

# Zivilprozessordnung: ZPO

Thomas / Putzo

41. Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-74708-3  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

für den zurückweisenden Beschluss (bestr). Erst recht ist eine Kostenerstattung im Ablehnungsverfahren ausgeschlossen (Karlsruhe FamRZ 05, 1490 mwN). Anders ist dies bei erfolglosen Beschwerden (Rn 9). Vergütung des RA: gehört zum Rechtszug (§ 19 Nr 3 RVG).

**3. Rechtsbehelfe.** Es ist zu unterscheiden: **a) Stattgebender Beschluss.** Er ist unanfechtbar (Abs 2 Hs 1), auch wenn er auf sof Beschw hin ergangen ist. Ob davon eine Ausnahme zu machen u sof Beschw zuzulassen ist, wenn das rechtl Gehör (Einl I Rn 9ff) verletzt wurde (Rn 1) u dadurch eine Verfassungsbeschwerde vermieden werden kann (so Oldenburg NJW-RR 95, 890 mwN; ZöG.Vollkommer 13), ist umstr, weil für den Fall der Verletzung des rechtl Gehörs § 321a eine vorrangige Regelung enthält, die Anhörungsrüge aber gem § 321a Abs 1 S 2 ausgeschlossen ist (BGH NJW 07, 3786 m abl Anm Fölsch; vgl auch BVerfG NJW 09, 833).

**b) Zurückweisender Beschluss: aa) Sofortige Beschwerde** (Abs 2; § 567 Abs 1 Nr 1), auch wenn das Gesuch als unzulässig zurückgewiesen wurde (entgegen dem Wortlaut des schlecht redigierten Abs 2; Frankfurt FamRZ 93, 1467). Ausgeschlossen ist die sof Beschw, wenn das LG im BerVerfahren entschieden hat (Celle Nds Rpfl 02, 364). Anwaltszwang besteht für die Einlegung nur, soweit nicht § 569 Abs 3 u § 78 Abs 3 zutreffen. Anwaltszwang besteht daher insbes, wenn der Rechtsstreit in erster Instanz vor dem LG zu führen ist od war (§ 569 Abs 3 Nr 1; Dresden Büro 19, 372) od vor dem FamG als Ehe- od FamStreitsache (§ 114 Abs 1 FamFG; vgl Bamberg NZFam 18, 957 m Anm Härtl; Brandenburg FamRZ 20, 186). Für das Verfahren gilt Anwaltszwang nach Maßgabe von § 571 Abs 4.

**bb) Rechtsbeschwerde** gegen die Beschl des OLG u des LG im Ber- u BeschwVerfahren findet im Einzelfall statt, wenn sie zugelassen wird (§ 574 Abs 1 Nr 2; BGH NJW-RR 05, 294). Ist dies nicht der Fall, schließt § 557 Abs 2 eine Inzidentprüfung des Ablehnungsgesuchs in d Revision aus (BGH NJW-RR 07, 775). In Verfahren nach dem KapMuG ist eine Rechtsbeschwerde nicht kraft Gesetzes gem § 574 Abs 1 Nr 1 zulässig (BGH NJW-RR 09, 465).

**cc) Unanfechtbar** sind die Entscheidungen des OLG u des LG im Ber- u BeschwVerfahren, wenn die Rechtsbeschw (Rn 7) nicht zugelassen wurde. Dies gilt auch, wenn das BerGer selbst erstmals über die Ablehnung eines seiner Mitglieder entscheidet (BGH NJW-RR 09, 210 u WM 09, 329). Ein rechtskräftiger Beschluss kann auch auf Gegenvorstellung nicht abgeändert werden (Dresden FamRZ 20, 37; ZöVollkommer 18).

**dd) Unzulässig** wird das Rechtsmittel wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses, wenn der abgelehnte Richter bei dem Ger od dem zuständigen Spruchkörper ausscheidet (BGH NJW-RR 16, 127). Die sof Beschwer wird unzulässig, wenn inzwischen der Rechtszug durch Endentscheidung beendet wird u der (erfolglos) abgelehnte Richter mitwirkt, aber ein statthaftes Rechtsmittel eingelegt wird (BGH NJW-RR 07, 411), anders aber, wenn die Hauptsacheentscheidung unanfechtbar ist (Koblenz NJW-RR 92, 1464 mwN).

**c) Kosten des Rechtsmittels** (ausführlich Sturm MDR 07, 382). **aa) Erfolglose Beschwerde:** Es gilt § 97 Abs 1 (Stollenwerk NJW 07, 3751/3753). Es ist insoweit Kostenerstattung vorzunehmen; unabhängig davon, ob RA einen Schriftsatz eingereicht hat (BGH NJW 05, 2233 m Anm Kroppenberg S 3112; Düsseldorf MDR 09, 955), da RA nach Erhalt der BeschwSchrift im Mandanteninteresse prüfen muss, ob für diesen etwas veranlasst ist. Dasselbe gilt für die außergerichtl Kosten der Gegenpartei des erfolglosen BeschwFührers im Verfahren über die Ablehnung eines Sachverständigen gem § 406 (BGH NJW 19, 428 m Anm Schneider NZFam 19, 88).

