

Die Assessor Klausur im Zivilprozess

Das Zivilprozessurteil, Hauptgebiete des Zivilprozesses, Klausurtechnik

von
Dr. Dieter Knöringer

15. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Es muss die (übereinstimmende, einseitige) Erledigungserklärung hinzukommen, erst diese beeinflusst den Prozess.

Begriff: Erledigung der Hauptsache liegt vor, wenn die Klage durch **ein Ereignis nach Rechtshängigkeit** unzulässig oder unbegründet wird. **11.10**

H.M. BGHZ 184, 128 (Rn. 18); 155, 395; 83, 12; NJW 86, 588; ThP 4; StJ 5 zu § 91a.

Notwendig ist also ein **Zeitfaktor** und ein **Erledigungserfolg**:

aa) die h.M. stellt auf den Zeitpunkt **nach Rechtshängigkeit** vor allem deshalb ab, weil vorher (auch zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit, dazu unten Fall 4) noch gar keine „Hauptsache“ vorliege, die sich erledigen könnte, BGHZ 83, 14.

Der Eintritt der Rechtshängigkeit ist dabei nur der *früheste* Zeitpunkt. Maßgeblich ist der **Zeitpunkt des Eintritts des Ereignisses** (unmaßgeblich der der Abgabe der Erledigungserklärung), BGH NJW 86, 588.

BGH NJW 86, 588 (LS): „Bei einseitiger Erledigungserklärung kommt es für den Ausspruch des Gerichts, dass die Hauptsache erledigt ist, darauf an, ob die Klage im Zeitpunkt des **nach ihrer Zustellung** eingetretenen erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war.“

S. 589: „Vielmehr kann sich eine zunächst unzulässige oder unbegründete Klage „erledigen“, wenn sie nur später, nämlich im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses, zulässig und begründet war.“ Beispiel: Bei Prozessstandschaft ist die zunächst fehlende Einwilligung des Rechtsträgers kurz vor Eintritt des Erledigungsereignisses (Bezahlung) beigebracht worden.

bb) **Erledigungserfolg**: die Klage muss bei Eintritt des Ereignisses erledigungsfähig, also zulässig und begründet gewesen sein. Das Erledigungsereignis muss *ursächlich* dafür sein, dass jetzt (nach Rechtshängigkeit) die Klage unzulässig bzw. unbegründet wird.

BGHZ 184, 130: „Die Hauptsache ist erledigt, wenn die Klage im Zeitpunkt des nach ihrer Zustellung eingetretenen erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war und durch dieses Ereignis unzulässig oder unbegründet wurde.“

Beispiele für die Erledigung der Hauptsache:

11.11

(1) **Erfüllung**: die eingeklagte Forderung wird vom Beklagten oder einem Dritten (z.B. von der nicht mitverklagten Haftpflichtversicherung des Beklagten) vorbehaltlos bezahlt. Bei **Zahlung unter Vorbehalt** ist zu differenzieren, welchen Einfluss der Vorbehalt auf die *Beweislastverteilung* haben soll:

(a) Bestreitet der Schuldner auch bei Zahlung die Schuld und beharrt auf der den Gläubiger treffenden Beweislast, so liegt keine Erfüllung i.S.v. § 362 BGB, keine Hauptsache-Erledigung vor (BGH NJW 11, 212, Tz. 29; Palandt § 362, 14). BGHZ 86, 269: „Ein so verstandener Vorbehalt ist immer dann auch anzunehmen, wenn die Zahlung des Schuldners an den Gläubiger nur auf Grund eines **vorläufig vollstreckbaren Urteils** zur Abwendung der ZwV erfolgt. Dasselbe gilt auch, wenn der Schuldner zur Abwendung der ZwV aus einem **Vorbehaltsurteil** zahlt, das zwar ein formell rechtskräftiges, aber durch etwaige Aufhebung im Nachverfahren auflösend bedingtes Endurteil ist“. Die Schuldtilgung bleibt in der Schwebe und tritt erst mit rechtskräftigem Abschluss auch des Nachverfahrens ein (BGHZ 86, 270; NJW 90, 2756; Palandt § 362, 14).

(b) Bezweckt dagegen der Vorbehalt nur, § 814 BGB auszuschließen und nicht als Anerkenntnis missverstanden zu werden, will der Schuldner sich also die Möglichkeit der Rückforderung offenhalten, wenn er – als jetzt Beweispflichtiger – das Nichtbestehen der Schuld beweisen kann, so liegt ordnungsgemäße Erfüllung i.S.v. § 362 BGB also Hauptsache-Erledigung vor (BGH NJW 11, 212, Tz. 29; Palandt § 362, 14).

