantrag selbst bereits rechtshängig ist, kann das Gericht über den Hilfsantrag schon vor der Entscheidung über den Hauptantrag verhandeln, was verfahrensökonomisch sein kann. Denn es ist nur an einer Entscheidung durch die Bedingung gehindert.
- 42 Unzulässig ist es, eine Klage vom Ausgang eines anderen Klageverfahrens oder vom positiven Ausgang des **PKH-Antrags** abhängig zu machen.⁶ Wird gleichzeitig PKH beantragt und Klage erhoben, so ist i.d.R. von der unbedingten Klageerhebung auszugehen. In der Praxis wird die Klage meist als Entwurf gekennzeichnet oder nicht unterschrieben.

b) Eventualaufrechnung

- 43 Auch die Eventualaufrechnung gehört in den Zusammenhang zulässiger Bedingungen. In der Regel erklärt der Beklagte im Verfahren die Aufrechnung immer nur hilfsweise für den Fall, dass er mit seiner Verteidigung gegen die klägerische Forderung nicht durchdringt, das Gericht also von einem klägerischen Anspruch ausgeht. Die Aufrechnung wird deshalb hilfsweise erklärt, weil der Beklagte, wenn die klägerische Hauptforderung zurückgewiesen wird, seinen Anspruch noch behält, während dieser ansonsten durch Aufrechnung erlischt. Hierbei muss man gleich zweifach der Bedingungsfeindlichkeit begegnen:
- 44 Erstens sind Prozesshandlungen (die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess ist Prozesshandlung) an sich bedingungsfeindlich, allerdings liegt eine innerprozessuale Bedingung vor.

► **Vertiefung:** Zur Vertiefung sei darauf verwiesen, dass diese Annahme umstritten ist: Einige gehen davon aus, dass Voraussetzung jeder Aufrechnung das Bestehen der Forderung sei. Über das Bestehen der Forderung müsse das Gericht in jedem Fall Beweis erheben (sog. **Beweiserhebungstheorie**).⁷ Aus diesem Grund sei die Prozesshandlung der Geltendmachung der Aufrechnung nicht bedingt.⁸ ◀

4 BGH, Urteil vom 8.1.2014, Az.: XII ZR 12/13= NJW 2014, 920.

5 Gegenüber der bisherigen Unterbrechungsregelung hat sich daher nichts geändert. Rechtsprechung und Literatur bleiben verwertbar. S. BGH, Urteil vom 17.1.1968, Az.: VIII ZR 207/65 = NJW 1968, 692.

6 BGH, Beschluss vom 16.12.1987, Az.: IVb ZB 161/87 = NJW 1988, 2046, 2047.

7 BGH, Urteil vom 25.6.1956, Az.: II ZR 78/55 = ZZP 69 (1956), 429.

8 R/S/G, ZPR, § 104 Rn. 15 ff.

Zweitens ist die Erklärung der Aufrechnung ein materielles Rechtsgeschäft und zwar ein Gestaltungsrecht und als solches ebenfalls bedingungsfeindlich gem. § 388 S. 2 BGB. Jedoch wird überwiegend angenommen, dass der Anwendungsbereich des § 388 S. 2 BGB in diesem Fall im Interesse des Beklagten teleologisch zu reduzieren sei. Sinn der Vorschrift ist es, den Empfänger der Aufrechnungserklärung vor der Unsicherheit zu schützen, ob die Forderungen durch Aufrechnung erloschen sind. Dies sei aber nicht erforderlich, wenn ein Gericht in einem Verfahren darüber entscheide. Werden mehrere Gegenforderungen von einem Beklagten hilfsweise zur Aufrechnung gestellt, so bestimmt sich die Tilgungsreihenfolge nach § 396 BGB. Maßgeblich ist die Reihenfolge, die der Aufrechnende bestimmt. 45

5. Fehler von Prozesshandlungen

Prozesshandlungen können verschiedenste Fehler aufweisen. Sie können außerhalb einer Frist vorgenommen worden sein, es können die Prozesshandlungsvoraussetzungen fehlen oder es mangelt an der Form bzw. dem erforderlichen Inhalt. 46

Soweit Parteiaktionen einen Fehler aufweisen, ist streng nach Bewirkungs- und Erwirkungshandlungen zu unterscheiden. 47

a) Fehler bei Bewirkungshandlungen

Ist eine Bewirkungshandlung fehlerhaft, so ist sie nicht in der Lage, die prozessual erstrebte Rechtsfolge aus sich heraus herbeizuführen. Das Gericht entscheidet daher ohne Beachtung der fehlerhaften Handlung. Es liegt praktisch Unbeachtlichkeit vor. 48

b) Fehler und ihre Heilung bei Erwirkungshandlungen

Bei fehlerhaften Erwirkungshandlungen liegt keine Unbeachtlichkeit vor. Eine einheitliche Regelung der Fehlerfolge bzw. der Möglichkeit der Heilung gibt es in der ZPO nicht. 49

aa) Neuvernahme

Zahlreiche Fehler können nachträglich dadurch geheilt werden, dass die Handlung fehlerfrei erneut vorgenommen wird. Wird eine nicht unterschriebene Klage nachträglich unterschrieben, ist sie insoweit fehlerlos. Soweit aber die Klageerhebung eine Frist hemmen sollte, tritt diese Wirkung erst mit der fehlerfreien Klageerhebung ein. 50

bb) Genehmigung

Mängel der persönlichen Parteivoraussetzungen können mit Wirkung *ex tunc* beseitigt werden, z.B. die Klageerhebung eines Parteiunfähigen durch Genehmigung des später parteifähig gewordenen. Gleiches gilt für die Parteiaktion eines Vertreters ohne Vertretungsmacht. Auch hier kann der Vertretene rückwirkend genehmigen. 51

cc) Rügeverzicht des Gegners

Die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozesshandlung betreffenden Vorschrift kann nach § 295 Abs. 1 nicht mehr gerügt werden, wenn der Gegner auf die Befolgung der Vorschrift ausdrücklich verzichtet oder den Mangel nicht rügt. Das Gericht hat in diesem Fall die fehlerhafte wie eine wirksame Prozess- 52

handlung zu behandeln. Voraussetzung ist aber in jedem Fall, dass es sich um die Verletzung einer verzichtbaren Verfahrensvorschrift handelt und nicht um eine, deren Befolgung im öffentlichen Interesse liegt (§ 295 Abs. 2). Wird z.B. eine Vorschrift über die funktionelle Zuständigkeit verletzt, so erfolgt keine Heilung durch Rügeverzicht, weil die Vorschriften über die funktionelle Zuständigkeit im öffentlichen Interesse bestehen.

6. Beseitigung vorgenommener Prozesshandlungen

Literatur: *Arens*, Willensmängel bei Parteiaktionen im Zivilprozess, 1968; *Gaul*, Willensmängel bei Prozesshandlungen, AcP 172 (1972), 342; *Orfanides*, Die Berücksichtigung von Willensmängeln im Zivilprozess, 1982.

- 53 Prozesshandlungen schaffen Prozesssituationen, die für alle am Prozessrechtsverhältnis Beteiligten als feste Grundlage ihrer eigenen Prozessführung dienen sollen. Das damit verbundene Postulat der Rechtssicherheit schließt es aus, einmal eingetretene Situationen wieder rückwirkend zu ändern.

Merke: Auf Prozesshandlungen sind die §§ 116 ff. BGB über die Wirksamkeit und die Beseitigung der Rechtsfolgen von Willenserklärungen nicht analog anwendbar.

- 54 Verstreut und unübersichtlich enthält die ZPO gleichwohl Regeln, die eine Berichtigung, Korrektur oder Beseitigung bestimmter Prozesshandlungen ermöglichen.

a) Anfechtung

- 55 Eine Anfechtung von Prozesshandlungen in analoger Anwendung der §§ 119, 123, 142 Abs. 1 BGB ist nicht möglich.⁹

b) Widerruf und Rücknahme

- 56 Ob Prozesshandlungen widerrufen oder zurückgenommen werden können, hängt davon ab, ob sie bereits die Prozesslage verändert haben.

- 57 Sobald eine **Bewirkungshandlung** vorgenommen wurde, hat diese die Prozesslage umgestaltet. Daher sind vorgenommene Bewirkungshandlungen unwiderruflich.

► **Vertiefung:** Dieser Grundsatz hat eine wichtige Ausnahme erfahren. Soweit ein Urteil wegen eines **Restitutionsgrundes** mit einer Wiederaufnahmeklage (§ 580) beseitigt werden könnte (§ 28 Rn. 73), ist es zulässig, den Restitutionsgrund vorzeitig zu berücksichtigen, was zu einem Widerruf auch einer Bewirkungshandlung führen kann.¹⁰ Die Idee dieser Ausnahme ist es, einen Aufhebungsgrund schon im anhängigen Verfahren zu berücksichtigen, um nicht ein Urteil zu erlassen, das von vornherein mit der Aufhebungsmöglichkeit belastet ist. ◀

- 58 Auch eine **Klagerücknahme** soll mit Zustimmung des Beklagten aus prozessökonomischen Gründen widerrufen werden können.

- 59 Die ZPO bietet zahlreiche Möglichkeiten, um die Wirkung von **Erwirkungshandlungen** zu ändern oder zu beseitigen. Die Klage kann z.B. geändert oder zurückgenommen werden.

9 BGH, Urteil vom 27.5.1981, Az.: IVb ZR 589/80 = BGHZ 80, 389, 392 = NJW 1981, 2193. Die Literatur ist hier zum Teil anderer Ansicht, vgl. *Arens*, Willensmängel bei Parteiaktionen im Zivilprozess, S. 115 ff., 205 ff.

10 BGH, Urteil vom 8.12.1993, Az.: XI ZR 133/92 = NJW-RR 1994, 386; R/S/G, ZPR, § 65 Rn. 45.

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- > Was sind Prozesshandlungen und wo sind sie geregelt?
- > Wie werden Rechtsgeschäfte und Prozesshandlungen abgegrenzt?
- > Können Rechtsgeschäfte prozessuale Wirkung erlangen?
- > Wie unterscheiden sich Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen und wie werden sie geprüft?
- > Können Prozesshandlungen mit einer Bedingung versehen werden?
- > Was sind Hilfsanträge?

§ 12 Selbstständige und unselbstständige Verteidigung des Beklagten

I. Die Verteidigung des Beklagten

- 1 Der Beklagte kann sich gegen die Klage verteidigen. Eine entsprechende Pflicht besteht aber nicht. Er kann sich auch gänzlich passiv verhalten, womit er aber ein Versäumnisurteil im schriftlichen Verfahren (§§ 276 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 331 Abs. 3) oder spätestens, wenn er seine Verteidigungsbereitschaft doch anzeigt, in der mündlichen Verhandlung provoziert, wenn er nicht erscheint oder nicht verhandelt (§ 331 Abs. 1, siehe § 17).
- 2 Insofern spricht man im Gegensatz zu einer Verhandlungspflicht von einer **Verhandlungslast**, weil die Passivität für den Beklagten nachteilige Folgen hat.
- 3 Der Beklagte kann sich auch aktiv beteiligen, ohne dem Klageantrag zu widersprechen, indem er diesen anerkennt (§ 307). Er kann an einem Vergleich oder einer übereinstimmenden Erledigungserklärung mitwirken.
- 4 Wenn sich der Beklagte verteidigt und Klageabweisung beantragt, kommt es zur **kontradiktorischen Verhandlung**.
 - Dabei kann der Beklagte vorbringen, dass die Klage nicht schlüssig ist (dazu Rn. 11).

Merke: Schlüssig ist eine Klage, wenn der Klägervortrag, als wahr unterstellt, den gestellten Antrag rechtfertigt.
 - Er kann vorbringen, dass eine oder mehrere Sachentscheidungs Voraussetzungen fehlen oder
 - ein Prozesshindernis geltend machen.
- 5 In den beiden letzten Fällen erstrebt er ein **Prozessurteil**, also eine Abweisung der Klage als unzulässig.
 - Er kann aber auch die vom Kläger vorgetragene(n) Tatsachen bestreiten bzw. andere Tatsachen vortragen.
 - Er kann die vom Kläger vorgetragene(n) Tatsachen zugestehen (§ 288) oder nicht bestreiten (§ 138 Abs. 3) und lediglich die Rechtsansicht des Klägers in Frage stellen.
- 6 In den beiden letzten Fällen erstrebt er ein **Sachurteil** zulasten des Klägers, also eine Abweisung der Klage als unbegründet.
 - Er kann jedoch selbst aktiv werden, indem er gegen den klägerischen Anspruch (hilfsweise) aufrechnet oder selber durch eine Widerklage zum Angriff übergeht.

II. Streit um Tatsachen

- 7 In vielen Verfahren ist nicht die Rechtsanwendung das Problem, sondern die Feststellung dessen, was sich wirklich zugetragen hat. Die Parteien können eine unterschiedliche Wahrnehmung des tatsächlich Geschehenen haben, sie können aber auch jeweils günstige Tatsachen vortragen und ungünstige Tatsachen möglichst zurückhalten wollen.

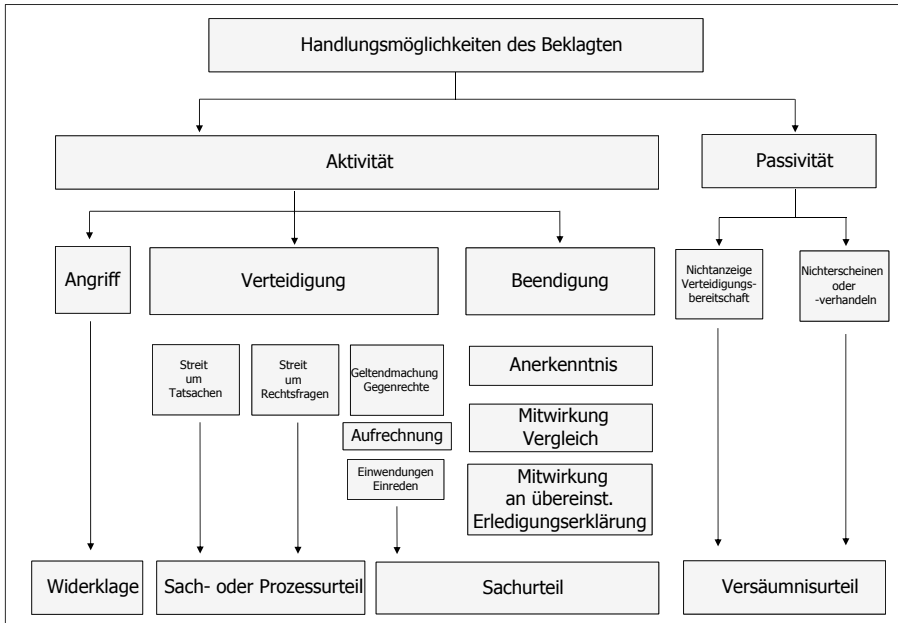


Abb. 22 Handlungsmöglichkeiten des Beklagten

1. Tatsachengrundlage im Prozess

Es ist Sache der Parteien, diejenigen Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, auf die das Gericht seine Entscheidung stützen soll. Diese Last der Parteien ist Ausfluss des Beibringungsgrundsatzes (§ 4 Rn. 12 ff.). Das Gegenstück hierzu bildet der Untersuchungsgrundsatz bzw. die Inquisitionsmaxime. Danach obliegt es dem Gericht, für die Beschaffung und den Beweis der der Entscheidung zugrunde zu legenden Tatsachen zu sorgen. Der Untersuchungsgrundsatz gilt überall dort, wo primär ein öffentliches Interesse an der Feststellung der Wahrheit besteht, etwa im Straf- und Verwaltungsprozess, aber auch in Teilen des Zivilprozesses, etwa in Kindschaftssachen (§§ 127, 113, 177 FamFG). Dort kommt es zur Geltung des Untersuchungsgrundsatzes und zu einer Einschränkung der Parteiherrschaft. 8

Als Ausfluss der Parteiherrschaft ist es dem Gericht verwehrt, andere Tatsachen als die von den Parteien in den Prozess eingeführten zu berücksichtigen, es sei denn, sie sind offenkundig (§ 291). Nicht vorgetragene Tatsachen werden als nicht bestehend im Verfahren behandelt. 9

Die **Prozessförderungspflicht** der Parteien verpflichtet diese dazu, den Tatsachenstoff zeitig und konzentriert, d.h. nicht stückweise in den Prozess einzuführen (§ 282). Ansonsten droht die Zurückweisung verspäteten Vorbringens gem. § 296. 10

2. Schlüssigkeit des klägerischen Tatsachenvortrags

In seiner Klageschrift schildert der Kläger einen bestimmten Tatsachenkomplex, aus dem sich seiner Ansicht nach ein bestimmter Anspruch ergibt. Zwar sind Rechtsausführungen an sich nicht erforderlich, weil das Gericht das Recht frei auf den vorgetra- 11

§ 12 D. Fortführung des Verfahrens durch die Parteien

genen Sachverhalt anwendet. Regelmäßig wird jedoch nicht nur ein Tatsachenkomplex geschildert, sondern auch eine Subsumtion unter eine bestimmte Norm durchgeführt, ohne den Richter aber an diese Rechtsanwendung durch die Partei zu binden.

- 12 Der Richter prüft (nachdem er sich von der Zulässigkeit der Klage überzeugt hat, § 10 Rn. 15) auf der Grundlage dieser einseitigen Schilderung der klagebegründenden Tatsachen zunächst, ob diese den klägerischen Anspruch rechtfertigen. Nur dann ist die Klage schlüssig.
- 13 Dahinter verbirgt sich eine alltägliche Subsumtion unter ausschließlicher Zugrundelegung des klägerischen Vorbringens.

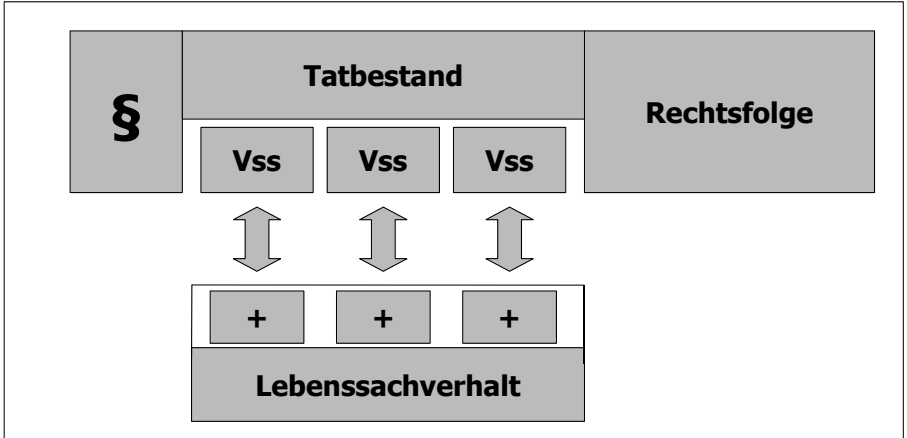


Abb. 23 Subsumtion

- 14 Und auch nur wenn die Klage schlüssig ist, ist die Tatsachenschilderung des Beklagten überhaupt relevant.

Merke: Ist die Klage nicht schlüssig, weist sie der Richter als unbegründet ab, ohne dass es auf die Einlassung des Beklagten in irgendeiner Weise ankommt.

3. Erheblichkeit des Beklagtenvorbringens

- 15 Trägt der Beklagte seinerseits Tatsachen vor, so kommt es darauf an, ob diese etwas an dem schlüssigen Klägervorbringen ändern. Tun sie dies, handelt es sich um erhebliches Beklagtenvorbringen. Je nachdem, worauf sich die vom Beklagten eingeführten Tatsachen beziehen, begehrt er ein Prozess- oder ein Sachurteil. Das in der Praxis gebräuchliche Instrument ist die **Relationstechnik**, mit der der Richter für seine Subsumtion den Prozessstoff ordnet.¹ Ziel ist es, unnötige Beweiserhebungen zu vermeiden.

a) Im Hinblick auf Sachentscheidungs voraussetzungen und Prozesshindernisse

- 16 Erhebt der Beklagte eine Zulässigkeitsrüge, d.h. trägt er eine Tatsache vor, die z.B. eine Sachentscheidungs voraussetzung entfallen lässt (z.B. der Kläger sei im Anwaltsprozess

1 Dazu *Schellhammer*, Die Arbeitsmethode des Zivilrichters, 18. Aufl. 2019; mit dem Suchbegriff „Relationstechnik“ findet man eine Fülle von Treffern von z.T. wirklich guten Darstellungen und Bildern, u.a. auch YouTube Videos von Richtern, die in der Referendausbildung tätig sind.

nicht ordnungsgemäß vertreten), so prüft der Richter diese gleich zu Beginn in der Zulässigkeitsstation. Wird das erhebliche Beklagtenvorbringen nicht widerlegt, ergeht ein Prozessurteil.

► **Fall 1:** K klagt gegen B auf Zahlung von Werklohn. B macht geltend, er hätte mit K einen Schiedsvertrag geschlossen und legt diesen vor. ◀

In diesem Fall trägt B Tatsachen vor (Abschluss eines Schiedsvertrages), die ein Prozesshindernis begründen. Sein Vorbringen ist erheblich, weil das Gericht die Klage als unzulässig abzuweisen hätte (§ 1032 Abs. 1). 17

b) Klageleugnen

Darüber hinaus kann der Beklagte die Richtigkeit des klägerischen Tatsachenvortrags ganz oder teilweise bestreiten, um ein klageabweisendes Sachurteil zu erlangen. Man nennt dies auch Klageleugnen. 18

► **Fall 2:** K verklagt B auf Zahlung des Kaufpreises aus einem am 1.10.2019 geschlossenen Kaufvertrag. B trägt vor, er habe mit K an diesem Tag nur Kaffee getrunken und keinen Vertrag geschlossen, außerdem habe an diesem Tag die Sonne geschienen. ◀

Die Klage des K ist schlüssig. Der Vortrag des B hinsichtlich des Kaffeetrinkens ist erheblich, weil er Tatsachen vorträgt, nach denen es nicht zu einem Vertragsschluss gekommen ist. Sein auf das Wetter bezogener Vortrag ist dagegen unerheblich, weil der Vortrag des K hiervon nicht betroffen ist. 19

c) Anforderungen an das Vorbringen des Beklagten

B ist auch verpflichtet, die Tatsachen hinsichtlich des Vertragsschlusses vorzutragen, er darf nicht einfach den Vertragsschluss bestreiten. **Schlichtes Bestreiten** liegt vor, wenn der Beklagte gegenüber dem Tatsachenvortrag des Klägers nur vorbringt, dieser sei falsch. Dies ist nur dann zulässig, wenn auch der Kläger seine Klage nur pauschal begründet hat, z.B. ein Herausgabeverlangen stellt mit der bloßen Behauptung, er sei Eigentümer der Sache. 20

Sobald der Kläger seinerseits einen Vorgang substantiiert schildert, muss grundsätzlich auch der Beklagte **substantiiert bestreiten** (§ 138 Abs. 2).² Das gilt besonders dann, wenn diese Tatsachen aus dem Bereich des Beklagten stammen, zu dem der Kläger keinen Zugang, also auch keine weitere Aufklärungsmöglichkeit hat. Allein die anwaltliche Floskel, es werde sämtlicher Tatsachenvortrag bestritten, soweit er nicht ausdrücklich zugestanden wird, genügt dieser Anforderung nicht. 21

Eine **Erklärung mit Nichtwissen** ist nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind (§ 138 Abs. 4). 22

► **Fall 3:** K verlangt von B Herausgabe einer Sache mit der Begründung, er sei Eigentümer, da er die Sache von D erworben habe. ◀

B darf das Eigentum des K schlicht bestreiten, da er an der Übereignung nicht selbst beteiligt und diese auch nicht Gegenstand seiner Wahrnehmung war. Hätte K aber vorgetragen, er habe die Sache von B selbst erworben, so müsste B qualifiziert bestrei- 23

2 *Arz/Gemmer*, Substanziierung im Zivilprozess, JuS 2020, 935.

ten, indem er Tatsachen vorträgt, aus denen sich ergibt, dass der Erwerb des K nicht stattgefunden hat oder unwirksam ist.

- 24 Kommt der Beklagte der Pflicht zum substantiierten Bestreiten nicht nach, wird das klägerische Vorbringen als **zugestanden** fingiert (§ 138 Abs. 3). Es kann aber bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung das substantiierte Bestreiten nachgeholt werden.

d) Geltendmachen von Einreden

► **Hinweis:** In diesem Bereich herrscht ein erhebliches **Begriffswirrwarr**: In der ZPO werden die Begriffe Einwendungen und Einreden anders als im BGB verwendet und zudem nicht einheitlich. Vorliegend wird der Begriff **Einwendung** verwendet, wenn es um das Bestreiten des tatsächlichen Klägervortrags geht (s. dazu Klageleugnen). **Einreden** i.S. der ZPO meint demgegenüber das tatsächliche Vorbringen zu Gegenrechten, um das es im Folgenden geht.³ ◀

► **Fall 4:** K verklagt B auf Zahlung des Kaufpreises aus einem am 1.2.2023 geschlossenen Kaufvertrags. B trägt vor, er sei erst 17, seine Eltern hätten in den Vertragsschluss weder zuvor eingewilligt noch diesen nachträglich genehmigt. ◀

- 25 Der Beklagte kann gegen eine schlüssige Klage derart vorgehen, dass er den klägerischen Tatsachenvortrag ganz oder teilweise zugesteht, aber ergänzend Tatsachen vorträgt, die rechtshindernde, rechtsvernichtende oder rechtshemmende Einreden begründen.
- 26 Im obigen Fall macht B seine beschränkte Geschäftsfähigkeit (§§ 106, 2 BGB) geltend. Dabei handelt es sich um eine **rechtshindernde** Einrede, weil schon die Entstehung des Anspruchs verhindert wird.
- 27 Trägt B vor, K habe ihn bei Vertragsschluss bedroht, so macht er eine **rechtsvernichtende** Einrede (§ 142 Abs. 1 BGB) geltend.
- 28 B könnte aber auch vortragen, der Vertragsschluss sei so lange her, dass der Anspruch bereits verjährt ist. In diesem Fall würde B eine **rechtshemmende** Einrede geltend machen. Diese lässt den Anspruch zwar nicht erlöschen, die Klage des K würde aber als unbegründet abgewiesen; eine klageweise Geltendmachung eines verjährten Anspruchs ist ausgeschlossen.
- 29 Die Geltendmachung aller Einreden hat, wenn der Kläger dem nichts entgegen zu halten hat, zur Folge, dass die Klage als unbegründet abgewiesen wird.

e) Replik des Klägers

- 30 Der Kläger kann auf dieses Vorbringen wiederum reagieren, indem er die vom Beklagten vorgetragene Tatsachen leugnet oder aber weitere Tatsachen vorträgt, die eine Gegeneinrede begründen.

4. Geständnis

Literatur: *Orfanides*, Probleme des gerichtlichen Geständnisses, NJW 1990, 3174; *ders.*, Das vorweggenommene Geständnis, FS Baumgärtel, 1990, S. 427; *Paulowski*, Keine Bindung an „Geständnisse“ im Zivilprozess?, MDR 1997, 7; *Rosenberg*, Zur Lehre vom qualifizierten Geständnis, AcP 94 (1903), 1; *Schneider*, Das Geständnis im Zivilprozess, MDR 1991, 297.

3 Im Anschluss an R/S/G, ZPR, § 103 Rn. 2 ff.

Anders als das Anerkenntnis (§ 307), das sich auf den prozessualen Anspruch bezieht, betrifft das Geständnis Tatsachen. Allerdings kann sich ein Geständnis auch auf „juristisch eingekleidete“ Tatsachen beziehen, z.B. auf die Frage, wer Vertragspartei geworden ist.⁴ Das Geständnis beinhaltet als Prozesshandlung die Erklärung einer Partei, dass ein ihr ungünstiges Vorbringen der anderen Partei wahr ist. Die andere Partei muss also eine Tatsache, für die sie beweispflichtig ist, zuvor behauptet haben. Diese Tatsache muss vom Richter – so wie zugestanden – der Entscheidung zugrunde gelegt werden, auch wenn er selbst vom Gegenteil überzeugt ist. Das Geständnis hat eine wahrheitsschaffende Wirkung.⁵ Die Tatsache ist einer Beweisaufnahme entzogen (§ 288 Abs. 1). Diese Wirkung des Geständnisses ist die Konsequenz des Beibringungsgrundsatzes (s.o. § 4 Rn. 12 ff.). Nach Anerkenntnis ergeht dagegen Anerkenntnisurteil, so dass das Anerkenntnis eine Verfügung über den Streitgegenstand und damit Konsequenz des Dispositionsgrundsatzes ist.

31

Das Geständnis wird einseitig gegenüber dem Gericht erklärt (§ 288 Abs. 2).