**bb) Erfolgreiche Beschwerde.** Deren Kosten sind solche des Rechtsstreits (Stollenwerk aaO; vgl Rn 4 u § 97 Rn 8). Wenn auf Grund dessen der Gegner

des Beschwerdeführers die Kosten zu erstatten hat od der Beschwerdeführer trotz erfolgreicher Beschwer deren Kosten trägt, liegt das im allgemeinen Prozessrisiko (hM; Frankfurt NJW-RR 86, 740; aA Celle Rpfleger 83, 173).

- 11 **cc) Erledigung des Ablehnungsgesuchs.** Es gilt § 91a analog, auch bei einseitiger Erledigungserklärung (Stollwerk aaO).

### § 47 Unaufschiebbare Amtshandlungen

(1) **Ein abgelehnter Richter hat vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs nur solche Handlungen vorzunehmen, die keinen Aufschub gestatten.**

(2) <sup>1</sup> **Wird ein Richter während der Verhandlung abgelehnt und würde die Entscheidung über die Ablehnung eine Vertagung der Verhandlung erfordern, so kann der Termin unter Mitwirkung des abgelehnten Richters fortgesetzt werden.** <sup>2</sup> **Wird die Ablehnung für begründet erklärt, so ist der nach Anbringung des Ablehnungsgesuchs liegende Teil der Verhandlung zu wiederholen.**

- 1 **1. Allgemeines.** Abs 2 wurde durch das 1. JuMoG eingefügt, um Zeitverluste durch unzulässige od unbegründete Ablehnungsgesuche zu vermeiden. Es ist daher zu differenzieren:
- 1a **2. Bei Ablehnung vor od nach einer Verhandlung** (Abs 1): Der abgelehnte Richter darf nur unaufschiebbare Handlungen vornehmen, es sei denn, das Ablehnungsgesuch ist missbräuchlich (BGH Büro 07, 609 u FamRZ 05, 1564; vgl § 45 Rn 1). Bis zur Entscheidung über das Ablehnungsgesuch, u zwar ab Eingang (BGH NJW 01, 1502) bis zu dessen rechtskräftiger Erledigung (hM; Brandenburg NJW-RR 00, 1091 mwN), ggf bis zur Entscheidung über eine zulässige Anhörungsrüge (§ 321a), nicht aber über eine Verfassungsbeschwerde (BGH NJW 18, 3252 m Anm Bacher MDR 18, 1357) gilt:
- 1b **a) Vornahme von Handlungen.** Eine Endentscheidung darf erst nach Bescheidung des Ablehnungsgesuchs ergehen (BGH NJW-RR 08, 216). Der abgelehnte Richter darf nur unaufschiebbare Prozesshandlungen vornehmen; zB Arrest, einstw Verfügung (auch durch Urteil), Durchführung des Zwangsversteigerungstermins ohne Zuschlag (Celle NJW-RR 89, 569 für Rechtspfleger; wohl auch BGH aaO; umstr), selbständiges Beweisverfahren nur bei § 485 Abs 1 2. Alt; Sitzungspolizei (§ 176 GVG); auch bei dringenden Endentscheidungen denkbar. Dies gilt auch für unzulässige Gesuche (vgl § 42 Rn 1; Hamm FamRZ 19, 1150; E. Schneider MDR 05, 671), muss aber ausführlich begründet werden (E. Schneider aaO). Nicht unaufschiebbar ist idR ein Verweisungsbeschluss (Karlsruhe NJW 03, 2174), eine Terminbestimmung (aA LG Leipzig MDR 00, 106 mit abl Anm E. Schneider; Hamburg MDR 17, 1263 für Verlegung eines Verkündungstermins). Selbstverständlich hat der abgelehnte Richter jede Handlung zu unterlassen, die darauf abzielt, die Entscheidung über sein Ablehnungsgesuch zu beeinflussen. Ein Verstoß gegen Abs 1 kann die Ablehnung begründen (Brandenburg FamRZ 17, 2035).
- 2 **b) Wirksamkeit.** Der abgelehnte Richter ist für den Rechtsstreit noch nicht ausgeschlossen (vgl Rn 4). Die vorgenommenen Handlungen bleiben bei Befangenheitsablehnung (§ 42) wirksam, selbst wenn diese erfolgreich ist, vorausgesetzt, dass die Handlungen wirklich unaufschiebbar waren (hM). Bei Ausschluss (§ 41) sind u bleiben auch unaufschiebbare Handlungen unwirksam.
- 3 **c) Ab Entscheidung** über das Ablehnungsgesuch gilt: **aa) Zurückgewiesenes Gesuch.** Der Richter darf bis zur Rechtskraft des Beschlusses nur nach Maßgabe des § 47 tätig werden (vgl Rn 1a), danach uneingeschränkt.
- 4 **bb) Für begründet erklärtes Gesuch** (auch auf sofortige Beschw hin). Ab Erlass des Beschlusses (§ 46 Rn 3) steht der abgelehnte Richter dem ausgeschlos-

senen (§ 41) gleich (3 vor § 41). Allein ein Verstoß gegen Abs 1 führt nicht zur Nichtigkeit nach § 579 Abs 1 Nr 3 (BGH NJW-RR 16, 1406).