(2) **Aufrechnung** nach Rechtshängigkeit. Rechnet der Beklagte nach Klagezustellung mit einer bereits vorher aufrechenbaren Gegenforderung auf, ist trotz § 389 BGB erst die *Aufrechnungserklärung* das erledigende Ereignis für die bis dahin zulässige und begründete Klage (erst recht natürlich, wenn die Aufrechnungslage erst nach Rechtshängigkeit eintritt). BGHZ 155, 392; Zöller, 58; ThP 4a zu § 91a.

Hinweis: eine ähnliche – aber nicht identisch beantwortete – **Streitfrage** besteht **bei § 767 II**. Dort stellt der BGH nach wie vor auf die Aufrechnungslage ab, die zur Präklusion nach § 767 II bereits dann führe, wenn sie vor Schluss der mündlichen Verhandlung eingetreten sei, denn wann die Einwendung i. S. v. § 767 II entstanden sei, beurteile sich nach materiellem Recht, nämlich danach, wann die *objektive Möglichkeit* bestanden habe, das Gestaltungsrecht auszuüben (BGHZ 163, 339; 155, 396; ThP § 767, 22a), wobei der Schuldner allerdings nicht zur Vermeidung von Nachteilen aus § 767 II verpflichtet ist, eine Aufrechnungslage *herbeizuführen*: er kann sich also z. B. auf sein LeistungsverweigerungsR wegen Mängeln (§ 641 III BGB) beschränken und muss nicht zur Erzielung einer aufrechenbaren Geldforderung den Gläubiger in Verzug mit der Mängelbeseitigung (§§ 634 Nr. 4, 280 II, 286 BGB) setzen (BGHZ 163, 343). Anders die h. M. im Schrifttum: bei § 767 II gehe es um die Rechtfertigung einer Präklusion, die aber nur berechtigt sei, wenn das Gestaltungsrecht vor Schluss der mündlichen Verhandlung auch *ausgeübt* worden sei, weil erst dadurch „die Einwendung“ – das ist die Vernichtung der Klageforderung durch Aufrechnung, also das Vernichtungsereignis – „entstanden“ sei (vgl. den Wortlaut des § 767 II). Musielak 36, 37; StJ 32ff. zu § 767.

(3) Die **herausverlangte Sache** (z. B. § 985 BGB) wird jetzt an den Kläger herausgegeben oder geht unter. Die Parteien schließen einen **außergerichtlichen Vergleich**. Der Beklagte erhebt erstmals im Prozess die Einrede der **Verjährung** des bereits vor Eintritt der Rechtshängigkeit (erst recht danach, z. B. nach Verfahrensstillstand, § 204 II 2 BGB) verjährten Anspruchs (BGHZ 184, 128; ThP § 91a, 5). Bei **Unterlassungsklage**, wenn die Beeinträchtigungsfahr (= materielle Anspruchsvoraussetzung, Frage der Begründetheit, nicht der Zulässigkeit) wegfällt, z. B. dadurch, dass sich Bekl. unter Übernahme einer Konventionalstrafe zur künftigen Unterlassung verpflichtet, nicht schon durch die blanke Erklärung des Bekl. künftig zu unterlassen (BGH NJW 05, 594; Palandt § 1004, 32).

(4) **Keine Hauptsacheerledigung liegt** vor:

(a) Bei ungünstigem Ergebnis der Beweisaufnahme.

(b) Bei der Stufenklage (§ 254): Ergibt die erteilte *Auskunft*, dass ein Leistungsanspruch nicht besteht, so tritt dadurch für diesen keine Hauptsacheerledigung ein. Zwar sind bei der Stufenklage die einzelnen Ansprüche nach ihrem Zweck miteinander verknüpft, bleiben aber prozessual selbstständig, die Leistungsklage ist also selbstständig zu beurteilen: sie war und ist von Anfang an unbegründet (BGH NJW 94, 2895; ThP 6; Zöller 5 zu § 254). Dem Gläubiger kann aber aus materiellem (!) Recht, insbes. Verzug (§§ 280 II, 286 BGB) ein Schadensersatzanspruch zustehen wegen nicht rechtzeitiger Auskunftserteilung (z. B. gem. §§ 675, 666, 259 BGB). Dieser kann im laufenden Verfahren durch Klageänderung geltend gemacht werden, eine (verfehlte) einseitige Erledigungserklärung kann ausgelegt werden als Feststellungsantrag bzgl. der Ersatzpflicht des Beklagten (BGH NJW 94, 2896).

11.12 d) **Zu prüfen** sind daher bei einseitiger Erledigungserklärung **3 Punkte**:

- als **Prozesshandlung** wirksam?
- als **Klageänderung** zulässig?
- ist **Erledigung** nach Rechtshängigkeit **eingetreten**? Dazu 3 Unterpunkte:

(1) Zulässigkeit und (2) Begründetheit der Klage *bei* Ereignis (3) Ereignis mit Erledigungswirkung *nach* Rechtshängigkeit.