32

► **Hinweis:** Das Geständnis muss vom nicht ausdrücklichen Bestreiten gem. § 138 Abs. 3 abgegrenzt werden: das nicht ausdrückliche Bestreiten hat zwar eine Geständnisfiktion zur Folge („... sind als zugestanden anzusehen...“), das Bestreiten kann jedoch, soweit es nicht präkludiert ist (§ 296), bis zum Ende der mündlichen Verhandlung nachgeholt werden (Rn. 24). ◀

Die geständige Partei ist an das Geständnis in allen Instanzen gebunden (§§ 288, 535), es ist nur unter sehr engen Voraussetzungen ein **Widerruf** möglich (§ 290). Wenn die Partei nachweist, dass das Geständnis unwahr ist und durch einen Irrtum über die Wahrheit der Tatsache veranlasst wurde, verliert das Geständnis seine Wirkung. Mangels eines solchen Irrtums wird allgemein gefolgert, dass das **bewusst unwahre Geständnis** nicht widerrufbar ist. Trotz der Verpflichtung der Parteien zu wahrheitsgemäßen Erklärungen durch § 138 Abs. 1 kann also eine Partei derart über den Prozessstoff verfügen, dass sie dem Gericht eine bewusst unwahre Tatsachengrundlage zur Entscheidung stellt. Der BGH hat dies als mit der Wahrheitspflicht vereinbar angesehen, weil der Ausschluss des Widerrufs eine geeignete Sanktion für die Verletzung der Wahrheitspflicht sei.⁶

33

Eine Anfechtung wegen Irrtums (§§ 119 ff. BGB) ist ausgeschlossen, da das Geständnis Prozesshandlung und nicht Willenserklärung ist.

34

Anders als das gerichtliche Geständnis ist ein **außergerichtliches Geständnis** frei zu würdigen (§ 286, § 23 Rn. 36). Es wird als Indiz für die eingestandene Tatsache angesehen. So hat der BGH in einem Einzahlungsbeleg einer Bank eine Quittung gesehen, die ein außergerichtliches Geständnis hinsichtlich des Leistungsempfangs enthalte. Nach der Lebenserfahrung könne davon ausgegangen werden, dass die Bestätigung einer Bank, einen bestimmten Geldbetrag erhalten zu haben, richtig ist.⁷ Der Gegenbeweis ist zwar möglich, aber regelmäßig ausgesprochen schwer zu führen.

35

4 BGH, Urteil vom 6.10.2005, Az.: III ZR 367/04 = MDR 2006, 408.

5 R/S/G, ZPR, § 113 Rn. 9.

6 BGH, Urteil vom 24.5.1962, Az.: VII ZR 465/61 = BGHZ 37, 154 = NJW 1962, 1395.

7 BGH, Urteil vom 28.9.1987, Az.: II ZR 35/87 = NJW 1988, 881.

5. Beweisbedürftigkeit

- 36 Richtiges Bestreiten des Beklagten führt dazu, dass die vorgetragene(n) Tatsachen des Beweises bedürfen.⁸ Das heißt im Umkehrschluss, dass die Tatsachen, die wegen fehlenden qualifizierten Bestreitens als zugestanden gelten (§ 138 Abs. 3), keines Beweises bedürfen. Diese werden als unstrittig behandelt. Ausdrücklich zugestandene Tatsachen bedürfen ebenso wie offenkundige Tatsachen keines Beweises.

III. Streit um Rechtsfragen

- 37 Natürlich kann in einem Prozess auch ausschließlich oder zusätzlich zum Streit um Tatsachen um die Rechtsanwendung gestritten werden. Der Beklagte kann sich dahin einlassen, dass schon die Klage nicht schlüssig sei, weil der vorgetragene Sachverhalt den vom Kläger geltend gemachten Anspruch nicht rechtfertigt. Er kann geltend machen, eine Rechtsnorm sei anders auszulegen als es der Kläger getan habe, eine andere Rechtsnorm sei zusätzlich anzuwenden oder eine bestimmte Rechtsnorm sei analog anzuwenden.

IV. Aufrechnung des Beklagten

Literatur: Büßer, Die „Flucht“ des Beklagten vor der Präklusion seiner Prozessaufrechnung, JuS 2009, 319; Eicker, Die Aufrechnung in der Examensklausur – Teil I, JuS 2020, 48; Teil II JuS 2020, 132; Gaa, Die Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Gegenforderung, NJW 1997, 3343; Habermeier, Grundfragen der Aufrechnung, JuS 1997, 1057; Huber, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Prozessaufrechnung des Beklagten, JuS 2008, 1050; Leichsenring, Die Rücknahme der Prozessaufrechnung, NJW 2013, 2155; Musielak, Die Aufrechnung des Beklagten im Zivilprozess, JuS 1994, 817; Schenke/Ruthig, Die Aufrechnung mit rechtswegfremden Forderungen im Prozess, NJW 1992, 2505; Skamel, Verfahrensaussetzung bei Prozessaufrechnung mit rechtshängiger Gegenforderung, NJW 2015, 2460; Wolf, Die Prozessaufrechnung – Teil 1, JA 2008, 673, Teil 2, JA 2008, 753.

- 38 Gegenansprüche können im Prozess im Wege der Aufrechnung und durch Widerklage (dazu V.) geltend gemacht werden.
- 39 Bei der Darstellung der Prozesshandlungen ist die Aufrechnung bereits als materielles Rechtsgeschäft vorgestellt worden, von dem die Geltendmachung im Prozess zu trennen ist (§ 11 Rn. 10). Die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess ist Prozesshandlung, sie ist ein Verteidigungsmittel des Beklagten und unterliegt insoweit den Regelungen des Prozessrechts. Dieses Nebeneinander führt aber auch zu einigen dogmatischen Problemen.

8 Im Folgenden wird eine mögliche Replik des Klägers zur Vereinfachung der Darstellung außer Acht gelassen.

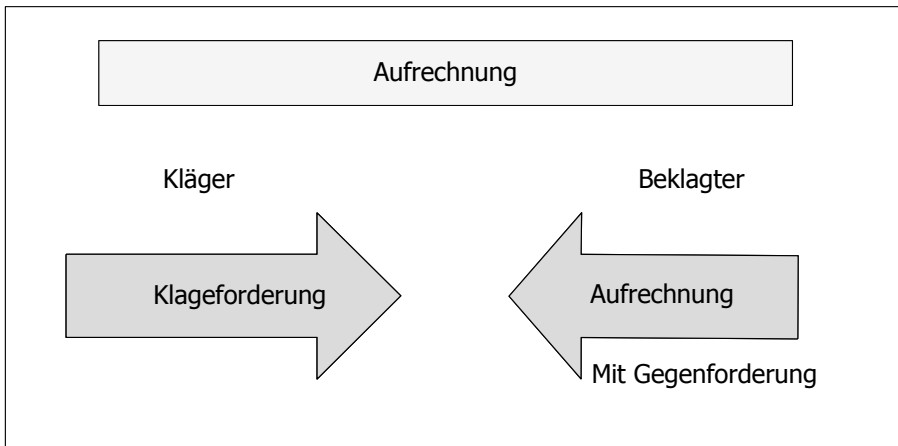


Abb. 24 Aufrechnung

1. Wirksamkeitsvoraussetzungen

Materiellrechtlich ist die Aufrechnung ein Gestaltungsrecht. Sie muss als solches durch Erklärung (§ 388 BGB) ausgeübt werden, mit der Folge, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber gestanden haben. Die Aufrechnung wirkt also so, als hätte der (aufrechnende) Schuldner erfüllt. Daher bezeichnet man sie auch als Erfüllungssurrogat. Als Gestaltungsrecht ist die Aufrechnung bedingungsfeindlich (§ 388 S. 2 BGB) und unwiderruflich.

40

Prozessual ist die Aufrechnung Prozesshandlung. Diese wird durch das Prozessrecht geregelt, so dass zunächst die allgemeinen Prozesshandlungsvoraussetzungen gegeben sein müssen. Das Prozessrecht verlangt für die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess, dass diese in analoger Anwendung des § 253 Abs. 2 hinreichend bestimmt geltend gemacht wird. Dazu müssen die Parteien der Forderung sowie Art und Umfang ihres Entstehens genannt werden. Da die Aufrechnung Verteidigungsmittel und nicht selbstständige Verteidigung in Form einer Gegenklage ist, muss das Gericht, vor dem die Aufrechnung erklärt wird, für die isolierte Geltendmachung der Forderung weder örtlich noch sachlich zuständig sein. Die Zulässigkeit des Rechtswegs und Zuständigkeit des Gerichts, bei dem die Klageforderung rechthängig ist, ändert sich durch die Aufrechnung nicht. Eine Addition der Zuständigkeitsstreuwerte von Klage- und Aufrechnungsforderung erfolgt nicht. Für die Aufrechnungsforderung muss der ordentliche Rechtsweg gegeben sein (Rn. 45 ff.). Die Entscheidung über die Aufrechnungsforderung erwächst in Rechtskraft (§ 322 Abs. 2, § 28 Rn. 28 ff.).

41

2. Keine Rechtshängigkeit der Aufrechnungsforderung

► **Fall 5:** B aus Hamburg macht gegen K aus Düsseldorf eine Werklohnforderung i.H.v. 7.000 € vor dem LG Düsseldorf geltend. K klagt einige Zeit später gegen B auf Kaufpreiszahlung i.H.v. 6.000 € vor dem LG Hamburg. Gegen diese Klage rechnet B mit der Werklohnforderung, die bereits vor dem LG Düsseldorf Gegenstand des dortigen Rechtsstreits ist, auf. Ist er dazu befugt? ◀

- 42 Die Frage ist, ob der Zulässigkeit der Aufrechnung vor dem LG Hamburg die anderweitige Rechtshängigkeit der Forderung vor dem LG Düsseldorf entgegensteht. In diesem Fall wäre die Aufrechnung als unzulässig zurückzuweisen.
- 43 Die Teilnahme der Aufrechnung am Umfang der Rechtskraftwirkung (§ 322 Abs. 2) könnte voraussetzen, dass die Forderung zuvor rechtshängig geworden ist. Dies spräche für die Unzulässigkeit der Prozessaufrechnung, da dann der Aufrechnung der Einwand der Rechtshängigkeit der Forderung entgegenstünde (§ 261 Abs. 3 Nr. 1).
- 44 Die überwiegende Ansicht geht davon aus, dass die Aufrechnungsforderung nicht rechtshängig wird, da sie (anders als bei der Widerklage nach § 33) nur als Verteidigungsmittel in den Prozess eingeführt werde. Die Rechtskraftfähigkeit der Entscheidung stehe dem nicht entgegen, weil keine selbstständige Entscheidung über die Aufrechnungsforderung erstrebt ist.⁹ Der Beklagte sei deshalb nicht nach § 261 Abs. 3 Nr. 1 gehindert, mit einer in einem ersten Prozess eingeklagten Forderung in einem zweiten Rechtsstreit (auch nur hilfsweise) aufzurechnen (eine Widerklage wäre dagegen wegen der anderweitigen Rechtshängigkeit nicht möglich! (Rn. 74)). Letztlich geht es bei dem Streit darum, die für den Aufrechnenden nachteiligen Folgen zu vermeiden. Dass der Beklagte mit einer anderweitig rechtshängigen Forderung aufrechnen kann, ist daher nahezu allgemein anerkannt. Um widerstreitende Entscheidungen und die doppelte Befassung mit denselben Sach- und Rechtsfragen zu vermeiden, bleibt die Möglichkeit, eines der Verfahren nach § 148 auszusetzen. Ob hierbei der zweite Aufrechnungsprozess oder aber der erste Klageprozess auszusetzen ist, regelt die Vorschrift nicht. Dies ist umstritten.¹⁰ Das OLG Frankfurt a.M. hielt 2015 die Aussetzung des zweiten Aufrechnungsprozesses für grundsätzlich ausgeschlossen.¹¹ Das OLG Dresden hatte sich 1994 noch für die Aussetzung des zweiten Aufrechnungsprozesses ausgesprochen. Lässt man den Aufrechnungseinwand im zweiten Verfahren zu und setzt dieses nicht aus, kann sich das erste Verfahren erledigen. Denn wenn das Verfahren vor dem LG Hamburg rechtskräftig abgeschlossen wird, ist die Forderung des B erloschen, so dass die Klage in Düsseldorf, wenn B nicht durch Erledigungserklärung oder durch Klagerücknahme reagiert, als unbegründet abgewiesen wird.

3. Aufrechnung mit rechtswegfremder Forderung

- **Fall 6:** K ist Fliesenlegermeister und verlegt im Rathaus seiner Gemeinde neue Fliesen. Als die Gemeinde nicht zahlt, erhebt K Klage auf Zahlung des Werklohns. Im Verfahren rechnet die Gemeinde mit rückständigen Gebühren wegen Anschluss des Grundstücks des K an die neue Kanalisation auf. Wie hat das Gericht zu entscheiden? ◀
- 45 Für die Werklohnforderung ist der Weg zu den Zivilgerichten gegeben (§ 13 GVG). Die Forderung der Gemeinde wäre klageweise vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen (§ 40 Abs. 1 VwGO). Ob eine Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Forderung zulässig ist, wird unterschiedlich beurteilt. Hintergrund dieses Streits ist die Regelung in § 17 Abs. 2 GVG: Danach entscheidet das Gericht des zulässigen Rechts-

9 BGH, Urteil vom 11.11.1971, Az.: VII ZR 57/70 = NJW 1972, 450; BGH, Urteil vom 17.12.1998, Az.: VII ZR 272/97 = NJW 1999, 1179, 1180; R/S/G, ZPR, § 104 Rn. 25.

10 Gesamtdarstellung bei *Skamel*, Verfahrensaussetzung bei Prozessaufrechnung mit rechtshängiger Gegenforderung, NJW 2015, 2460.

11 OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 26.1.2015, Az.: 6 W 107/14 = NJW 2015, 2512. Kritisch *Skamel*, Verfahrensaussetzung bei Prozessaufrechnung mit rechtshängiger Gegenforderung, NJW 2015, 2460 mit Rücksicht auf Zweckmäßigkeitserwägungen und einer Differenzierung zwischen Primär- und Hilfsaufrechnung.

weges (hier das Zivilgericht) den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden **rechtlichen Gesichtspunkten**. Ermöglicht bzw. erzwingt diese Regelung die Berücksichtigung einer Aufrechnungsforderung, die isoliert in einem anderen Rechtsweg einzuklagen wäre? Wäre dies der Fall, so hätte ein Gericht über Rechtsfragen aus einem anderen Rechtsweg zu entscheiden.

Ist in dem anderen Rechtsweg bereits rechtskräftig über die rechtswegfremde Forderung entschieden oder ist das Bestehen der rechtswegfremden Forderung unter den Parteien unstrittig, darf das Gericht nach allen Ansichten die Aufrechnungsforderung berücksichtigen.¹²

Die **h.M.** verneint die Zulässigkeit der Aufrechnung mit rechtswegfremden Forderungen, da dem Gericht keine rechtswegübergreifende Sachkompetenz durch § 17 Abs. 2 VVG eingeräumt werde, weil es sich bei der Aufrechnung nicht um einen rechtlichen Gesichtspunkt handele, sondern um die Geltendmachung eines eigenen Anspruchs.¹³ Das Gericht müsse daher den Rechtsstreit um die Werklohnforderung aussetzen (analog § 148), bis das VerwG über die Klage der Gemeinde entschieden hat und dann dieses Ergebnis in seinem Verfahren bei der Aufrechnung berücksichtigen.

Die **Gegenmeinung** will das ordentliche Gericht auch über die rechtswegfremde Forderung entscheiden lassen.¹⁴ Hierfür spricht sicherlich der Grundsatz der Prozessökonomie.

► **Vertiefung:** Wenn man der h.M. folgt, muss man dieses Ergebnis insgesamt auf alle Fälle der Aufrechnung mit rechtswegfremden Forderungen erstrecken, da die verschiedenen Rechtswege einander gleichgestellt sind. Daher gilt die Lösung der h.M. auch für das Verhältnis von ordentlichen und Arbeitsgerichten. Der Hinweis, die beiden Rechtswege seien sich „wesensähnlich“, verfängt nicht.¹⁵ ◀

4. Probleme der Doppelnatur der Prozessaufrechnung

► **Fall 7:** K klagt gegen B eine Werklohnforderung ein. Als B im Verlauf des Prozesses merkt, dass seine Chancen auf Klageabweisung nicht gut sind, entscheidet er sich dazu, mit einer Forderung aus einem Kaufvertrag aufzurechnen. Das Gericht hält den Aufrechnungseinwand für verspätet und weist ihn nach § 296 zurück. Kann B die Forderung noch in einem nachfolgenden Klageverfahren geltend machen? ◀

Die Aufrechnung ist Verteidigungsmittel und fällt unter § 296. Die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess war als Prozesshandlung daher unzulässig. Die materiellrechtliche Aufrechnung aber nicht, da es im materiellen Recht keine (prozessuale) Rechtzeitigkeit gibt. Die Forderung wäre erloschen (§ 389 BGB). B würde also in voller Höhe der Klageforderung verurteilt und hätte trotzdem seine Forderung verloren. Dieses Ergebnis ist die unmittelbare Konsequenz der Trennung von materiellem Rechtsgeschäft Aufrechnung und der Geltendmachung als Prozesshandlung. Das Ergebnis wird allgemein als unbefriedigend und korrekturbedürftig angesehen.

12 So z.B. auch OLG Nürnberg, Beschluss vom 15.7.2015, Az.: 12 W 1374/15 = BeckRS 2015, 15037; BGH, Urteil vom 11.1.1955, Az.: I ZR 106/53 = NJW 1955, 497; BVerwG, Beschluss vom 31.3.1993, Az.: 7 B 5/93 = NJW 1993, 2255.

13 Stein/Jonas/Leipold, § 145 ZPO Rn. 35; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 145 Rn. 24.

14 Schenke/Ruthig, Die Aufrechnung mit rechtswegfremden Forderungen im Prozess, NJW 1992, 2505, 2510; Gaa, Die Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Gegenforderung, NJW 1997, 3343.

15 BAG, Beschluss vom 23.8.2001, Az.: 5 AZB 3/01 = NJW 2002, 317; R/S/G, ZPR, § 103 Rn. 30.

- 49 Eine Ansicht will § 139 BGB analog anwenden, wenn die Aufrechnung im Prozess erklärt wird:¹⁶ Materielle Aufrechnungserklärung und Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess seien ein Doppeltatbestand, der Beklagte wolle sie nur zusammen vornehmen. Sollte die Aufrechnung als prozessual unzulässig zurückgewiesen werden, solle auch die materiellrechtliche Aufrechnung nicht wirksam werden. Damit stünde die materiellrechtliche Aufrechnungserklärung unter der Bedingung, dass diese prozessual zulässig ist.
- 50 Die Gegenansicht meint, dass unabhängig von § 139 BGB immer konkludent eine bedingte materiellrechtliche Aufrechnungserklärung gegeben sei. Daher behalte B seine Forderung, auch wenn die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess zurückgewiesen wird.¹⁷
- 51 Der Weg über § 139 BGB versagt dann, wenn die Aufrechnung außerhalb des Prozesses erklärt wird, da hier kein Doppeltatbestand vorliegt, der eine analoge Anwendung des § 139 BGB rechtfertigen könnte. Wird die Aufrechnung außerhalb des Prozesses erklärt und später im Prozess zurückgewiesen, soll der Verlust der Forderung in Kauf zu nehmen sein, wenn den Beklagten an der Verspätung ein Verschulden trifft.¹⁸
- **Hinweis:** Die Problematik ist nicht auf die Präklusion beschränkt. Die Frage stellt sich in allen Fällen, in denen die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess unzulässig, die Aufrechnung aber materiellrechtlich wirksam ist.¹⁹

B hätte aber statt der Aufrechnung Widerklage im laufenden Verfahren erheben können bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, da die Widerklage nicht Verteidigungsmittel und daher auch nicht präkludiert ist. Zur taktischen Auswahl zwischen Aufrechnung und Widerklage und zur Kombination s. Rn. 61, 88. ◀

5. Aufrechnung im Verfahren

- 52 Das Gericht ist nicht befugt, die Entscheidung über die Klageforderung deshalb offen zu lassen, weil es sie entweder für unbegründet oder jedenfalls durch die Aufrechnung für erloschen ansieht (so die früher vertretene **Klageabweisungstheorie**). In diesem Fall ist es unmöglich festzustellen, ob die Entscheidung über die Aufrechnungsforderung an der Rechtskraft teilnimmt (§ 322 Abs. 2). Ist das Gericht der Meinung, dass die Klageforderung nicht besteht, so muss es die Klage deshalb abweisen. Nur wenn das Gericht die Klageforderung bejaht, darf es überhaupt auf die Aufrechnungsforderung eingehen (**Beweiserhebungstheorie**).
- 53 Das Gericht hat auch die Möglichkeit, das Verfahren um Klageforderung und Gegenforderung gem. § 145 Abs. 3 zu trennen, wenn beide Forderungen in keinem rechtlichen Zusammenhang stehen. Dieser Zusammenhang entspricht dem des § 273 Abs. 1 BGB.
- **Vertiefung:** Es kann im Verfahren zu verschiedenen Zeitpunkten die **Entscheidungsreife** über die Klageforderung und über die Gegenforderung bestehen. In diesem Fall kann das Gericht ein **Vorbehaltsurteil** (§ 302 Abs. 1) erlassen, wenn es schon die Klageforderung für begründet hält. In diesem Urteil erfolgt ein normaler Ausspruch zur Klageforderung. Zusätz-

16 R/S/G, ZPR, § 103 Rn. 45.

17 Musielak/Voit, ZPO, Rn. 301.

18 R/S/G, ZPR, § 103 Rn. 49.

19 S. dazu R/S/G, ZPR, § 103 Rn. 35 ff.

lich behält sich das Gericht ausdrücklich die Entscheidung über die Aufrechnungsforderung vor. Diese Entscheidung ergeht in einem Nachverfahren (§ 302 Abs. 4). Zum Schluss wird insgesamt über die gesamte Klage entschieden. Dieses Endurteil kann, wenn die Gegenforderung nicht besteht, das Vorbehaltsurteil bestätigen (der Vorbehalt wird aufgehoben) oder aber, wenn die Gegenforderung besteht, das Vorbehaltsurteil aufheben und die Klage abweisen. Das Vorbehaltsurteil steht also unter der auflösenden Bedingung des Ausgangs des Nachverfahrens. Hat der Kläger aus dem Vorbehaltsurteil die Zwangsvollstreckung betrieben, so tut er dies auf eigenes Risiko: Er ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Beklagten durch die Vollstreckung des Urteils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist (§ 302 Abs. 4 S. 3). ◀

6. Aufrechnung in der Klausur

Aus den Anforderungen an das Verfahren ergeben sich für eine Richterklausur unmittelbare Konsequenzen. 54

Sie müssen zuerst die Zulässigkeit und die Begründetheit der Klageforderung prüfen. Ist diese unzulässig oder unbegründet, kommt es auf die Aufrechnung nicht an. 55

Nur wenn die Klageforderung begründet ist, dürfen Sie die Aufrechnung prüfen. Dabei ist zu ermitteln, ob die Geltendmachung im Prozess zulässig ist, insbesondere, ob die Prozesshandlungsvoraussetzungen gegeben sind. Hier ist bei einer Eventualaufrechnung auf das Problem der innerprozessualen Bedingung einzugehen. Die Frage der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des Gerichts für die Gegenforderung dürfen Sie nicht erörtern, weil die Aufrechnung eben nur Verteidigungsmittel ist. An dieser Stelle kann auch auf das Problem anderweitiger Rechtshängigkeit der Aufrechnungsforderung einzugehen sein. 56

Erst wenn Sie die Geltendmachung der Gegenforderung für zulässig halten, gehen Sie auf die Begründetheit der Gegenforderung ein. 57

V. Widerklage des Beklagten

Literatur: Koch, Wider- und Drittwiderklage, JA 2013, 95; Luckey, Probleme der parteierweiternden Widerklage, JuS 1998, 499; ders., Die Widerklage gegen Dritte – Zeugen zum Abschluss freigegeben?, MDR 2002, 743; Lühl, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Drittwiderklage, JA 2015, 374; Ott, Die Parteiwiderklage, 1999; Rimmelspacher, Zur Bedeutung des § 33 ZPO, FS Lüke, 1997, S. 655; Schneider, Prozesstaktischer Einsatz der Widerklage, MDR 1998, 21; Schöler, Die isolierte Drittwiderklage als legitimes Instrument der Prozesstaktik, MDR 2011, 522; Schreiber, Die Widerklage, JURA 2010, 31; Schröder, Widerklage gegen Dritte?, AcP 164 (1964), 517; Skusa, Die isolierte Drittwiderklage gegen Zedenten – Zulässigkeit und anwaltliche Hinweispflichten, NJW 2011, 2697; Wagner, Die Widerklage, JA 2014, 655.

Die Regelung der örtlichen Zuständigkeit für die Widerklage ist in § 33 enthalten. 58

Einen entsprechenden Gerichtsstand findet man in Art. 8 Nr. 3 EuGVO, den meisten anderen nationalen Rechtsordnungen sowie in zahlreichen Staatsverträgen. 59

Ziel ist die Förderung der Prozessökonomie und die Vermeidung sich widersprechender Entscheidungen. Zusammengehörendes soll zumindest zusammen entschieden werden können. 60

Der Beklagte erhält durch die Widerklage die Möglichkeit, selber eine **eigenständige Klage** gegen den Kläger im laufenden Verfahren geltend zu machen. Er verteidigt sich also nicht nur, wie bei der Aufrechnung, gegen die gegnerische Klage, sondern er 61

erhebt selbst eine eigene Klage. Die Geltendmachung der und die Entscheidung über die Widerklage ist anders als bei der Prozessaufrechnung nicht von der gerichtlichen Entscheidung über die Klageforderung abhängig. Erhebt der Beklagte eine Widerklage, so hat das Gericht, wenn es diese für zulässig hält, darüber zu befinden, unabhängig davon, ob die Klage noch rechtshängig ist (z.B. durch Klagerücknahme) oder ob die Klage zulässig und begründet ist. Im Fall der Aufrechnung hängt wie gesehen (Rn. 55) die Entscheidung über die Gegenforderung davon ab, dass das Gericht die Klage für zulässig und begründet hält. Haben die Parteien ein Aufrechnungsverbot vertraglich vereinbart oder besteht ein gesetzliches Aufrechnungsverbot (§§ 390 ff. BGB), so kann dieses durch Erhebung einer Widerklage umgangen werden.

- 62 Die Widerklage ist im Grundsatz eine ganz normale Klage, die aber aus prozessökonomischen Gründen in mehrfacher Hinsicht privilegiert wird.
- 63 Der Beklagte wird dabei als **Widerkläger**, der Kläger als **Widerbeklagter** bezeichnet.

► **Hinweis:** In vielen Ländern kommt die Widerklage im 1. Staatsexamen überproportional häufig vor. Insofern erfolgt hier eine umfangreiche Darstellung. ◀

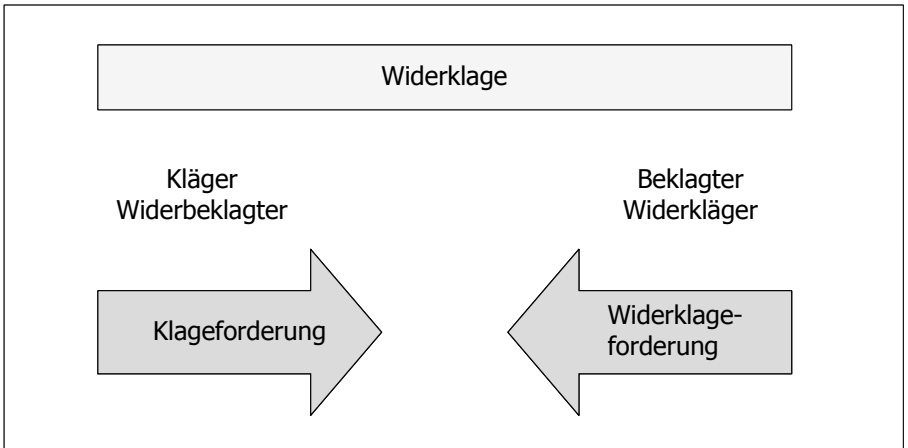


Abb. 25 Widerklage

1. Widerklage als normale Klage

- 64 Die Widerklage ist zunächst eine normale Klage, für die die für alle Klagen geltenden Vorschriften Anwendung finden, soweit keine Sonderregeln bestehen. Sie begründet einen neuen Streitgegenstand und ein neues Prozessrechtsverhältnis unter den Beteiligten, das vom Bestand der Klage grundsätzlich unabhängig ist.