**3. Ablehnung während der Verhandlung** (Abs 2 S 1). **a) Begriff.** Das ist 5 jeder Termin zur mündl Verhandlung (§ 128), nicht nur der Haupttermin (§ 272 Abs 1). Der Termin beginnt mit dem Aufruf (§ 220 Rn 2) u endet mit dem Schluss gemäß § 220 Rn 3. Antragstellung ist nicht erforderl, sodass auch eine Güteverhandlung (§ 278 Abs 2) hierunter fällt (Karlsruhe MDR 07, 795; Vossler MDR 06, 1383/1384). Kann über das Ablehnungsgesuch (§ 44 Abs 1) nicht im Termin entschieden werden (§ 45), ist er fortzusetzen u der abgelehnte Richter wirkt mit, ohne Rücksicht darauf, ob die richterl Handlungen unaufschiebbar sind od nicht. § 43 gilt insoweit nicht (E. Schneider MDR 05, 671). Die Verkündung eines Endurteils ist aber nicht mögl, weil sonst Abs 2 S 2 unterlaufen werden würde (Vossler aaO).

**b) Begründete Ablehnung** (Abs 2 S 2). Der Teil der mündl Verhandlung, 6 der wiederholt werden muss (zB eine Beweisaufnahme), wird von od mit dem Richter durchgeführt, der an Stelle des abgelehnten gem Geschäftsverteilung als Vertreter berufen ist (3 vor § 41). Weder die Prozesshandlung des abgelehnten Richters selbst noch die Niederschrift über diese Handlung dürfen der Sachentscheidung des neuen Spruchkörpers zu Grunde gelegt werden (Knauer/Wolf NJW 04, 2857/2860).

**4. Rechtsmittel.** Wirkt der abgelehnte Richter unter Verstoß gegen § 47 mit 7 (insbes im Falle der Rn 3), so ist das Rechtsmittel in der Hauptsache jedenfalls begründet, wenn die sof Beschw (§ 46 Rn 6) Erfolg hat (vgl ZöG.Vollkommer 12 mwN). Ist Rechtskraft eingetreten, bleibt Nichtigkeitsklage (§ 579 Abs 1 Nr 3). Das Rechtsmittel in der Hauptsache kann aber nicht darauf gestützt werden, dass eine Ablehnung begründet sei, wenn das Verf nach § 46 nicht durchgeführt od wenn eine sof Beschw (§ 46 Rn 6) zurückgenommen wurde.

### § 48 Selbstablehnung; Ablehnung von Amts wegen

**Das für die Erledigung eines Ablehnungsgesuchs zuständige Gericht hat auch dann zu entscheiden, wenn ein solches Gesuch nicht angebracht ist, ein Richter aber von einem Verhältnis Anzeige macht, das seine Ablehnung rechtfertigen könnte, oder wenn aus anderer Veranlassung Zweifel darüber entstehen, ob ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen sei.**

**1. Voraussetzungen** der Entscheidung: **a) Selbstablehnung.** Das Verhältnis, 1 von dem Anzeige zu machen ist, kann sich sowohl auf Ausschluss (§ 41) wie auf Besorgnis der Befangenheit (§ 42 Abs 2) beziehen (vgl § 41 Abs 1). Es kommt für § 42 Abs 2 allein auf den vom Richter zu erkennenden Standpunkt der Partei an (allgM; Saarbrücken NJW-RR 94, 763; vgl § 42 Rn 9), nicht darauf, ob er selbst sich für unbefangen hält (München NJW 14, 3042). Die Besorgnis der Befangenheit kann sich jedoch aus der Selbstablehnung ergeben (Karlsruhe NJW-RR 00, 591). Der Richter hat die Amtspflicht zur Anzeige der betreffenden Tatsachen, wenn er ausreichend sichere Kenntnis von einem Verhältnis iS des § 48 hat (München NJW 14, 3042; bestr); die Nichtanzeige kann einen Ablehnungsgrund darstellen. Auch das Mitglied eines Kollegialger hat die Pflicht zur Anzeige. Es darf dann einfach der Vertreter herangezogen werden, wenn die Ausschließung (§ 41) zweifellos gegeben ist (StJBork 2).

**b) Zweifel über Ausschluss** (§ 41): zB auf Anregung eines Richters od Prozessbeteiligten. Dann kommt es zur Entscheidung von Amts wegen. Nur bei zweifellosem Ausschluss (§ 41) scheidet der Richter ohne weiteres aus (Rn 1 aE).