Dazu nun die wichtigsten Fälle samt klausurmäßigem Prüfungsschema:

2. Die 7 wichtigsten Fälle – Prüfungsschema

11.13 a) **Fall 1 (Normalfall): Die Leistungsklage ist zulässig und begründet, Erledigung nach Rechtshängigkeit ist eingetreten.**

Beispiel: K klagt vor dem örtlich u. sachlich zuständigen LG gegen B auf Zahlung von € 20000,- Schadensersatz aus PKW-Unfall. Nach für K günstiger Beweisaufnahme zahlt die Haftpflichtversicherung des B die € 20000,- an K, der daraufhin im nächsten Termin über seinen RA für erledigt erklären lässt. B widersetzt sich, seine Haftpflichtversicherung habe voreilig bezahlt, da B für den Unfall nicht verantwortlich sei; weitere Beweismittel könne er allerdings nicht bieten.

Folgt man der h. M. („Klageänderungstheorie“, ThP § 91a, 6): **Der Feststellungsantrag tritt an die Stelle des ursprünglichen Leistungsantrags und beseitigt**

ihn zugleich. Demnach Aufbau wie bei zulässiger klageauswechselnder Klageänderung (dazu oben Rn. 9.05):

(I) Zulässigkeit der Klage

(1) Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung, §§ 261 II, 78 I:

Die einseitige Erledigungserklärung fällt als Klageänderung (h.M.) unter § 261 II. Es liegt jetzt der Klageantrag einer Feststellungsklage vor (ThP 32; Zöller 35 zu § 91a), rechtshängig gemacht durch „Geltendmachung“ in der mündlichen Verhandlung (§ 261 II), also in der Form des § 297 (Zöller § 91a, 37; ThP § 261, 4; § 297, 1). Hier: (+).

(Beachte: Die Formerleichterungen in § 91a I gelten für die übereinstimmenden Erledigungserklärungen, nicht für den Klageantrag).

Die Erledigungserklärung ist (wie jede Klageerhebung auch) eine Prozesshandlung, es müssen also für ihre Wirksamkeit auch die *Prozesshandlungsvoraussetzungen* (dazu: ThP Einl. III, Rn. 10ff.) vorliegen, insbesondere muss § 78 beachtet sein. Hier: (+)

(2) Zulässigkeit der Klageänderung: § 264 Nr. 2. Der Übergang von der Leistungs- zur Feststellungsklage (und umgekehrt) ist nach ganz h.M. ein Fall des § 264 Nr. 2, so auch bei einseitiger Erledigungserklärung, da lediglich ein Weniger begehrt wird (h.M., BGH NJW 08, 2580, Rn. 8; ThP § 91a, 32).

Zur dogmatischen Einordnung der einseitigen Erledigungserklärung gerade in § 264 Nr. 2 siehe näher Knöringer JuS 10, 570.

(3) Örtliche Zuständigkeit: (+)

(4) Sachliche Zuständigkeit:

- Streitwert der jetzigen Feststellungsklage: str., s. unten Rn. 11.14. Falls danach geringer als Hauptsache (z.B. nur Kosteninteresse) und *unter* LG-Zuständigkeit:
- § 261 III Nr. 2 (ThP § 4, 2; Zöller § 261, 12). Der Streitstoff wird nicht ausgetauscht (dann wäre die Vorschrift unanwendbar), vielmehr umfasst der Streitgegenstand des Erledigungsantrags auch Zulässigkeit und Begründetheit der ursprüngl. Klage, deren Streitgegenstand insoweit mitumfasst wird (seine Rechtshängigkeit besteht daher fort), s. oben Rn. 11.08 und insbes. Habscheid JZ 63, 625.

(5) Feststellungsinteresse, § 256 I: Vermeidung der Kostenhaftung (Rn. 11.06).

(II) Begründetheit der Klage

Die einseitige Erledigungserklärung enthält im Klartext die Rechtsbehauptung und damit den Klageantrag: festzustellen, dass die *zulässige* und *begründete* Klage *jetzt* infolge eines Ereignisses nach Rechtshängigkeit (unzulässig oder) unbegründet geworden sei (s. oben Rn. 11.07, ThP § 91a, 33). Also:

(1) Zulässigkeit der Klage bei Zahlung durch die Versicherung: (+)

(2) Begründetheit der Klage bei dieser Zahlung: ja, siehe Ergebnis der Beweisaufnahme (§ 286).

(3) Eintritt eines Erledigungsereignisses *nach* Rechtshängigkeit, ja: vorbehaltlose Zahlung durch (nicht mitverklagten) Gesamtschuldner § 362 BGB, § 115 I VVG.

Die Feststellungsklage ist also zulässig und begründet. Entscheidung:

ENDURTEIL

- I. Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist.
- II. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte.
- III. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von € 3300,- vorläufig vollstreckbar (§ 709 S. 1; *alternativ*: S. 2).

Anmerkungen:

(1) **Zu Ziff. I.** Nicht: „... ist für erledigt erklärt“, weil das hieße, dass beide Parteien übereinstimmend für erledigt erklärt hätten (ThP § 91a, 38).