► **Klausurhinweis:** Zulässigkeit und Begründetheit von Klage und Widerklage müssen immer getrennt geprüft werden. ◀

a) Prozess- und Sachentscheidungs Voraussetzungen

- 65 Es müssen alle Prozess- und Sachentscheidungs Voraussetzungen gegeben sein.

b) Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit ist anhand der §§ 12 ff. zu prüfen. Ergibt sich daraus eine örtliche Zuständigkeit, kommt es auf § 33 nicht an. Um aber dem Korrektor zu zeigen, dass dieser Problembereich verstanden und beherrscht wird, empfiehlt es sich, dies anzusprechen: 66

Formulierungsvorschlag für die Klausur: „Da sich die örtliche Zuständigkeit bereits aus §§ 12, 13 ergibt, kommt es auf eine Zuständigkeitsbegründung durch § 33 nicht an.“ 67

Ergibt sich die örtliche Zuständigkeit nicht aus §§ 12 ff., kommt es auf § 33 an. Danach ist ein **Zusammenhang** erforderlich. Dieser ist ein prozessualer, der aber in Anlehnung an den in § 273 BGB genannten bestimmt wird. Im Grundsatz muss daher ein einheitlicher Lebenssachverhalt vorliegen. 68

► **Fall 8:** K aus Kiel verklagt B aus Hamburg vor dem AG Hamburg auf Zahlung des Kaufpreises für eine Sache i.H.v. 1.000 €. B rechnet dagegen mit einer Forderung aus einem Werkvertrag auf. Hinsichtlich des Teils der Werklohnforderung, die die Klageforderung übersteigt, erhebt er Widerklage auf Zahlung i.H.v. 3.000 €.

Ist die Widerklage zulässig? ◀

Für die Klage des K ist das AG Hamburg örtlich zuständig. Für die Aufrechnung des B ist eine örtliche Zuständigkeit nicht zu prüfen, da die Aufrechnung Verteidigungsmittel und keine Klage ist. Für die Widerklage ist das AG Hamburg nicht nach den §§ 12 ff. örtlich zuständig. Es kommt auf § 33 an. Eine örtliche Zuständigkeit setzt also den in § 33 geforderten Zusammenhang voraus. Die Kaufpreisforderung und die Werklohnforderung stehen in keinem Zusammenhang, da sie auf völlig unterschiedlichen Lebenssachverhalten beruhen. Der Zusammenhang kann aber auch zwischen der Widerklageforderung und einem Verteidigungsmittel bestehen. Hier besteht der Zusammenhang zwischen Widerklageforderung und Aufrechnungsforderung (Verteidigungsmittel), da B einen Teil der Forderung zur Aufrechnung nutzt und den Restbetrag per Widerklage geltend macht. Die örtliche Zuständigkeit des AG Hamburg besteht daher auch für die Widerklageforderung. 69

c) Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich nicht aus § 33. Das ist unstrittig. Hier bestimmt § 5 Hs. 2, dass der Streitwert von Klage und Widerklage nicht addiert wird. Dadurch kommt es zu examens- und klausurtypischen Fragestellungen, die im Grundsatz bereits bei der Erörterung der sachlichen Zuständigkeit angesprochen wurden (§ 6 Rn. 36). 70

► **Fall 9:** K klagt gegen B vor dem AG auf Kaufpreiszahlung von 4.000 €. B erhebt daraufhin Widerklage auf Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 7.000 €.

Ist das AG zuständig? ◀

Für die Widerklage ist das LG sachlich zuständig (§§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG). Das AG hat den Beklagten darauf hinzuweisen (§ 504). Beide Parteien können die Verweisung des gesamten Rechtsstreits (also Klage *und* Widerklage) an das sachlich zuständige LG beantragen (§ 506). Tun sie dies übereinstimmend nicht, so liegt eine Prorogation der sachlichen Zuständigkeit des AG vor. Erhebt der Beklagte keine Ein- 71

wände und verhandelt trotz Hinweises des Gerichts zur Hauptsache, liegt eine rügelose Einlassung vor (§ 39, dieser gilt auch für die sachliche Zuständigkeit! (§ 6 Rn. 89)).

► **Fall 10:** K klagt gegen B vor dem LG auf Kaufpreiszahlung i.H.v. 8.000 €. B erhebt daraufhin Widerklage auf Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 3.000 €.

Ist das LG zuständig? ◀

- 72 In diesem Fall ist das LG an sich für die Widerklage nicht zuständig, da diese sachlich zur Zuständigkeit des AG gehört. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt. Aus § 506 kann man aber mittelbar schließen, dass in diesem Fall das LG auch für die niedrigere Forderung, die durch die Widerklage erhoben wird, zuständig sein soll. Eine Abtrennung und Verweisung der Widerklage an das AG wäre nicht prozessökonomisch. Den für die Widerklage geltenden Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit kann man direkt § 33 entnehmen (der aber nicht die sachliche Zuständigkeit regelt!).

► **Vertiefung:** Wieweit dieser Grundsatz die sachliche Zuständigkeit des an sich sachlich unzuständigen Gerichts begründen kann, ist umstritten. ◀

► **Fall 11:** K klagt gegen B vor dem LG auf Kaufpreiszahlung von 3.000 €. B erhebt daraufhin Widerklage auf Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 6.000 €.

Ist das LG zuständig? ◀

- 73 Das LG ist für die Klage nicht sachlich zuständig. Die strittige Frage ist, ob es durch die Erhebung der Widerklage zuständig wird, die in die sachliche Zuständigkeit des LG fällt. Dies folgt nicht aus einer Addition der Streitwerte von Klage und Widerklage (9.000 €), weil dies durch § 5 Hs. 2 verboten ist, sondern nur daraus, dass die Widerklageforderung für sich allein in die sachliche Zuständigkeit des LG gehört. Die überwiegende Meinung nimmt hier zu Recht an, dass die sachliche Unzuständigkeit des LG für die Klage endet, wenn die Widerklage über 6.000 € erhoben ist.²⁰ Dies folgt wiederum aus dem Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit. Die Gegenmeinung müsste eigentlich annehmen, dass die Klage auf Rüge der Unzuständigkeit hin an das AG zu verweisen wäre, die Widerklage aber beim LG rechtshängig bleibt. Wäre aber die Klage gleich beim AG erhoben worden, so würde diese zusammen mit der zur sachlichen Zuständigkeit des LG gehörenden Widerklage an das LG verwiesen, wie dies in Fall 9 erfolgt ist. Die Gegenmeinung versucht, solche widersprüchlichen Ergebnisse mit erheblichem argumentativem Aufwand zu verhindern.²¹ Folgt man der h.M., muss man aber zugestehen, dass hier der Grundsatz der Unabhängigkeit von Klage und Widerklage durchbrochen wird, da die Klage erst aufgrund der Erhebung der zulässigen Widerklage selbst zulässig wird.

Merke: Bei der Begründung der streitwertabhängigen sachlichen Zuständigkeit (§§ 23 Nr. 1, 71 GVG) ist der jeweils höhere Streitwert für die sachliche Zuständigkeit entscheidend.

d) Rechtshängigkeit

- 74 Der Widerklage darf, wie jeder anderen Klage auch, nicht der Einwand anderweitiger Rechtshängigkeit entgegenstehen (s. Schema B II 3 b). Dies kommt bei der Widerklage

20 MüKo-ZPO/Wöstmann, § 5 Rn. 31; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 5 Rn. 5 (ohne ausdrückliche Erörterung dieser Frage).

21 Stein/Jonas/Roth, ZPO, § 5 Rn. 44.

gelegentlich durch schlecht formulierte Anträge vor: Klagt K auf Feststellung seines Eigentums, so kann B nicht Widerklage mit dem Antrag stellen, K sei nicht Eigentümer (dies ist kein selbstständiger Angriff, sondern bloße Negierung des Antrags). Wohl aber kann B den Widerklageantrag stellen, dass er selbst Eigentümer sei (ansonsten würde dies auch bei Abweisung der Klage nicht rechtskräftig festgestellt).

► **Fall 12:** K klagt gegen B vor dem LG im Wege der (offenen) Teilklage auf Kaufpreiszahlung i.H.v. 3.000 €. B erhebt daraufhin Widerklage mit dem Antrag festzustellen, dass er dem K nichts, auch nicht die übrigen 10.000 € schulde.

Ist die Widerklage zulässig? ◀

Dieser **Zwischenfeststellungswiderklage** fehlt bis zu einer Höhe von 3.000 € an sich das Feststellungsinteresse. Dieser Fall wird in der Literatur z.T. als Rechtshängigkeitsproblem erörtert, was aber wegen des unterschiedlichen Streitgegenstands falsch ist.²² Bezüglich des überschießenden Teils (7.000 €) liegt in jedem Fall ein neuer selbstständiger Streitgegenstand vor. Die Zwischenfeststellungswiderklage wird insofern auch allgemein in voller Höhe von 10.000 € als zulässig angesehen.

75

e) Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis für die Widerklage entfällt nicht dadurch, dass der Beklagte auch die Möglichkeit hätte, gegen die Klageforderung aufzurechnen. Erweist sich nämlich die Klageforderung als unzulässig oder unbegründet, erreicht der Beklagte wegen der Abhängigkeit der Aufrechnung von der Klageforderung keine Entscheidung über die Forderung, mit der er aufrechnet. Durch die Widerklage bekommt er jedoch in jedem Fall die Entscheidung über die Widerklageforderung, da diese vom Ausgang des Verfahrens über die Klageforderung unabhängig ist.

76

2. Privilegierung der Widerklage

Die Widerklage ist in mehrfacher Hinsicht gegenüber einer normalen Klage privilegiert. Die Erhebung der Widerklage muss nicht durch Einreichung eines Schriftsatzes, sondern kann durch Erhebung eines Anspruchs im Laufe des Prozesses erfolgen (§ 261 Abs. 2). Es ist kein Kostenvorschuss (§ 12 Abs. 2 Nr. 1 GKG) zu zahlen und es muss keine Prozesskostensicherheit geleistet werden (§ 110 Abs. 2 Nr. 4).

77

Für die Widerklage ist eine örtliche Zuständigkeit nach § 33 dort eröffnet, wo die Klage rechtshängig ist. Es wird also durch § 33 ein zusätzlicher örtlicher Gerichtsstand begründet. Dies ist unstrittig und bedarf in einer Klausur keiner vertieften Erörterung. Die Privilegierung setzt sich aber nicht gegenüber ausschließlichen Gerichtsständen durch und auch nicht gegenüber einer Gerichtsstandsvereinbarung.

78

3. Zulässigkeit der Widerklage

a) Rechtshängigkeit der Klage

Die Widerklage ist zulässig als Angriff gegen eine rechtshängige Klage. Deren Rechtshängigkeit ist damit Zulässigkeitsvoraussetzung der Widerklage. Wenn die Rechtshängigkeit der Klage später entfällt, ist das für die Zulässigkeit der Widerklage unerheb-

79

²² So aber MüKo-ZPO/Patzina, § 33 Rn. 9 (das folgt auch nicht aus dem oft zitierten Fall BGH, Urteil vom 27.11.1969, Az.: X ZR 22/67 = BGHZ 53, 92 = NJW 1970, 425).

lich. Es muss nur bei Erhebung der Widerklage die Klage schon und noch rechtshängig sein.

b) Gleiche Prozessart

- 80 Die Widerklage kann nur in der gleichen Prozessart erhoben werden, ansonsten wäre der damit erstrebte prozessökonomische Zweck nicht zu erreichen. Im Urkundsprozess ist daher eine Widerklage nicht zulässig (§ 595 Abs. 1).

c) Zusammenhang als Problem der Zulässigkeit?

- 81 Ein mehr klausurrelevanter als praktischer Dauerbrenner ist die Frage, ob der in § 33 genannte Zusammenhang eine Zulässigkeitsvoraussetzung der Widerklage ist. Die Wissenschaft ist sich allerdings im Ergebnis weitgehend einig.
- 82 Zur Verdeutlichung: § 33 begründet unbestritten eine örtliche Zuständigkeit. Erschöpft sich die Vorschrift aber in dieser Funktion oder beinhaltet § 33 auch eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Widerklage?
- 83 Die Frage wird nur relevant, wenn die örtliche Zuständigkeit des Gerichts nicht nach § 33, sondern nach den §§ 12 ff. begründet wurde, da ansonsten der Zusammenhang schon für die Begründung der örtlichen Zuständigkeit geprüft und bejaht werden musste. Dies soll der folgende Fall verdeutlichen:
- **Fall 13:** K aus Berlin verklagt B aus München in München auf Zahlung eines Kaufpreises. B erhebt daraufhin Widerklage auf Zahlung von Schadensersatz, der ihm wegen eines von K verschuldeten Verkehrsunfalls in München zusteht. Beide Klagen stehen nicht in dem von § 33 geforderten Zusammenhang. Ist die Klage zulässig? ◀
- 84 Für die Klage des K gegen B ist das Gericht in München nach § 12 örtlich zuständig. Für die Widerklage des B gegen K ergibt sich eine örtliche Zuständigkeit der Gerichte in München aus § 32 (Gerichtsstand der unerlaubten Handlung). Auf § 33 kommt es nicht an und § 33 könnte hier auch keine (zusätzliche) örtliche Zuständigkeit begründen, da es an einem Zusammenhang fehlt.
- 85 In dieser Situation kommt es für die Prüfung der Zulässigkeit der Widerklage darauf an, ob der bis dahin noch nicht geprüfte Zusammenhang eine Zulässigkeitsvoraussetzung (so die Kumulationstheorie) ist. Die h.M. (Zuständigkeitstheorie) verneint das mit folgenden Argumenten:
- § 33 steht bei den Regeln der örtlichen Zuständigkeit (§§ 12–37). In der Begründung einer zusätzlichen örtlichen Zuständigkeit erschöpft sich seine Funktion.
 - Die ZPO setzt in § 145 Abs. 2 selbst die Existenz inkonnexer Widerklagen voraus, so dass der Schluss nahe liegt, dass der Zusammenhang keine notwendige Voraussetzung der Widerklage ist.
 - Inkonnexen Gegenklagen kann ausreichend mit dem Mittel der Prozesstrennung (§ 145) begegnet werden.
 - Der Kläger selbst kann durch Klagenhäufung die Verhandlung nicht zusammenhängender Ansprüche herbeiführen. Aus Gründen der Waffengleichheit sollte man dies auch dem Beklagten bei der Widerklage zubilligen.²³

23 Stein/Jonas/Roth, ZPO, § 33 Rn. 5.

In der Literatur scheint sich die Waage zugunsten der Zuständigkeitstheorie zu neigen.²⁴ Nur der BGH hat bisher, jedenfalls meist beiläufig, den Zusammenhang als Zulässigkeitsvoraussetzung angesehen.²⁵

Hintergrund der Diskussion ist die Einschätzung der Gefahr, die von derartigen zusammenhangslosen, sog. **inkonnexen Widerklagen** ausgeht. Wer der Ansicht ist, dass diese gefährlich sind und ihnen mit den Mitteln der ZPO nicht wirksam begegnet werden kann, wird dafür plädieren müssen, dass der Zusammenhang auch eine Zulässigkeitsvoraussetzung ist. Wer meint, die Mittel der ZPO, mit denen auf die Erhebung inkonnexer Widerklagen reagiert werden kann, seien ausreichend und effektiv, kann von einer solchen Einordnung des § 33 absehen.

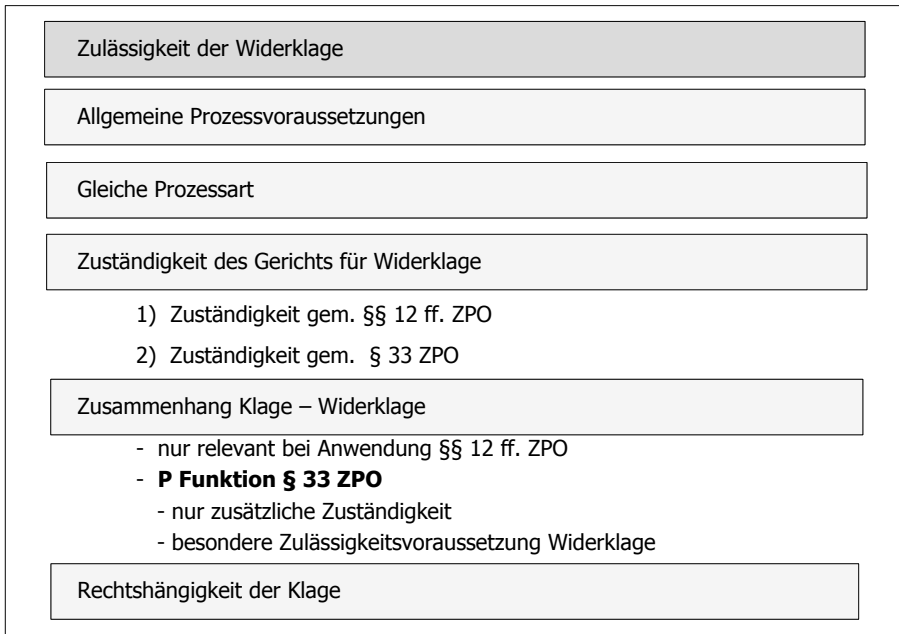


Abb. 26 Zulässigkeit der Widerklage

4. Eventualwiderklage

Die Widerklage kann hilfsweise erhoben werden. In der Praxis ist dies häufig; z.T. wird die Widerklage auch kombiniert mit einer Aufrechnung erhoben. Dies hat z.T. Gründe im Kostenrecht, die hier nicht erörtert werden. Häufig wird hilfsweise für den Fall des Bestehens der Klageforderung die Aufrechnung erklärt und hilfsweise für den Fall des Nichtbestehens der Klageforderung die Widerklage.

Die Bedingungen sind in beiden Fällen innerprozessual und daher zulässig. Die Kombination ist hier sinnvoll, weil der Beklagte so in jedem Fall eine Entscheidung über seine Forderung erhält. Besteht die Klageforderung, macht er die Aufrechnung geltend,

24 R/S/G, ZPR, § 96 Rn. 21; a.A. *Rimmelspacher*, Zur Bedeutung des § 33 ZPO, FS Lücke, 1997, S. 655, 665 (ab Klageerwiderung soll § 33 auch eine Zulässigkeitsvoraussetzung enthalten).

25 BGH, Urteil vom 5.4.2001, Az.: VII ZR 135/00 = NJW 2001, 2094; BGH, Urteil vom 21.2.1975, Az.: V ZR 148/73 = NJW 1975, 1228 (beiläufig, ohne Problematisierung).

so dass die Forderungen erlöschen, soweit sie sich gegenüberstehen. Ist die Klage unzulässig oder unbegründet, tritt die Bedingung für die Erhebung der Widerklage ein; der Widerkläger erhält so eine rechtskraftfähige Entscheidung über die Widerklageforderung auch ohne dass eine Entscheidung über die Klage ergeht.

- 90 Bestehen Zweifel an der Zulässigkeit der Aufrechnung (z.B. wegen möglicher Aufrechnungsverbote), so wird die Widerklage hilfsweise für den Fall der Unzulässigkeit der Aufrechnung erhoben.
- 91 Übersteigt die Gegenforderung die Klageforderung, wird die Aufrechnung hilfsweise für den Fall der Begründetheit der Klageforderung erhoben und die Widerklage hilfsweise für den Fall, dass die Klageforderung wegen der Aufrechnung abgewiesen wird. Durch die Aufrechnung erhält der Beklagte nur eine Entscheidung über die Gegenforderung in Höhe der Klageforderung. Den überschießenden Teil erhält er durch die Widerklage.

5. Drittwiderklage

- 92 § 33 soll den Beklagten privilegieren, der sich mit der Widerklage wehren will. Aus dieser Perspektive erscheint es eigentlich ausgeschlossen, dem Beklagten zu erlauben, die Widerklage auch gegen bisher nicht beteiligte Dritte zu erheben und diese so in ein laufendes Verfahren hineinzuziehen, auf dessen bisherigen Verlauf diese ja keinen Einfluss hatten. Zudem würde dem Drittwiderbeklagten sein eigentliches Forum (Beklagtengerichtsstand) entzogen. Allerdings verringert die Drittwiderklage die Gefahr, dass mehrere Gerichte zu sich widersprechenden Entscheidungen in Bezug auf einen bestimmten Sachverhalt kommen.

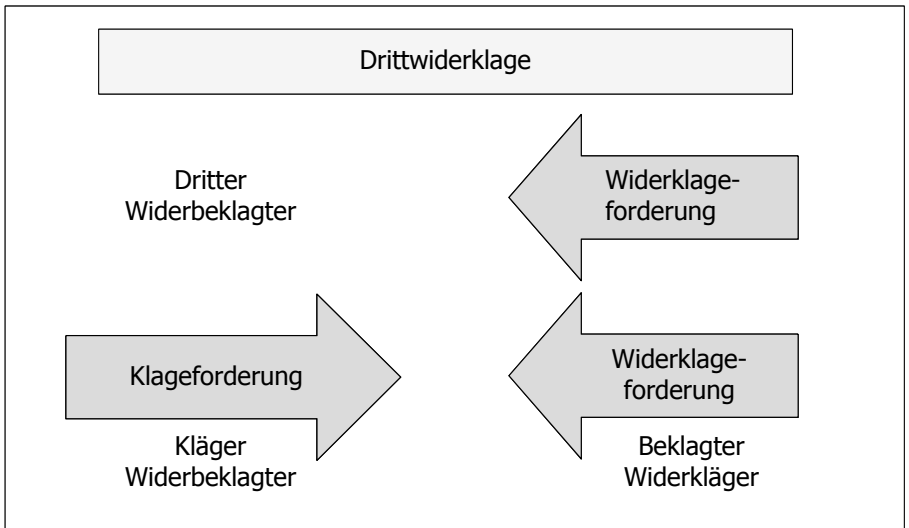


Abb. 27 Drittwiderklage

► **Fall 14:** K klagt gegen B und dessen Kfz-Haftpflichtversicherung (Direktanspruch gem. § 115 Abs.1 S.1 Nr.1 VVG i.V.m. § 3 a PflVG) aufgrund eines Autounfalls, bei dem beide Fahrzeuge erheblich beschädigt wurden. Im Verlauf des Prozesses stellt sich heraus, dass ein Verschulden des B eher unwahrscheinlich ist. B erhebt daraufhin Widerklage gegen K und

in gleicher Höhe auch gegen die bisher nicht beteiligte Haftpflichtversicherung des K. Diese widerspricht diesem Vorgehen. Wie hat das Gericht zu entscheiden? ◀

§ 33 regelt diesen Fall nicht, er lässt nur die Widerklage des Beklagten gegen den Kläger am vom Kläger ausgewählten Gericht zu. 93

Welches sind demnach die Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit ein bisher nicht Beteiligter Dritter im Wege einer Widerklage in das Verfahren hineingezogen werden kann? 94

a) Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung

Durch eine Widerklage gegen einen Dritten kommt es zur Beteiligung einer neuen weiteren Partei. Insofern liegt es nahe, als Maßstab die Regeln über die Parteiänderung heranzuziehen (§ 7 Rn. 78 ff.). Diese sind allerdings umstritten, so dass sich dieser Streit bei der Zulassung der Drittwiderklage mittelbar auswirkt. Der BGH betrachtet die gewillkürte Parteierweiterung als Klageänderung und wendet demzufolge § 263 an.²⁶ Als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung ist demnach nach der Rechtsprechung des BGH erforderlich, dass entweder der Drittwiderbeklagte in die Widerklage einwilligt oder das Gericht die Widerklage für sachdienlich erklärt.²⁷ Eine Einwilligung ist im Fall nicht gegeben, da die Haftpflichtversicherung widerspricht. Es ist aber Sachdienlichkeit zu bejahen, da der bisherige Streitstoff eine verwertbare Entscheidungsgrundlage bleibt, die Zulassung die endgültige Beendigung des Rechtsstreits fördert und einen weiteren Prozess gegen die Haftpflichtversicherung verhindert. 95

b) Keine isolierte Drittwiderklage

Als weitere Voraussetzung fordert der BGH, dass die Widerklage auch gegen den Kläger gerichtet ist. Eine isolierte Drittwiderklage ist damit (grundsätzlich, zur Ausnahme s. Rn. 102) nicht zulässig.²⁸ 96

c) Streitgenossenschaft zwischen den Widerbeklagten

Weiter müssten zunächst beide Widerbeklagten einfache Streitgenossen sein. Eine Widerklage setze – so der BGH – eine anhängige Klage voraus; der Widerkläger muss ein Beklagter und der Widerbeklagte ein Kläger sein. Daher sei eine Widerklage gegen einen bisher am Prozess nicht beteiligten Dritten grundsätzlich nur zulässig, wenn sie zugleich gegenüber dem Kläger erhoben wird. Dies ist bei K und seiner Haftpflichtversicherung der Fall (zur Aufweichung dieses Grundsatzes s. Rn. 102). 97

d) Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit kann nicht unmittelbar nach § 33 bestimmt werden, weil sich die Drittwiderklage nicht gegen den Kläger, sondern gegen einen Dritten richtet. Bisher war der BGH davon ausgegangen, dass sich eine örtliche Zuständigkeit entweder aus den §§ 12 ff. auch gegen den Drittwiderbeklagten ergeben muss oder durch rügelose Einlassung (§ 39) oder durch Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit gem. 98

26 BGH, Urteil vom 13.3.2007, Az.: VI ZR 129/06 = NJW 2007, 1753.

27 BGH, Urteil vom 21.2.1975, Az.: V ZR 148/73 = NJW 1975, 1228, 1229; BGH, Urteil vom 12.10.1995, Az.: VII ZR 209/94 = BGHZ 131, 76, 78.

28 BGH, Urteil vom 17.10.1963, Az.: II ZR 77/61 = BGHZ 40, 185 = NJW 1964, 44.

§ 36 Abs. 1 Nr. 3.²⁹ Von dieser Rechtsprechung ist der BGH 2010 abgewichen: Danach ist § 33 auf die Streitgenössische Drittwiderklage entsprechend anwendbar.³⁰ Ziel ist es, eine Vervielfältigung von Streitigkeiten und die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen zu vermeiden.

e) Zusammenfassung Anforderungen des BGH an die Drittwiderklage

- 99
- Einhaltung der Regeln der gewillkürten Klageänderung (§ 263), also Einwilligung des Drittwiderbeklagten oder Sachdienlichkeit
 - Widerklage auch gegen Kläger, grds. nicht isoliert gg. Dritten
 - beide Widerbeklagten (Kläger und Dritter) müssen Streitgenossen sein (§§ 59, 60)
 - örtliche Zuständigkeit folgt aus § 33 analog

f) Abweichende Ansichten in der Literatur

- 100
- Die Literatur will mehrheitlich auf eine Einwilligung des Drittwiderbeklagten verzichten. Statt der Regeln der gewillkürten Klageänderung (§ 263) seien die Regeln der einfachen Streitgenossenschaft anzuwenden (§§ 59, 60). Damit ist aber im Ergebnis auch eine isolierte Drittwiderklage ausgeschlossen, weil ein einzelner Drittwiderbeklagter nicht in Streitgenossenschaft stehen kann. Zusätzlich fordern einige, dass sich die Rechtskraft des Urteils gegen den Widerbeklagten ohne Beteiligung des Drittwiderbeklagten am Prozess auf diesen erstrecke.³¹

Um den Schutz des Drittwiderbeklagten im Verhältnis zum privilegierten Widerkläger zu verbessern, wird ein Recht auf Ergänzung oder Wiederholung der bisher durchgeführten Beweisaufnahme gefordert.³²

Ein Gerichtsstand wird nicht den §§ 33, 263 entnommen.

g) Zusammenfassung Anforderungen der Literatur an die Drittwiderklage

- 101
- Einhaltung der Regeln der Streitgenossenschaft (§§ 59, 60)
 - Widerklage auch gegen Kläger, grds. nicht isoliert gg. Dritten
 - Rechtskraft des Urteils gegen den Widerbeklagten muss sich auch ohne Beteiligung des Drittwiderbeklagten am Prozess auf diesen erstrecken (str.)
 - ggf. Recht auf Wiederholung Beweisaufnahme (str.)
 - örtliche Zuständigkeit folgt nicht aus § 33

h) Ausnahmsweise isolierte Drittwiderklage

► **Fall 15** (vereinfacht nach BGH, Urteil vom 13.3.2007, Az.: VI ZR 129/06 = NJW 2007, 1753): Bei einem Verkehrsunfall wurde die Mutter des Klägers tödlich verletzt, als sie mit

29 BGH, Beschluss vom 28.2.1991, Az.: I ARZ 711/90 = NJW 1991, 2838; anders BGH, Beschluss vom 4.3.1966, Az.: Ib ARZ 52/66 = NJW 1966, 1028.

30 BGH, Beschluss vom 30.9.2010, Az.: Xa ARZ 191/10 = NJW 2011, 460 (zur isolierten Drittwiderklage, das Ergebnis dürfte aber auch auf die Streitgenössische Widerklage übertragbar sein, vgl. *Vossler*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 30.9.2010, Az.: Xa ARZ 191/10, NJW 2011, 462).