**2. Verfahren.** Entgegen dem gesetzl Wortlaut der Überschrift lehnt sich der 3 Richter nicht selbst ab, sondern zeigt nur seine mögliche Befangenheit an (so zu

## § 49, § 50 Vorb

Buch 1. Allgemeine Vorschriften

Recht Huber JuS 17, 211/212). Die Entscheidung hierüber ergeht im Verfahren nach § 45, dessen Abs 2 S 2 nicht analog anwendbar ist (Oldenburg MDR 10, 651). Den Parteien ist die Selbstablehnung in vollem Umfang (BGH NJW 95, 403; Frankfurt FamRZ 98, 377) zur Stellungnahme mitzuteilen. Amtsermittlung u Freibeweis (6 vor § 284). Für die Tätigkeit des Richters gilt § 47 entspr. Entschieden wird durch Beschluss, in dem die Anzeige für begründet od für unbegründet erklärt wird. Keine Kostenentscheidung. Der Beschluss ist den Parteien mitzuteilen u nicht unanfechtbar, sondern nach § 46 Abs 2 zu behandeln (BGH NJW 95, 403; Karlsruhe NJW-RR 00, 591; Vollkommer NJW 94, 2007, jeweils für aF).

### § 49 Urkundsbeamte

**Die Vorschriften dieses Titels sind auf den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle entsprechend anzuwenden; die Entscheidung ergeht durch das Gericht, bei dem er angestellt ist.**

- 1 Gilt für jede Tätigkeit als Urkundsbeamter (BVerfG NJW 07, 3200): insbes Protokoll (§§ 159–165), vollstreckbare Ausfertigung (§ 724). Für den Rechtspfleger gelten die §§ 41–48 über § 10 RPfG entspr.

## Abschnitt 2. Parteien

### Vorbemerkung

#### I. Prozessrechtsverhältnis

- 1 Es besteht zwischen den Parteien zueinander u zum Ger (hM; vgl RoSchw-Gottwald § 2 Rn 6). Zur (geringen) praktischen Bedeutung G. Lüke ZZZ 108, 427. Das Prozessrechtsverhältnis ist öffentl-rechtl Natur u entsteht in allen Verfahrensarten der ZPO, also zB auch im Mahnverfahren u in der ZwVollstr. Es beginnt u endet mit dem jeweiligen Prozess (Rechtsstreit). An einem Prozessrechtsverhältnis müssen zwei Parteien beteiligt sein. Es können aber nicht mehr als zwei Parteien sein, so dass bei Streitgenossenschaft eine Mehrheit von Prozessrechtsverhältnissen besteht (1 vor § 59).

#### II. Begriff der Partei

- 2 Parteien im Zivilprozess sind diejenigen Personen, von welchen u gegen welche die staatliche Rechtsschutzhandlung (insbes Urteil u ZwVollstr) im eigenen Namen begehrt wird (RoSchwGottwald § 40 Rn 1). Partei ist also immer der Vertretene, nicht der Vertreter. Wer Partei ist, kann in demselben Prozessrechtsverhältnis (Rn 1) nicht Nebenintervenient (§ 66) u nicht Zeuge (§ 373) sein. Vom Parteibegriff ist zu unterscheiden, ob die Partei auch parteifähig ist (§ 50), ob sie die richtige Partei ist (vgl § 51 Rn 19), ob sie im Rechtsstreit richtig gesetzlich vertreten (§ 51 Rn 3) u ob sie richtig bezeichnet ist (mit richtigem Namen od richtiger Firma). Von der Partei zu unterscheiden ist die Nichtexistenz der Partei (§ 50 Rn 13), die Nichtpartei (Rn 9) u die Scheinpartei, die Person, die durch Prozesshandlungen des Ger als Partei behandelt wird, ohne es zu sein (vgl Rn 5, 9).

#### III. Bestimmung der Partei

- 3 **1. Grundlagen.** Wer im einzelnen Rechtsstreit Partei ist, dh Kl od Bekl (idR im Urteilsverfahren), Gläubiger od Schuldner (ZwVollstr), Antragsteller od Antragsgegner (für alle anderen Verfahren passend), ist aus der den Rechtsstreit ein-

leitenden Prozesshandlung zu entnehmen (BGH WM 17, 1526 Rn 19), insbes der Klage (§ 253), dem Mahnantrag (§ 690), dem Vollstreckungsantrag (§ 754), dem Arrestgesuch (§ 920).