(2) **Kosten:** § 91 (nicht § 91a). BGHZ 83, 15.

(3) **Vorläufige Vollstreckbarkeit:** § 709 S. 1, 2.

Die Einstufung in § 708 Nr. 11 bzw. § 709 richtet sich danach, was K aus Ziff. II vollstrecken kann. Da die einseitige Erledigungserklärung erst im Termin abgegeben wurde, sind alle Gebühren – auch die Terminsgebühr RVG VV 3104 – aus Streitwert € 20 000,- bereits angefallen. K kann also vollstrecken: Gerichtskosten € 1035,-, 2,5 RA-Gebühren (VV 3100, 3104) nebst Auslagen und MwSt. (€ 2231,25), zusammen € 3266,25. Es gilt also § 709 S. 1, 2.

11.14 Abwandlung (Streitwert bei einseitiger Erledigungserklärung)

Hier: Einseitige Erledigungserklärung *vor* dem Verhandlungstermin

Beispiel: K erhält die Zahlung vor dem Verhandlungstermin und erklärt noch vor diesem die Hauptsache für erledigt, B widerspricht.

Eine Änderung ergibt sich hier nur für die Terminsgebühr, die aus dem umstrittenen Streitwert *ab* einseitiger Erledigungserklärung anfällt (Übersicht: ThP § 91a, 57 ff.). Bedeutsamer ist die Streitfrage jedoch für die Quotierung bei Haupt- und Hilfsantrag (dazu unten Fall 4).

(1) Meinung 1 (BGH NJW 11, 529 m. w. N.): i. d. R. das Kosteninteresse des Klägers, also das Interesse, mit keinen Kosten belastet zu werden. Das ist die Summe aller bis zur Erledigungserklärung angefallenen Kosten beider Parteien, also die schon angefallenen Gerichtskosten (€ 1035,-) sowie für 2 RAe die Verfahrensgebühr aus € 20 000,- nebst Auslagen und MwSt.: € 2343,35. Die Terminsgebühr fällt an aus € 3378,35, beträgt also € 152,40. K kann dann vollstrecken: € 3530,75. Dafür gilt § 709 S. 1, 2.

Meinung 1 ist *verfehlt* und insbes. unhaltbar, wenn die Feststellungsklage abgewiesen wird, weil die ursprüngliche Klage unbegründet war: dann nämlich liegt eine rechtskraftfähige Sachabweisung des ursprünglichen Klagebegehrens vor (oben Rn. 11.09) und niemand wird jetzt behaupten wollen, es sei doch nur um die Kosten gegangen. Der Streitwert kann aber nicht (rückwirkend) unterschiedlich angesetzt werden, je nachdem, ob die Feststellungsklage Erfolg hat oder abgewiesen wird (Knöringer JuS 10, 576).

(2) Meinung 2: Ab Erledigungserklärung liegt lediglich die Ermäßigung (§ 264 Nr. 2) in eine positive Feststellungsklage vor. Der Streitwert einer solchen ist nach ganz h.M. (auch BGH) niedriger als der einer entsprechenden (hier also der ursprünglichen) Leistungsklage, i. d. R. 80%, in besonderen Fällen auch geringer, so hier: **50%** (StJ § 91a, 56; Zimmermann § 3, 16 je m. w. N.). Diese Auffassung ist die *zutreffende* Konsequenz aus der Klageänderungstheorie.

Die Terminsgebühr fällt hiernach an aus € 10 000,-.

(3) Meinung 3: Der Streitwert ist unverändert der der vormaligen Leistungsklage, da die jetzige Feststellungsklage deren Streitgegenstand mit umfasst (OLG Hamm FamRZ 12, 242; BL Anh. § 3, 46; „Erledigung“; Oestreich/Winter/Hellstab, GKG „Erledigungserklärung“, Rn. 4, je m. w. Nachw.).

Die Terminsgebühr fällt hiernach an aus € 20 000,-.

11.15 b) Fall 2: Die Leistungsklage ist zulässig und begründet, Erledigung aber nicht eingetreten

Beispiel: K hat aus Versäumnisurteil über € 20 000,- vollstreckt (§ 720a ist wegen § 708 Nr. 2 nicht relevant). Im Einspruchstermin erklärt er die Hauptsache für erledigt, B widerspricht.

Folgt man der herrschenden Klageänderungstheorie, so liegt jetzt (nur) mehr eine **Feststellungsklage** vor, die aber **unbegründet** ist, da sich die Hauptsache tatsächlich nicht erledigt hat: die Zwangsvollstreckung aus einem nur vorläufig vollstreckbaren Titel, sowie die Zahlung zur Abwendung einer solchen sind (bis zur Rechtskraft) keine Erfüllung und damit auch keine Erledigung (siehe oben Rn. 11.11).

Ergebnis: die Klage wird abgewiesen, K trägt alle (!) Kosten gemäß § 91 (StJ § 91a, 43).