31 *Nieder*, Die Widerklage mit Drittbeteiligung, ZP 85 (1972), 437; *Greger*, Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Teilurteil vom 22.4.1975, Az.: 8 U 168/74, ZP 88 (1975), 452; *Bork*, Die Widerklage, JA 1981, 385, 389.

32 *Putzo*, Festgabe BGH, Bd. 3, S. 149, 155; im Anschluss auch R/S/G, ZPR, § 96 Rn. 28.

ihrem Fahrrad von dem Pkw des Beklagten erfasst wurde. Die Mutter des Klägers befand sich im Unfallzeitpunkt zusammen mit ihrem Ehemann, dem Vater des Klägers, auf einer Fahrradtour. Dieser ist Zeuge des Unfalls. Er hat seine Schadensersatzansprüche aus dem Unfallereignis an den Kläger abgetreten. Mit der Klage begehrt der Kläger aus abgetretenem Recht seines Vaters Schadensersatz, insbesondere Verdienstausschlag. Der Beklagte hat gegen den Vater des Klägers (Dritt-)Widerklage erhoben, mit der er Ersatz des ihm bei dem Unfall entstandenen Sachschadens begehrt. Ist die (Dritt-)Widerklage zulässig? ◀

Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine Drittwiderklage grundsätzlich unzulässig, wenn sie sich ausschließlich gegen einen am Prozess bislang nicht beteiligten Dritten richtet. Der Vater war am Verfahren nicht beteiligt. In besonders gelagerten Fällen kann eine Ausnahme von diesem Grundsatz geboten sein. Der BGH hatte einen Fall entschieden, in dem ein vom Zessionar auf Zahlung verklagter Schuldner allein gegen den noch nicht am Verfahren beteiligten Zedenten eine Drittwiderklage erhob.³³ Dort hatte der BGH die Zulässigkeit damit begründet, dass mit der Widerklage eine Schadensersatzforderung geltend gemacht wurde, die durch eine Hilfsaufrechnung bereits Gegenstand des Prozesses war. Der Drittwiderbeklagte war nur deshalb nicht selbst Kläger, weil er die Forderung abgetreten hatte. Hätte er selbst die Klage erhoben, wäre die Widerklage zulässig gewesen.

102

Im Fall 15 zugrundeliegenden Verfahren betont der BGH, dass es das Ziel der Widerklage ist, die Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen zu vermeiden; zusammengehörende Ansprüche sollen einheitlich verhandelt und entschieden werden. Dieses Ziel könne mit der Widerklage gegen einen bisher am Rechtsstreit nicht Beteiligten jedenfalls dann erreicht werden, wenn die Dinge tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft sind und keine schutzwürdigen Interessen des Widerbeklagten verletzt werden. Diese Anforderungen hat der BGH auch später wiederholt.³⁴ Hier beruhen die gegenseitigen Ansprüche der Unfallbeteiligten auf einem einheitlichen Schadensereignis, nämlich dem Verkehrsunfall, und ihre Haftungsquoten hingen voneinander ab. Schützenswerte Interessen des Drittwiderbeklagten werden durch die Erhebung der Widerklage nicht beeinträchtigt, weil der Vater ungeachtet der Abtretung an seinen Sohn Träger der bei dem Unfall verletzten Rechte sei, auf die sich der geltend gemachte Schadensersatzanspruch stützt. Er sei die eigentliche „materielle“ Partei auf Klägerseite. In diesem Fall ergibt sich die örtliche Zuständigkeit aus § 33 analog.³⁵

33 BGH, Urteil vom 6.5.1993, Az.: VII ZR 7/93 = NJW 1993, 2120; s. auch BGH, Urteil vom 25.11.2020, Az.: VIII ZR 252/18 = BeckRS 2020, 40581 (Rn. 28).

34 BGH, Urteil vom 27.4.2022, Az.: IV ZR 344/20 = NJW-RR 2022, 781.

35 BGH, Beschluss vom 30.9.2010, Az.: Xa ARZ 191/10 = NJW 2011, 460 (offen ist aber, ob außerhalb dieser Zedentenfälle immer § 33 analog auf die isolierte Drittwiderklage Anwendung findet. Hier ist jedenfalls Zurückhaltung geboten, um nicht den Wohnsitzgerichtsstand auszuhebeln, vgl. *Vossler*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 30.9.2010, Az.: Xa ARZ 191/10, NJW 2011, 462 (463); *Skusa*, Die isolierte Drittwiderklage gegen Zedenten – Zulässigkeit und anwaltliche Hinweispflichten, NJW 2011, 2697).

6. Die Widerklage in der Klausur

103

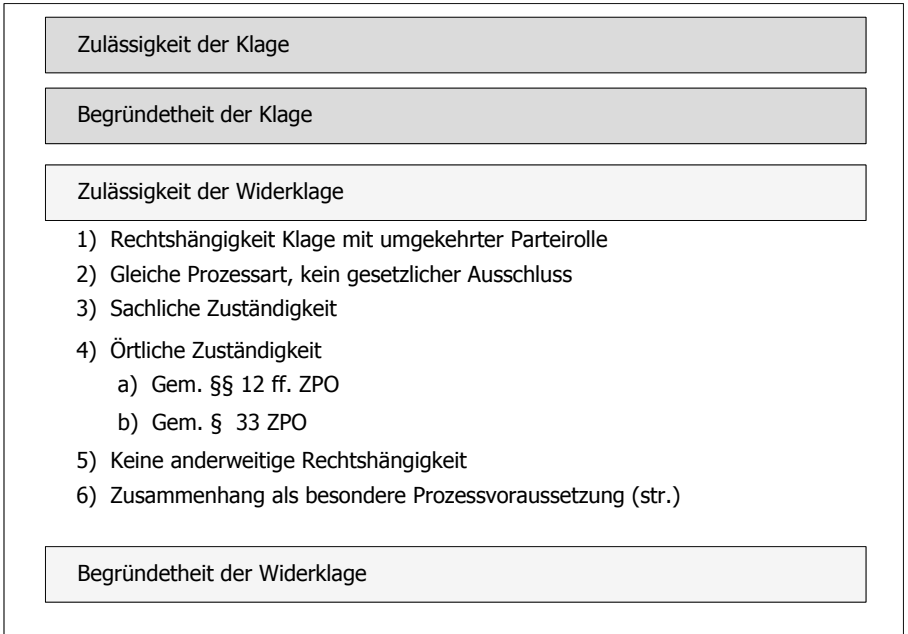


Abb. 28 Widerklage in der Richterklausur

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- > Ist ein Beklagter zur Verteidigung verpflichtet?
- > Wann ist eine Klage schlüssig? Wie verfährt das Gericht bei einer unschlüssigen Klage?
- > Was versteht man unter erheblichem Beklagtenvorbringen? Wozu führt das?
- > Wie kann der Beklagte im Verfahren Gegenansprüche geltend machen?
- > Wann kommt es für die Begründung der örtlichen Zuständigkeit auf § 33 an?
- > Ist der in § 33 genannte Zusammenhang ein Zulässigkeitskriterium? Kann sich die Frage bei konnexen Widerklagen stellen?
- > Kann eine Widerklage hilfsweise als Eventualwiderklage erhoben werden?
- > Nach welchen Regeln ist eine Drittwiderklage zu behandeln?

§ 13 Die Klageänderung

Literatur: *Bernreuther*, Die Klageänderung, JuS 1997, 478; *Foerste*, Zur Notwendigkeit reziproker Anwendung des § 93 ZPO, FS Stürner 2013, S. 273; *U. Gottwald*, Die Klageänderung im Zivilprozess, JA 1998, 219; *Spickhoff*, Grenzen der Klageänderungsmöglichkeiten im Zivilprozess, JR 1998, 227; *Walther*, Klageänderung und Klagerücknahme, NJW 1994, 423; *Wendelstein*, Die Klageänderung im Zivilprozess, Jura 2020, 442.

► **Fall 1:** K fordert von B Herausgabe seines Autos gem. § 985 BGB. Nach Klageerhebung erfährt er, dass B betrunken einen Verkehrsunfall verursacht hat, bei dem der Wagen zerstört wurde. Wie kann K im Verfahren reagieren? ◀

Die ZPO enthält keineswegs ein Klageänderungsverbot nach Rechtshängigkeit. Vielmehr macht sie die Zulässigkeit der Klageänderung von Voraussetzungen abhängig, die in erster Linie den Beklagten davor schützen sollen, sich unversehens gegen einen neuen Anspruch in einem Verfahren verteidigen und dabei sein bisheriges Verteidigungskonzept umstellen zu müssen. 1

Andererseits ist eine Klageänderung in zahlreichen Fällen gerade deshalb nötig, weil sich die materiellrechtliche Lage zwischen den Parteien verändert hat. So im obigen Fall 1. Die Herausgabe ist dem B unmöglich geworden. Ließe man die Klageänderung daher im laufenden Verfahren nicht zu, so vernachlässigte man die Interessen des Klägers und provozierte ein weiteres Verfahren, wodurch unnötig Justizressourcen vergeudet würden. 2

Die §§ 263, 264, 267 stellen aus Sicht des Gesetzgebers den notwendigen Kompromiss zwischen den divergierenden Interessen der Parteien und der Prozessökonomie dar. 3

Die in der ZPO verwendete Terminologie ist ungenau, da innerhalb eines rechtshängigen Klageverfahrens der Streitgegenstand verändert wird. Eine Klageänderung liegt auf der Grundlage des zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriffes vor, wenn entweder der Antrag geändert wird oder der zugrunde liegende Lebenssachverhalt. 4

Merke: Klageänderung ist Streitgegenstandsänderung. 5

Die Klageänderung kann in erster Instanz bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorgenommen werden.¹ Sie ist Prozesshandlung und erfolgt durch Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung oder durch Zustellung eines Schriftsatzes (§ 261 Abs. 2). In der Berufungsinstanz ist § 533 Nr. 2 zu beachten: eine Klageänderung in zweiter Instanz ist nur zulässig, wenn die Klageänderung auf Tatsachen gestützt wird, die das Berufungsgericht nach § 529 seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung zugrunde zu legen hat.² Diese Einschränkung soll verhindern, dass die erstinstanzlichen Präklusionsvorschriften durch eine „Flucht in die Klageänderung“ umgangen werden. In der Berufungsinstanz erfolgt die Klageänderung ebenfalls durch Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung oder durch Zustellung eines Schriftsatzes (§ 525). In der Revisionsinstanz ist eine Klageänderung wegen des Ausschlusses neuer Tatsachen nicht möglich (§ 559). Im Musterfeststellungsverfahren können Feststellungsziele jedenfalls bis zum Ablauf der Anmeldefrist geändert werden, wenn es 6

1 BGH, Beschluss vom 7.11.2017, Az.: XI ZR 529/17 = BeckRS 2017, 133092.

2 BGH, Urteil vom 15.12.2022, Az.: I ZR 135/21 = NZI 2023, 259; *Kramer*, Neues Vorbringen bei Änderung der Klage im Berufungsrechtszug, MDR 2023, 333.

§ 13 D. Fortführung des Verfahrens durch die Parteien

um einen neuen Lebenssachverhalt geht (§ 263). Zulässig sind wohl Änderungen der Feststellungsziele bei gleichbleibendem Lebenssachverhalt (§ 264 Nr. 2).³

- 7 **Merke:** Die Zulässigkeit der Klageänderung ist Sachentscheidungsvoraussetzung der geänderten Klage.
- 8 Die geänderte Klage ist nur dann zulässig, wenn der alte wirksam in den neuen Streitgegenstand geändert wurde.

I. Vorliegen einer Klageänderung

- 9 Da Klageänderung Streitgegenstandsänderung ist, ist das Vorliegen einer Klageänderung zunächst unproblematisch festzustellen. Wird ein neuer Streitgegenstand anstelle des alten in der Klage geltend gemacht, so handelt es sich um eine **klageauswechselnde Klageänderung**. Durch die Klageänderung wird in einem einheitlichen Vorgang der alte Streitgegenstand fallen gelassen und der neue erhoben.

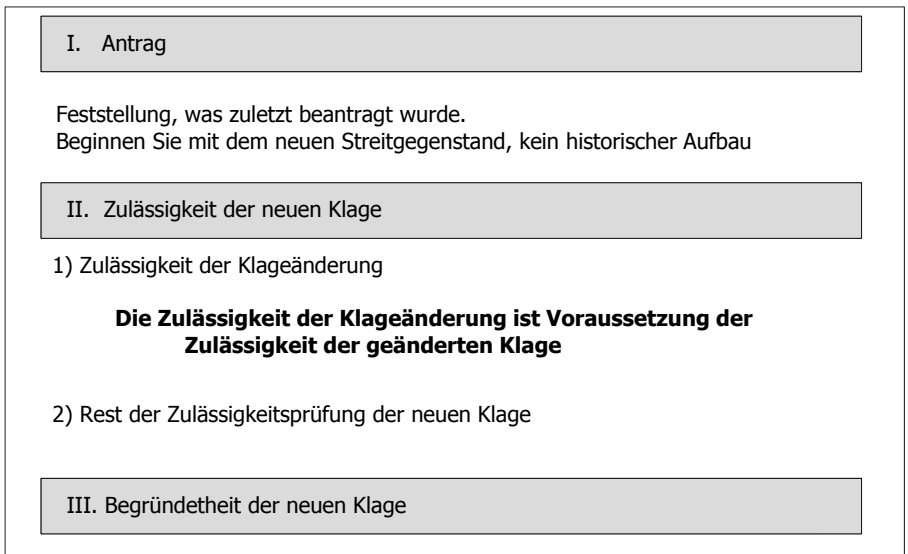


Abb. 29 Aufbau bei klageauswechselnder Klageänderung

- 10 Die Rechtshängigkeit des zuerst erhobenen Streitgegenstandes ist durch die zulässige Klageänderung entfallen. Darüber ist nicht mehr zu entscheiden.
- 11 Eine Klageänderung liegt auch vor beim Übergang von einer Leistungs- zu einer Feststellungsklage oder beim Übergang von einem Anspruch aus eigenem Recht zu einem aus abgetretenem Recht, weil ein anderer Lebenssachverhalt zugrunde liegt, so dass eine Streitgegenstandsänderung vorliegt.⁴

3 Röß, Die Klageänderung im Musterfeststellungsverfahren, NJOZ 2021, 1569; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 610 Rn. 2.

4 BGH, Urteil vom 29.06.2021, Az.: VI ZR 566/19 = BeckRS 2021, 18246 Rn. 8; BGH, Urteil vom 27.9.2006, Az.: VIII ZR 19/04 = NJW 2007, 2414 Rn. 8; BGH, Urteil vom 5.5.2005, Az.: VIII ZR 93/04; Weißberger, Die „nachträgliche Anspruchsbegründung“, NJOZ 2022, 705, 706.

Der BGH sieht aber auch im Fall einer **nachträglichen objektiven Klagehäufung** eine Klageänderung und wendet insofern neben § 260 die §§ 263 ff. an. Der Aufbau ist bei der Klagehäufung dargestellt (§ 8 Rn. 98). Der umgekehrte Fall, also der nachträgliche Wegfall der Klagehäufung, soll aber nur als Klagerücknahme und nicht als Klageänderung zu beurteilen sein (§ 14 Rn. 23). 12

II. Ohne Weiteres zulässige Klageänderungen § 264

Keine Klageänderung ist gegeben, wenn ohne Änderung des Klagegrundes die tatsächlichen oder rechtlichen Anführungen ergänzt oder berichtigt werden (§ 264 Nr. 1). Diese Bestimmung ist deklaratorisch, da bei § 264 Nr. 1 keine Klageänderung vorliegt, weil der Streitgegenstand nicht geändert wird. 13

Jede Änderung des Klageantrags ist eine Klageänderung, weil darin eine Veränderung des Streitgegenstandes liegt. Trotzdem soll nach dem Gesetzeswortlaut in den Fällen des § 264 Nr. 2 und Nr. 3 keine Klageänderung vorliegen. Da die Fälle Nr. 2 und Nr. 3 aber Antrags- und damit automatisch Streitgegenstandsänderungen beinhalten, liegen auch Klageänderungen vor. Richtigerweise sind die Nr. 2 und Nr. 3 als ohne Weiteres zulässige Klageänderungen einzustufen, die unabhängig von Einwilligung und Sachdienlichkeit möglich sind. 14

Merke: § 264 Nr. 2 und Nr. 3 sind entgegen dem Wortlaut Klageänderungen, die aber ohne Weiteres zulässig sind. 15

So könnte K in Fall 1 seine Klage dahin umstellen, dass er von B statt der Herausgabe des Autos Schadensersatz wegen dessen Zerstörung verlangt. Eine Einwilligung des B oder die Prüfung der Sachdienlichkeit ist wegen § 264 Nr. 3 nicht erforderlich, da es sich um eine ohne Weiteres zulässige Klageänderung handelt. 16

► **Klausurhinweis:** Es wäre falsch, Einwilligung oder Sachdienlichkeit zu prüfen. Sinnvoll ist es aber, darauf hinzuweisen, dass dies wegen § 264 Nr. 3 nicht erforderlich ist. ◀

III. Einwilligung des Beklagten

Ist eine Klageänderung erfolgt, die nicht gem. § 264 Nr. 2, Nr. 3 ohne Weiteres zulässig ist, so ist die Einwilligung des Beklagten erforderlich, damit der Kläger den Streitgegenstand ändern kann. Die Einwilligung ist Prozesshandlung, nicht materielle Willenserklärung, so dass sie in der mündlichen Verhandlung oder in einem Schriftsatz erklärt werden muss. 17

IV. Vermutete Einwilligung

Nach § 267 wird die Einwilligung des Beklagten in die Klageänderung unwiderleglich vermutet, wenn dieser, ohne der Änderung zu widersprechen, sich in der mündlichen Verhandlung auf die geänderte Klage einlässt. Der Vorschrift liegt der gleiche Gedanke zugrunde wie § 39 (rügeloze Einlassung, § 6 Rn. 90). 18

V. Sachdienlichkeit

Willigt der Beklagte nicht ein, so kann das Gericht auch gegen seinen Willen die Klageänderung als sachdienlich zulassen. Die Sachdienlichkeit orientiert sich am **Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit**. Sie wird bejaht, wenn der bisherige Prozessstoff eine verwertbare Entscheidungsgrundlage bleibt, die endgültige Beilegung des Streits gefördert 19

und ein weiterer Prozess verhindert wird. Bei der Bejahung der Sachdienlichkeit sind die Gerichte großzügig. Dass eine weitere Beweisaufnahme erforderlich ist und die Entscheidungsreife hinausgeschoben wird, schadet nicht.

VI. Verhältnis von Klageänderung und Klagerücknahme

20

► **Vertiefung:** Umstritten ist, ob bei Klageänderungen, die auch den Charakter einer Klagerücknahme haben, zusätzlich zu den Vorschriften über die Klageänderung (§§ 263 ff.) auch die Vorschrift über die Klagerücknahme (§ 269) anzuwenden ist.⁵ Bedeutung hat die Frage vor allem bei der quantitativen Beschränkung des Antrags im Fall des § 264 Nr. 2. Die Beschränkung des Antrags könnte gleichzeitig als teilweise Klagerücknahme angesehen werden. Bei der Frage der kumulativen Anwendung von Klageänderungsvorschriften und Klagerücknahmenvorschrift geht es im Ergebnis um das Verhältnis beider Regelungskomplexe. Die Folge der Anwendung des § 269 neben § 264 Nr. 2 wäre, dass die Klageänderung nur mit Einwilligung des Beklagten, also nicht schon bei angenommener Sachdienlichkeit durch das Gericht zulässig wäre. Dies ist ein Ergebnis, das § 264 Nr. 2 aber gerade verhindern soll. Eine Ansicht wendet trotzdem bei jeder Antragsbeschränkung, die eine teilweise Klagerücknahme beinhaltet, neben § 264 Nr. 2 den § 269 an (Kumulationstheorie).⁶ Willigt der Beklagte nicht ein, bleibt der alte Streitgegenstand rechtshängig und der Beklagte hat einen Anspruch darauf, dass über diesen ein Urteil ergeht. Die Gegenmeinung sieht in § 264 Nr. 2 eine Spezialregelung gegenüber § 269, die gerade einen Verzicht auf das Erfordernis einer Einwilligung beinhaltet.⁷ ◀

Zusammenfassende Übersicht zu § 13

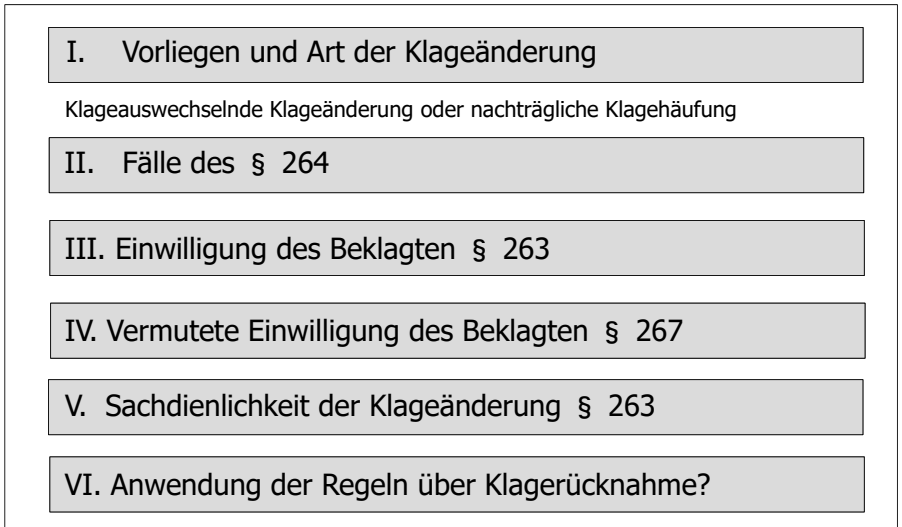


Abb. 30 Prüfung der §§ 263, 264, 267

5 Walther, Klageänderung und Klagerücknahme, NJW 1994, 423.

6 Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 264 Rn. 6.

7 R/S/G, ZPR, § 99 Rn. 27; Musielak/Foerste, ZPO, § 269 Rn. 4.

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- > Was ändert sich genau, wenn eine Klage nach Rechtshängigkeit geändert wird?
- > Kann eine Klageänderung auch in der Berufungs- bzw. der Revisionsinstanz vorgenommen werden?
- > An welcher Stelle in einer Klausur ist die Zulässigkeit der Klageänderung zu prüfen?
- > Handelt es sich bei einer nachträglichen objektiven Klagehäufung um eine Klageänderung?
- > Sind auf Klageänderungen u.U. auch die Regeln über die Klagerücknahme anwendbar?
- > Wann ist eine Klageänderung sachdienlich?

§ 14 Prozessbeendigende Prozesshandlungen des Klägers

- 1 Möglichkeiten des Klägers, den Rechtsstreit einseitig zu beenden, sind die Klagerücknahme und die einseitige Erklärung der Erledigung der Hauptsache. Beide unterscheiden sich erheblich, vor allem hinsichtlich der Kosten. Im Fall der Klagerücknahme erkennt der Kläger, dass seine Klage keinen Erfolg haben wird und verzichtet auf den beantragten Rechtsschutz. Bei der Erledigung der Hauptsache begehrt der Kläger die Feststellung, dass ein erledigendes Ereignis eingetreten ist, das den Sinn der Klage entfallen lässt.

I. Klagerücknahme

Literatur: *Becker*, Erledigung und Klagerücknahme im Zivilprozess, JuS 2018, 1050; *Elzer*, Einseitige Erledigterklärung vor Rechtshängigkeit nach dem ZPO-Reformgesetz, NJW 2002, 2006; *Scheikholeslami-Sabzevari*, Die Klagerücknahme – examensrelevante Fallgestaltungen, JuS 2023, 126; *Weißberg*, Besondere Möglichkeiten der Verfahrensbeendigung in der ZPO, JuS 2022, 27.

1. Überblick

- 2 Die Klagerücknahme ist in § 269 geregelt. Danach kann die Klage ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen werden.
- 3 Die Klagerücknahme bildet das **Gegenstück zur Klageerhebung**. Mit der Klagerücknahme nimmt der Kläger das Gesuch um Rechtsschutz, das er mit der Klageerhebung an das Gericht gerichtet hat, wieder zurück. Das Institut ist damit die Konsequenz des Dispositionsgrundsatzes. Der Kläger verzichtet auf eine gerichtliche Entscheidung in diesem, nicht aber in einem potenziellen weiteren Prozess. Die Klagerücknahme hat keinen Einfluss auf den materiellrechtlichen Anspruch.
- 4 **Merke:** Der materiellrechtliche Anspruch wird durch die Klagerücknahme nicht berührt. Dieser bleibt erhalten und der Kläger kann ihn erneut gerichtlich geltend machen.
- 5 Abzugrenzen ist die Klagerücknahme vor allem vom **Klageverzicht (§ 306)**. Der Verzicht betrifft den prozessualen Anspruch, also den Streitgegenstand, und beinhaltet die Erklärung an das Gericht, dass dieser nicht bestehe (Rn. 52 ff.). Er enthält eine endgültige Zurücknahme der in der Klage aufgestellten Rechtsbehauptung und nicht nur wie die Klagerücknahme den Verzicht auf die aktuelle Geltendmachung des Streitgegenstands im konkreten Verfahren. Bei einem Verzicht weist das Gericht die Klage als unbegründet ab, die Rechtskraft des Urteils steht einer erneuten Erhebung des Anspruchs entgegen.

► **Fall 1:** K klagt gegen B auf Abnahme und Zahlung eines Autos. B bestreitet, dass es zu einem Kaufvertrag gekommen sei. Er habe sich nur unverbindlich über das Auto informieren, dieses aber nicht kaufen wollen. In der Klageschrift, die dem B zugestellt wird, benennt K die D als Zeugin für den Vertragsschluss. Als K mit D vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung Kontakt aufnimmt, erklärt ihm diese, sie könne sich an nichts Genaues erinnern. K erklärt darauf gegenüber dem Gericht, dass er die Klage zurücknehme. Könnte er später erneut klagen? ◀
- 6 K würde mit seiner Klage keinen Erfolg haben, da er die Voraussetzung seines Anspruchs, also den Abschluss des Vertrages, beweisen muss. Wenn D seine einzige Zeugin ist und keine sonstigen Beweismittel vorliegen (z.B. ein schriftlicher Kaufvertrag),

wird es zur Unaufklärbarkeit (sog. *non liquet*-Situation, § 23 Rn. 59 f.) kommen, mit der Folge, dass die Klage zu Ungunsten des beweisbelasteten K abzuweisen ist. Sollte sich die D doch zu einem späteren Zeitpunkt wieder erinnern oder entdeckt K andere Beweismittel, so kann er jederzeit (soweit der Anspruch noch nicht verjährt ist) erneut Klage erheben.

2. Klagerücknahme als Prozesshandlung

Die Klagerücknahme ist eine Prozesshandlung, so dass die Prozesshandlungsvoraussetzungen vorliegen müssen. Als Bewirkungshandlung hat die Klagerücknahme, soweit sie zulässig ist, unmittelbar prozessgestaltende Wirkung, woraus sich ihre Bedingungsfeindlichkeit ergibt. Auch eine Anfechtung und ein Widerruf sind bei Bewirkungshandlungen ausgeschlossen (§ 11 Rn. 36, 53 ff.). Um einen weiteren Prozess zu vermeiden, soll es aber zulässig sein, mit Zustimmung des Beklagten die Klagerücknahme zu widerrufen und den Prozess fortzusetzen.¹ Diese Meinung ist zwar ein dogmatischer Bruch, da Bewirkungshandlungen bedingungsfeindlich sind, ist aber aus prozessökonomischen Gründen richtig und sinnvoll.

Da die Klagerücknahme nicht den Anspruch selbst betrifft, sondern seine Geltendmachung in diesem Prozess, ist die Klagerücknahme gegenüber dem Gericht in der mündlichen Verhandlung (§ 269 Abs. 2 S. 1) oder durch Einreichung eines Schriftsatzes (§ 269 Abs. 2 S. 2) zu erklären. Sie ist dem Gegner zuzustellen, soweit dieser einwilligen muss (§ 269 Abs. 2 S. 3).

3. Zulässigkeit der Klagerücknahme

Die Zulässigkeit der Klagerücknahme setzt eine Klage, also Rechtshängigkeit durch Zustellung voraus (§§ 261 Abs. 1, 253 Abs. 1). Der frühestmögliche Zeitpunkt für eine Klagerücknahme ist daher nach der Zustellung der Klage gegeben. Erklärt der Kläger zwischen Einreichung der Klage bei Gericht (Anhängigkeit) und vor Zustellung die Klagerücknahme oder kommt es gar nicht mehr zu einer Zustellung, so spricht dogmatisch alles dagegen, diese Handlung als Klagerücknahme anzusehen. Durch die Neufassung des § 269 Abs. 3 S. 3 a.E., der an sich nur die Kosten regelt, ist es jedoch erforderlich, auch die „Klagerücknahme“ vor Rechtshängigkeit als echte Klagerücknahme anzusehen (Rn. 20–23).

