

# Grundkurs ZPO

Musielak / Voit

15., neu bearbeitete Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-75353-4  
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.

tel gegen das Endurteil zu erreichen.<sup>106</sup> Wird dagegen der ursprüngliche Antrag vom Kläger nicht (hilfsweise) aufrechterhalten, dann ist das neue (unzulässige) Begehren durch ein Prozessurteil abzuweisen; ein Zwischenurteil kommt dann nicht in Betracht, weil dieses stets voraussetzt, dass eine Vorabentscheidung durch das Gericht zu treffen ist und der Rechtsstreit weitergeführt und durch Endurteil entschieden werden muss.

#### 4. Hinweise für die schriftliche Bearbeitung

Bei einer schriftlichen Bearbeitung kann man sich an folgendem Fragenkatalog orientieren:

396

- (1) Wird der Streitgegenstand geändert?
- (2) Handelt es sich um einen der Fälle des § 264 Nr. 2 und 3?
- (3) Hat der Beklagte ausdrücklich eingewilligt oder ist die Einwilligung nach § 267 anzunehmen?
- (4) Ist die Klageänderung als sachdienlich zuzulassen?  
Hierbei ist zu prüfen, ob ein völlig neuer Streitstoff zur Entscheidung des Gerichts gestellt wird (→ Rn. 391), ob die geänderte Klage zulässig ist und ob die Klageänderung Auswirkungen auf die Zuständigkeit des Gerichts hat (→ Rn. 393).
- (5) Werden durch die Klageänderung auch Fragen aufgeworfen, die nach anderen Vorschriften (außerhalb der §§ 263 ff.) zu entscheiden sind?  
Handelt es sich beispielsweise um eine objektive Klagehäufung, sodass auch § 260 anzuwenden ist (→ Rn. 379)? Ist in der Klageänderung auch eine Klagerücknahme zu sehen, sodass auf den Meinungsstreit über die Anwendung des § 269 einzugehen ist (→ Rn. 385 f.)?

## IV. Parteiwechsel und Parteibeitritt

### 1. Überblick

Im Laufe eines Rechtsstreits können sich Veränderungen bei den bisherigen Parteien ergeben. So kann eine andere Person an die Stelle des ursprünglichen Klägers oder Beklagten treten; man spricht dann von einem **Parteiwechsel**. Auch kann es vorkommen, dass neben eine bisherige Partei ein Dritter als Streitgenosse (vgl. §§ 59 ff.; dazu Einzelheiten später) tritt und sich als (neue) Partei am Rechtsstreit beteiligt; man spricht dann von einem **Parteibeitritt**. Sowohl Parteiwechsel als auch Parteibeitritt können im Gesetz geregelt sein (gesetzliche Parteiänderung) oder auf einer Vereinbarung der Beteiligten beruhen (gewillkürte Parteiänderung).

397

<sup>106</sup> Vgl. Musielak/Voit/*Foerste* § 268 Rn. 3.

**Beispiele:**

- Geldmann klagt gegen Schuldig auf Rückzahlung eines Darlehens. Während des Rechtsstreits stirbt der Kläger und seine Ehefrau will als einzige Erbin den Rechtsstreit fortsetzen.
- Eich klagt gegen Bruno auf Herausgabe eines diesem vermieteten Pkw. Während des Rechtsstreits veräußert Eich den Pkw an Kunz. Kunz möchte anstelle des Eich in den Prozess gegen Bruno eintreten.
- Konz klagt gegen Handel auf Erfüllung eines Vertrages. Im Laufe des Rechtsstreits wird festgestellt, dass Frech, der beim Vertragsschluss als Vertreter des Handel aufgetreten ist, keine Vertretungsmacht besaß. Konz will nun die Klage auf Frech „umstellen“.