**a) Methode.** Bestimmt wird die Partei danach, wie sie bezeichnet ist, nämlich mit Namen od Firma nebst Zustellungsadresse als Kl, Bekl, Antragsteller u -gegner, Gläubiger u Schuldner. Maßgebend ist, welcher Sinn dieser prozessualen Erklärung bei objektiver Würdigung des Erklärungsinhalts beizulegen ist. Deshalb ist bei objektiv unrichtiger od mehrdeutiger Bezeichnung grds diejenige Person als Partei anzusehen, die erkennbar durch die fehlerhafte Parteibezeichnung betroffen werden soll (BGH NJW 17, 2472 m Anm Würdinger/Herberger). Welche Person als solche, regelmäßig durch ihren Namen, Beruf u genauen Wohnort bezeichnet ist, soll möglichst eindeutig sein, notfalls durch Auslegung (Einl III Rn 16) entnommen werden können (BGH NJW-RR 13, 394). Für die Ermittlung der Parteien durch Auslegung ihrer Bezeichnung sind nicht nur die im Rubrum der Klageschrift enthaltenen Angaben, sondern auch der gesamte Inhalt der Klageschrift einschließlich etwaiger beigefügter Anlagen zu berücksichtigen (BGH aaO; München NJW-RR 17, 256). Dabei gilt der Grundsatz, dass die Klageerhebung durch die od gegen die in Wahrheit gemeinte Partei od der durch die Antragstellung bezweckte Erfolg nicht an der fehlerhaften Bezeichnung scheitern darf, wenn diese Mängel in Anbetracht der jeweiligen Umstände letztlich keine vernünftigen Zweifel an dem wirklich Gewollten aufkommen lassen. Er greift auch dann, wenn statt der richtigen Bezeichnung irrtümlich die Bezeichnung einer tatsächlich existierenden (juristischen od natürlichen) Person gewählt wird, solange nur aus dem Inhalt der Klage od der Antragsschrift u den etwaigen Anlagen unzweifelhaft deutlich wird, welche Partei tatsächlich gemeint ist (BGH aaO). Nur wenn die Formvorschriften (zB §§ 253 Abs 4, 130 Nr 1, 690 Nr 1) eingehalten sind, werden vermeidbare Mängel u Komplikationen im Laufe des Prozesses unterbunden. Außer der Bezeichnung in dem Schriftstück, das den Rechtsstreit einleitet (insbes der Klageschrift einschließlich etwaiger beigefügter Anlagen) u dem darin enthaltenen Tatsachenvorbringen kann zur Bestimmung der Partei auch dasjenige auslegend herangezogen werden, was später im Prozess geschieht (BGH NJW-RR 09, 854). Stets ist die Bestimmung, wer Partei ist, objektiv vom Standpunkt des Ger u des Antragsgegners (insbes Bekl) aus vorzunehmen (BGH stRspr NJW-RR 08, 582 mwN). Das gilt auch dafür, wer Antragsteller (insbes Kl) ist. Bei mehrdeutiger Parteibezeichnung ist derjenige Partei, der erkennbar durch die Parteibezeichnung betroffen ist (BGH aaO). Es gilt der Grundsatz, dass die Klageerhebung gegen die in Wahrheit gemeinte Partei nicht an deren fehlerhaften Bezeichnung scheitern darf, wenn diese Mängel in Anbetracht der jeweiligen Umstände letztlich keine vernünftigen Zweifel an dem wirklich Gewollten aufkommen lassen. Er greift auch dann, wenn statt der richtigen Bezeichnung irrtümlich die Bezeichnung einer tatsächlich existierenden (juristischen od natürlichen) Person gewählt wird, solange nur aus dem Inhalt der Klageschrift u etwaigen Anlagen unzweifelhaft deutlich wird, welche Partei tatsächlich gemeint ist. Deshalb ist bei objektiv unrichtiger od mehrdeutiger Bezeichnung grundsätzlich diejenige Person als Partei anzusehen, die erkennbar durch die fehlerhafte Parteibezeichnung betroffen werden soll (BGH NJW-RR 13, 394); dasselbe gilt für die Einlegung von Rechtsmitteln (BGH MDR 13, 1114). Dies ist durch eine Rubrumsberichtigung zu korrigieren (Schleswig NJW-RR 13, 1151). Ist die Parteibezeichnung in Einzelheiten unvollständig (zB bei Gesellschaft bürgerlichen Rechts, BGH NJW 97, 1236), falsch od ungenau, so kann sie jederzeit berichtigt werden, auch in jedem Rechtszug (BGH NJW 81, 1454; Hamm NJW-RR 99, 469). Es muss jedoch die Identität derjenigen Partei gewahrt bleiben, die durch die Bezeichnung erkennbar betroffen werden sollte (BGH NJW 88, 1585), denn anderenfalls läge eine irrtümliche Benennung der falschen, am materiellen Rechtsverhältnis nicht be-

teiligten Person als Partei u somit eine Parteiänderung (Rn 11) vor (Brandenburg FamRZ 05, 118).