Die Klage kann während der gesamten Dauer ihrer Rechtshängigkeit zurückgenommen werden. Dies gilt in allen Instanzen vor Eintritt der Rechtskraft. Die Rechtshängigkeit endet mit Eintritt der formellen Rechtskraft (§ 28 Rn. 3). § 269 Abs. 3 S. 1 stellt klar, dass der Rechtsstreit, wenn die Klage zurückgenommen wird, als nicht anhängig geworden anzusehen ist und ein bereits ergangenes, noch nicht rechtskräftiges Urteil wirkungslos wird, ohne dass es seiner ausdrücklichen Aufhebung bedarf (Rn. 17–19).

Die Klagerücknahme muss nicht unverzüglich erfolgen.²

Die Klagerücknahme kann aufgrund eines **Klagerücknahmeversprechens** (oft als Bestandteil eines außergerichtlichen Vergleichs) erfolgen. Bei diesem Versprechen handelt es sich nach richtiger aber umstrittener Ansicht um einen Prozessvertrag. Dieser führt nicht automatisch zum Wegfall der Rechtshängigkeit, die Klagerücknahme muss dem

¹ R/S/G, ZPR, § 129 Rn. 18; a.A. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 269 Rn. 32.

² Der BGH hat im Urteil vom 26.7.2004, Az.: VII ZB 44/03 diese Änderung bereits vorweggenommen.

Gericht gegenüber erklärt werden. Der Vertrag beinhaltet nicht nur eine Verpflichtung zur Klagerücknahme, sondern begründet, wenn sich der Kläger nicht daran hält, eine prozessuale Einrede des Beklagten, so dass die Klage als unzulässig abzuweisen ist.³ Die Gegenmeinung sieht im Klagerücknahmeversprechen einen materiellrechtlichen Vertrag, was die Annahme einer prozessualen Einrede ausschließt, kommt aber über die Anwendung von § 242 BGB ebenfalls dazu, dass die Fortsetzung des Verfahrens unzulässig ist.⁴

4. Klagerücknahme mit und ohne Einwilligung des Beklagten

- 13 Die Klage kann ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen werden. Danach muss der Beklagte zustimmen. Dies kann auch konkludent erfolgen. Diese Regelung berücksichtigt die Interessen des Beklagten, die sich aus der mangelnden Rechtskraftwirkung der Klagerücknahme (Rn. 3, 5) ergeben. Der Beklagte erlangt durch die Klageerhebung grundsätzlich ein Recht auf eine (rechtskraftfähige) Entscheidung über den vom Kläger geltend gemachten Anspruch. Ließe man die Klagerücknahme jederzeit nach Belieben des Klägers zu, könnte dieser bei einer ungünstigen Prozessentwicklung die Klage zurücknehmen und wie bei einem Katz und Mausspiel wieder klagen.
- 14 Der Begriff „Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache“ entspricht dem in § 39 (§ 6 Rn. 90).
- 15 Wird die Klagerücknahme nicht in der mündlichen Verhandlung erklärt, sondern außerhalb durch Schriftsatz, so ist dieser dem Beklagten zuzustellen, wenn seine Einwilligung zur Wirksamkeit der Zurücknahme der Klage erforderlich ist (§ 269 Abs. 2 S. 3). Die Zustellung ist zur Berechnung der daran anknüpfenden Frist erforderlich. Denn wenn der Beklagte der Zurücknahme der Klage nicht innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen seit der Zustellung des Schriftsatzes widerspricht, gilt seine Einwilligung als erteilt, wenn der Beklagte zuvor auf diese Folge hingewiesen worden ist (§ 269 Abs. 2 S. 4, der Hinweis erfolgt durch ein Formular der Geschäftsstelle).
- 16 Verweigert der Beklagte die Einwilligung, ist der Prozess fortzusetzen.

5. Wirkung

- 17 Durch die Klagerücknahme wird der Rechtsstreit beendet. Der Rechtsstreit ist als nicht rechtshängig geworden anzusehen; ein bereits ergangenes, noch nicht rechtskräftiges Urteil wird wirkungslos, ohne dass es seiner ausdrücklichen Aufhebung bedarf. Ergibt nach Klagerücknahme doch ein Urteil, so ist dieses wirkungslos.⁵ Bestand zwischen zwei Gerichten zum Zeitpunkt der Klagerücknahme Streit, welches für die Klage zuständig ist und war ein Bestimmungsverfahren gem. § 36 Abs. 1 Nr. 6 eingeleitet, so kommt eine Gerichtsstandsbestimmung nicht mehr in Betracht, auch wenn das angerufene Gericht (das sich für unzuständig hält, bei dem die Klage aber rechtshängig ist) noch über die Kosten, auch nach billigem Ermessen im Falle des § 269 Abs. 3 s. 3 (dazu s.u. § 14 Rn. 20) zu entscheiden hat.⁶

3 BGH, Urteil vom 25.8.1988, Az.: VIII ZR 148/87 = NJW 1988, 39, 41; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 269 Rn. 2; R/S/G, ZPR, § 129 Rn. 8.

4 Stein/Jonas/Schumann, ZPO, § 269 Rn. 5.

5 R/S/G, ZPR, § 129 Rn. 26.

6 BGH, Beschluss vom 14.3.2023, Az.: X ARZ 586/22 = NJW-RR 2023, 703.

Für alle unselbstständigen Beteiligungen Dritter an diesem Rechtsstreit (Nebenintervention, Streitverkündung) entfällt durch die Klagerücknahme die Basis. Auf selbstständige Verfahren wie die Widerklage ist die Klagerücknahme dagegen ohne Einfluss, das Verfahren wird eigenständig weiterbetrieben (§ 12 Rn. 61).

18

Auch alle materiellrechtlichen Folgen der Rechtshängigkeit werden rückwirkend wieder beseitigt. Für die Verjährung kann sich damit die gleiche Problematik ergeben wie bei dem Wegfall der Rechtshängigkeit eines hilfsweise erhobenen Anspruchs, wenn die auflösende Bedingung des Hilfsantrags nicht eintritt (§ 11 Rn. 39). Hier hilft wiederum § 204 Abs. 2 S. 4 BGB: Die verjährungshemmende Wirkung bleibt erhalten, wenn der Hilfsantrag binnen sechs Monaten erneut rechtshängig gemacht wird.

19

6. Kosten

Wer eine Klage zurücknimmt begibt sich freiwillig in die Rolle des Unterliegenden. Die daraus folgende Pflicht des Klägers, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen (§ 269 Abs. 3 S. 2), wurde in jüngster Vergangenheit mehrfach modifiziert und muss daher als examensrelevant angesehen werden.

20

► **Fall 2 (vereinfacht nach BGH; Beschluss vom 17.12.2020, Az.: I ZB 38/20 = NJW 2021, 941)** Über den Internetanschluss der Beklagten wurden zwei Folgen einer Fernsehserie in einer Tauschbörse öffentlich zum Herunterladen angeboten. Die Klägerin mahnte die Beklagte ab unter Berufung auf ihre ausschließlichen Nutzungsrechte und verklagte sie auf Zahlung von Schadensersatz. Die Beklagte hat in der Klageerwidern mitgeteilt, sie habe die streitgegenständliche Rechtsverletzung nicht begangen, weil sie ihre Wohnung, in der sich der Internetanschluss befinde, in der fraglichen Zeit über das Portal Airbnb vermietet und sich andernorts aufgehalten habe. Nach Mitteilung der Mieterin habe vermutlich einer von deren Brüdern die Rechtsverletzung begangen. Sie (die Beklagte) habe nur über die Chatfunktion des Portals Airbnb Kontakt zur Mieterin gehabt und verfüge über keine weiteren Kontaktdaten von ihr. Die Klägerin hat ihre Klage daraufhin zurückgenommen und beantragte, der Beklagten die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. ◀

Der Kläger, der seine Klage zurückgenommen hat, muss die Kosten des Rechtsstreits tragen, soweit nicht bereits rechtskräftig über sie erkannt ist oder sie dem Beklagten aus einem anderen Grund aufzuerlegen sind (§ 269 Abs. 3 S. 2). Diese „Kostenautomatik“ gilt gem. § 269 Abs. 3 S. 3 nicht, wenn der Anlass zur Klage zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit wegfällt. Eine Erledigterklärung als Alternative zur Klagerücknahme scheitert in diesem Fall daran, dass die Klage nicht rechtshängig ist und sich daher nicht erledigen kann. Ohne die Regelung des § 269 Abs. 3 S. 3 wäre der Kläger gezwungen, die auferlegten Kosten als Verzugsschaden (§§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB = Geltendmachung eines materiellen Kostenerstattungsanspruchs in einem neuen Prozess) durch gesonderte Klage geltend zu machen. Um dieses komplizierte Verfahren zu vereinfachen, hat der Gesetzgeber 2002 § 269 Abs. 3 S. 3 eingeführt. Bei der Kostenentscheidung hat das Gericht den bisherigen Sach- und Streitstand nach billigem Ermessen zu berücksichtigen (wie im Falle des § 91 a, s.u. § 16 Rn. 13). Die Kosten sind der Partei aufzuerlegen, die ohne den Anlasswegfall nach gegenwärtigem Sach- und Streitstand im Prozess voraussichtlich unterlegen wäre. Dazu ist der Tatsachenvortrag der Parteien bis zur Klagerücknahme zu berücksichtigen. Eine summarische Prüfung reicht aus, eine Beweisaufnahme unterbleibt.⁷

21

⁷ Scheikholeslami-Sabzewari, JuS 2023, 126, 130.

- 22 Der vorliegende Fall weist zwei Besonderheiten aus: Erstens war die Klage nach Ansicht des BGH von vornherein unbegründet. Zweitens war der Anlass zur Erhebung der Klage nach Rechtshängigkeit weggefallen, nämlich durch die Mitteilung der Beklagten in der Klageerwiderung, dass sie selbst ihren Internetanschluss in der fraglichen Zeit nicht genutzt habe. § 269 Abs. 3 S. 3 sei auf diesen Fall nicht, auch nicht analog anwendbar.⁸ Das ist zutreffend, weil der Kläger ja die Möglichkeit übereinstimmender oder einseitiger Erledigterklärung hat, um zu einer für ihn günstigen Kostenentscheidung zu kommen.

Der BGH stützt seine Klageabweisung auf beide Argumente, das Letztere ist dogmatisch klarer. Die komplexere Frage ist aber, ob die Klage bei ihrer Einreichung zulässig und begründet sein muss, damit der Kläger von § 269 Abs. 3 S. 3 Gebrauch machen kann und nicht in die Kostenautomatik des S. 2 rutscht. Ein *Anlass zur Einreichung der Klage* i.S. des § 269 Abs. 3 Hs. 1 ZPO kann nach Ansicht des BGH nur angenommen werden, wenn die Klage bei ihrer Einreichung zulässig und begründet war. Dafür spricht der Sinn der Einfügung des § 269 Abs. 3 S. 3, eine Norm zu schaffen, die die gleiche Folge hat wie die einseitige Erledigterklärung, für die aber erst die Möglichkeit besteht, wenn die Klage rechtshängig ist. Die Erledigungsfeststellungsklage ist ja auch nur begründet, wenn die Klage zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war (s.u. § 14 Rn. 34).⁹ Ist das der Fall, legt das Gericht dem Beklagten nach Klagerücknahme zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit die Kosten des Rechtsstreits auf.

- 23 Der Beklagte ist durch das Gericht über die Klagerücknahme zu informieren, um ihm rechtliches Gehör zu gewähren. Der Beklagte kann einwenden, er habe keinen Anlass zur Klageerhebung gegeben, um wiederum dem Kläger die Kosten auferlegen zu lassen.

► **Vertiefung:** 1. Weiter stellt sich die Frage, ob § 269 Abs. 3 S. 3 analog angewendet werden kann, wenn das erledigende Ereignis nicht zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit, sondern noch vor Anhängigkeit eintritt, dies dem Kläger aber nicht erkennbar war. Die wohl h.M. bejaht dies wegen der vergleichbaren Interessenlage und wegen des Gesetzeszwecks.¹⁰

2. Das Fallenlassen eines Streitgegenstandes bei Klagehäufung (**nachträglicher Wegfall der Klagehäufung**) soll ausschließlich nach den Regeln der Klagerücknahme und nicht nach Klageänderungsvorschriften zu beurteilen sein, obwohl der BGH auf die nachträgliche Klagehäufung die Regeln über die Klageänderung anwendet.¹¹ ◀

II. Einseitige Erledigterklärung

Literatur: *Becker*, Erledigung und Klagerücknahme im Zivilprozess, JuS 2018, 1050; *Hofmann*, Einseitige und übereinstimmende Erledigungserklärungen vor unzuständigem Gericht, NJW 2020, 1117; *Klawonn/Rohner*, Die Erledigung der Hauptsache in der zivilprozessrechtlichen Klausur, JuS 2019, 22; *Knöringer*, Die Erledigung der Hauptsache im Zivilprozess, JuS 2010, 569; *von der Linden/Ogorek*, Unzulässigkeit der hilfsweisen Erledigungserklärung – auch im Beschlussmängelprozess, NZG 2011, 14.

8 BGH; Beschluss vom 17.12.2020, Az.: I ZB 38/20 = NJW 2021, 941, Rn. 33 unter Hinweis auf seine st. Rspr.

9 Ebenso *Vossler*, NJW 2021, 944; *Thomas/Putzo/Seiler*, ZPO, § 269 Rn. 16.

10 R/S/G, ZPR, § 129 Rn. 37; *Musielak/Foerste*, ZPO, § 269 Rn. 13 b. Offen gelassen vom BGH, Beschluss vom 17.12.2020, Az.: I ZB 38/20 = NJW 2021, 941, 943 Rn. 23.

11 *Walther*, Klageänderung und Klagerücknahme, NJW 1994, 423, 427; *Musielak/Foerste*, ZPO, § 269 Rn. 4.

1. Überblick

Eine einseitige Erledigungserklärung liegt vor, wenn der Beklagte einer Erklärung des Klägers, dass sich die Klage durch ein nach Rechtshängigkeit eingetretenes Ereignis erledigt habe, widerspricht. Die einseitige Erledigungserklärung soll zu einer Beendigung des Rechtsstreits durch die Feststellung des Gerichts führen, dass die Erledigung eingetreten ist. Der Beklagte trägt als Unterliegender die Kosten (§ 91). 24

Der Beklagte wird in vielen Fällen der Erklärung des Klägers, der Rechtsstreit habe sich durch ein nach Rechtshängigkeit eingetretenes Ereignis erledigt, nicht widersprechen. In diesem Fall kommt es zu einer **übereinstimmenden Erledigungserklärung**, die die Rechtshängigkeit der Hauptsache beendet und nur noch zu einer Kostenentscheidung des Gerichts nach dem Maßstab billigen Ermessens (§ 91 a), nicht aber zu einer Sachentscheidung führt (§ 16 Rn. 8). 25

Wenn der Beklagte aber der Ansicht ist, die Klage sei von vornherein unzulässig oder unbegründet gewesen, so wird er sich der Erledigungserklärung des Klägers nicht anschließen. Er hat dann Anspruch auf ein klageabweisendes Urteil, auch wenn die Klage durch ein nach Rechtshängigkeit eintretendes Ereignis nochmals unzulässig oder nochmals unbegründet wird. Der Beklagte wird also darauf bauen, dass das Gericht feststellt, dass die Klage im Zeitpunkt der einseitigen Erledigungserklärung nicht zulässig oder begründet war, so dass den Kläger die Kostenlast trifft (§ 91). 26

Die einseitige Erledigungserklärung ist in der ZPO nicht geregelt. § 91 a erfasst nur den Fall der übereinstimmenden Erledigungserklärung. Daher bietet die einseitige Erledigungserklärung reichlich Material für dogmatische Streitigkeiten und Examensklausuren. Umstritten ist vor allem, ob sich die einseitige Erledigungserklärung unter eines der bekannten Institute der ZPO, die zu einem Ende des Rechtsstreits führen, einordnen lässt oder es sich um ein eigenständiges, nicht im Gesetz geregeltes prozessuales Institut handelt. 27

2. Die einseitige Erledigung als nachträgliche Klageänderung

a) Klageänderungstheorie

Die ganz h.M. sieht in der einseitigen Erledigungserklärung den Antrag an das Gericht, dieses solle feststellen, dass nach Rechtshängigkeit ein erledigendes Ereignis eingetreten ist und dass die Klage bis zu diesem Zeitpunkt zulässig und begründet war. Danach stellt die einseitige Erledigungserklärung eine Änderung der ursprünglichen Leistungsklage in eine Feststellungsklage dar.¹² Der Kläger muss nicht ausdrücklich die Änderung in eine Feststellungsklage erklären. Erklärt er nur die Klage für erledigt und widerspricht der Beklagte dem, so kann dies als Klageänderung in eine Feststellungsklage ausgelegt werden. Das Feststellungsinteresse ergibt sich aus der für den Kläger günstigen Kostenfolge, die der Kläger nur mit dem Feststellungsantrag erreichen kann.¹³ 28

► **Klausurhinweis:** Die Klageänderungstheorie ist absolut herrschend, so dass es als ausreichend anzusehen ist, dass sich ein Examenskandidat im 1. Staatsexamen hiermit auseinandersetzt. Die weiteren vertretenen Theorien haben ihre dogmatische Berechtigung, führen aber nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen.¹⁴ ◀

12 BGH, Beschluss vom 28.2.2019, Az.: III ZR 16/18 = BeckRS 2019, 3689.

13 BGH, Urteil vom 27.1.2022; Az.: I ZR 7/21 (KG) = GRUR 2022, 658 Rn. 7.

14 Zu den Theorien R/S/G, ZPR, § 131 Rn. 33 ff.

b) Zulässigkeit der Klageänderung

- 29 Nach h.M. liegt zunächst eine Klageänderung vor. Diese muss ihrerseits zulässig sein. Ist die Klage zulässig geändert, darf das Gericht gem. § 308 nur noch über den zuletzt gestellten Antrag entscheiden.

Merke: Die Zulässigkeit der Klageänderung ist Sachentscheidungs voraussetzung der geänderten Klage.

- 30 Die Feststellungsklage ist also ihrerseits nur dann zulässig, wenn die Leistungsklage wirksam in eine Feststellungsklage geändert wurde. Ganz überwiegend wird angenommen, dass sich die Zulässigkeit der Klageänderung aus § 264 Nr. 2 ergibt.

c) Wirksamkeit der Erledigungserklärung

- 31 Die Erledigungserklärung muss als Prozesshandlung wirksam sein, insbesondere in der richtigen **Form** vorgenommen werden. Da § 91 a für die einseitige Erledigungserklärung nicht gilt, kann diese auch nicht zu Protokoll der Geschäftsstelle abgegeben werden, vielmehr muss sie schriftsätzlich (§ 261 Abs. 2) oder in der mündlichen Verhandlung erklärt werden. Daraus folgt, dass Anwaltszwang besteht, da § 78 Abs. 3 nicht anwendbar ist.

- 32 Die Erledigungserklärung ist der Antrag an das Gericht, es möge feststellen, dass nach Rechtshängigkeit der ursprünglichen Leistungsklage ein erledigendes Ereignis eingetreten ist und dass die Leistungsklage bis zu diesem Zeitpunkt zulässig und begründet war. Damit handelt es sich um eine **Erwirkungshandlung**, die solange frei widerruflich ist, als das Gericht nicht darüber befunden hat.

- 33 Zulässig sind auch innerprozessuale **Bedingungen**: In der Praxis wird die einseitige Erledigungserklärung häufig bedingt erklärt. Hiermit verhindert der Kläger eine Klageabweisung als unbegründet, wenn das Gericht der Ansicht ist, ein erledigendes Ereignis sei nicht eingetreten.

3. Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglichen Klage bei Erledigung

- 34 Das Gericht gibt der Feststellungsklage statt, wenn die ursprüngliche Klage im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war. Ansonsten ist die Klage abzuweisen, der Kläger unterliegt und trägt die Kosten (§ 91).

► **Klausurhinweis:** An dieser Stelle ist die gesamte ursprüngliche Klage zu prüfen. ◀

► **Vertiefung:** Ist die Feststellungsklage wegen Fehlens der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit unzulässig, so ist sie als unbegründet abzuweisen. Daran ändert auch ein später gestellter **Antrag auf Verweisung (§ 281)** nichts.¹⁵ Ist der Antrag auf Verweisung an das zuständige Gericht aber bereits gestellt und erfolgt dann das erledigende Ereignis, so ist nach der Rechtsprechung des BGH die Erledigung der Hauptsache dann festzustellen, wenn die ursprüngliche Klage zum Zeitpunkt ihrer Erledigung zwar bei einem unzuständigen Gericht anhängig, ansonsten aber zulässig und auch begründet war (anders die Rechtsprechung zur übereinstimmenden Erledigung, s.u. § 16 Rn. 14).¹⁶ ◀

15 BGH, Beschluss vom 21.6.2017 – XII ZB 231/17 = NJOZ 2018, 161.

16 BGH, Beschluss vom 28.2.2019, Az.: III ZR 16/18 = NJW-RR 2020, 125 (Rn. 11); Hofmann, NJW 2020, 1117, 1118.

4. Eintritt eines erledigenden Ereignisses

Das Gericht prüft im Rahmen der Begründetheit der Feststellungsklage, ob ein nachträgliches Ereignis die ursprünglich zulässige und begründete Klage unzulässig oder unbegründet gemacht hat.¹⁷ 35

Ein **erledigendes Ereignis** liegt vor, wenn ein tatsächlicher Vorgang dazu führt, dass eine zulässige und begründete Klage nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg weiter betrieben werden kann. Es kann sich um ein prozessuales oder um ein materielles Erledigungsereignis handeln. Bsp.: Das Feststellungsinteresse kann entfallen, eine Partei kann ihre Parteifähigkeit verlieren, der Beklagte erfüllt die eingeklagte Forderung oder der Beklagte rechnet mit einer Forderung auf. 36

Kommt das Gericht zu der Ansicht, ein erledigendes Ereignis sei nicht eingetreten, weist es die Feststellungsklage als unbegründet ab, wenn der Kläger nicht den ursprünglichen Antrag hilfsweise aufrechterhalten hat. Hat er dies getan, ist er mit seiner ursprünglichen Klage erfolgreich, wenn sich das Gericht von der Zulässigkeit und der Begründetheit dieser Klage überzeugt und kein erledigendes Ereignis eingetreten ist, dass die erfolgreiche Klage in Frage stellen könnte. 37

5. Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses

Nach h.M. setzt die Feststellung, der Rechtsstreit sei in der Hauptsache erledigt, voraus, dass die Klage nach Eintritt der Rechtshängigkeit unzulässig oder unbegründet geworden ist. Ein vor Rechtshängigkeit liegendes Ereignis kann die Hauptsache nicht erledigen.¹⁸ Vorher besteht gar kein Rechtsstreit, der sich erledigen könnte. Hieran ist insbesondere nach der Neuregelung der Klagerücknahme durch § 269 Abs. 3 S. 3 festzuhalten. Der Kläger kann in diesen Fällen eine Klagerücknahme erklären, eine einseitige Erledigterklärung scheidet aus. 38

Zu Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Zeitpunktes kann es insbesondere bei dem Gestaltungsrecht der **Aufrechnung** kommen, wenn die Aufrechnungslage bereits vor Rechtshängigkeit besteht, die Aufrechnungserklärung aber erst nach Rechtshängigkeit erfolgt. Dieses Problem war Gegenstand einer BGH-Entscheidung, die hier in klausurtypischer Darstellung wiedergegeben wird. 39

► **Fall 3** (nach BGH, Urteil vom 17.7.2003, Az.: IX ZR 268/02 = NJW 2003, 3134): K klagt gegen B im Januar 2003 auf Zahlung eines seit Anfang 2002 fälligen Kaufpreisanspruchs i.H.v. 3.000 €. B rechnet im Verlauf des Verfahrens mit einer ihm gegen K seit März 2002 zustehenden Darlehensforderung ebenfalls i.H.v. 3.000 € auf. K hatte diese Schuld bisher bestritten. Das Gericht äußert sich jedoch in der mündlichen Verhandlung dahin gehend, dass es die Darlehensforderung als begründet ansieht. K erklärt daraufhin die Erledigung der Hauptsache, B widerspricht.

Wie hat das Gericht zu entscheiden? ◀

Antrag: K hat zuletzt die Erledigung der Hauptsache erklärt. Dies ist im Sinne einer Klageänderung auf Feststellung auszulegen, dass sich die bis dahin zulässige und begründete Klage auf Zahlung des Kaufpreises durch ein nach Rechtshängigkeit eingetretenes Ereignis erledigt hat. 40

17 BGH, Urteil vom 6.12.1984, Az.: VII ZR 64/84 = NJW 1986, 588, 589.

18 BGH, Urteil vom 15.1.1982, Az.: V ZR 50/81 = BGHZ 83, 12, 14 = NJW 1982, 1598; BGH, Urteil vom 5.10.1994, Az.: XII ZR 53/93 = BGHZ 127, 156, 163 = NJW 1994, 3232.

tenes Ereignis erledigt hat. An diesen zuletzt gestellten Antrag ist das Gericht gebunden (§ 308).

Zulässigkeit der Feststellungsklage

- 41 Zulässigkeit der Klageänderung: Die Zulässigkeit der Klageänderung ist Sachentscheidungs voraussetzung der geänderten Klage. Die Zulässigkeit folgt aus § 264 Nr. 2.
- 42 Sachentscheidungs voraussetzungen der Feststellungsklage: Die sachliche und örtliche Zuständigkeit bestimmen sich wegen § 261 Abs. 3 Nr. 2 nach der Zuständigkeit der Leistungsklage; die Zuständigkeit wird durch die Klageänderung nicht berührt.
- 43 Begründetheit der Feststellungsklage: Die Feststellungsklage ist begründet, wenn sich die Hauptsache tatsächlich erledigt hat. Das ist zu bejahen, wenn sich die ursprüngliche Leistungsklage durch ein nach Rechtshängigkeit eingetretenes Ereignis erledigt hat und zu diesem Zeitpunkt zulässig und begründet war.
- 44 Zulässigkeit der Leistungsklage: Die Klage war zulässig. Insbesondere das Rechtsschutzbedürfnis entfiel nicht deshalb, weil K von der Möglichkeit einer Aufrechnung hätte Gebrauch machen müssen, statt seine Forderung klageweise geltend zu machen. Bei der Gegenforderung des B handelte es sich um eine von K zunächst bestrittene Forderung, die in keinem rechtlichen Zusammenhang mit der Kaufpreisforderung des K stand. Da K die Gegenforderung des B bestritt, war es K bis zu deren rechtskräftiger Feststellung auch nicht zuzumuten, von einer gerichtlichen Geltendmachung seiner eigenen Forderung abzusehen und sich stattdessen durch Aufrechnung zu befriedigen.
- 45 Begründetheit der Leistungsklage: Nach dem Sachverhalt ist der Kaufpreisanspruch als bestehend zu unterstellen.
- 46 Eintritt eines erledigenden Ereignisses nach Rechtshängigkeit: Wenn die Aufrechnungslage (§ 387 BGB) – wie hier – bereits vor Zustellung der Klage bestanden hat, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten, ob das erledigende Ereignis die Aufrechnungslage oder die Aufrechnungserklärung (§ 388 S. 1 BGB) ist.
- 47 a) Ein Teil der **jüngeren Rechtsprechung** und die überwiegende **Kommentarliteratur** sehen wegen der materiellrechtlichen Rückwirkung nach § 389 BGB die Aufrechnungslage als erledigendes Ereignis an. Die Folge wäre in **Fall 3**, dass eine Erledigung der Hauptsache nicht erfolgt ist, weil diese nur durch ein nach Klagezustellung liegendes Ereignis eintreten kann.¹⁹
- 48 b) Die **Gegenansicht** hält dagegen die durch § 389 BGB angeordnete Rückwirkung nur für eine materiellrechtliche Fiktion. Diese sei für die verfahrensmäßige Frage der Erledigung der Hauptsache bedeutungslos. Es sei auf den tatsächlichen Vorgang der Erledigungserklärung als erledigendes Ereignis abzustellen.²⁰
- 49 c) Der **BGH** hat sich im Jahr 2003 der Gegenansicht angeschlossen: Auch für den Fall, dass die Aufrechnungslage bereits vor Rechtshängigkeit der Klageforderung bestanden hat, schließt sich der BGH der Auffassung an, dass nicht die Aufrechnungslage, sondern erst die Aufrechnung als solche, also die Aufrechnungserklärung, das erledigende

19 OLG Hamm, Urteil vom 6.12.1999, Az.: 22 U 81/99 = MDR 2000, 296, 297; MüKo-ZPO/Lindacher, § 91 a Rn. 134; Bamberger/Roth/Dennhardt, BGB, § 389 Rn. 3; MüKo-BGB/Schlüter, § 389 Rn. 11; Palandt/Heinrichs, BGB, § 389 Rn. 2.