**2. Die verschiedenen Fälle eines Parteiwechsels****a) Gesetzlich geregelter Parteiwechsel**

- 398** In jedem der oben (→ Rn. 397) genannten Fälle soll an die Stelle einer bisherigen Partei eine andere Person treten; es handelt sich also stets um einen Parteiwechsel. Im ersten Fall ist dieser Parteiwechsel in § 239 gesetzlich geregelt. **Beim Tod einer Partei tritt deren Rechtsnachfolger automatisch an die Stelle des Verstorbenen.** Frau Geldmann ist als einzige Erbin Rechtsnachfolgerin ihres Ehemannes (§ 1922 I BGB) und damit (neue) Partei im Rechtsstreit gegen Schuldig (zu weiteren Rechtsfolgen im Falle des Todes einer Partei Einzelheiten später).
- 399** Im zweiten Beispielfall geht es um die **Veräußerung des streitbefangenen Gegenstandes**;<sup>107</sup> hierfür trifft § 265 eine Regelung. Zunächst ist die Feststellung wichtig, dass die Rechtshängigkeit nicht das Recht ausschließt, die im Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch abzutreten. Geschieht dies, dann verliert aber die veräußernde Partei ihre Sachlegitimation (→ Rn. 245). Fehlt die Sachlegitimation dem Kläger, ist er beispielsweise nicht Inhaber des Kaufpreisanspruchs, den er im Wege der Klage verfolgt, dann ist seine Klage unbegründet und muss abgewiesen werden; das Gleiche muss geschehen, wenn der Beklagte nicht Träger der Verbindlichkeit ist, die gegen ihn eingeklagt wird. Die Sachlegitimation beurteilt sich also nach dem materiellen Recht und muss folglich im Rahmen der Begründetheit der Klage geprüft werden. Die Veräußerung des streitbefangenen Gegenstandes und der dadurch verursachte Verlust der Sachlegitimation müssten also bewirken, dass die Klage als unbegründet abgewiesen wird. Dies würde aber regelmäßig dazu führen, dass ein neuer Rechtsstreit vom nunmehr Berechtigten oder gegenüber dem nunmehr Verpflichteten begonnen würde. Der Gesetzgeber hat diese Folge seiner Entscheidung, die Veräußerung des Streitgegenstandes zuzulassen, aus Gründen der Prozessökonomie (→ Rn. 392) dadurch ausgeschlossen, dass er angeordnet hat, die Veräußerung der im Streit befangenen Sache oder die Abtretung des geltend gemachten Anspruchs ohne Einfluss auf den Prozess bleiben zu lassen (§ 265 II 1). Da jedoch diese prozessrechtliche Regelung nichts daran ändert, dass der Kläger infolge der Veräußerung oder Abtretung materiell-rechtlich die Aktivlegitimation verliert, macht er bei Fortsetzung des Prozesses ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend (Fall einer

<sup>107</sup> Vgl. dazu *Schmitt* JuS 2019, 1166 ff.

gesetzlichen Prozessstandschaft; → Rn. 246 ff.). Deshalb muss der veränderten materiellen Rechtslage dadurch Rechnung getragen werden, dass der Kläger seinen Antrag dahingehend ändert, dass er nicht mehr Leistung an sich, sondern an den Rechtsnachfolger verlangt; tut er dies nicht, dann muss trotz der Vorschrift des § 265 II 1 seine Klage als unbegründet abgewiesen werden.<sup>108</sup> Bei einer Rechtsnachfolge auf der Beklagten- und durch den Beklagten veräußerten Gegenstandes Schadensersatz verlangen (§ 264 Nr. 3) oder er kann seinen bisherigen Antrag weiter verfolgen und dann gegen den Rechtsnachfolger gem. §§ 727, 731 vollstrecken (dazu Einzelheiten später).<sup>109</sup>

Im Interesse des Beklagten muss sichergestellt sein, dass die **Entscheidung** des Rechtsstreits auch **gegenüber dem Rechtsnachfolger** des Klägers **wirkt**, denn sonst könnte dieser erneut Klage gegen den Beklagten erheben. Dies wird grundsätzlich dadurch ausgeschlossen, dass nach § 325 I das rechtskräftige Urteil auch gegenüber Personen Wirkung hat, die nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger einer Partei geworden sind. **400**