- 5 **b) Beispiele: aa) Zustellungsfehler.** Ist die Klageschrift od der MB an eine andere Person, als in ihr als Bekl od Antragsgegner bezeichnet ist, zugestellt worden, so wird der, an den nur zugestellt ist, dadurch nicht Partei (allgM; BGH NJW-RR 95, 764 mwN; vgl Rn 2 aE). Beteiligt sich diese Person (Scheinpartei, Rn 2 aE) am Prozess bis klargestellt ist, dass sie nicht verklagt wurde, muss über ihre Kosten durch Beschluss – auch ein Zwischenurteil (§ 303) ist möglich (Rn 10) – nach dem Veranlassungsprinzip entschieden werden (BGH aaO; Brandenburg NJW-RR 96, 1214 mwN). Erstattungspflichtig ist regelmäßig der Kl, aber nur zu, wenn seine Beteiligung durch die fehlerhafte Parteibezeichnung in der Klageschrift veranlasst wurde; ein Scheinbekl kann eine Erstattung von Anwaltskosten nur dann verlangen, wenn aus seiner Sicht anwaltl Hilfe notwendig war, um für eine Richtigstellung des Rubrums zu sorgen (Karlsruhe MDR 19, 1155). Mangels Willen an den wahren Bekl zuzustellen, scheidet eine Heilung der fehlerhaften Zustellung nach § 189 (dort Rn 8) aus (BGH WM 17, 1526).
- 6 **bb) Bezeichnungsirrtum** (ausführlich Kempe/Antochewicz NJW 13, 2797; Schuschke NZM 09, 417 insb für WEG-Verfahren). Von der fehlerhaften Parteibezeichnung (Rn 4) zu unterscheiden ist die irrtümliche Benennung der falschen, am materiellen Rechtsverhältnis nicht beteiligten Person als Partei; diese wird Partei, weil es entscheidend auf den Willen des Antragstellers so, wie er objektiv geäußert ist, ankommt. Entscheidend ist hierbei, welchen Sinn die Erklärung aus der Sicht des Ger u des ProzGegners als Empfänger hat (BGH NJW 17, 2472 Rn 21 m Anm Würdinger/Herberger). Die Klage ist dann gegen diesen Bekl unbegründet – mit der Kostenfolge des § 91 Abs 1 –, u zwar wegen fehlender Passivlegitimation (vgl 39 vor § 253; unklar BGH NJW-RR 08, 582, der davon spricht, dass der Scheinbekl vom Ger aus dem Prozess mit der Kostenfolge des § 91 Abs 1 zu entlassen ist; vgl auch BGH NJW 17, 2472 Rn 26, der davon ausgeht, dass mit diesem kein Prozessrechtsverhältnis entsteht). Jedoch darf die Klage nicht insgesamt abgewiesen werden, sondern der Rechtsstreit ist gegen den wahren Bekl ggf nach Zustellung der Klage fortzusetzen (BGH aaO). Zur Falschbezeichnung einer Partei in der Berufung vgl § 519 Rn 15 u BGH NJW-RR 10, 277. In der ZwVollstr vgl § 750 Rn 2ff. Eine für alle Beteiligten erkennbare Falschbezeichnung ist unschädlich (BGH NJW 98, 1496; vgl § 253 Rn 7); dieser Fehler ist durch eine Rubrumsberichtigung zu korrigieren (BGH NJW-RR 06, 42; Koblenz MDR 15, 1323).
- 7 **cc) Firma.** Wird die Partei unter ihrer Firma bezeichnet (§ 17 HGB), so ist Partei nicht die Firma, sondern der Inhaber, u zwar (bei Inhaberwechsel bedeutsam) derjenige, der bei klagender Firma die Klage eingereicht hat (bestr), u bei Bekl Firma derjenige, der zZ des Eintritts der Rechtshängigkeit Inhaber ist od war (München NJW 71, 1615).
- 8 **2. Identität** von Partei u der als solche handelnden Person ist von der Bestimmung der Partei (Rn 3) zu unterscheiden. **a) Prüfung.** Die Identität ist von der Nichtexistenz (vgl § 50 Rn 13) zu unterscheiden u grundsätzlich von Amts wegen in jeder Verfahrenslage dann zu prüfen, wenn sich Bedenken ergeben, im Anwaltsprozess (§ 78 Abs 1) aber wegen § 88 Abs 2 nur auf Rüge (RoSchwGottwald § 41 Rn 19).
- 9 **b) Nichtpartei.** Nimmt eine parteifähige Person, die nicht Partei ist (Rn 2 aE), als solche Prozesshandlungen (Einl III) vor, so sind sie unwirksam, berühren also die wirkliche Partei nicht. **c) Scheinpartei** (Rn 2 aE). Ihre Prozesshandlungen sind wirksam, aber nicht für die wirkliche Partei.
- 10 **3. Streit,** ob eine Person, die im Prozess als Partei auftritt od als solche behandelt wird (Rn 5), auch wirklich Partei ist od nicht, wird durch Zwischenurteil entschieden (§ 303; Burbulla MDR 07, 439/443; RoSchwGottwald § 41

Rn 20). Besteht Einigkeit darüber, dass die Person nicht Partei ist, werden ihre Prozesshandlungen nicht beachtet, da sie unwirksam sind (Rn 9).

**IV. Parteiänderung** umfasst den Parteiwechsel u die Parteierweiterung (vgl 11 Rn 12). Schrifttum: Henckel, Parteilehre u Streitgegenstand im Zivilprozess (S 215 bis 247), 1961; Rosenberg, ZZP 70, 1; Groß ZZP 76, 200; Franz NJW 72, 1743; Roth NJW 88, 2977.