Das kann K nur vermeiden, wenn er den ursprünglichen Zahlungsantrag **hilfsweise** neben der Erledigungserklärung aufrechterhält, was zulässig und im obigen Fall (siehe aber Rn. 11.17) auch ratsam ist (ThP 34b; StJ 52; Zöller 46 zu § 91a).

c) Fall 3: Die Leistungsklage ist von Anfang an unzulässig oder unbegründet 11.16

Beispiel: K erhebt Zahlungsklage gegen B aus Verkehrsunfall, den K allein verschuldet hat. Die nicht mitverklagte Versicherung des B bezahlt in Verkenntung der Sachlage. K erklärt daraufhin für erledigt, B widersetzt sich und besteht auf Beweisaufnahme. K hatte 2 Unfallzeugen benannt. Müssen diese noch vernommen werden?

Nach der Klageänderungstheorie (h. M.) wird ab Erledigungserklärung nicht über die ursprüngliche Leistungsklage, sondern stets **über die jetzige Feststellungsklage entschieden** (BGH NJW 08, 2580 vor Rn. 8) deren Streitgegenstand aber den der ursprünglichen Leistungsklage mit umfasst (ThP § 91a, 33, 51; Zöller § 91a, 45):

Um die im Klageantrag begehrte **doppelte Feststellung** (die Klage war vor dem Ereignis begründet, ist infolge des Ereignisses jetzt unbegründet) treffen zu können, muss über die Begründetheit der ursprünglichen Leistungsklage jetzt Beweis erhoben werden. Danach wird die Feststellungsklage als unbegründet abgewiesen werden. Rechtskraft: sie erfasst auch, dass die alte Leistungsklage unbegründet war (ThP § 91a, 51), da deren Streitgegenstand von der jetzigen Feststellungsklage mit umfasst ist.

d) Fall 4: Hilfsanträge des Klägers

11.17

Wenn für den Kläger unsicher ist, ob durch ein Ereignis wirklich Erledigung eingetreten ist, steht er vor der Entscheidung, ob und wie er durch Hilfsanträge Nachteile vermeiden kann. Im Wesentlichen bestehen 2 Möglichkeiten, von denen die zweite ebenso aktuell wie umstritten ist (s. dazu auch Knöringer JuS 10, 571 ff.).

Beispiel (nach BGH NJW-RR 98, 1571): Kläger (K) und Beklagter (B) stellen in ihren Betrieben jeweils Heizkessel her. K klagt im Wettbewerbsprozess gegen B auf Unterlassung einer behaupteten wettbewerbswidrigen Werbung für dessen Heizkessel BK6. B bestreitet, diese Werbung in eigener Verantwortung gemacht zu haben, worauf K 5 Zeugen benennt. Nunmehr trägt B vor, die Produktion dieses Heizkessels sei soeben eingestellt worden, was er durch Vorlage von Unterlagen belegt, zumindest sei damit die bestrittene Wiederholungsgefahr entfallen, weshalb die ohnehin unbegründete Klage jetzt auch aus diesem Grunde abzuweisen sei.

Wie soll K vorgehen? Er hat 2 Möglichkeiten:

(I.) Hauptantrag auf Feststellung der Erledigung, hilfsweise Aufrechterhaltung des ursprünglichen Unterlassungsantrags.

Dieses Vorgehen ist nach allgemeiner Meinung (ThP § 91a, 34b) zulässig, aber es ist zu differenzieren, ob es immer ratsam ist.

(1) Stimmt B der Erledigung nicht zu, hat K die Gewähr, dass bei Verneinung des Erledigungsereignisses (etwa: die Wiederholungsgefahr ist doch nicht entfallen, weil B zwar die Produktion von BK6, nicht aber dieselbe beanstandete Werbung für Restexemplare und das Nachfolgemodell eingestellt hat) nach Abweisung des Hauptantrags jedenfalls im Hilfsantrag über das ursprüngliche Klagebegehren entschieden wird und zwar nach voller Beweisaufnahme und mit voller Kontrolle durch Berufung als 2. Tatsacheninstanz.

(2) Dieses Vorgehen birgt allerdings ein Risiko, das wohl überdacht sein will: Stimmt nämlich B der Erledigungserklärung sogleich – hier also vor jeder Beweiserhebung – zu (nehmen wir an, weil er ein „schlechtes Gewissen“ hat, da er weiß, dass mit der Produktionseinstellung von BK6 die beanstandete Werbung gar nicht entfallen wird

und er bei übereinstimmender Erledigungserklärung der bevorstehenden beweismäßigen Klärung zu seinen Lasten entrichten wird), so wird das Gericht ohne jede Beweisaufnahme nur einen Kostenbeschluss gem. § 91a mit summarischer Prüfung des mutmaßlichen Prozessausgangs erlassen. Da eine Beweisaufnahme damit verhindert ist, wird das Gericht bei ungeklärtem Prozessausgang die Kosten gegeneinander aufheben (§ 92 I im Rahmen von § 91a I). Aber schlimmer für K: er hat jetzt keine Möglichkeit mehr, dass über sein eigentliches Klagebegehren rechtskräftig und durch Berufung überprüfbar entschieden wird.