§ 325 II macht jedoch eine Einschränkung, indem die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, für entsprechend anwendbar erklärt werden. Der Sinn dieser Regelung ist nicht eindeutig und deshalb umstritten.<sup>110</sup> Während manche meinen, dass die Gutgläubigkeit allein auf die Rechtshängigkeit zu beziehen sei und folglich die Rechtskraft des Urteils sich nicht auf den Rechtsnachfolger des *Berechtigten* erstrecke, der in Unkenntnis vom Prozess die streitbefangene Sache erwerbe, wollen andere § 325 II auf Fälle eines Erwerbs vom *Nichtberechtigten* beschränken. Für die zweite Auffassung (hM) spricht, dass die in § 325 II enthaltene Verweisung die Unterschiede für maßgebend erklärt, die nach materiellem Recht hinsichtlich des Gutgläubenserwerbes gemacht werden. Sollte nur der gute Glaube an das Fehlen der Rechtshängigkeit geschützt werden, dann wäre nicht erklärlich, warum diese Regelung nicht auch in Fällen Geltung haben sollte, in denen nach materiellem Recht (wie zB bei der Forderungsabtretung) ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen ist. § 325 II verlangt also einen doppelten guten Glauben sowohl an die (nicht vorhandene) Berechtigung des Rechtsvorgängers als auch an das Fehlen der Rechtshängigkeit.<sup>111</sup> Die Bedeutung der Vorschrift liegt also darin, dass in Fällen, in denen im Prozess die Nichtberechtigung des Rechtsvorgängers festgestellt wird, ein (nach materiellem Recht möglicher) Erwerb vom Nichtberechtigten nur in Betracht kommt, wenn der Erwerber (auch) hinsichtlich der Rechtshängigkeit gutgläubig gewesen ist. Der dargestellte Meinungsstreit hat jedoch keine große praktische Bedeutung, weil die Rechtskraft eines Urteils, das die Berechtigung des Rechtsvorgängers feststellt, regelmäßig für den Rechtsnachfolger günstig ist und er sich darauf berufen wird. Dass diese Möglichkeit von § 325 II nicht ausgeschlossen wird, ist offensichtlich.<sup>112</sup> **401**

<sup>108</sup> Sog. Relevanztheorie, BGH WM 1982, 1313; NJW-RR 1986, 1182; NJW 2004, 2152 (2154); OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 697; MüKoZPO/Becker-Eberhard § 265 Rn. 83; Stadler/Benschling JURA 2001, 433 (436 f.), mwN; aA Rosenberg/Schwab/Gottwald ZivilProzR § 101 Rn. 31; vgl. dazu auch Henckel JZ 1992, 645 (650).

<sup>109</sup> Musielak/Voit/Foerste § 265 Rn. 11.

<sup>110</sup> BGH NJW 2019, 310 Rn. 7; eingehend dazu Stein/Jonas/Althammer § 325 Rn. 33 ff. (die hM befürwortend); Stadler/Benschling JURA 2001, 437 ff. (die Gegenauffassung vertretend), jew. mwN; vgl. auch Musielak/Voit/Musielak § 325 Rn. 23 ff.

<sup>111</sup> BGH NJW 2019, 310 Rn. 32.

<sup>112</sup> Wegen des geringen praktischen Nutzens der Vorschrift und auch aus rechtspolitischen Gründen wird neuerdings die Streichung des § 325 II empfohlen; so Hager FS Krüger, 2017, 389 ff.; Stamm ZZP 130 (2017), 185 ff.

- 402** Bleibt der Ausgang des Rechtsstreits wegen § 325 II für den Rechtsnachfolger des Klägers ohne Wirkung, dann muss es dem Beklagten ermöglicht werden zu verhindern, dass dennoch der Kläger mit seiner Klage Erfolg hat. Demgemäß wird der Beklagte in diesem Fall durch § 265 III berechtigt, dem Kläger seine fehlende Sachlegitimation entgegenzuhalten mit der Folge, dass die Klage abgewiesen werden muss, wenn der Kläger an seinem Begehren festhält. Zu klären bleibt, ob die Klageabweisung als unzulässig oder als unbegründet zu erfolgen hat. Die Formulierung in § 265 III „zur Geltendmachung des Anspruchs nicht mehr befugt“ spricht für eine Unzulässigkeit der Klage. Berücksichtigt man jedoch, dass die Ausnahme des Abs. 3 im Zusammenhang mit der Regelung des Abs. 1 zu sehen ist, dann gelangt man zu dem Ergebnis, dass in den Fällen des § 265 III eine Rechtslage eintritt, die der entspricht, die bei Veräußerung des streitbefangenen Gegenstandes entstehen würde, wenn es die Vorschrift des § 265 I nicht gebe. Die Veräußerung des streitbefangenen Gegenstandes würde dann zum Verlust der Inhaberschaft des geltend gemachten Rechts und zur Unbegründetheit der Klage führen. Aus dem Zusammenspiel zwischen § 325 II und des § 265 folgt deshalb, dass die Klage als unbegründet abzuweisen ist.
- 402a** Die gesetzliche Prozessstandschaft, die dem Rechtsvorgänger durch § 265 II 1 eingeräumt wird, verleiht umfassende Befugnisse in der Prozessführung. So muss der Rechtsnachfolger gegen sich gelten lassen, dass der Rechtsvorgänger Tatsachen zugesteht oder entsprechend seiner Parteirolle ein Anerkenntnis abgibt oder einen Verzicht erklärt. Deshalb erscheint es nur konsequent, ihm auch zu gestatten, einen **Prozessvergleich** mit Wirkung für den Rechtsnachfolger zu schließen.<sup>113</sup> Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich die aus der gesetzlichen Prozessstandschaft des Rechtsvorgängers ergebenden Befugnisse auf die im Zeitpunkt der Veräußerung rechtshängigen Ansprüche beschränkt sind. Folglich muss der Inhalt des Vergleichs auch das Ergebnis eines Urteils im anhängigen Prozess sein können. Werden in dem Vergleich darüber hinausgehende Vereinbarungen getroffen, handelt der Rechtsvorgänger aus eigenem Recht und nicht aufgrund der ihm als Prozessstandschafter zustehenden Befugnisse, sodass solche Vereinbarungen den Rechtsnachfolger nicht binden können. Außerdem ist erforderlich, dass sich die Rechtskraft eines möglichen Urteils gem. § 325 I auf den Rechtsnachfolger erstreckt hätte. Nimmt zB der Kläger eine Rechtsnachfolge auf Seiten des Beklagten zum Anlass, seine Klage umzustellen und statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes Schadensersatz zu verlangen (§ 264 Nr. 3), dann würde ein darauf bezogenes Urteil nicht nach § 325 I gegenüber dem Rechtsnachfolger wirken.<sup>114</sup> Dies muss ebenso für einen entsprechenden Vergleich gelten,<sup>115</sup> weil durch ihn dem Prozessstandschafter keine weiterreichenden Rechte eingeräumt werden können, als dies durch § 325 geschieht.
- 403** Da die Veräußerung des Streitgegenstandes auf den Prozess keinen Einfluss hat, ist es konsequent, dass der **Rechtsnachfolger** weder verpflichtet noch berechtigt ist, anstelle der veräußernden Partei den **Rechtsstreit fortzusetzen**. Ein entsprechendes Recht ergibt sich nur, wenn der Veräußerer und sein Gegner der Übernahme des Prozesses durch den Rechtsnachfolger zustimmen. Dass auch der Veräußerer in den Parteiwechsel einwilligen muss, wird zwar nicht ausdrücklich im § 265 II bestimmt, folgt aber aus der Überlegung, dass eine Partei nicht gegen ihren Willen zum Ausscheiden aus dem Prozess gezwungen werden kann.

<sup>113</sup> So auch BGH NJW 2019, 310 Rn. 16 ff. mN auch zur Gegenauffassung; vgl. auch *Fischer JuS* 2019, 220 (221 f.).

<sup>114</sup> MüKoZPO/Becker-Eberhard, § 265 Rn. 92.

<sup>115</sup> BGH NJW 2019, 310 Rn. 29.

Eine abweichende Regelung gilt nach § 266 I für Prozesse über **dingliche Rechte an Grundstücken** zwischen dem dinglich Berechtigten und dem dinglich Verpflichteten. Wird während des Rechtsstreits das Grundstück veräußert, dann ist der Rechtsnachfolger berechtigt und auf Antrag des Gegners verpflichtet, den Rechtsstreit zu übernehmen. Die Regelung gilt ebenso für eingetragene Schiffe und Schiffsbauwerke (vgl. § 266 I 2). Auch im Fall des § 266 wird durch Absatz 2 dieser Vorschrift eine Einschränkung für Fälle gemacht, in denen wegen der Gutgläubigkeit des Rechtsnachfolgers das Urteil gegen diesen nicht wirkt (vgl. aber auch § 325 III). **404**