**1. Allgemeines** zur Parteiänderung. **a) Begriffe.** Parteiwechsel liegt vor, 12 wenn eine neue Partei an Stelle einer ausscheidenden Partei in den Rechtsstreit eintritt; dabei bleibt das bisherige Prozessrechtsverhältnis erhalten. Parteierweiterung liegt vor, wenn eine weitere Partei als Streitgenosse einer Partei neu in den Rechtsstreit eintritt od neu verklagt wird; damit wird ein neues weiteres Prozessrechtsverhältnis begründet (1 vor § 59). Von der Parteiänderung ist die Berichtigung der Bezeichnung zu unterscheiden (Rn 4; Dresden OLG-NL 96, 119).

**b) Grund.** Parteiänderung hat Sinn u Zweck, wenn sich herausstellt, dass die 13 bisherige Partei nicht, nicht mehr od nicht allein die richtige Partei ist, weil ihr entweder die Prozessführungs- od die Sachbefugnis fehlt (vgl § 51 Rn 20–23).

**c) Wirkung.** Auseinanderzuhalten ist einerseits Ausscheiden u Eintritt der 14 Partei, andererseits die Frage, ob die bisherigen Entscheidungen u Prozesshandlungen für od gegen die neue Partei wirken u sie binden. Die Parteiänderung ist zT gesetzlich geregelt; jedoch nicht der in der Praxis häufige Fall gewillkürter Parteiänderung ohne vorangegangene Rechtsnachfolge (Rn 20–26).

**2. Meinungsstand zur gewillkürten Parteiänderung.** Das RG sah sie in 15 stRspr als Klageänderung an. Daraus folgt, dass sie auch ohne Zustimmung des neuen od alten Bekl zugelassen wird, wenn sie das Ger als sachdienlich (§ 263) ansieht. Dafür genügt meistens die Prozessökonomie. Dem gegenüber hielt von jeher eine andere Meinung den Parteiwechsel nur in der Weise für zulässig, dass die Klage vom bisherigen Kl gegen den bisherigen Bekl zurückgenommen (§ 269) u von einem neuen Kl od gegen einen neuen Bekl neu erhoben wird (§ 253). Das Schrifttum schloss sich dem weitgehend an. Der BGH folgte dem RG, gab aber in BGHZ 21, 285 diesen Standpunkt zunächst auf, unterstellt den Parteiwechsel für die Berufungsinstanz nicht mehr dem § 263, sondern macht in Analogie zu § 265 Abs 2 S 2 den Parteiwechsel von der Zustimmung des alten u des neuen Bekl abhängig, hält sie aber für entbehrlich, wenn sie aus Rechtsmissbrauch verweigert wird (auch BGH NJW 62, 633/5). Für den ersten Rechtszug hält der BGH die Zustimmung des neuen Bekl überhaupt für entbehrlich (NJW 62, 347; offengelassen in NJW 74, 750) u hat auch die Anwendung des § 263 für die sog Drittwiderklage (§ 33 Rn 10) offengelassen (BGH NJW 75, 1228). Diese Rspr des BGH ist inkonsequent u bedenklich, soweit sie unterschiedslos an der entspr Anwendung des § 263 festhält. Eine differenzierte analoge Anwendung des § 263 unter Beachtung des § 269 vertritt Roth NJW 88, 2977. Die folgende Darstellung berücksichtigt den Grundsatz, dass niemand ohne seine Zustimmung einen laufenden Rechtsstreit übernehmen muss, wenn er an dessen Lage u bisherigen Ergebnisse, die ohne ihn zustande kamen, gebunden werden soll (für bestimmte Fallgruppen aA Roth aaO 2980).

**3. Gesetzlicher Parteiwechsel.** Er ist in jedem Rechtszug möglich (BGH 16 NJW-RR 12, 899). Man unterscheidet: **a) Parteiwechsel kraft Gesetzes.** Das sind die Fälle der Gesamtrechtsnachfolge, insbes der Erbfolge (vgl § 239); ferner wenn bei einer Partei kraft Amtes (§ 51 Rn 25, 26) die Verwaltung (zB Insolvenz) beginnt od endet; ebenso wenn der gewillkürte Prozessstandschafter stirbt (vgl § 51 Rn 38; aA BGH NJW 93, 3072: gewillkürter Parteiwechsel). Mit dem gesetzlich bestimmten Ereignis (zB Tod, Aufnahme) wechselt die Partei. Bei einer Erbengemeinschaft spaltet sich das Prozessrechtsverhältnis des Erblassers in diejenigen der Miterben auf. Kein Fall des gesetzlichen Parteiwechsels liegt vor,



## § 50 Vorb

Buch 1. Allgemeine Vorschriften

wenn die gesetzliche Verfahrensstandschaft eines Elternteils nach § 1629 Abs 3 BGB mit Eintritt der Volljährigkeit des Kindes endet; vielmehr kann das Kind als Antragsteller in das Verfahren im Wege des gewillkürten Beteiligtenwechsels (Rn 20) eintreten; dieser ist nicht von der Zustimmung des Antragsgegners abhängig (BGH NJW 13, 2595 m Anm Streicher FamRZ 13, 1565; Stockmann FamRB 15, 393).

- 17 **b) Gesetzlich geregelter Parteiwechsel.** Das sind die Fälle der §§ 75 bis 77, 265, 266, 640g. Hier hängt der Wechsel vom Willen der Parteien ab u wird nur unter bestimmten Voraussetzungen wirksam.
- 18 **c) Wirkung.** Die eintretende Partei muss den Rechtsstreit in der Lage aufnehmen, in der er sich befindet. Die ergangenen Entscheidungen u die Prozesshandlungen der ausgeschiedenen Partei bleiben weiter wirksam. Das ergibt sich aus der Rechtsnachfolge. Es findet keine Streitwerterhöhung statt, da die Streitgegenstände gegen den ausgeschiedenen u neuen Bekl wirtschaftl identisch sind (München NJW-RR 18, 575).
- 19 **4. Gesetzliche Parteierweiterung** ist nur in § 856 vorgesehen.
- 20 **5. Gewillkürter Parteiwechsel.** Überblick: Fischer JuS 09, 38. Die erforderlichen Erklärungen (insbes Zustimmungen) sind Prozesshandlungen (Einl III), bedingungsfeindlich (BGH NJW-RR 04, 640 für Klägerwechsel), entweder in mdl Vhdg zu erklären (umstr; aA ZöGreger § 263 Rn 26 mwN auch zur Gegenauffassung) od in zuzustellendem Schriftsatz. Das ist aus § 261 Abs 2 zu folgern, weil der alte u der neue Prozessabschnitt eine Einheit bilden (StJRoth § 263 Rn 50). Für die Zustimmung des Bekl gilt § 267 entspr. Sie ist nur ausnahmsweise entbehrlich, wenn sie unter Rechtsmissbrauch verweigert wird (BGHZ 21, 285; NJW 81, 989 jeweils für die Berufungsinstanz). Sofern außer dem Parteiwechsel auch der Streitgegenstand (Einl II) geändert wird, muss § 263 erfüllt sein. Kommt ein Parteiwechsel nicht zustande (zB wegen Fehlens einer notwendigen Zustimmung), wird der Prozess zwischen den bisherigen Parteien fortgesetzt (BGH NJW 98, 1497; Jauernig/Hess § 86 Rn 18; StJRoth § 263 Rn 51).
- 21 **a) Im ersten Rechtszug. aa) Auf der Klägersseite.** Es sind Parteiwechsel-erklärungen des bisherigen (München NJW-RR 98, 788) u des neuen Kl erforderlich; die Zustimmung des Bekl nur, wenn der bisherige Kl nach Beginn der mdl Vhdg zur Hauptsache seinen Austritt aus dem Rechtsstreit erklärt (entspr § 269 Abs 1). Ausnahme: Rn 16 aE. Der Bekl kann die Zustimmung nicht aus Rechtsmissbrauch verweigern (vgl Rn 20). Nach stRspr des BGH (NJW 96, 2799 mwN) kann die Zustimmung des Bekl wegen Sachdienlichkeit (§ 263) ersetzt werden. Der neue Kl ist an die vorgefundene Prozesslage gebunden (Roth NJW 88, 2977/81). Die bisher im Rechtsstreit vorgenommenen Prozesshandlungen u Beweisaufnahmen bleiben grundsätzlich wirksam. Der neue Kl kann aber Geständnisse seines Vorgängers widerrufen; § 290 gilt insoweit nicht; ebenso wenig § 296 (aA Roth aaO), weil diesen Wirkungen der Kl durch einen neuen Rechtsstreit entgegen könnte. Materielle Folgen der Rechtshängigkeit gelten nur ab Eintritt des neuen Kl. Die Kostenentscheidung ergeht nur im Verhältnis zwischen dem neuen Kl u dem Bekl, weil der Rechtsstreit gegen den Bekl (anders als bei Rn 22) mit denselben Kosten u Gebühren fortgesetzt wird. In analoger Anwendung des § 269 Abs 3 S 2 sind dem bisherigen Kl die bis zu seinem Ausscheiden auf Grund seiner Klageerhebung entstandenen Mehrkosten aufzuerlegen (Hamm MDR 07, 1447).
- 22 **bb) Auf der Beklagenseite.** Es ist die Erklärung des Kl nötig, dass er die Klage nur noch gegen den neuen Bekl richte. Zustimmen muss nur der bisherige Bekl, wenn der Kl den Beklagtenwechsel nach Beginn der mdl Vhdg zur Hauptsache vornimmt (entspr § 269 Abs 1). Der neue Bekl muss nicht zustimmen. Tut er es nicht, wird er zwar Partei, aber die Prozesshandlungen seines Vorgängers u die bisherigen Prozessergebnisse wirken nicht für od gegen ihn; es