Wenn es dem K also nicht so sehr um die Kosten, sondern vorrangig darum geht, dass auf jeden Fall über sein ursprüngliches Klagebegehren rechtskräftig entschieden wird, ist diese erste Möglichkeit nicht die sicherste und beste. Dann wird er sich evtl. für die 2. Möglichkeit entscheiden:

(II.) Ursprünglicher Klageantrag als Hauptantrag, Erledigungserklärung nur hilfsweise.

Diese Möglichkeit trägt den soeben genannten Bedenken und Risiken Rechnung. K wird dieses Vorgehen wählen, wenn er dem in Frage stehenden Erledigungsereignis misstraut, insbes. wenn es auf einer bestrittenen Behauptung des B beruht. Stellt K alternativ die Erledigungserklärung zunächst zurück, riskiert er, dass er damit zu spät kommt, wenn das Gericht infolge anderer Beurteilung – etwa im Hinblick auf die im Beispiel von B vorgelegten Privaturkunden etc. – sofort entscheidet.

Allerdings ist die Zulässigkeit einer nur hilfsweisen Erledigungserklärung sehr umstritten, zumal sie der BGH zuletzt für unzulässig erklärt hat.

Verneinend: BGHZ 106, 359; BGH NJW-RR 06, 1378; StJ 19, 46; Zöller 35; Musielak 31; Müko-ZPO 80 je zu § 91a.

Bejahend: BGH NJW 75, 539; BGH NJW-RR 98, 1571; ThP 12; BL 76 je zu § 91a; Bergerfurth NJW 92, 1660; Knöringer JuS 10, 572.

Entscheidend ist, ob für die hilfsweise Erledigungs-Feststellungsklage das Feststellungsinteresse gem. § 256 I besteht.

Richtigerweise ist es – unabhängig von der von BGH u. Literatur hierzu ausschließlich diskutierten Kostenersparnis – allein schon wegen der oben zu I 2 dargelegten prozessualen Risiken des Klägers mit Nachdruck zu bejahen.

Der BGH hat in der dem obigen Beispiel zugrundeliegenden Entscheidung das Feststellungsinteresse wegen der für K günstigeren Kostenfolge bejaht, es zuletzt aber in NJW-RR 06, 1378 verneint, weil sich ein Kostenvorteil für K nicht einstelle, da er schon im Hauptantrag unterliege, was wohl heißen soll, dass K ohnehin alle Kosten zu tragen habe. Abgesehen davon, dass das Feststellungsinteresse schon unabhängig von der Kostenfrage zu bejahen ist, ist das Argument auch gar nicht zutreffend. Der Kläger trägt gem. § 92 die Kosten insoweit, als der erfolglose Hauptantrag den erfolgreichen Hilfsantrag übersteigt (s. Rn. 8.21). Die Quotierung hängt ab vom umstrittenen Streitwert ab einseitiger Erledigungserklärung. Nimmt man z.B. den Streitwert obiger Unterlassungsklage an mit € 50 000,- und den ab einseitiger Erledigungserklärung mit BGH als die Summe aller bis dahin angefallenen Kosten, hier rund € 8605,-, dann trägt K 83% und B 17% der Kosten, K also keinesfalls sämtliche, wie aber letztere Entscheidung nahelegen will. Richtigerweise beträgt der Streitwert aber bei dogmatisch sauberer Zugrundelegung einer pos. Feststellungsklage 50% des Hauptsachewerts (s. oben Rn. 11.14), was zur Kostenaufhebung führt.

11.18 e) Fall 5: Erledigung zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit

Beispiel: Nach (oder kurz vor) Einreichung der Klage über € 20 000,-, aber vor ihrer Zustellung, erhält K von der Haftpflichtversicherung des Beklagten, der vorgerichtlich jede Zahlung abgelehnt hatte, vorbehaltlos den vollen Betrag. Was ist dem K zu raten?

(1) Würde K (einseitig) für erledigt erklären, müsste die Klage (nach der Klageänderungstheorie also die Feststellungsklage) als unbegründet abgewiesen werden, denn nach h.M. kann eine „Erledigung der Hauptsache“ nur *nach* Eintritt der Rechtshängigkeit erfolgen. BGHZ 83, 14: „Erst durch die Zustellung der Klage werden das Prozessrechtsverhältnis, die Parteien und der Streitgegenstand bestimmt. Im Stadium der bloßen Anhängigkeit kann danach auch keine „Hauptsache“ vorliegen, die sich erledigen könnte“.