### b) Gewillkürter Parteiwechsel

Im zweiten Beispielfall (→ Rn. 397) kann also Kunz anstelle des Eich den Prozess fortführen, wenn Eich und Bruno dem Parteiwechsel zustimmen. Im dritten Beispielfall greifen keine gesetzlichen Vorschriften ein, die ausdrücklich Zulässigkeit und Voraussetzungen des von Konz gewollten Parteiwechsels regeln. Dieser also nicht auf einer gesetzlichen Bestimmung basierende, sondern nur auf dem Willen einer oder beider Parteien beruhende Parteiwechsel (deshalb im Gegensatz zum gesetzlichen Parteiwechsel gewillkürter Parteiwechsel genannt) wird zwar grundsätzlich für zulässig angesehen, über seine Rechtsnatur und die daraus abzuleitenden Voraussetzungen wird aber gestritten. **405**

Zum gewillkürten Parteiwechsel werden folgende Auffassungen vertreten: **406**

- Es handelt sich dabei um eine Klageänderung oder zumindest sind die Vorschriften über die Klageänderung entsprechend heranzuziehen (sog. **Klageänderungstheorie**).
- Es wird die bisherige Klage vom Kläger zurückgenommen und eine neue Klage entweder von dem neu eintretenden Kläger oder gegen den neu eintretenden Beklagten erhoben (sog. **Klägerrücknahmetheorie** oder Klageerhebungstheorie).
- Der gewillkürte Parteiwechsel ist als **Rechtinstitut eigener Art** zu begreifen.

Die Rechtsprechung, insbesondere des BGH, vertritt die Klageänderungstheorie bei Parteiwechseln in erster Instanz.<sup>116</sup> Dagegen wird bei einem Wechsel auf der Beklagtenseite in zweiter Instanz eine Anwendung der Regeln über die Klageänderung abgelehnt, also insbesondere eine Zulassung als sachdienlich ohne Einwilligung des bisherigen und des neuen Beklagten grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>117</sup> Nur wenn ein schutzwürdiges Interesse des neuen Beklagten an der Weigerung, in den Prozess einzutreten, nicht erkennbar ist und ihm nach der gesamten Sachlage zugemutet werden kann, einen bereits im Berufungsrechtszug schwebenden Rechtsstreit zu übernehmen, soll seine Weigerung als rechtsmissbräuchlich aufgefasst und deshalb unbeachtlich sein.<sup>118</sup> Der Klägerwechsel in der zweiten Instanz soll dagegen wieder wie eine Klageänderung behandelt werden.<sup>119</sup> Im Schrifttum wird insbesondere die unterschiedliche Bewertung des Parteiwechsels in erster und zweiter Instanz auf Seiten des Beklagten kritisiert und überwiegend der Parteiwechsel als ein eigenständiges Prozess-

<sup>116</sup> Vgl. BGHZ 40, 185 (187) = NJW 1964, 44; BGHZ 65, 264 (268) = NJW 1976, 239 (240); BGH NJW 1996, 196 f.; vgl. dazu *Putzo FG* BGH, 2000, 149 (151 ff.).

<sup>117</sup> StRspr, vgl. BGHZ 21, 285 (287) = NJW 1956, 1598; BGH NJW 1962, 633 (635); 1974, 750; 1981, 989; 1987, 1946 (1947).

<sup>118</sup> Vgl. BGH NJW 1974, 750; 1987, 1946 (1947); JZ 1986, 107; WM 1997, 989 (990).

<sup>119</sup> BGHZ 65, 268 = NJW 1976, 239 (240); BGH NJW 1996, 2799 mwN.

rechtsinstitut angesehen,<sup>120</sup> während die Klagerücknahmetheorie nur noch wenige Befürworter findet.<sup>121</sup>

- 408** Ein Parteiwechsel in der Revisionsinstanz ist grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>122</sup> Denn es ist Aufgabe des Revisionsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz über die Klage rechtsfehlerfrei entschieden hat (§ 545 I). Die Grundlage für diese Entscheidung bildet der Streitstoff, wie er sich bis zum Ende der Berufungsverhandlung ergibt (→ Rn. 991); dies schließt es aus, dass danach ein Wechsel der Parteien vorgenommen wird. Außerdem verhindern die in der Revisionsinstanz bestehenden Einschränkungen (→ Rn. 993), dass sich die neu eintretende Partei angemessen auf den Rechtsstreit einlassen kann. Das BAG<sup>123</sup> will jedoch ausnahmsweise auch einen Parteiwechsel in der Revisionsinstanz zulassen, wenn die ausscheidende und die neu eintretende Partei mit dem Parteiwechsel einverstanden sind und die neue Partei, wenn auch in einer anderen Stellung, bereits zuvor an dem Rechtsstreit beteiligt war. Ähnlich hat der BGH einen Parteiwechsel in der Revisionsinstanz zugelassen, wenn anstelle der bisher klagenden Wohnungseigentümergeinschaft das Verfahren durch die Wohnungseigentümer als Streitgenossen fortgeführt werden soll.<sup>124</sup>
- 409** Vor einer Stellungnahme zu dem über den Parteiwechsel geführten Meinungsstreit soll zunächst dargestellt werden, wie sich nach den dazu vertretenen Auffassungen ein Parteiwechsel zu vollziehen hat:

- Bei einem **Klägerwechsel in erster Instanz** verlangen alle Theorien das Einverständnis des ausscheidenden und des neu eintretenden Klägers. Abgesehen von der befürworteten Konstruktion wäre auch jede andere Entscheidung sinnwidrig, weil niemand gegen seinen Willen gezwungen werden kann, als Kläger aus einem Prozess auszuschneiden oder einen Prozess zu betreiben. Vollzieht sich der Klägerwechsel nach dem Beginn der mündlichen Verhandlung, dann muss nach der im Schrifttum hM der Beklagte seine Einwilligung mit dem Klägerwechsel erklären; vor diesem Zeitpunkt ist dagegen die Einwilligung des Beklagten nicht erforderlich. Diese Differenzierung wird aus § 269 I abgeleitet, dem zu entnehmen ist, dass der Beklagte nach Beginn der mündlichen Verhandlung berechtigt ist, gegen den bisherigen Kläger eine Sachentscheidung zu fordern.<sup>125</sup> Auf der Grundlage der Klageänderungstheorie lässt sich dagegen diese Einwilligung durch die Zulassung des Klägerwechsels als sachdienlich ersetzen.<sup>126</sup>
- Der neu eintretende Kläger muss dem Beklagten einen Schriftsatz mit seiner Eintrittserklärung zustellen lassen,<sup>127</sup> wobei er sich die bisherige Klageschrift durch Bezugnahme zu Eigen machen kann.

<sup>120</sup> Franz NJW 1972, 1743; Kohler JuS 1993, 315 (316); Rosenberg/Schwab/Gottwald Zivil-ProzR § 42 Rn. 20; Stein/Jonas/Roth § 263 Rn. 48. Für eine strikte Anwendung der Klageänderungstheorie dagegen Nagel, Der nicht (ausdrücklich) geregelte gewillkürte Parteiwechsel im Zivilprozess, 2005, 125 ff.

<sup>121</sup> Hofmann NJW 1964, 1026 (1027).

<sup>122</sup> BGH NJW-RR 1990, 1213; NZI 2008, 561 Rn. 5.

<sup>123</sup> BAG NZA 2011, 1274 Rn. 16; vgl. dazu Uffmann RdA 2012, 113.

<sup>124</sup> BGH NJW 2016, 53 Rn. 8 ff.

<sup>125</sup> Stein/Jonas/Roth § 263 Rn. 49; → Rn. 465.

<sup>126</sup> Vgl. BGHZ 16, 317 (321) = NJW 1955, 667; BGH NJW 1974, 750; 1987, 1946 (1947); OLG München NJW-RR 1998, 788; ebenso MüKoZPO/Becker-Eberhard § 263 Rn. 72; aA Stein/Jonas/Roth § 263 Rn. 49.

<sup>127</sup> Musielak/Voit/Foerste § 263 Rn. 20.