20 BayOblG, Beschluss vom 7.6.2001, Az.: 22 Br 32/01 = NJW-RR 2002, 373; OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.6.1999, Az.: 9 U 217/98 = NJW-RR 2001, 432; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO § 91 a Rn. 4 a; Heistermann, Die Erledigung der Hauptsache bei Aufrechnung, NJW 2001, 3527 f.; Schneider, Erledigung der Hauptsache bei Aufrechnung des Beklagten, MDR 2000, 507, 508.

Ereignis darstellt. Insbesondere hat dies der BGH damit begründet, dass die materiellrechtliche Wirkung, die bei der Aufrechnung die Geltendmachung der Klageforderung berührt, deren Erlöschen ist. Dieser Erfolg wird aber, wie § 389 BGB eindeutig besagt, (erst) durch die Aufrechnung, d.h. durch die Aufrechnungserklärung (§ 388 S. 1 BGB) „bewirkt“ und nicht (bereits) durch die Aufrechnungslage. Das Vorliegen einer Aufrechnungslage führt, wenn und solange die Aufrechnung nicht erklärt wird, noch nicht zum Erlöschen der beiderseitigen Forderungen. Tritt die Erlöschungswirkung erst mit der Erklärung der Aufrechnung ein, so war die Klage bis dahin zulässig und begründet. Die von § 389 BGB angeordnete Fiktion („gilt“) der Rückwirkung des Erlöschens auf den Zeitpunkt der Aufrechnungslage ändert daran nichts.

Somit handelt es sich bei der Aufrechnungserklärung um ein nach Rechtshängigkeit eingetretenes erledigendes Ereignis. Der Feststellungsklage ist stattzugeben.

50

Merke: Erklärt der Beklagte nach Klagezustellung gegen eine bereits vor Klageerhebung der Klageforderung aufrechenbar gegenüberstehenden Forderung die Aufrechnung, so ist trotz der materiellrechtlichen Rückwirkung der Aufrechnung (§ 389 BGB) erst die Aufrechnungserklärung das „erledigende Ereignis“ für eine bis dahin zulässige und begründete Klage.

6. Die einseitige Erledigung in der Klausur

51

I. Antrag

Evtl. Auslegung des Parteiverhaltens, Abgrenzung zur Klagerücknahme

Wirksame Vornahme der Erledigungserklärung als Prozesshandlung

II. Zulässigkeit der Feststellungsklage

1. Zulässigkeit der Klageänderung
2. Sachurteilsvoraussetzungen der Feststellungsklage

III. Begründetheit der Feststellungsklage

1. Zulässigkeit der ursprünglichen Klage
2. Begründetheit der ursprünglichen Klage
3. Erledigendes Ereignis nach Rechtshängigkeit

Abb. 31 Einseitige Erledigung in der Richterklausur

III. Verzicht

Literatur: *Hegler*, Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht, 1903; *Lent*, Der Klageverzicht, DRZ 1948, 9; *Weißberg*, Besondere Möglichkeiten der Verfahrensbeendigung in der ZPO, JuS 2022, 27.

1. Überblick

- 52 Der Verzicht ist in § 306 geregelt. Er bildet das prozessuale Gegenstück zum Anerkenntnis durch den Beklagten (§ 15 Rn. 1 ff.). Wie dieses bezieht er sich auf den prozessualen Anspruch. Der Verzicht beinhaltet die Erklärung des Klägers an das Gericht, dass der geltend gemachte Anspruch nicht besteht. Das Gericht ist an die Erklärung des Klägers gebunden, ohne dass es darauf ankommt, ob der Anspruch auch nach Ansicht des Gerichts nicht besteht.

2. Rechtsnatur

- 53 Der Verzicht ist **ausschließlich Prozesshandlung** und hat mit dem Verzicht bürgerlichen Rechts außer dem Namen keine Gemeinsamkeit.²¹ Die Parteien schließen aber in der Praxis häufig auch einen materiellen Verzicht. Ohne eine solche weitergehende materiellrechtliche Vereinbarung bleibt der zugrundeliegende Anspruch vom prozessualen Verzicht unberührt.

Merke: Der Verzicht ist reine Prozesshandlung und hat keine Doppelnatur.

Grundlage ist die Dispositionsbefugnis der Parteien. Der Verzicht führt nicht automatisch zur Beendigung des Prozesses, gestaltet aber die Entscheidungsgrundlage für das Gericht unmittelbar um. Auf der Grundlage der Verzichtserklärung muss das Gericht ein Verzichtsurteil erlassen, das unabhängig ist von dem zunächst durch den Kläger geltend gemachten prozessualen Anspruch. Der Rechtsstreit wird durch den Verzicht unmittelbar entscheidungsreif (§ 300 Abs. 1). Daher ist der Verzicht als **Bewirkungshandlung** einzuordnen.

3. Voraussetzungen

- 54 Da der Verzicht auf der **Dispositionsbefugnis** des Klägers beruht, ist er nur zulässig, soweit der Kläger dispositionsbefugt ist. Grenzen ergeben sich vor allem aus dem materiellen Recht: z.B. kann der Kläger nicht auf Unterhalt für die Zukunft verzichten (§ 1614 Abs. 1 BGB).
- 55 Der Beklagte muss **keine Zustimmung** erteilen, der Verzicht ist ein einseitiger Akt, der sich nur an das Gericht richtet. Der Beklagte ist nicht schutzwürdig, weil eine erneute Klage unzulässig ist. Ein **Antrag des Beklagten** auf Erlass eines Verzichtsurteils ist trotz des Wortlauts des § 306 („wenn der Beklagte die Abweisung beantragt“) nicht erforderlich. Beantragt dieser kein Verzichtsurteil, sondern trotz der Verzichtserklärung des Klägers weiterhin Klageabweisung, so ergeht trotzdem Verzichtsurteil und nicht etwa ein streitiges Endurteil über die ursprüngliche Klage, weil dem Beklagten insoweit das Rechtsschutzbedürfnis fehlt.²² Für das Anerkenntnis ging man (umgekehrt) ebenfalls davon aus, dass dem Kläger das Rechtsschutzbedürfnis fehle, bis der Gesetzgeber dort 2002 ausdrücklich angeordnet hat, dass kein Antrag erforderlich ist (§ 15 Rn. 10).
- 56 Aus der Rechtsnatur als (reine) Prozesshandlung ergibt sich, dass für die Verzichtserklärung die **Prozesshandlungsvoraussetzungen** gegeben sein müssen, insbesondere unterliegt der Verzicht dem Anwaltszwang.

21 Gegenüberstellung von prozessualen und materiellem Verzicht bei R/S/G, ZPR, § 133 Rn. 75.

22 BGH, Urteil vom 21.12.1967, Az.: VII ZR 166/63 = BGHZ 49, 213 = NJW 1968, 503; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 306 Rn. 3; R/S/G, ZPR, § 133 Rn. 73.

Aufgrund des Verzichts ergeht **Verzichtsurteil**. Dieses ist Sachurteil, das der Rechtskraft fähig ist. Aus diesem Grunde muss die Klage zulässig sein, insbesondere müssen die **Sachentscheidungsvoraussetzungen** vorliegen.

Ob die Klage schlüssig oder begründet war, ist völlig unerheblich, da die Grundlage der gerichtlichen Entscheidung nicht mehr der geltend gemachte prozessuale Anspruch ist, sondern nur noch die Verzichtserklärung des Klägers.

4. Wirkung

Der Verzicht enthält die endgültige Zurücknahme der durch die Klage aufgestellten Rechtsbehauptung.

Merke: Der Kläger verzichtet endgültig auf die prozessuale Durchsetzung seines Anspruchs.

Der Einwand der Rechtskraft steht einer erneuten Klagerhebung entgegen (s. Schema B II 3 e). Der unterliegende Kläger trägt nach § 91 die Kosten des Verfahrens. Die Klagerücknahme unterscheidet sich vom Verzicht dadurch, dass der Kläger nur auf eine gerichtliche Entscheidung in diesem, nicht aber in einem potenziellen weiteren Prozess verzichtet (Rn. 3).

5. Der Verzicht in der Klausur

I. Erklärung des Klägers

- Evtl. Auslegung des Klägerverhaltens, Abgrenzung zur Klagerücknahme
- Wirksame Vornahme des Verzichts als Prozesshandlung
- Dispositionsbefugnis des Klägers

II. Zulässigkeit der Klage

Erfüllung aller Sachentscheidungsvoraussetzungen

Keine Prüfung der Schlüssigkeit/Begründetheit der Klage

Abb. 32 Die Prüfung des Verzichts in der Klausur

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- Welche Möglichkeiten hat der Kläger, einen Rechtsstreit einseitig zu beenden?
- Worin unterscheiden sich Klagerücknahme und Klageverzicht?
- Was ist der frühestmögliche Zeitpunkt für eine Klagerücknahme?
- Welche Wirkung hat ein Klagerücknahmeversprechen?
- Wer trägt bei einer Klagerücknahme die Kosten des Verfahrens?
- Nach welchen Regeln ist eine einseitige Erledigungserklärung zu beurteilen?
- Wie ist der Prüfungsaufbau bei einer einseitigen Erledigung?

§ 14 D. Fortführung des Verfahrens durch die Parteien

- > Was ist der frühestmögliche Zeitpunkt für eine einseitige Erledigungserklärung?
- > Kann ein vor Rechtshängigkeit liegendes Ereignis zu einer Erledigung führen?
- > Was ist das erledigende Ereignis bei einer Aufrechnung?

§ 15 Prozessbeendigung durch Anerkenntnis des Beklagten

Literatur: *Fischer*, Anerkenntnisse im materiellen Recht und im Prozessrecht, JuS 1999, 998; *Huber*, Grundwissen-Zivilprozessrecht: Anerkenntnis, JuS 2008, 313; *Kirschbaum*, Flucht in das Anerkenntnis nach Schluss der mündlichen Verhandlung, NJOZ 2012, 681; *König*, Anerkenntnis statt Säumnis – Nach dem RVG vielfach ein anwaltlicher Kunstfehler, NJW 2005, 1243; *Metz*, Anerkenntnisurteil bei fehlender Zuständigkeit?, MDR 2020, 391; *Stamm*, Die Entzauberung von Anerkenntnis- und Verzichtsurteil – Das Sachurteil zum materiellrechtlichen Anerkenntnis und Erlass, JZ 2020, 494; *Thomas*, Zur Doppelnatur von Klageanerkennnis und Klageverzicht, ZZP 89 (1976), 80; *Weber*, Das sofortige Anerkenntnis bei der Stufenklage, NJOZ 2022, 737; *Weißberg*, Besondere Möglichkeiten der Verfahrensbeendigung in der ZPO, JuS 2022, 27; *Wolf*, Das Anerkenntnis im Prozessrecht, 1969.

I. Überblick

Das Anerkenntnis ist in § 307 geregelt. Es bezieht sich ebenso wie der Verzicht auf den vom Kläger geltend gemachten Anspruch. Durch das Anerkenntnis erklärt der Beklagte, dass der Kläger den Anspruch zu Recht gerichtlich geltend macht und unterwirft sich dem Begehren des Klägers. Das Gericht ist daran gebunden, unabhängig davon, wie es die Chancen des Beklagten einschätzt. Dem Gericht ist keine materielle Rechtsanwendung mehr gestattet. Ob die Klage im Zeitpunkt des Anerkenntnisses zulässig und schlüssig ist, spielt keine Rolle.¹

II. Rechtsnatur

Das Anerkenntnis ist ausschließlich **Prozesshandlung**² und bildet das Gegenstück zum Verzicht (§ 306). Das Anerkenntnis ist Bewirkungshandlung: Zwar führt das Anerkenntnis nicht unmittelbar das Ende des Prozesses herbei, verpflichtet aber das Gericht, ein Anerkenntnisurteil zu erlassen. Der Rechtsstreit wird also unmittelbar entscheidungsreif. Das Anerkenntnis schafft unmittelbar eine neue Entscheidungsgrundlage: Nicht mehr die vom Kläger (oder auch schon vom Beklagten) vorgetragene Tatsachen bilden die Entscheidungsgrundlage des Gerichts, sondern alleine die Erklärung des Anerkenntnisses. Da das Anerkenntnis Bewirkungshandlung ist und nicht Angriffs- oder Verteidigungsmittel, unterliegt es keinen Präklusionsvorschriften. Es kann daher zwischen Rechtshängigkeit und Erlass des Urteils erklärt werden und damit auch taktisch genutzt werden, um z.B. ein Präjudiz zu verhindern.

► **Hinweis:** Das prozessuale Anerkenntnis ist streng vom einem **Schuldanerkenntnis** (§§ 780, 781 BGB) zu unterscheiden. Letzteres ist ein gegenseitiger Vertrag, das Anerkenntnis aber eine einseitige an das Gericht gerichtete Prozesshandlung. Nur wenn der Beklagte ausnahmsweise auch dem Kläger ein Angebot auf Abschluss eines Schuldanerkenntnisses macht, können beide Tatbestände zusammentreffen. ◀

Merke: Das Anerkenntnis ist reine Prozesshandlung und hat keine Doppelnatur.

Abzugrenzen ist das Anerkenntnis vom Geständnis (§ 12 Rn. 31 ff.), das sich allein auf das Vorliegen klagebegründender Tatsachen als Anspruchsvoraussetzungen bzw. das Nichtvorliegen von rechtsvernichtenden bzw. rechtshemmenden Einwendungen bezieht, während das Anerkenntnis seinen Bezugspunkt im prozessualen Anspruch hat.

1 BGH, Beschluss vom 16.1.2020, Az.: V ZB 93/18 = NJW 2020, 1442 (Vossler 1444).

2 H.M. dagegen *Stamm*, JZ 2020, 494.

Bei einem Geständnis bleibt das Gericht zu einer materiellen Rechtsanwendung berufen und verpflichtet. Bei einem Anerkenntnis scheidet ein Widerruf nach § 290 aus. Als zulässig wird aber ein Widerruf mit Zustimmung des Gegners und bei Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes bis zum Erlass des Anerkenntnisurteils angesehen.³

III. Voraussetzungen

- 4 Da das Anerkenntnis Ausfluss der **Dispositionsbefugnis** der Parteien im Prozess ist, reicht es nur soweit wie diese. In Ehe- und Abstammungssachen ist ein Anerkenntnis ausgeschlossen (§§ 113 Abs. 4 Nr. 6; 169; 177; 29 FamFG).
- 5 Die anerkannte Rechtsfolge muss im materiellen Recht vorgesehen sein und sie darf nicht strafbar oder sonst verboten sein. Dass die eingeklagte Forderung dagegen einer Formvorschrift nicht genügt oder gesetzes- oder sittenwidrig ist, ist unerheblich, da mit dem Anerkenntnis die Grundlage des Urteils wechselt, so dass die Prüfung des zugrundeliegenden Streitstoffs ausgeschlossen ist.⁴
- 6 Das Anerkenntnisurteil ist Sachurteil. Der Beklagte wird dem Antrag des Klägers entsprechend verurteilt, ohne dass das Gericht in der Sache prüfen dürfte, ob dem Kläger das geltend gemachte Recht tatsächlich zusteht. Aus diesem Grund müssen sämtliche **Sachentscheidungs Voraussetzungen** gegeben sein, die Klage muss also zulässig sein.

1. Erklärung des Beklagten

- 7 Der Beklagte muss eine entsprechende Erklärung an das Gericht richten. Diese ist zwar auslegungsfähig, muss aber eindeutig sein. Aussagen des Beklagten wie „Einwendungen werden nicht erhoben“ oder er „werde sich nicht verteidigen“ sind als Anerkenntnis anzusehen. Bedingungen sind unzulässig. Keine Bedingung liegt vor, wenn der Beklagte erklärt, er verwehre sich gegen die Kosten. Dies ist nur der in der Praxis übliche Hinweis auf die Kostenvorschrift des § 93. Ein teilweises Anerkenntnis ist möglich.
- 8 Das Anerkenntnis kann im schriftlichen Vorverfahren auf Aufforderung des Gerichts hin erklärt werden (§ 276 Abs. 1 S. 1).
- 9 Allein die Erklärung beendet das Verfahren nicht; erst wenn das Gericht ein Anerkenntnisurteil erlässt, wird der Prozess beendet.

2. Kein Antrag des Klägers

- 10 Der Erlass eines Anerkenntnisurteils setzt keinen Antrag des Klägers voraus. In der Revisionsinstanz gilt das allerdings nicht (§ 555 Abs. 3; § 31 Rn. 32).

3. Form

- 11 Das Anerkenntnis kann in der mündlichen Verhandlung oder schriftsätzlich schon im schriftlichen Vorverfahren erklärt werden. Die Aufnahme in das Protokoll (§ 160 Abs. 3 Nr. 1) sowie die nach § 162 Abs. 1 erforderliche Vorlesung und die Genehmi-

3 R/S/G, ZPR, § 133 Rn. 63; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 307 Rn. 8.

4 R/S/G, ZPR, § 133 Rn. 48; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 307 Rn. 7.

gung sind erforderlich, aber *nicht* Wirksamkeitsvoraussetzung (anders beim Vergleich, s.u. § 16 Rn. 49).⁵

4. Prozesshandlungsvoraussetzungen

Alle Prozesshandlungsvoraussetzungen müssen erfüllt sein, insbesondere muss der Erklärende prozess- und parteifähig sein. Das Anerkenntnis unterliegt insbesondere dem Anwaltszwang. 12

IV. Wirkung/Kostenregelung

Aufgrund des Anerkenntnisses ist das Gericht verpflichtet, dem Antrag gemäß zu **verurteilen**. Der Prozess ist entscheidungsreif. Das Anerkenntnisurteil enthält weder Tatbestand noch Entscheidungsgründe (§ 313 b Abs. 1 S. 1). 13

Merke: Im Falle eines Anerkenntnisses erfolgt weder eine Schlüssigkeitsprüfung noch eine Begründetheitsprüfung.

Wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt, und er nicht durch sein Verhalten Anlass zur Erhebung der Klage gegeben hat, hat der Kläger die **Prozesskosten** zu tragen (§ 93). Auch im Rahmen dieser Kostenentscheidung hat das Gericht nicht die Zulässigkeit und Schlüssigkeit der Klage zu prüfen. Sonst würde die Kostenentscheidung umfassend die Beurteilung der materiellen Rechtslage erfordern, was dem Gericht ja aufgrund des Anerkenntnisses für das Anerkenntnisurteil gerade verwehrt ist.⁶ § 93 soll leistungswillige Beklagte entgegen dem Grundsatz, dass der Unterlegene die Kosten trägt, schützen. Einem Leistungswilligen gegenüber ist es nicht erforderlich, den Justizapparat in Anspruch zu nehmen. 14

Anlass zur Klageerhebung bietet ein Schuldner, der sich vorprozessual so verhält, dass der Gläubiger annehmen darf, er werde nur durch einen Prozess seine Forderung realisieren können. Das ist nach h.M. schon der Fall, wenn der Schuldner nach § 286 Abs. 2 BGB (in diesen Fällen bedarf es einer Mahnung nicht) in Verzug ist.⁷ Bei Geldforderungen gibt der Schuldner Anlass zur Klage, wenn er die fällige Forderung nicht alsbald nach deren Fälligkeit begleicht. Erkennt der Beklagte eine noch nicht fällige Forderung an, so hat er keinen Anlass zur Klage gegeben. 15

Sofortiges Anerkenntnis heißt, dass der Beklagte unabhängig von der Art der Verfahrensgestaltung (schriftliches Vorverfahren oder früher erster Termin) mit Ablauf der Klageerwidlungsfrist anerkannt haben muss.⁸ Wenn das Gericht nach § 272 Abs. 2 Fall 2, § 276 ein schriftliches Vorverfahren anordnet, so muss das Anerkenntnis auch erst in der Klageerwidderung erfolgen. Dem voraus ist aber eine Verteidigungsanzeige gegangen. Daher war streitig, ob das Anerkenntnis noch sofort erfolgt, wenn der Beklagte in der Verteidigungsanzeige einen Antrag auf Klageabweisung gestellt hat. Der BGH entschied 2019, dass nur dann ein sofortiges Anerkenntnis im Sinne von § 93 gegeben ist, wenn der Beklagte in seiner Verteidigungsanzeige (§ 276 Abs. 1 S. 1) keinen Antrag auf Klageabweisung angekündigt hat und dem Klageanspruch auch 16

5 Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 307 Rn. 3; R/S/G, ZPR, § 132 Rn. 51; a.A. OLG Düsseldorf FamRZ 1983, 721.

6 BGH, Beschluss vom 16.1.2020, Az.: V ZB 93/18 = NJW 2020, 1442 (Vossler 1444).

7 Beispielsfälle bei R/S/G, ZPR, § 84 Rn. 20 ff.

8 BGH, Beschluss vom 21.3.2019, Az.: IX ZB 54/18 = NJW 2019, 1525; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 93 Rn. 9; Huber, Schriftliches Vorverfahren und sofortiges Anerkenntnis, JuS 2003, 698; Vossler, Das sofortige Anerkenntnis im Zivilprozess nach Inkrafttreten des Ersten Justizmodernisierungsgesetzes, NJW 2006, 1034.

§ 15 D. Fortführung des Verfahrens durch die Parteien

nicht auf sonstige Weise entgegengetreten ist.⁹ Daher sollte innerhalb der Frist für die Verteidigungsanzeige nur die Verteidigungsbereitschaft angezeigt werden und nicht auch schon bereits ein Klageabweisungsantrag angekündigt werden, was ja erst in der Klageerwiderung notwendig ist.

- 17 Das Anerkenntnisurteil ist wie ein jedes Endurteil der Rechtskraft fähig, es wird mit den normalen Rechtsmitteln, Berufung und Revision, angefochten.

V. Das Anerkenntnis in der Klausur

18

<p>I. Erklärung des Beklagten</p> <ul style="list-style-type: none">➤ Evtl. Auslegung des Beklagtenverhaltens, Abgrenzung zum Geständnis➤ Wirksame Vornahme des Anerkenntnisses als Prozesshandlung➤ In mündlicher Verhandlung oder schriftsätzlich➤ Dispositionsbefugnis des Beklagten
<p>II. Zulässigkeit der Klage</p> <p>Erfüllung aller Sachentscheidungsvoraussetzungen</p> <p>Keine Prüfung der Schlüssigkeit/Begründetheit der Klage</p>

Abb. 33 Die Prüfung des Anerkenntnisses in der Klausur

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- Wie sind Anerkenntnis und Geständnis abzugrenzen?
- Was hat das Gericht im Falle eines Anerkenntnisses zu prüfen?
- Wann ist ein Anerkenntnis ein sofortiges Anerkenntnis i.S. v. § 93?

9 BGH, Beschluss vom 21.3.2019, Az.: IX ZB 54/18 = NJW 2019, 1525 (Rn. 7).

§ 16 Prozessbeendigende Prozesshandlungen von Kläger und Beklagtem

I. Die übereinstimmende Erledigungserklärung

Literatur: *Althammer/Löbnig*, Billige Kostentragung bei Erledigung der Hauptsache nach Aufrechnung durch den Beklagten, NJW 2004, 3077; *Becker-Eberhard*, Entwicklung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zur Erledigung in der Hauptsache im Zivilprozess, Festgabe BGH, Bd. 3, 2000, S. 273; *Bonifacio*, Klagerücknahme und Erledigungserklärung nach der Zivilprozessreform, MDR 2002, 499; *Hofmann*, Einseitige und übereinstimmende Erledigungserklärungen vor unzuständigem Gericht, NJW 2020, 1117; *Knöringer*, Die Erledigung der Hauptsache im Zivilprozess, JuS 2010, 569; *Löbnig*, Erledigung der Hauptsache, JA 2004, 122; *Stückert*, Die Erledigung in der Rechtsmittelinstanz, 2007; *Weißberg*, Besondere Möglichkeiten der Verfahrensbeendigung in der ZPO, JuS 2022, 27.

► **Fall 1:** K klagt gegen B auf Zahlung eines Kaufpreises. In der mündlichen Verhandlung erörtert das Gericht mit den Parteien die Sach- und Rechtslage. B erkennt, dass er der Klage nichts Substantielles entgegenzusetzen hat und überweist anschließend die eingeklagte Summe an K.

Wie kann dieser reagieren? ◀

1. Überblick

Im Verfahren des K gegen B hat sich durch die Zahlung des B eine Änderung ergeben. B hat sich letztlich in sein Schicksal gefügt und K gewinnt, ohne dass es noch zu einer gerichtlichen Entscheidung kommen muss. Der Streit der Parteien ist zu Ende, wie aber endet der durch die Klagerhebung in Gang gesetzte Rechtsstreit? Der Kläger könnte seine Klage zurücknehmen (§ 269 Abs. 1), allerdings trifft ihn dann die „Kostenautomatik“ des § 269 Abs. 3 S. 2. Er wäre danach verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Das wäre ungerecht, denn K setzt sich im Ergebnis mit seiner Forderung durch. Für die Klagerücknahme wurde oben ausgeführt, dass sich der Kläger freiwillig in die Rolle des Unterliegenden begibt (s.o. § 14 Rn. 20). Das ist hier gerade nicht der Fall. 1

Der Kläger könnte auch passiv bleiben, dann aber müsste die Klage als unbegründet abgewiesen werden, weil der geltend gemachte Anspruch durch Erfüllung erloschen ist (§ 362 Abs. 1 BGB). Auch in diesem Fall hätte der Kläger die Kosten zu tragen (§ 91). 2

In einem solchen Fall können die Parteien die Klage übereinstimmend für erledigt erklären. Die übereinstimmende Erledigungserklärung ist ein Akt der einvernehmlichen Prozessbeendigung. Erklären die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt, so entscheidet das Gericht nur über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen durch Beschluss (§ 91 a Abs. 1). Dies ist die gleiche Kostenfolge, die sich im Falle einer Klagerücknahme vor Rechtshängigkeit nach § 269 Abs. 3 S. 3 ergibt. Dem Gericht ist es verwehrt, die Klage in der Sache zu prüfen. 3

Eine umfassendere Regelung der Erledigung fehlt in der ZPO. Mit der Kostenfolge (§ 91 a) ist jedoch ein Hauptproblem der übereinstimmenden Erledigung geklärt. 4

2. Erledigungseignis und Erledigungserklärung

- 5 Man muss streng zwischen erledigendem Ereignis und Erledigungserklärung unterscheiden. Die Hauptsache erledigt sich, wenn die Klage als Folge eines nachträglichen Ereignisses unbegründet oder unzulässig wird. Das Erledigungseignis ist eine Tatsache, die in das Verfahren eingeführt werden muss. Das Verfahren erledigt sich also nicht automatisch, wenn ein erledigendes Ereignis eintritt.
- 6 Um eine prozessuale Gestaltungswirkung zu erreichen, muss die Erledigung in der mündlichen Verhandlung oder durch Einreichung eines Schriftsatzes oder zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden.
- 7 Durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz hat der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 91 a erweitert, indem er die Kostenfolge auch an ein normiertes **Schweigen des Beklagten** knüpft. Voraussetzung ist, dass der Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers nicht innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen seit der Zustellung des Schriftsatzes, in dem die Erledigung erklärt wird, widerspricht und der Beklagte zuvor auf diese Folge hingewiesen wurde. Versäumt der Beklagte die Notfrist, kann Wieder-einsetzung in den vorigen Stand gewährt werden (§ 233).

3. Wirkung

- 8 Aufgrund der übereinstimmenden Erledigungserklärung der Parteien endet die Rechtshängigkeit der Hauptsache, bereits ergangene Entscheidungen werden rückwirkend wirkungslos (§ 269 Abs. 3 S. 1 analog). Dem Gericht ist es verwehrt, über den Streitgegenstand sachlich zu entscheiden. Es darf nur noch über die Kosten des Rechtsstreits (insofern bleibt die Rechtshängigkeit bestehen) befinden. Dies ist Ausfluss der Dispositionsmaxime der Parteien. Aus diesem Grund ist es unerheblich, ob die Klage im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses (im Fall 1 ist dies die Zahlung durch B) zulässig und begründet war. Dem Gericht ist somit auch die Prüfung der eigenen Zuständigkeit entzogen, so dass eine übereinstimmende Erledigungserklärung auch vor einem unzuständigen Gericht abgegeben werden kann.
Merke: Nach einer übereinstimmenden Erledigungserklärung darf weder die Zulässigkeit noch die Begründetheit der Klage geprüft werden.
- 9 Ob ein Erledigungseignis wirklich eingetreten ist, ist unerheblich. Es reicht aus, dass die Parteien übereinstimmend ein erledigendes Ereignis behaupten. Konsequenterweise kommt es deshalb auch nicht darauf an, wann das erledigende Ereignis eingetreten ist. Dieses kann deshalb sogar vor Anhängigkeit¹ oder auch zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit² liegen.
- 10 Ob die Erklärung der Erledigung als Prozesshandlung aber erst nach Rechtshängigkeit oder auch bereits ab Anhängigkeit erfolgen kann, ist umstritten. Für das Erfordernis der Rechtshängigkeit und damit der Notwendigkeit einer Zustellung spricht, dass vorher ein Prozessrechtsverhältnis, das für erledigt erklärt werden kann, nicht besteht. Prozessökonomische Gründe sprechen aber dafür, die Erklärung bereits ab Anhängigkeit zuzulassen, da damit eine sinnlose Zustellung vermieden werden kann. Die Frage

1 OLG Nürnberg, Beschluss vom 27.5.1975, Az.: 6 W 31/75, NJW 1975, 2206.

2 BGH, Urteil vom 14.7.1956, Az.: III ZR 29/55 = BGHZ 21, 298 = NJW 1956, 1517; BGH, Urteil vom 15.1.1982, Az.: V ZR 50/81 = NJW 1982, 1598 f.; *Becker-Eberhard*, Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Erledigung in der Hauptsache im Zivilprozess, Festgabe BGH, S. 273, 280; MüKo-ZPO/Lindacher, § 91 a Rn. 29; Stein/Jonas/Bork, ZPO, § 91 a Rn. 10; R/S/G, ZPR, § 131 Rn. 10.

ist praktisch deshalb nicht relevant, weil die Gerichte in der Zustimmung des Beklagten in der Phase der Anhängigkeit einen Verzicht auf eine Zustellung sehen. Zudem soll die Erledigungserklärung zwar ab Anhängigkeit abgegeben werden können, aber ihre Wirkung erst nach Rechtshängigkeit entfalten.³

Vor Rechtshängigkeit hat der Kläger auch die Möglichkeit, die Klage zurückzunehmen, wobei das Gericht nach § 269 Abs. 3 S. 3 ebenfalls über die Kostentragungspflicht unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen zu entscheiden hat (§ 14 Rn. 20 ff.).

4. Erledigungserklärung als Prozesshandlung

Das erledigende Ereignis hat für den Prozess keine direkte Relevanz. Erst die Erledigungserklärung hat prozessuale Auswirkungen. Die übereinstimmende Erledigungserklärung ist **Bewirkungshandlung**, weil der Prozess durch die Erklärungen der Parteien und nicht durch richterliche Tätigkeit gestaltet wird.

5. Kostenentscheidung

Das Gericht hat nach § 91 a von Amts wegen, ohne dass ein Antrag der Parteien erforderlich ist, über die Kosten zu entscheiden. Die Entscheidung ergeht durch Beschluss, wobei der bisherige Sach- und Streitstand nach billigem Ermessen zu berücksichtigen ist. Das Leitprinzip dieser Kostenverteilung ist das Veranlassungsprinzip: Die Kosten sind der Partei aufzuerlegen, die sie hätte tragen müssen, wenn das erledigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Dies ist grundsätzlich die Partei, die auf der Grundlage des bisherigen Sach- und Streitstands den Prozess verloren hätte.

► **Klausurhinweis:** Damit eignet sich die übereinstimmende Erledigungserklärung sehr gut, um einen Einstieg in eine materiellrechtliche Klausur zu ermöglichen. An der Kostenentscheidung „hängt“ bei der Prüfung des bisherigen Sach- und Streitstands die Klausur (s. Abb. 34, Rn. 17). ◀

Abhängig vom Zeitpunkt der Erledigungserklärung kann die Basis für die Prüfung des Gerichts sehr unterschiedlich sein. Erklären die Parteien die Erledigung unmittelbar nach Rechtshängigkeit, so stehen nur die kontroversen Schilderungen der Parteien zur Sach- und Rechtslage zur Verfügung. Erfolgt die Erklärung in einem späteren Verfahrensstadium, ist möglicherweise der Sachverhalt bereits weitgehend aufgeklärt und die Parteien haben bereits die Rechtslage erörtert. Grundlage der richterlichen Kostenentscheidung ist damit oft ein unaufgeklärter Sachverhalt. Daher ist es ausgesprochen umstritten, ob das Gericht (obwohl die Rechtshängigkeit der Hauptsache entfallen ist) nur für die Kostenentscheidung den Sachverhalt weiter aufklären, insbesondere neuen Tatsachenvortrag berücksichtigen darf, oder ausschließlich auf der Grundlage des bisher Vorgebrachten entscheiden muss. Einigkeit scheint dahin zu bestehen, dass neuer Tatsachenvortrag zulässig ist, um einer Partei überhaupt rechtliches Gehör zu gewähren (soweit dies noch nicht geschehen ist). Auch neuer unstreitiger Tatsachenvortrag sollte der Entscheidung zugrunde gelegt werden dürfen. Darüber hinaus muss der Sinn des § 91 a gewahrt bleiben, eine komplizierte Aufklärung des Sachverhalts nur für die Kostenfrage zu vermeiden. Zudem können die Parteien im Zeitpunkt der

3 Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 91 a Rn. 14; Musielak/Wolst, ZPO, § 91 a Rn. 15.

Abgabe der Erledigungserklärungen beurteilen, wie sich zu diesem Zeitpunkt die Sach- und Rechtslage darstellt. Das schließt eine weitere Aufklärung aus.

► **Vertiefung:** Umstritten ist, wie das Gericht zu entscheiden hat, wenn das Gericht sich für unzuständig hält.⁴ Nach einer Ansicht sind dann die Kosten dem Kläger aufzuerlegen, weil er den Prozess verloren hätte. Nach anderer Ansicht muss die Verweisungsmöglichkeit des § 281 berücksichtigt werden. Ein Kläger, der ein unzuständiges Gericht anruft, habe immer die Möglichkeit, den Fehler zu korrigieren und zu einer für ihn positiven Sachentscheidung zu kommen. Dieser Ansicht folgt der BGH.⁵ Dies stimmt aber nicht überein mit der Lösung bei einseitiger Erledigterklärung (dazu § 14 Rn. 34). ◀

6. Zulässigkeit einer erneuten Klage

- 15 Da durch die übereinstimmende Erledigungserklärung nur die Rechtshängigkeit beseitigt wird, stellt sich die Frage, ob eine erneute Klage in der gleichen Sache möglich ist. Bei der Klagerücknahme ist dies ohne Weiteres möglich, da damit nur die Geltendmachung des Rechts im konkreten Prozess unterbleibt (s.o. § 14 Rn. 3). Die Rechtskraft der Kostenentscheidung (§ 91 a) bewirkt keine Unzulässigkeit einer erneuten Klage, da nicht in der Hauptsache entschieden wird.
- 16 Eine wirklich tragfähige dogmatische Begründung, warum eine erneute Klage unzulässig ist, fehlt. Dies liegt auch an der schwierigen Ermittlung der Rechtsnatur der übereinstimmenden Erledigungserklärung.⁶ Wer hier stärker Parallelen zur Klagerücknahme sieht, wird eher für die Zulässigkeit einer erneuten Klage plädieren als der, der Anleihen beim Klageverzicht macht. Einige sehen in der erneuten Klage ein widersprüchliches Verhalten, aufgrund dessen die erneute Klage unzulässig sei. Hierfür spricht, dass sich der Beklagte einer Kostenentscheidung des Gerichts am Maßstab des § 91 a nur unterwirft, damit der Rechtsstreit endgültig beendet wird.

4 Gute Übersicht bei *Hofmann*, Einseitige und übereinstimmende Erledigungserklärungen vor unzuständigem Gericht, NJW 2020, 1117.

5 BGH, Beschluss vom 18. 3. 2010 – I ZB 37/09 = GRUR 2010, 1037.

6 Dazu R/S/G, ZPR, § 132 Rn. 8.

7. Übereinstimmende Erledigung in der Klausur

17

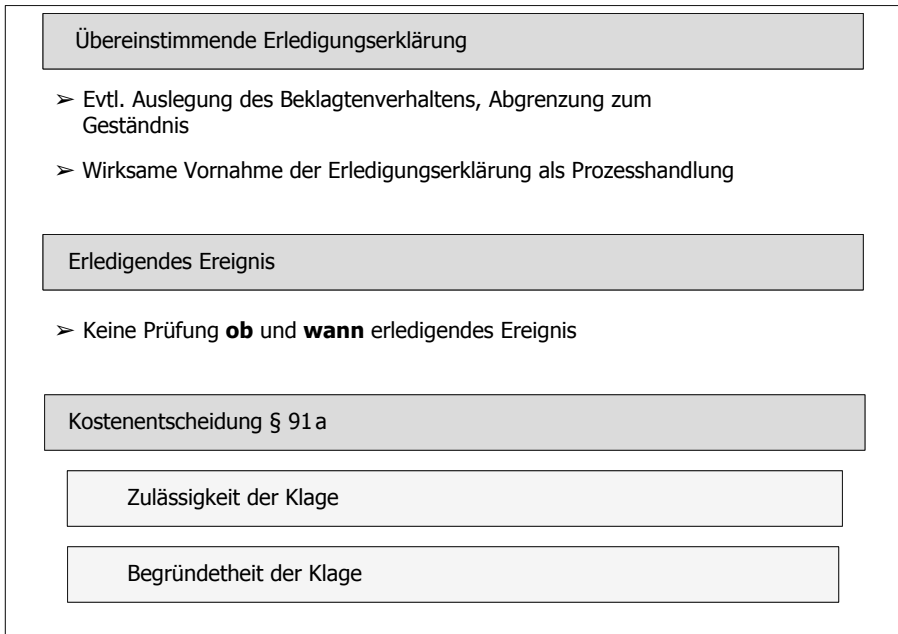


Abb. 34 Beiderseitige Erledigung in der Richterklausur

II. Der Vergleich

Literatur: *Bork*, Der Vergleich, 1988; *Duve*, Mediation und Vergleich im Prozess, 1999; *Eisenreich*, Der Prozessvergleich, JuS 1999, 797; *Häsemeyer*, Zur materiellrechtlich-prozessrechtlichen Doppelnatur des außergerichtlichen Vergleichs, ZZP 108 (1995), 289; *Hendel*, Strategien des Anwalts beim zivilrechtlichen Vergleich, AnwBl 1997, 509; *Huber*, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Der Prozessvergleich, JuS 2017, 1058; *Lindacher*, Der Prozessvergleich, Festgabe BGH, Bd. 3, 2000, S. 253; *Mayr*, Der gerichtliche Vergleichsversuch, 2002; *Schultheiß*, Der Prozessvergleich – typische Fallkonstellationen im Assessorexamen, JuS 2015, 318; *Treffer*, Der Prozessvergleich, MDR 1999, 520.

1. Überblick

Ein Vergleich kann zu einer gütlichen Beilegung eines Rechtsstreits führen (§ 278 Abs. 1). Das Verfahren kann mit meist geringeren (z.B. durch Vermeidung einer Beweisaufnahme), zumindest aber mit kalkulierbaren **Kosten** beendet werden. Beide Parteien können das Risiko ausschließen, als Verlierer vom Platz zu gehen und sie können auf der Grundlage des Prozesses weiter zusammen agieren. Dies ist immer dann von Bedeutung, wenn der Streit einer bestehenden und nach dem Streit noch fortbestehenden Rechtsbeziehung entspringt, etwa einem familiären, nachbarschaftlichen oder auch gesellschaftsrechtlichen Verhältnis. Im Vergleich kann das Rechtsverhältnis umfassend geregelt werden, ohne dass die Entscheidungsbefugnis des Gerichts auf den Streitgegenstand begrenzt ist (§ 308). Es ist sogar möglich, am Rechtsstreit nicht beteiligte Dritte am Vergleich zu beteiligen, z.B. die übrigen Gesellschafter einer Gesellschaft im Streit zweier Gesellschafter.

18

- 19 Ein weiterer Vorteil des Vergleichs ist die **Arbeitsersparnis für das Gericht**. Die weitere Fortsetzung des Verfahrens wird obsolet und der Richter braucht kein Urteil zu schreiben. Er hat mit einem Vergleich die Sache vom Tisch. Dies führt in der Praxis dazu, dass das Gericht nicht nur auf eine gütliche Einigung bedacht ist, wie es § 278 Abs. 1 formuliert, sondern die Parteien zum Vergleichsschluss drängt. Ein derartiges Vorgehen kann nicht zu dauerhaftem Rechtsfrieden führen; vielmehr entsteht bei den Parteien so leicht der Eindruck, abgewiegelt und mit ihrem Rechtsproblem nicht ernst genommen worden zu sein.
- 20 Der Vergleich ist in der jüngsten Vergangenheit auch deshalb in den Blickpunkt des rechtspolitischen Interesses gerückt, weil er ein klassisches Mittel der Streitbehandlung ist und sich als solches in die stärkere Nutzung der Streitschlichtungsmechanismen einfügen kann (§ 2 Rn. 21 ff.). Im Jahr 2021 wurden in der ersten Instanz vor dem AG 14,5 %, vor dem LG 22,9 % der insgesamt erledigten Verfahren durch Vergleich beendet. In der zweiten Instanz waren dies bei den LG 12,1 % und bei den OLG 12,1 %.⁷

2. Außergerichtliche und gerichtliche Vergleiche

- 21 Die Parteien können sich in- und außerhalb von gerichtlichen Verfahren vergleichen. Nach der materiellrechtlichen Vorschrift des § 779 BGB liegt ein Vergleich vor, wenn durch einen Vertrag ein Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird. Dieser materiellrechtliche Vergleich hat zunächst mit einem Prozess als einem gerichtlichen Streit nichts zu tun. Auch die Regeln für den materiellrechtlichen Vergleich i.S. von § 779 BGB können sich deshalb nur aus dem materiellen Recht ergeben. Jedoch kann ein Vergleich im Vorfeld eines Prozesses zu seiner Vermeidung oder während eines Prozesses zu dessen Beendigung getroffen werden.
- 22 Nach der prozessrechtlichen Vorschrift des § 794 Abs. 1 Nr. 1 sind Vergleiche, die zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfang nach oder in Betreff eines Teils des Streitgegenstandes getroffen werden, **Vollstreckungstitel**. Der Vergleich kann also prozessrelevant sein.
- **Klausurhinweis:** In diesem Fall stellt sich die Frage, ob die Regeln für den prozessrelevanten Vergleich dem materiellen Recht, dem Prozessrecht oder beiden zu entnehmen sind. Dies ist eine der klassischen und examensrelevanten Fragestellungen des Prozessrechts. Es bietet sich an, die verschiedenen Erscheinungsformen des Vergleichs nach außergerichtlichen und gerichtlichen Vergleichen zu trennen. ◀

a) Außergerichtliche Vergleiche

- 23 Außergerichtliche Vergleiche müssten das Prozessrecht eigentlich nicht interessieren. Der materiellrechtliche Vergleich (§ 779 BGB) muss mit einem Prozess nichts zu tun haben. Er ist lediglich in der Lage, die materielle Rechtslage zu verändern.⁸ Trotzdem

7 https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publicationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210217004.pdf?__blob=publicationFile (abgerufen am 2.6.2023).

8 BGH, Urteil vom 7.3.2002, Az.: III ZR 73/01 = NJW 2002, 1503, 1504.

muss sich das Prozessrecht mit außergerichtlichen Vergleichen befassen. Dies hat mehrere Gründe:

- Erstens wird der Prozessvergleich als Vergleich mit **Doppelnatur** angesehen, seine Wirksamkeitsvoraussetzungen sind damit auch dem materiellen Recht zu entnehmen (dazu 3., Rn. 40 ff.).
- Zweitens kann der außergerichtliche Vergleich im Prozess geltend gemacht werden. Es stellt sich dann die Frage, welche Wirkung der außergerichtliche Vergleich auf den Prozess hat (dazu 2.a.bb, Rn. 28).
- Drittens kann der Anwaltsvergleich als außergerichtlicher Vergleich das Erkenntnisverfahren komplett ersetzen (dazu Rn. 38).
- Viertens kann aus dem materiellrechtlichen Vergleich Klage erhoben werden, wenn eingegangene Verpflichtungen nicht erfüllt werden.

aa) Der materiellrechtliche Vergleich gem. § 779 BGB

Der Vergleich nach § 779 BGB beseitigt einen Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens. Er wird als ein gegenseitiger Vertrag im Sinne eines Feststellungsgeschäfts angesehen, durch das die Rechtslage zwischen den Parteien festgelegt wird, ohne Rücksicht auf die wirkliche Rechtslage. Die Parteien müssen dazu hinsichtlich des Vergleichsgegenstands **dispositionsbefugt** sein (z.B. nicht bei Ehe- und Statussachen). Für das Zustandekommen und die Wirksamkeit gelten die allgemeinen Vorschriften des BGB, also §§ 104 ff., 119 ff., 133, 134, 138, 145 ff., 157 BGB. 24

Der materiellrechtliche Vergleich ist grds. **formfrei** möglich, allerdings kann sich in Einzelfällen aufgrund des Vergleichsgegenstands ein Formzwang ergeben (z.B. bei Grundstücksgeschäften). 25

Während der Vergleichsverhandlungen ist die **Verjährung** des Anspruchs gehemmt bis eine Partei die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Die Verjährung tritt frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung ein (§ 203 BGB). Diese Hemmung ist jedoch nicht unbegrenzt. Der BGH fordert ein aktives Verhandeln. Eine Beendigung der Hemmung erfolgt, wenn der Gläubiger die Verhandlungen „einschlafen“ lässt. Ein Abbruch der Verhandlungen durch ein solches „Einschlafenlassen“ ist dann anzunehmen, wenn der Berechtigte den Zeitpunkt versäumt, zu dem eine Antwort auf die letzte Anfrage des Ersatzpflichtigen spätestens zu erwarten gewesen wäre, falls die Regulierungsverhandlungen mit verjährungshemmender Wirkung hätten fortgesetzt werden sollen.⁹ 26

Werden die schuldrechtlichen Pflichten, die im Vergleich eingegangen werden, nicht erfüllt, so muss der Gläubiger darauf Klage erheben. Der Vergleich schafft **keinen Vollstreckungstitel**. Trotzdem erleichtert der materiellrechtliche Vergleich die Prozessführung erheblich: Hat sich ein Schädiger in einem Vergleich zur Begleichung des Schadens in bestimmter Höhe verpflichtet, kann der Geschädigte aus dem Vergleich Klage erheben. Beweisen muss er nur, dass der Vergleich wie von ihm behauptet abgeschlossen wurde. Den häufig schwierigeren Beweis des schädigenden Ereignisses muss er nicht führen. 27

⁹ BGH, Urteil vom 6.11.2008, Az.: IX ZR 158/07 = NJW 2009, 1806, 1807.

bb) Der Vergleich vor der Gütestelle nach § 15 a EGZPO

- 28 Ist landesrechtlich vor Klageerhebung ein obligatorisches Verfahren vor einer Gütestelle angeordnet (Öffnungsklausel in § 15 a EGZPO, § 10 Rn. 1 ff.), kann es auch dort zu einem Vergleich kommen. Dieser Vergleich ist ein außergerichtlicher, da eine Klage noch nicht rechtshängig ist. Das Verfahren vor der Gütestelle ist aber insofern prozessrelevant, als es eine **Prozessvoraussetzung** für eine Klage darstellt (s. Schema B I 5). In § 794 Abs. 1 Nr. 1 werden diese Vergleiche was ihre Vollstreckbarkeit angeht den Prozessvergleichen gleichgestellt. Der Vergleich vor einer Gütestelle macht daher ein Erkenntnisverfahren komplett entbehrlich, er schafft einen **Vollstreckungstitel**, so dass sogleich die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich betrieben werden kann.

cc) Der Vergleich während eines rechtshängigen Verfahrens

- 29 Der Vergleich kann außerhalb der mündlichen Verhandlung zu irgendeinem Zeitpunkt nach Rechtshängigkeit und vor Rechtskraft der Entscheidung geschlossen werden. Dieser ist zunächst ausschließlich materielles Rechtsgeschäft i.S. von § 779 BGB und nicht etwa Prozesshandlung bzw. Prozessvergleich. Denn zum Wesen des Prozessvergleichs gehört es, dass dieser vor einem deutschen Gericht oder vor einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle zur (vollständigen oder teilweisen) Beilegung eines Rechtsstreits abgeschlossen wird (§ 794 Abs. 1 Nr. 1). Der Abschluss des Vergleichs ist nicht unmittelbar prozessrelevant; Prozessrelevanz erlangt er nur dadurch, dass sich eine Partei, die Rechte aus dem Vergleich herleiten will, vor Gericht darauf beruft.

Merke: Von dem **Abschluss** des außergerichtlichen Vergleichs ist die **Geltendmachung** des materiellen Vergleichs im Prozess zu unterscheiden.

- 30 Durch die Geltendmachung im Prozess erlangt der außergerichtliche Vergleich Relevanz für den Prozess. Welche konkrete Wirkung der Vergleich auf den Prozess hat, richtet sich danach, was die Parteien materiellrechtlich vereinbart haben.
- 31 Häufiger Inhalt eines außergerichtlichen Vergleichs während eines gerichtlichen Verfahrens ist ein **Klagerücknahmeversprechen**, das der Kläger für den Fall abgibt, dass der Beklagte eine bestimmte Leistung erbringt.

▶ **Beispiel** für eine entsprechende Formulierung eines außergerichtlichen Vergleichs:

1. X (Beklagte) zahlt wegen ihrer Provisionsverpflichtung aus der Provisionsvereinbarung vom 5.11.2018 42.730 € zuzüglich Mehrwertsteuer an die Y-GmbH (Klägerin).

2.-6. des Vergleichs

7. Nachdem sämtliche Forderungen beglichen sind, wird die Klägerin die Klage zurücknehmen. ◀

- 32 Der Vergleich beendet das Verfahren nicht unmittelbar, sondern begründet nur eine entsprechende Verpflichtung. Nimmt der Kläger die Klage entgegen der Vereinbarung nicht zurück, so ist die Fortsetzung des Verfahrens unzulässig, wenn sich der Beklagte im Verfahren auf die Verpflichtung des Klägers aus dem Vergleich beruft.¹⁰

▶ **Vertiefung:** Eine gesetzliche Regelung dieser (unstreitigen) Rechtsfolge in der ZPO fehlt. Überwiegend geht man davon aus, dass das Klagerücknahmeversprechen Prozessvertrag

10 BGH, Urteil vom 7.3.2002, Az.: III ZR 73/01 = NJW 2002, 1503, 1504.

ist. Andere, die das Klagerücknahmeversprechen als materiellrechtlichen Vertrag ansehen, sehen in der vertragswidrigen Fortsetzung ein *venire contra factum proprium*, das gem. § 242 BGB zur Unzulässigkeit der Fortführung des Prozesses führt.¹¹ ◀

Ist die geltend gemachte Forderung aufgrund des Vergleichs erloschen, so kann der Kläger die Klage einseitig für erledigt erklären. Tut er dies nicht, kann sich der Beklagte auf den materiellrechtlichen Vergleich als Verteidigungsmittel berufen und Abweisung der Klage beantragen. 33

Kommt eine Partei den im Vergleich eingegangenen Verpflichtungen nicht nach, so muss die andere Partei auf Erfüllung dieser Pflichten Klage erheben, da der außergerichtliche Vergleich kein Vollstreckungstitel, sondern eben nur materielles Rechtsgeschäft ist. 34

► **Fall 2** (nach BGH, Urteil vom 7.3.2002, Az.: III ZR 73/01 = NJW 2002, 1503): In einem Prozess nahm die Klägerin die Beklagte auf Zahlung einer Maklerprovision i.H.v. 150.000 € in Anspruch. Die Parteien schlossen außergerichtlich eine privatschriftliche Vereinbarung, in der es heißt: „Zur Beilegung des unter dem Aktenzeichen xy beim LG Leipzig anhängigen Rechtsstreits zwischen den Parteien sind sich diese darüber einig, dass B 100.000 € (netto) in der Verteilung, wie unten aufgeführt, zahlt.

1. B zahlt wegen ihrer Provisionsverpflichtung aus der Provisionsvereinbarung vom 1.4.2000 100.000 € zuzüglich Mehrwertsteuer an K.

2. Nachdem sämtliche Forderungen beglichen sind, wird K die Klage zurücknehmen.

Als B dieser Verpflichtung nicht nachkommt, erhebt K Klage auf Zahlung von 100.000 € aus dem Vergleich.

B beruft sich auf die anderweitige Rechtshängigkeit der Streitsache.

Zu Recht? ◀

Nach § 261 Abs. 3 Nr. 1 kann während der Dauer der Rechtshängigkeit die Streitsache von keiner Partei anderweitig rechtshängig gemacht werden. Dies setzt die Identität der Streitgegenstände voraus. Ordnen die Parteien ihr in einem anhängigen Rechtsstreit streitiges Rechtsverhältnis im Vergleichswege außergerichtlich neu, so ist nach Ansicht des BGH zu unterscheiden: 35

Ein anderer Lebenssachverhalt und Klagegrund liegt vor, wenn die Beteiligten unter Aufhebung des alten Schuldverhältnisses ein neues vereinbaren (**Novation**) und hierdurch ihre beiderseitigen Forderungen ohne Rücksicht auf die früheren Streitigkeiten auf eine völlig neue Grundlage stellen. Enthält der Vergleich nur eine die Identität des ursprünglichen Schuldverhältnisses wahrende **Modifikation** des Streitverhältnisses, so gehört der Vergleichsschluss als unselbstständiges Element zu dem einheitlichen Lebenssachverhalt, aus dem der Kläger seinen ursprünglichen Anspruch hergeleitet hat und mit dem er jetzt seinen – modifizierten – Klageanspruch begründet. Unter diesen Umständen sind die Streitgegenstände vorher und nachher identisch. Dies ist in Fall 2 gegeben, da die Parteien nach wie vor von einer Verpflichtung zur Zahlung einer Maklerprovision ausgehen und eine Novation nicht ersichtlich ist. 36

Die Identität beider Streitgegenstände darf ausnahmsweise dann nicht zur Unzulässigkeit der zweiten Klage führen, wenn infolge des außergerichtlich geschlossenen 37

¹¹ Nachweise bei R/S/G, ZPR, § 130 Rn. 8.

Vergleichs eine Fortführung des Ursprungsverfahrens nicht mehr zulässig wäre. So verhält es sich aber nicht, da der außergerichtliche Vergleich den Rechtsstreit nicht unmittelbar beendet und eine Verpflichtung zur Klagerücknahme erst besteht, wenn sämtliche Verpflichtungen aus dem Vergleich erfüllt sind, was hier gerade nicht der Fall ist.

► **Hinweis:** Damit ist der Streit über die Wirksamkeit eines außergerichtlichen Vergleichs und die Erfüllung der darin geregelten Ansprüche grundsätzlich dem Gericht des Ausgangsverfahrens zugewiesen. Dies entspricht dem Gebot der Prozesswirtschaftlichkeit, da ein solches Verfahren kostengünstiger ist und auch dazu führt, dass in der Mehrzahl der Fälle die beteiligten Richter den Prozessstoff bereits kennen. ◀

dd) Der Anwaltsvergleich

Literatur: *Ersfeld*, Rechtsfragen des vollstreckbaren Anwaltsvergleichs, MittRhNotK 1992, 229; *Keller*, Der vollstreckbare Anwaltsvergleich, MittBayNot 1992, 313; *Leutner/Hacker*, Zu Unrecht verschmäht: Der vollstreckbare Anwaltsvergleich, NJW 2012, 1318; *Münzberg*, Einwendungen gegenüber vollstreckbaren Anwaltsvergleichen, NJW 1999, 1357; *Veese*, Der vollstreckbare Anwaltsvergleich, 1996; *Ziege*, Der vollstreckbare außergerichtliche Vergleich, NJW 1991, 1580.

38 Der Anwaltsvergleich (§ 796 a) ist ebenfalls außergerichtlicher Vergleich i.S. des § 779 BGB, der vor aber auch während der Rechtshängigkeit eines Prozesses geschlossen werden kann. Er bietet jedoch zum normalen materiellen Vergleich den Vorteil, dass die Parteien in die Lage versetzt werden, unter Mitwirkung ihrer Anwälte außergerichtlich einen **Vollstreckungstitel** zu schaffen, ohne dass ein Gericht überhaupt tätig wird. Es muss daher, wenn eine Partei ihrer Verpflichtung aus dem Anwaltsvergleich nicht nachkommt, nicht erst Klage erhoben werden, sondern es kann sogleich das Zwangsvollstreckungsverfahren durchgeführt werden. Der Anwaltsvergleich ist damit eine Form des Gerichtersatzes, der der Prozesswirtschaftlichkeit dienen soll. Der Verzicht auf jede gerichtliche Tätigkeit wird deshalb für vertretbar gehalten, weil auf beiden Seiten Rechtsanwälte beteiligt sind. Im Interesse der Rechtssicherheit muss vor Beginn der Zwangsvollstreckung aus dem Anwaltsvergleich die Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen nachgeprüft werden. **Wirksamkeitsvoraussetzungen** eines Anwaltsvergleichs, die vor Beginn der Vollstreckung im Vollstreckbarerklärungsverfahren nachgeprüft werden, sind:

- Außergerichtlicher Vergleich
- Von Rechtsanwälten im Namen und mit Vollmacht (§ 164 BGB) der von ihnen vertretenen Parteien schriftlich abgeschlossen
- Unterschrift beider Rechtsanwälte (str. ist, ob die Parteien den Vergleich selber schließen können und den Vergleich sodann von ihren Rechtsanwälten nur unterschreiben lassen dürfen)
- Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung im Vergleich selbst
- Niederlegung beim AG unter Angabe des Vergleichsdatums

b) Gerichtliche Vergleiche

39 Gerichtliche Vergleiche sind alle Vergleiche, die vor einem deutschen Gericht geschlossen werden. Dazu zählen der Prozessvergleich, auch der Vergleich in der obligatorischen Güteverhandlung (§ 278 Abs. 2), der Vergleich im unselbstständigen Beweisver-

fahren (§ 492 Abs. 3), ein Vergleich im Bewilligungsverfahren der Prozesskostenhilfe (§ 118 Abs. 1) und ein Vergleich im schriftlichen Verfahren (Vorverfahren) durch Beschluss.

3. Der Prozessvergleich

Literatur: Zeising, Der Prozessvergleich und sein Bestand vor der Rechtsordnung, WM 2011, 774.

Voraussetzungen und Wirkungen des Prozessvergleichs sind in der ZPO nicht geschlossen geregelt. Der Prozessvergleich hat in § 160 Abs. 3 Nr. 1 und § 794 Abs. 1 Nr. 1 eine Teilregelung erfahren und wird in zahlreichen anderen Vorschriften vorausgesetzt (z.B. §§ 118 Abs. 1, 278 Abs. 6, 492 Abs. 3). Aus diesen vereinzelt Vorschriften lassen sich aber die Voraussetzungen und Wirkungen eines Prozessvergleichs herleiten.

Aus § 794 Abs. 1 Nr. 1 ergibt sich, dass ein Prozessvergleich ein Vergleich ist, der „zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfang nach oder in Betreff eines Teils des Streitgegenstands vor einem deutschen Gericht abgeschlossen wird“. Der entscheidende **Unterschied zum außergerichtlichen Vergleich** liegt darin, dass der Abschluss während der Rechtshängigkeit des Verfahrens vor einem Gericht, d.h. in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht erfolgt, um einen Prozess (zumindest teilweise, sog. Teilvergleich) zu beenden. Der Prozessvergleich ist, soweit er seinem Inhalt nach vollstreckungsfähig ist, **Vollstreckungstitel** (§ 794 Abs. 1 Nr. 1).

Seit 2002 kann ein Prozessvergleich auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien einen **schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts** durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen (§ 278 Abs. 6). Es ist dann keine Güteverhandlung und auch keine mündliche Verhandlung erforderlich. Die **Annahme** des Vergleichsvorschlags müssen die Parteien – soweit Anwaltszwang herrscht durch ihre Rechtsanwälte – gegenüber dem Gericht erklären. Das Gericht stellt durch **Beschluss** fest, dass und mit welchem Inhalt der Vergleich zustande gekommen ist. Der Beschluss ersetzt die Protokollierung und führt zum Entstehen eines Vollstreckungstitels nach § 794 Abs. 1 Nr. 1. Umstritten ist, ob das Gericht, wenn die Parteien übereinstimmend den Vergleichsvorschlag ändern, diesen bestätigen kann¹² oder zunächst erneut auf dieser neuen Grundlage einen Vergleichsvorschlag machen muss.¹³

a) Rechtsnatur

Der Prozessvergleich hat nach ganz h.M. eine **Doppelnatur**: Er ist sowohl materiellrechtlicher Vertrag i.S. von § 779 BGB als auch Prozessvertrag.¹⁴ Beide Bestandteile bilden eine untrennbare Einheit. Durch den Prozessvertrag wird unmittelbar der Rechtsstreit (beim Teilvergleich zumindest teilweise) beendet. Durch den materiellrechtlichen Vergleich (§ 779 BGB) wird das Verhältnis der Parteien zum Streitgegenstand geregelt.

¹² OLG Naumburg, Beschluss vom 26.5.2002, Az.: 1 U 13/0 = NJW 2002, 3786.

¹³ Musielak/Foerste, ZPO, § 278 Rn. 17.

¹⁴ BGH, Urteil vom 21.3.2000, Az.: IX ZR 39/99 = NJW 2000, 1942, 1943; R/S/G, ZPR, § 131 Rn. 33; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 794 Rn. 3.

► **Klausurhinweis:** Diese Einordnung des Prozessvergleichs ist absolut herrschend, so dass es als ausreichend anzusehen ist, dass sich ein Examenskandidat im 1. Staatsexamen hiermit auseinandersetzt.¹⁵ ◀

b) Voraussetzungen

44 Aus der Einordnung des Prozessvergleichs als ein Institut mit Doppelnatur folgt unmittelbar, dass die Wirksamkeitsvoraussetzungen sowohl dem materiellen Recht als auch dem Prozessrecht zu entnehmen sind.

Wirksam ist der Prozessvergleich nur, wenn alle prozessualen und materiellrechtlichen Voraussetzungen eingehalten sind.

aa) Materiellrechtliche Voraussetzungen

45 ■ Als materiellrechtlicher Vertrag unterliegt der Prozessvergleich den Wirksamkeitsvoraussetzungen des BGB. Der Vertragsschließende muss also etwa nach §§ 104 ff. BGB geschäftsfähig sein, der Prozessvergleich darf nicht gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder die guten Sitten (§ 138 BGB) verstoßen. Er darf nicht nach §§ 119, 123 BGB mit der Wirkung des § 142 Abs. 1 BGB angefochten sein. Die Auslegung der Erklärungen der Parteien erfolgt gem. §§ 133, 157 BGB und geht der Anfechtung vor. Für das Zustandekommen gelten die §§ 145 ff. BGB.

■ Eine Besonderheit gilt für die Beachtung von **Formanforderungen**.

Merke: Soweit das materielle Recht eine notarielle Beurkundung verlangt, wird die notarielle Beurkundung bei einem gerichtlichen Vergleich durch die Aufnahme der Erklärungen in ein nach den Vorschriften der ZPO errichtetes Protokoll ersetzt (§ 127a BGB i.V.m. § 160 Abs. 3 Nr. 1).

■ Weiter müssen die Parteien nach materiellem Recht berechtigt sein, über den Vergleichsgegenstand zu disponieren. Das ist vor allem in Status-, Unterhalts- und Ehesachen nicht, bei vermögensrechtlichen Ansprüchen aber regelmäßig der Fall.

■ Aus § 779 BGB wird gefolgert, dass die Parteien ihren Streit durch **gegenseitiges Nachgeben** beenden müssen. Für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals reicht aber jede Form des Nachgebens aus (z.B. Vereinbarung von Ratenzahlung). Ausreichend ist schon, dass die Parteien auf den Erlass eines Urteils verzichten.¹⁶

46 In der Praxis wird die Wirksamkeit des Prozessvergleichs regelmäßig unter einen **Widerrufsvorbehalt** gestellt, häufig, weil eine Rückfrage bei der Rechtsschutzversicherung einer Partei erforderlich ist oder nur der Prozessbevollmächtigte anwesend ist und dieser mit der von ihm vertretenen Partei Rücksprache halten muss. Dabei handelt es sich regelmäßig um eine **aufschiebende Bedingung** i.S. des § 158 Abs. 1 BGB, so dass der Prozessvergleich erst durch Verstreichen der Widerrufsfrist ohne Widerruf zustande kommt. Die Parteien können im Vergleich bestimmen, wem gegenüber der Widerruf zu erklären ist. Ist eine solche Bestimmung nicht erfolgt, kann der Widerruf des Prozessvergleichs sowohl dem Gericht als auch der anderen Partei gegenüber erklärt werden.¹⁷

15 Zu den weiteren vertretenen Theorien vgl. R/S/G, ZPR, § 131 Rn. 29 ff.

16 R/S/G, ZPR, § 131 Rn. 20.

17 BGH, Urteil vom 30.9.2005, Az.: V ZR 275/04 = JZ 2006, 625 (mit Anmerkung *Würdinger*, JZ 2006, 627).

► **Fall 3** (vereinfacht nach BGH, Urteil vom 4.5.2005, Az.: VIII ZR 93/04): K und B streiten um einen Schadensersatzanspruch wegen Schönheitsreparaturen. K macht den Anspruch aus eigenem Recht geltend. Die Parteien schließen in der obligatorischen Güteverhandlung einen Widerrufsvergleich, in dem sich B zur Zahlung von 10.000 € in zwei Raten verpflichtet: „Die Parteien sind sich dahin gehend einig, dass mit Abschluss dieses Vergleichs sämtliche gegenseitigen Ansprüche abgegolten sind betreffend das Wohnverhältnis über die Wohnung K. Str. in Berlin.“ B widerruft diesen Vergleich am letzten Tag der Frist und macht geltend, K sei noch gar nicht im Grundbuch eingetragen, so dass ihm ein Schadensersatzanspruch nicht zustehe. K gesteht dies zu, legt aber daraufhin eine Bestätigung vor, dass die wahre Eigentümerin ihm sämtliche Ansprüche abgetreten hat. B erhebt die Einrede der Verjährung unter Hinweis auf § 548 Abs. 1 BGB. Die Rückgabe der Mietsache ist zu diesem Zeitpunkt mehr als sechs Monate her. Wie hat das Gericht zu entscheiden? ◀

Die Verjährung hat mit Rückgabe der Mietsache begonnen. Sie ist nicht durch die Klagerhebung gehemmt worden (§§ 204 Abs. 1 Nr. 1, 209 BGB), weil sich die Hemmung der Verjährung nur auf Ansprüche in der Gestalt und in dem Umfang, wie sie mit der Klage geltend gemacht werden, also nur auf den Streitgegenständlichen prozessualen Anspruch, erstreckt. K hat zunächst aus eigenem Recht geklagt, dann aber die Klage umgestellt auf eine aus abgetretenem Recht. Dies ist eine Klageänderung. Der Anspruch, der mit der geänderten Klage geltend gemacht wurde, wäre jedoch zu diesem Zeitpunkt schon verjährt, da die Klageänderung mehr als sechs Monate nach Rückgabe der Wohnung erfolgte. Nach Ansicht des BGH haben jedoch die Vergleichsverhandlungen die Verjährung nach § 203 S. 1 BGB gehemmt. Dem steht nicht entgegen, dass der von K zuletzt aus abgetretenem Recht verfolgte Anspruch nicht Streitgegenstand der ursprünglich erhobenen und zum Zeitpunkt des Vergleichschlusses noch nicht geänderten Klage gewesen ist. Der Vergleich erfasse, wie eine Auslegung seines Wortlauts ergebe („...sämtliche gegenseitigen Ansprüche...“), auch diesen Anspruch. Die Hemmung der Verjährung endete nach § 203 S. 1 BGB mit dem Widerruf des Vergleichs durch B. Gem. § 203 S. 2 BGB tritt die Verjährung frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung ein. Zuvor und damit in unverjährter Zeit hat K jedoch den Schadensersatzanspruch aus abgetretenem Recht geltend gemacht. Die Einrede der Verjährung greift nicht durch. K hat einen Anspruch auf Schadensersatz.

47

► **Hinweis:** Dieser Fall ist sicher schwer, aber dies sind die Fälle, die im Examen drankommen können. ◀

bb) Prozessrechtliche Voraussetzungen

Wesentliche Voraussetzungen enthält zunächst § 794 Abs. 1 Nr. 1: Der Prozessvergleich muss:

48

- vor einem deutschen Gericht geschlossen werden: Dieses muss nicht zuständig sein, auf seine vorschriftsmäßige Besetzung kommt es nicht an. Es kann auch nur im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens oder PKH-Verfahrens tätig sein.
- zwischen den Parteien geschlossen werden, da nur sie über den Streitgegenstand verfügen können.

Bei einfacher Streitgenossenschaft schließen die Streitgenossen je für sich Vergleiche mit dem Gegner, die auch nur dieses Verfahren betreffen (§ 61); tun dies nicht alle, wird der Prozess mit den übrigen normal fortgeführt. Bei notwendiger Streit-

genossenschaft ist der Vergleichsschluss durch einen notwendigen Streitgenossen regelmäßig ohne Wirkung, es sei denn, dieser ist nach materiellem Recht über den Streitgegenstand allein verfügungsbefugt.¹⁸ Dritte können in den Vergleich einbezogen werden, wenn sie damit einverstanden sind. Da sie dadurch nicht Prozesspartei werden, besteht kein Anwaltszwang.

- während eines rechtshängigen Verfahrens geschlossen werden, ansonsten liegt ein außergerichtlicher Vergleich vor.
- zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfang nach oder wegen eines Teiles des Streitgegenstands getroffen werden.

49 Zusätzlich gilt aufgrund der Einordnung des Prozessvergleichs als Prozesshandlung:

- Die **Prozesshandlungsvoraussetzungen** müssen erfüllt sein. Die Parteien müssen daher postulationsfähig sein, es gilt für sie, nicht aber für einbezogene Dritte im Anwaltsprozess **Anwaltszwang**.
- Der Vergleich muss gem. § 160 Abs. 3 Nr. 1 im gerichtlichen **Protokoll** ordnungsgemäß beurkundet sein, das Protokoll muss unterschrieben, den Parteien vorgelesen und von ihnen genehmigt worden sein. Dies ist im Protokoll zu vermerken. Sind diese Anforderungen nicht erfüllt, ist der Prozessvergleich unwirksam (anders beim Anerkenntnis, s.o. § 15 Rn. 11), auch ein Verzicht der Parteien auf die Einhaltung dieser prozessualen Formvorschriften kann den Mangel nicht heilen.¹⁹ Ob ein wegen Formmangels unwirksamer Prozessvergleich in einen wirksamen außergerichtlichen Vergleich umgedeutet (§ 140 BGB) werden kann oder sich gem. § 139 BGB eine Gesamtnichtigkeit ergibt, ist umstritten.²⁰ Durch Protokollierung kann ein außergerichtlicher Vergleich in einen Prozessvergleich umgewandelt werden, so dass dieser unmittelbar prozessuale Wirkungen entfalten kann.²¹

c) Wirkungen

50 Entsprechend der Doppelnatur des Prozessvergleichs hat dieser materiellrechtliche und prozessuale Wirkungen.

aa) Materiellrechtliche Wirkungen

- 51 Der Prozessvergleich gestaltet die materielle Rechtslage um. Dabei ist zu unterscheiden zwischen einer **Modifikation** des bisherigen Schuldverhältnisses (z.B. durch einen Teilverzicht auf eine Forderung oder die Vereinbarung von Ratenzahlung) und einer **Novation**. Dabei wird das alte Schuldverhältnis durch ein neues ersetzt und die beiderseitigen Forderungen der Parteien ohne Rücksicht auf die früheren Streitigkeiten auf eine völlig neue Grundlage gestellt (s.o. Rn. 36 f.).
- 52 Ein Vergleich wirkt nach ständiger Rechtsprechung des BGH regelmäßig nicht schuldumschaffend, d.h. er begründet keine gänzliche neue Rechtsbeziehung der Parteien

18 R/S/G, ZPR, § 131 Rn. 14.

19 R/S/G, ZPR, § 131 Rn. 10.

20 Für Umdeutung BGH, Urteil vom 24.10.1984, Az.: IVb ZR 35/83 = NJW 1985, 1962; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 794 Rn. 34; a.A. MüKo-ZPO/Wolfsteiner, § 794 Rn. 43.

21 Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 794 Rn. 11.

gegenüber dem ursprünglichen Rechtsverhältnis. Novierende Wirkung hat er nur bei einem durch Auslegung zu ermittelnden entsprechenden Parteiwillen.²²

► **Vertiefung:** Bedeutung erlangt die Abgrenzung von Modifikation und Novation bei der Frage der entgegenstehenden Rechtshängigkeit, wenn eine Partei aus dem Vergleich klagt und der ursprüngliche Prozess, in dessen Verlauf der Prozessvergleich geschlossen wurde, noch rechtshängig ist, wie oben im Fall 2 (Rn. 34). ◀

bb) Prozessuale Wirkungen

Die wesentliche prozessuale Wirkung des Prozessvergleichs besteht darin, dass der **Prozess endet**, indem die Rechtshängigkeit beseitigt wird. Dies ist in der ZPO nirgends ausdrücklich angeordnet, wird aber aus §§ 81, 83 hergeleitet („Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich“). Die **Rechtshängigkeit erlischt *ex nunc*** ohne dass es einer gerichtlichen Entscheidung bedarf. Gerichtliche Entscheidungen, die vor dem Prozessvergleich ergangen sind, werden analog § 269 Abs. 3 S. 1 wirkungslos. 53

Soweit der Prozessvergleich einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat, ist er nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 **Vollstreckungstitel**. 54

Der Prozessvergleich entfaltet, da er seine Grundlage in den Erklärungen der Parteien hat und nicht in einer gerichtlichen Entscheidung, keine Rechtskraftwirkung.²³ 55

► **Vertiefung:** Hält eine Partei den Vergleich für unwirksam, bestreitet sie also seine prozessbeendigende Wirkung, so muss sie beantragen, dass der Prozess fortgesetzt wird (das geschieht durch Antrag auf Anberaumung eines Termins (§ 216 Abs. 1), zugleich empfiehlt es sich, die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich analog § 707 Abs. 1 zu beantragen). Im fortgesetzten alten Prozess wird dann zunächst geklärt, ob der Vergleich seine prozessbeendigende Wirkung entfaltet hat. Das ist keine Frage der Zulässigkeit der Klage, sondern davor zu erörtern. Wird das bejaht, ist das Verfahren beendet. Diese Entscheidung ergeht durch Prozessurteil.²⁴ Wird die prozessbeendigende Wirkung verneint, ist der Prozess fortzuführen. In einer Richterklatur sind dann Zulässigkeit und Begründetheit der Klage zu prüfen.

Zieht eine Partei die prozessbeendigende Wirkung nicht in Zweifel, sondern meint, sie müsse den Vergleich nicht erfüllen (z.B. weil die Parteien den Vergleich aufgehoben haben), so geht es nicht um die prozessbeendigende Wirkung des Vergleichs, sondern um die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich. Hierzu dient die Vollstreckungsgegenklage (§ 767).²⁵ ◀

d) Fehler, Anfechtung, Aufhebung und Rücktritt

Fehler, die zur Unwirksamkeit des Prozessvergleichs führen und diesem damit seine Wirkungen nehmen, können sich aufgrund seiner Doppelnatur aus dem materiellen und dem Prozessrecht ergeben. Jeder Verstoß gegen materiellrechtliche und prozessrechtliche Vorschriften, die Voraussetzungen für den Prozessvergleich bilden, führt zu dessen Unwirksamkeit. 56

22 BGH, Urteil vom 25.6.1987, Az.: VII ZR 214/86 = NJW-RR 1987, 1426, 1427; BGH, Urteil vom 7.3.2002, Az.: III ZR 73/01 jeweils m.w.Nw.

23 R/S/G, ZPR, § 131 Rn. 27; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 794 Rn. 29.

24 BGH, Urteil vom 3.12.1980, Az.: VIII ZR 274/79 = BGHZ 79, 71 = NJW 1981, 823.

25 Musielak/Lackmann, ZPO, § 794 Rn. 24.

- 57 Der Prozessvergleich kann, da er auch materiellrechtlicher Vergleich ist, gem. §§ 119, 120, 123, 142, 143 BGB angefochten werden. Die Anfechtung führt wegen ihrer *ex tunc*-Wirkung dazu, dass der Prozessvergleich von vornherein keine prozessbeendende Wirkung entfaltet.
- 58 Werden die Leistungen aus dem Vergleich nicht erbracht, so kann die leistungsberechtigte Partei gem. § 323 BGB vom Vergleich zurücktreten. Auch der Rücktritt beseitigt den Vergleich, allerdings nur mit Wirkung *ex nunc*. Die Auswirkungen bei einer Fortsetzung des Prozesses sind str. (Rn. 63).
- 59 Die Parteien können den Vergleich auch nach Beendigung des Prozesses wieder aufheben.²⁶ Strittig ist insoweit, ob sie damit nur die materielle Rechtslage beeinflussen oder auch zusätzlich die prozessbeendende Wirkung des Prozessvergleichs beseitigen und die Rechtshängigkeit der Klage wieder aufleben lassen können (Rn. 63).

e) Fortsetzung des alten oder neues Verfahren

- 60 Von der Frage, ob der Prozessvergleich fehlerhaft ist oder durch Handlungen der Parteien beseitigt wird, muss streng die Frage getrennt werden, ob dies im Prozess, der durch den Vergleich beendet wurde bzw. beendet werden sollte, oder in einem neuen Prozess zu prüfen ist.

aa) Unwirksamkeit des Vergleichs

- 61 Ist der Vergleich unwirksam, kann er seine prozessbeendende Wirkung nicht entfalten, die Rechtshängigkeit des alten Prozesses bleibt bestehen. Daher steht einer neuen Klage der Einwand der Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1) entgegen. Der Streit um die Wirksamkeit des Vergleichs muss daher im alten Prozess geklärt werden.

bb) Der angefochtene Vergleich

- 62 Wird der Vergleich wirksam angefochten, konnte er wegen der *ex tunc*-Wirkung der Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB) seine prozessbeendende Wirkung nicht entfalten. Dieser Fall ist wie der Fall der anfänglichen Unwirksamkeit zu behandeln.

cc) Rücktritt und Aufhebung

- 63 Rücktritt und Aufhebung wirken nur *ex nunc*, sie können also nichts daran ändern, dass der Prozessvergleich zunächst wirksam war und damit seine prozessbeendende Wirkung entfaltet hat. Mangels Rechtshängigkeit des alten Verfahrens stünde einem neuen der Einwand der Rechtshängigkeit nicht entgegen. Die Unwirksamkeitsgründe müssten im Streitfall in einem neuen Verfahren geklärt werden. Diese Ansicht wird vom BGH²⁷ vertreten. Das BAG²⁸ und das zivilprozessuale Schrifttum²⁹ gehen auch hier davon aus, dass die Unwirksamkeitsgründe im alten Verfahren zu klären sind. Dogmatisch ist dieses Ergebnis nicht ohne Weiteres begründbar, da das alte Verfahren durch den Vergleich beendet wurde. Prozessökonomische Gründe sprechen jedoch

26 Lücke, Die Beseitigung des Prozessvergleichs durch Vereinbarung, JuS 1965, 482.

27 BGH, Urteil vom 10.3.1955, Az.: II ZR 201/53 = NJW 1955, 705; BGH, Urteil vom 6.6.1966, Az.: II ZR 4/64 = NJW 1966, 1658.

28 BAG, Urteil vom 30.5.1956, Az.: 2 AZR 178/54 = NJW 1956, 1215.

29 R/S/G, ZPR, § 131 Rn. 58; Lindacher, Der Prozessvergleich, Festgabe BGH, Bd. 3 (2000), S. 253, 261; Lücke, Die Beseitigung des Prozessvergleichs durch Vereinbarung, JuS 1965, 482, 485.

dafür, da das mit dem alten Verfahren befasste Gericht den Streit bereits kennt und am ehesten über die Frage der Fortsetzung entscheiden kann.

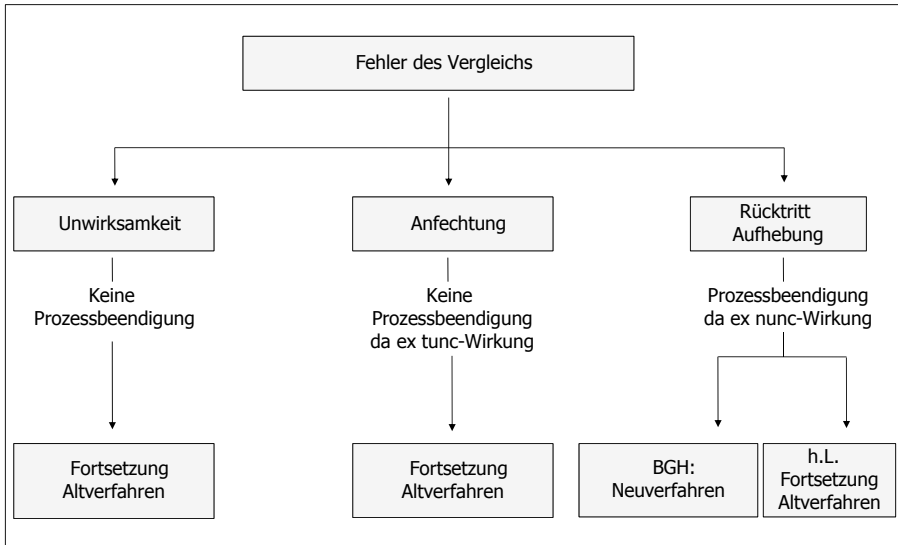


Abb. 35 Auswirkung von Fehlern, Anfechtung, Rücktritt und Aufhebung beim Vergleich

Zusammenfassende Übersicht zum Prozessvergleich

Außergerichtlicher Vergleich				Gerichtlicher Vergleich	
				Prozessvergleich	Schriftlicher Vergleich § 278 VI
	Mat.rechtl. Vergleich § 779 BGB	Vergleich vor Gütestelle § 15a EGZPO	Vergleich während Rechtshängigkeit	Anwaltsvergleich	
Voraussetzungen	<ul style="list-style-type: none"> Nur mat. rechtliche Vss. Vss. § 779 BGB § § 104 ff., 119 ff., 134, 138, 145 ff. Dispositionsbefugnis der Parteien Ggs. Nachgeben 	<ul style="list-style-type: none"> Nach landesrechtlichen Vorgaben 	<ul style="list-style-type: none"> mur mat. rechtliche Vss. Vss. § 779 BGB § § 104 ff., 119 ff., 134, 138, 145 ff. Dispositionsbefugnis der Parteien Ggs. Nachgeben 	<ul style="list-style-type: none"> Kann vor oder während Rechtshängigkeit geschlossen werden Beteiligung bei der RA Unterschrift bei der RA Unterwerfung unter Zwangsvollstreckung Niederlegung bei AG 	<ul style="list-style-type: none"> Doppelnatur Jederzeit whd rechts-hängigem Verfahren, auch in Güteverhandlung (§ 278 II) zur Beilegung Rechtsstreit alle mat. rechtl. Vss. Form aber § 127a BGB vor deutschem Gericht whd Rechtshängigkeit Prozesshandlungsvss.
Wirkung	<ul style="list-style-type: none"> grds. nur materiell. rechtl. Wirkung Umgestaltung materiellen Rechtlage Regelmäßig Modifikation ausnahmew. Navation Bei Vereinbarung Klagerücknahme Unzulässigkeit Fortsetzung Klage bei Nichterfüllung Klage kein Vollstr. titel 	<ul style="list-style-type: none"> Sachurteilsvss. Der Klage zur Vermeidung Klage gibt Titel ohne Erkenntnisverfahren § 794 I Nr. 1 	<ul style="list-style-type: none"> grds. nur materiell. rechtl. Wirkung je nach Vereinbarung häufig Pflicht Kl.-rücknahme Prozessuale Wirkung nur bei Geltendmachung kein Vollstr. titel 	<ul style="list-style-type: none"> gibt Titel ohne Erkenntnisverfahren § 794 I Nr. 1 Bei Nichterfüllung direkt Zw. vollstr. 	<ul style="list-style-type: none"> Prozessbeendigung Wegfall Rechtshängigkeit Vollstr. titel Keine Rechtskraft Änderung materieller Rechtslage
					<ul style="list-style-type: none"> Schriftl. Vorschlag des Gerichts Zustimmung d. Parteien str. Änderungen der Parteien Feststellungsbeschluss
					<ul style="list-style-type: none"> Prozessbeendigung Wegfall Rechtshängigkeit Vollstr. Titel Keine Rechtskraft Änderung materieller Rechtslage

Abb. 36 Vergleiche und ihre Wirkungen

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- > Wozu führt ein erledigendes Ereignis?
- > Wie hat das Gericht vorzugehen, wenn der Beklagte auf eine Erledigungserklärung des Klägers nicht reagiert?
- > Ist nach einer übereinstimmenden Erledigungserklärung eine neue Klage in der gleichen Sache möglich?
- > Welche Rechtsnatur hat ein Prozessvergleich?
- > Welche Wirkung hat der Abschluss eines außergerichtlichen Vergleichs auf einen Prozess?
- > Welches Gericht ist zuständig, wenn sich die Parteien eines außergerichtlichen Vergleichs über dessen Wirksamkeit streiten?
- > Was sind die Voraussetzungen eines Anwaltsvergleichs? Ist dieser ein Vollstreckungstitel?