(2) § 269 III S. 3 will diesem Dilemma abhelfen. Ist, wie hier, der Anlass zur Klageerhebung *vor* Rechtshängigkeit weggefallen (falls *nach* Rechtshängigkeit, bleibt nur Erledigungserklärung, BGH NJW 04, 223) und nimmt der Kläger daraufhin seine Klage zurück, ergeht ein Kostenbeschluss nach denselben Kriterien wie ein Beschluss nach § 91a (mutmaßlicher Ausgang des Rechtsstreits). Hier: da die Klage – ohne die nunmehr doch erfolgte Zahlung der Versicherung – Erfolg gehabt hätte und B durch seine Zahlungsverweigerung Veranlassung zur Klage gegeben hat, ergeht nach Klagerücknahme

Beschluss (§ 269 IV):

Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen (§ 269 III S. 3).

Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung gemäß § 269 III S. 3 können – wie beim Kostenbeschluss gemäß § 91a auch (ThP § 91a, 48) – die allgemeinen Kostentatbestände der §§ 91, 92, 93 ff., 100, 101 herangezogen werden. So wird insbes. nach dem Grundgedanken des § 93 zu berücksichtigen sein, ob der Beklagte die Klage überhaupt „veranlasst“ hat, oder diese voreilig war (dann Kosten beim Kläger), etwa weil der Beklagte wegen eines legitimen Überprüfungsinteresses oder eines Zurückbehaltungsrechts etc. die Leistung zurecht noch zurückgestellt hatte.

(3) Der Kläger kann aber auch per Klageänderung übergehen zur Klage auf Schadensersatz wegen Verzugs (Musielak § 91a, 38).

(4) Abwandlung (BGH NJW 07, 1460): K reichte am 11. 2. Klage ein, die am 20. 2. zugestellt wurde. Ohne sich zuvor erkundigt zu haben, ob und ggfls. wann die Zustellung erfolgt ist, teilte K am 6. 3. mit, die Forderung sei am 3. 3. bezahlt worden und erklärte: „Vor diesem Hintergrund wird die Klage hiermit zurückgenommen und Antrag gemäß § 269 III 3 ZPO gestellt.“ Kann der Fehler des K „repariert“ werden?

Da das in Frage stehende Erledigungsereignis nach Rechtshängigkeit eintrat, lagen die Voraussetzungen des § 269 III 3 nicht vor, K hätte ausschließlich die Hauptsache für erledigt erklären können. Eine analoge Anwendung des § 269 III 3 scheidet mangels planwidriger Lücke aus, da K eine für ihn günstige Kostenentscheidung durch Erledigungserklärung hätte erreichen können. Eine Auslegung der Klagerücknahme als Erledigungserklärung scheidet nach BGH a. a. O. an der Eindeutigkeit der Erklärung, zumal auch der ausdrücklich gestellte Antrag nach § 269 III 3 eine Klagerücknahme voraussetzt. Eine Anfechtung der Klagerücknahme gemäß § 119 BGB wegen irriger Annahme der Voraussetzungen des § 269 III 3 ist nicht möglich, da die Vorschriften über Willenserklärungen (§§ 104 ff. BGB) auf Prozesshandlungen nicht anwendbar sind (ausgenommen §§ 133, 140 BGB, die allg. Rechtsgrundsätze enthalten, Palandt Ü 37 vor § 104). In Betracht käme allenfalls eine Umdeutung der Klagerücknahme in eine Erledigungserklärung, da § 140 BGB auf Prozesshandlungen analog anwendbar ist. Der BGH hat die Umdeutung abgelehnt, da diese stets eine unwirksame Prozesshandlung voraussetzt, woran es hier fehlt. Man kann auch nicht eine Teilunwirksamkeit daraus herleiten, dass der neben der Klagerücknahme gestellte „Antrag gemäß § 269 III 3“ an den Voraussetzungen scheitert, da die Entscheidung nach § 269 III 3 von Amts wegen ergeht, ein Antrag also gar nicht erforderlich und nur eine Anregung ist. Nach a. A. ist eine Umdeutung gleichwohl vorzunehmen, da es sich im Falle § 269 III 3 der Sache nach um eine Erledigungserklärung handele (Zöller § 91a, 32 m. w. N.). Dem steht jedoch entgegen, dass der Gesetzgeber § 269 III 3 unter Anerkennung der Rechtsprechung des BGH, wonach vor Rechtshängigkeit gar keine erledigungsfähige „Hauptsache“ vorliegen könne, nicht bei § 91a, sondern bewusst bei der Klagerücknahme eingeordnet hat (BT-Drucks. 14/4723 S. 81). Im Ergebnis ergeht daher Kostenbeschluss wie bei einer normalen Klagerücknahme gem. § 269 III 2: „Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.“

11.19 f) Fall 6: Säumnis des Beklagten

Beispiel: Zahlungsklage des K über € 9000,- zum zuständigen LG.