- Bei einem **Beklagtenwechsel in erster Instanz** wird die Initiative dazu durchweg vom Kläger ausgehen, der feststellt, dass er seine Klage gegen den falschen Beklagten gerichtet hat. Die Frage nach einer Zustimmung des Klägers stellt sich also nicht. Dass nicht etwa am Kläger vorbei ein „Tausch“ in der Beklagtenrolle vorgenommen werden kann, ist offensichtlich. Das Erfordernis einer Zustimmung des ausscheidenden Beklagten ergibt sich aus gleichen Erwägungen, wie sie angestellt worden sind, um die Einwilligung des Beklagten beim Klägerwechsel zu begründen.<sup>128</sup> Die Frage, ob auch die Einwilligung des neuen Beklagten in erster Instanz erforderlich ist, wird unterschiedlich beantwortet. Wer die Verwertung des bisherigen Prozessergebnisses von der Zustimmung des neuen Beklagten abhängig macht (→ Rn. 411), kann seine Einwilligung mit der Parteiänderung für entbehrlich halten, weil es nicht von dem Willen des Beklagten abhängt, ob er verklagt wird.<sup>129</sup> Wer dagegen die Regeln der Klageänderung anwendet, muss entweder die Zustimmung des neuen Beklagten oder ihre Ersetzung als sachdienlich verlangen.<sup>130</sup>
- Dem neuen Beklagten ist ein den Anforderungen des § 253 entsprechender Schriftsatz zuzustellen. Erst damit wird ihm gegenüber die Rechtshängigkeit mit allen ihren prozessualen und materiell-rechtlichen Wirkungen begründet (→ Rn. 264). Dem ausscheidenden Beklagten sind in entsprechender Anwendung des § 269 III 2 vom Kläger die Kosten des Rechtsstreits zu erstatten.
- Ein **Klägerwechsel in der Berufungsinstanz** ist nach hM nach gleichen Regeln zu entscheiden wie in erster Instanz.<sup>131</sup> Zu beachten ist, dass die Berücksichtigung neuer Tatsachen in der Berufungsinstanz erheblich eingeschränkt ist (→ Rn. 940 ff.).<sup>132</sup>
- Der **Beklagtenwechsel in zweiter Instanz** muss von der Klagerücknahmehypothese ausgeschlossen werden, weil die Erhebung einer neuen Klage in der Berufungsinstanz nicht zulässig ist. Die anderen Theorien lassen einen Beklagtenwechsel in zweiter Instanz mit Einverständnis des ausscheidenden Beklagten und des neu eintretenden zu, wobei eine Weigerung dann unbeachtlich sein soll, wenn sie sich als Rechtsmissbrauch darstellt (→ Rn. 407).<sup>133</sup> Die Klageänderungstheorie, die – wie ausgeführt – vom BGH nicht für den Beklagtenwechsel in zweiter Ins-

<sup>128</sup> BGH NJW 1981, 989, weist darauf hin, dass der bisherige Beklagte einen Anspruch auf Sachentscheidung habe, weil er sonst Gefahr liefe, erneut vom Kläger verklagt zu werden; ebenso BGH NJW 2006, 1351 Rn. 24.

<sup>129</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZivilProzR § 42 Rn. 24.

<sup>130</sup> BGH NJW 1962, 347; MüKoZPO/*Becker-Eberhard* § 263 Rn. 78; aA *Stein/Jonas/Roth* § 263 Rn. 54.

<sup>131</sup> BGH NJW 1996, 2799 mwN; *Musielak/Voit/Foerste* § 263 Rn. 19 mwN. Zu den Besonderheiten eines Klägerwechsels nach Einlegung der Berufung und vor ihrer Begründung vgl. BGH NJW 2003, 2172 (2173).

<sup>132</sup> *Nagel*, Der nicht (ausdrücklich) geregelte gewillkürte Parteiwechsel im Zivilprozess, 2005, 218 ff., der die Klageänderungstheorie vertritt, verneint im Hinblick auf § 533 Nr. 2 die Zulässigkeit eines Parteiwechsels in 2. Instanz; vgl. dazu auch die folgenden Ausführungen.

<sup>133</sup> StRspr, vgl. BGHZ 21, 285 (287) = NJW 1956, 1598; BGH NJW 1962, 633 (635); 1974, 750; 1981, 989; 1987, 1946 (1947); *Franz* NJW 1972, 1743; *Kohler* JuS 1993, 315 (316); *Rosenberg/Schwab/Gottwald* ZivilProzR § 42 Rn. 20; *Stein/Jonas/Roth* § 263 Rn. 48. Für eine strikte Anwendung der Klageänderungstheorie dagegen *Nagel*, Der nicht (ausdrücklich) geregelte gewillkürte Parteiwechsel im Zivilprozess, 2005, 125 ff.

tanz vertreten wird, kann überdies folgerichtig die fehlende Einwilligung durch die Zulassung des Beklagtenwechsels als sachdienlich ersetzen. Hierbei dürfen allerdings nicht die Grenzen unbeachtet bleiben, die durch § 533 Nr. 2 einer Klageänderung in der zweiten Instanz gesetzt werden. Nach dieser Vorschrift wird die Tatsachengrundlage für die Klageänderung und dementsprechend gemäß der Klageänderungstheorie auch für den Parteiwechsel durch § 529 beschränkt. Wird über die Sachdienlichkeit einer Parteiänderung entschieden, dann muss deshalb in besonderem Maße das Interesse des neuen Beklagten beachtet werden, nicht eine Tatsacheninstanz zu verlieren und ohne Einschränkungen im Tatsachenvortrag seinen Rechtsstandpunkt vertreten zu können. Dieses Interesse erscheint nur dann nicht schützenswert, wenn aufgrund der Besonderheiten des konkreten Falles ihm zugemutet werden kann, den schwebenden Rechtsstreit in der Berufungsinstanz zu übernehmen. In diesem Fall wird aber auch von denjenigen, die eine Einwilligung des Beklagten fordern, seine Weigerung als rechtsmissbräuchlich gewertet und deshalb übergangen. Im praktischen Ergebnis dürfte sich also auch die Klageänderungstheorie kaum von der im Schrifttum herrschenden und vom BGH vertretenen Ansicht unterscheiden. Als entbehrlich wird man die Einwilligung des neuen Beklagten zB dann ansehen können, wenn er bereits auf der Seite des bisherigen Beklagten beispielsweise als dessen Vertreter den Rechtsstreit geführt hat und es deshalb ausgeschlossen werden kann, dass er sich anders gegen die Klage verteidigt hätte, wenn er von vornherein als Beklagter selbst in Anspruch genommen worden wäre.<sup>134</sup> Der weit reichende Ausschluss neuer Tatsachenfeststellungen in der Berufungsinstanz mindert die praktische Bedeutung eines Parteiwechsels ganz erheblich.

- 410** Für die Entscheidung des dritten Beispielsfalls (→ Rn. 397) kommt es also darauf an, in welcher Phase des Verfahrens der Parteiwechsel auf der Beklagtenseite vollzogen werden soll und welcher Theorie man sich hinsichtlich der Parteiänderung anschließt. Will Konz seine Klage bereits in der ersten Instanz „umstellen“, dann ist dafür nach der im Schrifttum herrschenden Meinung nur die Einwilligung des Handel, nicht die des Frech erforderlich. Handel scheidet dann aus dem Rechtsstreit aus, und die ihm dadurch entstandenen Kosten sind ihm von Konz zu ersetzen. Frech wird dann dadurch zum neuen Beklagten, dass ihm vom Gericht ein den Anforderungen des § 253 entsprechender Schriftsatz des Konz zugestellt wird.<sup>135</sup>
- 411** In diesem Fall wird Frech sicher wissen wollen, ob er den Prozess in der Lage zu übernehmen hat, in der er sich zurzeit seines Eintritts befindet oder ob er die rechtliche Möglichkeit besitzt, die Wiederholung der Verhandlung zu fordern. Dieser Frage, die darauf gerichtet ist, ob eine neu eintretende Partei an die bisherigen Prozessergebnisse gebunden ist, kommt keinesfalls geringere Bedeutung zu als der bisher erörterten Frage, welche Voraussetzungen für einen Parteiwechsel erfüllt werden müssen. Denn die Antwort auf diese Frage beeinflusst nicht nur die Entscheidung über die Zulässigkeit des Parteiwechsels, sondern bestimmt auch ganz wesentlich die praktische Bedeutung, die ihm zukommt. Man kann durchaus den Standpunkt

<sup>134</sup> So im Fall BGH NJW 1987, 1946.

<sup>135</sup> BGH NJW 2010, 3376 Rn. 11. Das Gericht weist darauf hin, dass anstelle der Zustellung eines Schriftsatzes auch eine vom Beklagten hingenommene (§ 295 I) entsprechende Erklärung des Klägers in der mündlichen Verhandlung die Rechtshängigkeit herbeiführt.