Im ersten Termin erscheint B trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht. K (anwaltlich vertreten) trägt – was nicht schriftsätzlich angekündigt war – vor, die Haftpflichtversicherung des B habe am ... (nach Rechtshängigkeit) vorbehaltlos den Schaden in Höhe der Klageforderung bezahlt. K erklärt die Hauptsache für erledigt und beantragt, da gestern ihm gegenüber telefonisch auch der Bekl. der Hauptsacherledigung zugestimmt habe, durch Beschluss gem. § 91a dem Beklagten die Kosten aufzuerlegen. Hilfsweise beantrage er, durch Versäumnisurteil die Erledigung festzustellen.

(I) Übereinstimmende Erledigungserklärung und Beschluss gem. § 91a?

Es liegt nur **eine** wirksame Erledigungserklärung (des K) vor, da nur diese gegenüber dem Gericht abgegeben wurde. Die Behauptung des K, B habe auch für erledigt erklärt (zugestimmt), wird nicht als gem. § 331 I zugestandene Tatsache behandelt, da *Prozesshandlungen* nicht zugestanden werden können. Als zugestanden (§ 331 I) gelten nur die **tatsächlichen** Behauptungen des K, aus denen sich ergibt, dass die Hauptsache *erledigt* sei (Zeiss § 77 IV 1; Zöller § 91a, 58 „Versäumnisverfahren“).

(II) Versäumnisurteil?

Fraglich ist, ob § 335 I Nr. 3 entgegensteht, weil die tatsächliche Behauptung des Erledigungsergebnisses und die Erledigungserklärung (Feststellungsantrag) dem Bekl. nicht rechtzeitig eine Woche (§ 132) vor dem Termin mitgeteilt worden sind. § 335 I Nr. 3 gilt für Sachanträge und als solcher wird der Erledigungsantrag behandelt (Zöller § 91a, 37). Dies und der Wortlaut von § 335 I Nr. 3 sprechen für Unzulässigkeit eines VU.

Andererseits: § 335 I Nr. 3 gilt nicht für dem *Kläger* ungünstige Tatsachen, wie es das rechtsvernichtende Erledigungsergebnis darstellt (Stj § 335, 13). Zum *Antrag*: Der Kläger kann im Säumnistermin stets *weniger* beantragen, als er schriftsätzlich angekündigt hat (z. B. die Hälfte zurücknehmen und VU über die andere beantragen). Der Erledigungsantrag führt zur Feststellungsklage und hinsichtlich der Rechtsfolgen zu einem *Weniger* gegenüber dem ursprünglichen Leistungsantrag: Nach h. M. fällt er deshalb unter § 264 Nr. 2 als Fall der Ermäßigung. B wird nicht einem überraschenden und daher unzulässigen Mehr, sondern einem *Weniger* ausgesetzt (Ziffer I des Urteils enthält keine Vollstreckungsgefahr). § 335 I Nr. 3 steht daher bei Erledigungserklärung des Klägers erst im Säumnistermin nicht entgegen (h. M., Stj 26; Zöller 5 zu § 331; BL § 91a, 176; a. A. Müko-ZPO § 331, 31). Zur Erledigungserklärung vor Erlass eines 2. VU (§ 345) s. unten Rn. 20.43. Es ergeht:

VERSÄUMNISURTEIL

- I. Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist.
- II. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits (§ 91).
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar (§ 708 Nr. 2).

11.20 g) Fall 7: Die Erledigung einer negativen Feststellungsklage

Beispiel (nach BGH NJW 99, 2516): K machte im Fernsehen eine kritische Äußerung über die politische Tätigkeit des B, worauf dieser den K unter Klageandrohung aufforderte, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. K erhob daraufhin am 1.2. negative Feststellungsklage vor dem LG Berlin mit dem Antrag festzustellen, dass B nicht berechtigt sei, ihn gerichtlich oder außergerichtlich zur Unterlassung folgender Äußerung zu verpflichten ... (Text der strittigen Äußerung). Das LG Berlin bestimmte Termin auf den 10.4.

Bereits am 10.2. erhob B gegen K Leistungsklage vor dem LG Potsdam auf Unterlassung dieser Äußerung. Im dortigen Termin vom 1.4. erging nach Antragstellung und streitiger Verhandlung ein Beweisbeschluss zur Vernehmung von 5 Zeugen am 5.5.

Wie ist hinsichtlich der Feststellungsklage vor dem LG Berlin im Termin vom 10.4. zu verfahren? Wie ist es dort, wenn das Gericht gemäß § 273 II Nr. 4 alle Zeugen geladen hatte und diese alle erschienen sind?

K wird die Feststellungsklage in der Hauptsache für erledigt erklären, in der Zusatzfrage wird (darf) die Beweisaufnahme durchgeführt werden, weshalb K dort nur hilfsweise für erledigt erklären wird.

Die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Erledigungserklärung liegen (aus Sicht des K, denn er muss sich ja entscheiden, was er jetzt tut) vor: