

## Zivilprozessordnung

Bearbeitet von

Richard Zöller, Prof. Dr. Christoph Althammer, Christian Feskorn, Prof. Dr. Dr. h.c. Reinhold Geimer, Prof. Dr. Reinhold Greger, Kurt Herget, Dr. Hans-Joachim Heßler, Arndt Lorenz, Clemens Lückemann, Dr. Hendrik Schultzy, Dr. Mark Seibel, Prof. Dr. Max Vollkommer

32., neu bearbeitete Auflage 2018. Buch. Rund 3500 S. Hardcover  
ISBN 978 3 504 47023 4

[Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Zivilverfahrensrecht  
allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

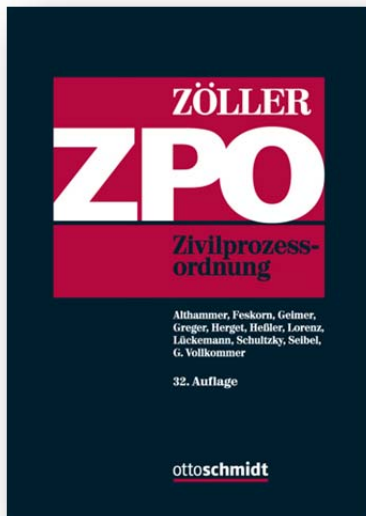
schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Leseprobe zu



Zöller

**Zivilprozessordnung**

Kommentar

32. neu bearbeitete Auflage, ca. 3500 Seiten, gebunden, Kommentar, 17 x 24cm

ISBN 978-3-504-47023-4

Verfügbarkeit: November 2017

169,00 €

**Sie finden in der Leseprobe Ausschnitte zu**

§ 50 (ab S.2)

§ 91a (ab S. 13)

§ 411 (ab S. 23)

§ 763 (S.25)

verbände (§ 63 SGB IX, gültig bis 31.12.2017; danach § 85 SGB IX 2018), Antidiskriminierungsverbände (§ 23 AGG), in engen Grenzen auch Rechtsverfolgungsgesellschaften gleichartig Geschädigter (s Mann NJW 2010, 2391; ZIP 2011, 2393; Fest ZfPW 2016, 173, str; sa **Rn 41, 58**) usw. Im Prozess müssen sich Verbände (außer Verbraucherverbänden u -zentralen) auch vor dem AG durch einen RA vertreten lassen (§ 79 I 2, II Nr 3).

**VIII) Kollektiver Rechtsschutz.** – Lit: *Behrendt/v. Enzberg* RIW 2014, 253 (rechtspolitisch); *Brand* NJW 2012, 1116 (USA, EU); *Bruns* ZfP 125 (2012), 399 (rechtspolitisch); *Fest* ZfPW 2016, 173 (Rechtsverfolgungsgesellschaften/Kartellrecht); *Geiger*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, 2015; *Gottwald*, FS Klamaris, 2016, S 305 (Überblick); *Gsell* in Schulze, Privatrecht in Vielfalt geeint, 2014, S 179 (gebündelte treuhänderische Einziehung von Schadensersatzforderungen); *Hempel* NJW 2015, 2077 (Kartellrecht); *Keßler* ZRP 2016, 2 (Verbraucherschutz); *Langen/Teigelack* BB 2014, 1795 (gebündelte Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen); *Mann* NJW 2010, 2391 (Rechtsverfolgungsgesellschaften); *Schultes*, FS Schilken, 2015, S 469 (Musterverfahren); *Stadler* JZ 2009, 121; 2014, 613 (Inkassozeession); *Stadler*, FS Schütze, 2015, S 561 (Opt-out Mechanismen); *Tilp/Schiefer* NZV 2017, 14 („VW-Dieselgate“). – Unter **kollektivem Rechtsschutz** versteht man die „gebündelte“ Rechtsverfolgung durch eine Vielzahl gleichartig Betroffener in einem einzigen Verf mit Zuständigkeitskonzentration. Hauptanwendungsfälle sind Massen-, Streu- und Bagatellschäden („rationale Apathie“ des Einzelnen an der Rechtsverfolgung). Mit den Instrumenten des geltenden Prozessrechts lässt sich kollektiver Rechtsschutz kaum wirkungsvoll verwirklichen. Die gemeinschaftl Klage (§§ 59 ff) stößt bei Massenverf („Sammelklage“, „Gruppenklage“) an tatsächl Grenzen (s **§ 60 Rn 3a**). Hilfen: gemeinsame Vertretung, Prozessverbindung zB gem § 246 III 6 AktG. Der „Beitritt“ der parallel Betroffenen als NI an einem als Musterverf geführten Einzelverf soll am fehlenden *rechtl* Interesse scheitern (aber s **§ 66 Rn 13c**); eine Verbandsklage (s **Rn 55**) kommt nur bei bes gerichtl Klage-(Vertretungs-)befugnis des Verbands oder der Einrichtung in Betracht (**Rn 56**), wie etwa die Einziehungsklage von Verbraucherzentralen und -verbänden gem § 79 II Nr 3 (s **§ 79 Rn 8**; dazu BGHZ 170, 18); die Rechtsdienstleistungstätigkeit von privaten „Interessenvereinigungen“ (Bsp: Aktionärsvereinigung) und Rechtsverfolgungsgemeinschaften (GbR) gleichartig Geschädigter (iE str, s Mann aaO; aA BGH ZIP 2011, 1202) soll auf den außergerichtl Bereich beschränkt sein (vgl §§ 2 II, 7 I Nr 1, 8 I Nr 4 RDG; sa **vor § 78 Rn 16**; zur Parteifähigkeit einer Abwicklungs-GbR sa Köln 11.3.2015 – 13 U 149/13; Eckhard EWiR 2016, 191). Das Abtretungs-(Inkasso-)modell mag als „freie“ Rechtsdienstleistung ausscheiden (BGH NJW 2013, 59), aber nicht als Mittel des kollektiven Rechtsschutzes (sa Fest, Stadler, Gsell, Langen/Teigelack, Hempel, jeweils aaO); aA – Fall von § 138 BGB – Düsseldorf NJW 2015, 2129 [krit Armbrüster JZ 2015, 733]; s zur „Sammelklage österreichischer Prägung“ die Vorlage des OGH 20.7.2016 – 6 Ob 23/16z zum EuGH: zur Frage der Anwendbarkeit von Art 15 f EuGVVO aF bei Mehrfachabtretung an Verbraucherkläger; bejahend Mankowski EWiR 2017, 223. Durch eine Musterprozessabrede kann dem Urteil keine Rechtskrafterstreckung verschafft werden (str, s **§ 325 Rn 43b**). Für einen Teilbereich kapitalmarktrechtl Streitigkeiten ist mit G v 16.8.2005 (BGBl I 2437) ein Musterverf eingeführt worden (KapMuG idF v 19.10.2012, BGBl I 2182); auch ist ein **ausschließl Gerichtsstand** für bestimmte kapitalmarktrechtl Klagen geschaffen worden (s **§ 32b Rn 7, 9**). Zu Vorschlägen zum kollektiven Rechtsschutz auf EU-Ebene s Behrendt/v. Enzberg RIW 2014, 253; Stadler, FS Schilken, 2015, S 482; sa den Gesetzentwurf v 21.5.2014 zur Einführung einer Gruppenklage (BTDRs 18/1464); Montag ZRP 2013, 172. Aktuell existieren Pläne zur Einführung einer verbraucherrechtlichen „**Musterfeststellungsklage**“ (Tilp/Schiefer NZV 2017, 14: „VW-Dieselgate“), die in der laufenden Legislaturperiode (bis Herbst 2017) wohl nicht mehr verwirklicht werden.

## § 50 Parteifähigkeit

(1) Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist.

(2) Ein Verein, der nicht rechtsfähig ist, kann klagen und verklagt werden; in dem Rechtsstreit hat der Verein die Stellung eines rechtsfähigen Vereins.

<b>I) Allgemeines</b>		4) Partnerschaftsgesellschaften und RAGesellschaften	19
1) Begriff der Parteifähigkeit	1	5) Europ Gesellschaften	20
2) Beginn und Ende der Parteifähigkeit	3	<b>IV) Parteifähigkeit von Verbänden</b>	
3) Bedeutung der Parteifähigkeit	5	1) Vereine	21
<b>II) Parteifähigkeit von Personen</b>	9	2) Politische Parteien	22
1) Natürl Personen	10	3) Interessenverbände	23
2) Jur Personen	11	<b>V) Weitere parteifähige Gebilde</b>	
<b>III) Parteifähigkeit von Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit</b>		1) WE-Gemeinschaft	24
1) Handelsgesellschaften	16	2) Behörden und Stellen	25
2) BGB-Außengesellschaft	17	3) Organe	25a
3) Vorgesellschaften und Gründervereinigungen	18	<b>VI) Nichtparteifähige Gebilde</b>	
		1) Firma des Einzelkaufmanns	26

2) Zweigniederlassung . . . . .	26a
3) Innengesellschaften . . . . .	27
4) Gemeinschaften . . . . .	27a
5) Vermögensmassen . . . . .	28
VII) Beschränkt parteifähige Gebilde . . . . .	30

## VIII) Internationaler Rechtsstreit

1) Europ Gründungstheorie . . . . .	31
2) Verhältnis zu Drittstaaten . . . . .	32
3) Beschränkt parteifähige Gebilde . . . . .	33

- 1 **I) Allgemeines. Lit:** s **vor § 50 Rn 2.** – **1) Begriff der Parteifähigkeit.** Parteifähigkeit ist die Fähigkeit, Aktiv- oder Passivsubjekt (Haupt- oder Nebenpartei) eines Prozesses zu sein, also die Fähigkeit, im Urteilsverf Kl, Bekl oder NI, im Beschlussverf Ast oder Ag, im VollstrVerf Gl oder Sch sein zu können. Es besteht eine Verbindung zur Rechtssubjektivität: Denn die Parteifähigkeit entspricht im Wesentl der **Rechtsfähigkeit** des materiellen Rechts (vgl I; vgl BGHZ 122, 345), ist aber weiter als diese (vgl auch § 61 VwGO, § 70 SGG). Fehlende Parteifähigkeit bedeutet aber stets auch fehlende Rechtsfähigkeit („Nichtexistenz“) der Partei (s **vor § 50 Rn 11**; s **Rn 4 aE**). Parteifähig sind insb **natürl** und **jur Personen** (s **Rn 10 u 11**), **Gesellschaften** und **Vereinigungen**, soweit ihnen das Recht zusteht zu klagen (s **Rn 16ff, 21ff**), sowie in bestimmten Einzelfällen **Behörden** (s **Rn 25**). Ein Nachlass kann mangels Rechtsfähigkeit nicht Partei sein (s **Rn 29**); zur „Passivlegitimation des Kartellschadensersatzes nach der 9. GWB-Novelle“ in § 33a GWB s aktuell Könen NZKart 2017, 15, 18.
- 2 Die Rechts- und Parteifähigkeit einer **ausl Partei** richtet sich nach ausl Recht (**I iVm** dem Personalstatut, Art 7 I EGBGB; BGHZ 51, 28, allgM; sa **IZPR Rn 19**; abw Brinkmann ZJP 129 [2016], 488f). Rechtsfähige **jur Personen** und **Handelsgesellschaften** des **Auslands** werden daher im Inland auch als parteifähig anerkannt (iE s **Rn 31f**). Zur Parteifähigkeit **ausl Stiftungen**: BGH LM Nr 13 zu § 50; Köln OLGR 99, 377.
- 3 **2) Beginn und Ende der Parteifähigkeit. a) Beginn.** Maßgebend ist grds der Beginn der Rechtsfähigkeit (zur beschränkten Parteifähigkeit des *nasciturus* als Ausnahme: s **Rn 10**; Vorgesellschaften u Gründervereinigungen: s **Rn 18**).
- 4 **b) Ende. aa) Grundsatz.** Die Parteifähigkeit endet mit dem **Verlust der Rechtsfähigkeit**, beim *Menschen* also mit Tod oder Todeserklärung (s § 9 VerschG); bei *jur Personen* (und den ihnen gleichgestellten Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit) mit ihrem Erlöschen, also bei Handelsgesellschaften und Vereinen (dazu s **Rn 11, 16ff, 21ff**) noch **nicht** mit der *Auflösung* (§ 262 AktG; § 60 GmbHG; § 78 GenG; §§ 131, 161 II HGB; §§ 41, 49 II, 726ff BGB; s BGH NJW 2007, 589), nicht mit der *Eröffnung des InsVerf* (§ 27 I InsO iVm zB § 131 I Nr 3 HGB, § 60 I Nr 4 GmbHG, s Zweibrücken ZIP 2003, 1954) oder mit der *Löschung* der Gesellschaft usw in dem jew (Handels-, Genossenschafts-, Vereins-)Register (zB gem § 273 I 2 AktG; § 74 I 2 GmbHG; § 394 I FamFG), bei Anstalten und Stiftungen noch **nicht** mit der Aufhebung, sondern **erst mit der Vollbeendigung** nach Abwicklung (BGHZ 74, 213; BGH NJW 95, 196; 96, 2035; Oldenburg NJW-RR 96, 161 mwN, hM, str), uU mit liquidationsloser Vollbeendigung (s **Rn 4b** – „KG“); maßgebend ist damit allein die **Vermögenslosigkeit der (aufgelösten, gelöschten) Gesellschaft** (BGHZ 94, 108; BGH NJW-RR 2011, 115 Tz 22; Brandenburg MDR 2016, 1273 Tz 20: engl „Ltd“; dazu Otte-Gräbener BB 2016, 2899; zur Löschung einer engl „Ltd“ sa BGH MDR 2017, 346 Tz 13 u § 56 **Rn 10**), nicht die *Registerlöschung* als solche (BAG NJW 88, 2637; BGH NZG 2012, 916 Tz 27 = MDR 2012, 1176; NJW 2015, 2424, 2425 = MDR 2015, 780 Tz 19 zu § 394 I FamFG; **aA** aber die wohl hM: Vermögenslosigkeit und Registerlöschung – sog Lehre vom Doppeltatbestand; sa StJ/Jacoby Rn 43; ebenso Koblenz NZG 2007, 431; Celle NZG 2008, 271; Baumann EWiR 2015, 629). Bei Verlust ihrer Parteifähigkeit endet zugleich ihre „Existenz“ als Partei (s **Rn 1**; Bsp: BGH NJW-RR 2011, 115 Tz 22, 31). Das gilt auch für nicht eingetragene Vereine (s **Rn 21**). Zur Vollbeendigung *während des Rechtsstreits* sa **Rn 4a, 4b** u insb **Rn 5**.
- 4a **bb) Fortbestehende und fingierte Parteifähigkeit.** Auch die beendete Gesellschaft gilt insoweit als **aktiv parteifähig**, als sie ein Vermögensrecht in Anspruch nimmt (BGHZ 48, 307; BGH NJW-RR 95, 1237 mwN; NJW 2015, 2425; WRP 2016, 1242), zB als Kl das eingeklagte Recht (BGHZ 75, 182f; s das Bsp in **Rn 4b**) oder als passiv parteifähig, soweit bei ihr als Bekl nach dem Kl-Vorbringen noch **Vermögen vorhanden** ist (BGH NJW-RR 2011, 115 Tz 22; NJW 2015, 2425: nicht bei wertlosen Aktiva und nicht vollstreckbaren Forderungen); str ist, ob hierfür der ihr bei von Anfang an unbegründeter Klage zustehende Kostenersatzanspruch genügt (abl BGHZ 74, 213f; BayObLGZ 95, 12f; aA BGH NJW 2004, 2523, 2524; Koblenz ZIP 98, 967; Bork JZ 91, 849). Die Parteifähigkeit bleibt weiter bestehen bei einem sonstigen nachträgl **Abwicklungsbedarf** (BGH MDR 95, 529: Schuldentilgung, Vermögensverteilung; iE str, s **Rn 5**); fiktive Parteifähigkeit besteht auch im Zulassungsstreit (s **Rn 8**); ein nicht aktiv parteifähiges Gebilde ist insoweit **passiv parteifähig**, als gegen es Rechte geltend gemacht werden sollen, die anderweit nicht durchsetzbar wären (BGHZ 97, 270 § 50 II aF entspr; Bsp s **vor § 50 Rn 11**; s **Rn 30**). **Abgrenzung.** Bei insrechtl Nachtragsverteilung (§ 211 III InsO) besteht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des InsVerwalters fort (BFH ZIP 2012, 933 Rn 13, 14; s zum Verlust der Prozessführungsbefugnis FG Berlin-Brandenburg 23.5.2007 – 3 K 1407/03 B).
- 4b **cc) Einzelfragen bei verschiedenen Vereinigungen. (1) GmbH und UG. – Lit:** v *Gergen*, Partei- und Prozessfähigkeit einer aus dem Register gelöschten Gesellschaft in Frankreich, ZErB 2013, 197; *Happ*, Die GmbH im Prozess, 1997, § 13, 14. – Eine **GmbH in Liquidation** („i.L.“; vgl §§ 60, 66 GmbHG) ist nach Ablehnung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverf mangels Masse gem § 26 InsO, § 60 I Nr 5 GmbHG oder Einstellung

des Verf mangels Masse gem § 207 I InsO solange aktiv oder passiv parteifähig, als sie noch verteilungsfähiges Vermögen hat (BGHZ 94, 108; BGH NJW 96, 2035; NJW 2015, 2425; BAG NJW 88, 2637; NZA 2003, 1050; Düsseldorf MDR 88, 415; Koblenz NJW-RR 91, 808; 94, 500; LAG Hessen 31.7.2015 – 10 Sa 702/15; zu § 73 III GmbHG). Ist eine GmbH wegen Vermögenslosigkeit vAw gelöscht (§ 394 I FamFG), so ist sie dennoch in einem Rechtsstreit parteifähig, der Ansprüche zum Gegenstand hat, die sich nach der Löschung als vorhanden herausstellen (BGH NJW 2003, 2232 mN; NJW 2015, 2424 Tz 19 = JA 2015, 944 [Schmidt]; NJW-RR 2011, 115 Tz 22; BAG ZIP 2002, 1947; MK/Lindacher Rn 15; Bork JZ 91, 842 ff; zur Vollbeendigung während des Rechtsstreits s Rn 5, zur Vertretung vgl BAG ZIP 2002, 1949; Hamburg NJW-RR 97, 1400 u s § 51 Rn 4a, 4b), oder wenn Ansprüche gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden, die kein Aktivvermögen voraussetzen (BAG NJW 82, 1831 – Zeugnisanpruch). Das Gleiche gilt, wenn die wegen Vermögenslosigkeit gelöschte GmbH erstl ein Recht für sich in Anspruch nimmt (BayObLG NJW-RR 1994, 230; Koblenz NJW-RR 2004, 1222); das mit der Klage geltend gemachte Recht genügt (BGHZ 75, 182 f; BGH NJW-RR 2011, 115 Tz 22). Ergibt sich dessen Nichtbestehen, ist der Rechtsstreit durch Sachurteil, nicht durch Prozessurteil zu erledigen (BGH DB 59, 110). Eine nicht ins Handelsregister eingetragene in Gründung befindl GmbH („iG“) ist nicht nur passiv, sondern auch aktiv parteifähig (iE s Rn 18); wird die „GmbH iG“ aufgelöst, ändert sich an deren Parteifähigkeit nichts, solange noch Vermögen vorhanden ist (Hamm WM 85, 659); in diesem Fall wird die GmbH „iG iL“ durch den (vorgesehenen) Geschäftsführer, nicht durch die Gesellschafter vertreten (dazu näher s Rn 18). Eine formwechselnde Umwandlung der GmbH in eine KG lässt ihre Parteifähigkeit unberührt (Köln ZIP 2004, 238). Für die ebenfalls nach § 13 I GmbHG rechtsfähige Unternehmungsgesellschaft – **UG (haftungsbeschränkt)** – gelten insoweit keine Besonderheiten, § 5a GmbHG (Kießling/Markgraf JuS 2010, 312, 314). – (2) **KG**. Die KG bleibt auch nach Ablehnung der Eröffnung des InsVerf mangels Masse idR parteifähig (BGH NJW 95, 196). Bei der 2-gliedrigen KG führt das Ausscheiden eines Gesellschafters (zB gem § 131 III Nr 2 HGB) zur liquidationslosen Vollbeendigung: Das Gesellschaftsvermögen geht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter über (BVerwG NJW 2011, 3671 Tz 15 mwN; Brandenburg 11.10.2016 – 6 U 51/15 Tz 44). – (3) **GmbH & Co KG**. Werden während des Rechtsstreits sowohl die Komplementär-GmbH als auch die KG wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöscht, endet wegen Vollbeendigung die Existenz und damit die Parteifähigkeit der KG (BGH NJW 82, 238; Hamm NJW-RR 88, 1307; sa § 91a Rn 58 „Parteifähigkeit“). Das Gleiche gilt, wenn die Komplementär-GmbH wegen Vermögenslosigkeit gelöscht wird und damit der vorletzte Gesellschafter der KG entfällt (BGH NJW-RR 88, 478); dann aber uU Fall von (liquidationsloser) Gesamtrechtsnachfolge auf den Kommanditisten als letzten Gesellschafter (vgl Herchen EWiR 2005, 809; sa Rn 16a aE). – (4) **Genossenschaft**. Ist eine eGen nach Rechtshängigkeit aufgelöst und in der Folge nach Beendigung der Liquidation während des Berufungsverf gelöscht worden, ist der Rechtsstreit wegen Vollbeendigung (s Rn 4) erledigt, sofern nicht die Klage von Anfang an unbegründet war (vgl BGH NJW-RR 86, 394). – (5) **Aktiengesellschaft**. Nachträgl Abwicklungsbedarf: § 273 IV AktG. – (6) Die **GbR** besteht bei Tod eines Gesellschafters (s § 727 BGB) als Liquidationsgesellschaft fort (München BB 2010, 2314). – (7) Der **Verein** verliert seine Rechtsfähigkeit – und damit Parteifähigkeit – mit der Eröffnung des InsVerf, § 42 I BGB (dazu KG ZIP 90, 1144); wird sein Name während des Rechtsstreits im Vereinsregister gelöscht, verliert er dadurch seine Parteifähigkeit nicht (BGH MDR 84, 118). Der voll abgewickelte im Register gelöschte Verein kann als Sch im ZwV-Verf kein Rechtsmittel mehr einlegen (Düsseldorf OLGZ 66, 129).

**3) Bedeutung der Parteifähigkeit, maßgebender Zeitpunkt.** Die Parteifähigkeit ist **Prozessvoraussetzung** und **Prozesshandlungsvoraussetzung** (s vor § 50 Rn 15). – **a)** Als **Prozessvoraussetzung** muss sie spätestens im Zeitpunkt der letzten mündl Verh, sei es auch in der Revisionsinstanz, gegeben sein, da ansonsten die Klage als unzulässig abzuweisen ist (s vor § 253 Rn 9; anders dagegen beim Wegfall der Parteifähigkeit bei der NZB; s näher BGH MDR 2016, 1165). Das soll auch bei **Wegfall** der Parteifähigkeit **während des Passivprozesses** (Vollbeendigung der Liquidation tritt zB ein, s Rn 4) gelten, soweit nicht einer der anerkannten Fälle fingierter – fortbestehender – Parteifähigkeit (s Rn 4a, 4b u 8; § 56 Rn 10) vorliegt (so BGH MDR 79, 822; NJW 82, 238; MDR 2017, 346 Tz 18: engl „Ltd“; Oldenburg NJW-RR 96, 161; Rostock ZIP 2001, 1590; RSchwab/Gottwald § 43 Rn 33, 34r; differenzierend MK/Lindacher Rn 45f); solange der **Passivprozess schwebt**, fehlt es jedoch an einer Vollbeendigung der Abwicklung (zutr BAG NJW 82, 1831; Bork JZ 91, 848 ff; Koblenz ZIP 98, 967; offen lassend BAG NJW 88, 2637; zum Ganzen sa § 51 Rn 4b; § 56 Rn 10 mwN; § 86 Rn 9, 12). Entspr scheidet während des **Aktivprozesses** ein Wegfall der Parteifähigkeit aus (München OLG 2006, 768; Leuering/Simon NJW-Spezial 2007, 27). Der Mangel der Parteifähigkeit kann nachträgl (auch in der Revisionsinstanz) durch Genehmigung (etwa durch die nunmehr rechtsfähig gewordene Personenvereinigung) geheilt werden (BGHZ 51, 27).

**b)** Als **Prozesshandlungsvoraussetzung** muss sie bei Erhebung der Klage und während des ganzen Rechtsstreits, auch bei Rechtsmitteleinlegung und in der höheren Instanz, vorliegen (s zur NZB aber BGH MDR 2016, 1165: Unzulässigkeit allein der NZB). Beim Fehlen der Parteifähigkeit ist die Prozesshandlung unwirksam, sofern nicht ausnahmsw eine (rückwirkende) Genehmigung durch die parteifähig gewordene Partei erfolgt (BGH WM 72, 1129, 1131; RSchwab/Gottwald § 43 Rn 37). Der nachträgl **Wegfall** der Parteifähigkeit unterbricht den Rechtsstreit gem § 239, nicht aber bei anwaltl Vertretung gem § 246 I (BGH NJW-RR 86, 394); eine wirksam erteilte Prozessvollmacht bleibt uU entspr § 86 bestehen (näher s § 86 Rn 8).



- 7 c) Die Rüge des Mangels der Parteifähigkeit ist **unverzichtbar** (§ 295 II) u unterliegt **nicht** der **Präklusion** (BGH NJW 2004, 2523 f). Sie kann auch noch mit einem Rechtsmittel oder der **Nichtigkeitsklage** (§ 579 I Nr 4 entspr) geltend gemacht werden (BGH MDR 59, 121; s **vor § 50 Rn 11**; § 579 Rn 9; einschr Lindacher JZ 89, 377).
- 8 d) **Zulassungsstreit, Amtsprüfung. aa** Im Streit über die Parteifähigkeit (sog Zulassungsstreit) ist auch der Parte unfähige parteifähig (BGH NJW 93, 2944; Koblenz NJW-RR 94, 500; RSchwab/Gottwald § 43 Rn 40; Grunsky/Jacoby ZPR Rn 234, allgM; sa § 56 Rn 13; § 511 Rn 6). Entspr gilt auch beim Streit über die Existenz einer Partei (BGH WM 94, 1213; Koblenz MDR 2013, 1243); zur **Nichtexistenz** der Partei s **vor § 50 Rn 11**. Macht ein Parte unfähiger geltend, er sei parteifähig, kann er hierzu einen Anwalt bestellen und Rechtsmittel einlegen (BGHZ 74, 212, 215; Düsseldorf MDR 77, 759), einer (auf Wegfall der Parteifähigkeit gestützten) Erledigungs-erklärung des Gegners widersprechen und Klageabweisung beantragen (BGH NJW-RR 86, 394; 96, 806); dgl kann der Parte unfähige gegen das gegen ihn ergangene Sachurteil Rechtsmittel einlegen (BGH MDR 94, 511; München OLGZ 94, 89). – **bb**) Zur **Prüfung** der Parteifähigkeit vAw sa BGH NJW 2004, 2523 u Anm zu § 56.
- 9 II) **Parteifähigkeit von Personen**. In den Fällen der **Rn 10-15** ergibt sich die Parteifähigkeit (s **Rn 1**) ohne weiteres aus der **Rechtsfähigkeit (I)**, dh aus der Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein (zur Anknüpfung bei Auslandsberührung s **Rn 2**; 31 f); in den Fällen der **Rn 16-23** ist die Parteifähigkeit nicht rechtsfähigen Personenvereinigungen idR durch Ges bes verliehen, soweit sie nicht durch richterl Rechtsfortbildung anerkannt ist. Parteifähig sind:
- 10 1) **alle natürl Personen**, das sind alle Menschen mit der Vollendung der Geburt (§ 1 BGB), wenn sie in diesem Augenblick gelebt haben; Lebensfähigkeit ist nicht erforderl. Die **Leibesfrucht (nasciturus)** ist nach dem BGB nicht allg rechtsfähig, wird jedoch durch zahlreiche Einzelvorschriften (zB §§ 844 II 2, 1594 IV, 1712-1714, 1912, 1923 II, 2043, 2108 BGB) in vielfacher Hinsicht (vgl auch § 247 I FamFG) rechtl geschützt (s BVerfGE 39, 41; BGHZ 58, 49; Schleswig MDR 2000, 397 [zust Born]), so dass im Wege der Rechtsanalogie eine beschränkte Rechts- (und damit Partei-)Fähigkeit des nasciturus anzuerkennen ist (Wolf/Neuner, AT, 11. Aufl, § 11 Rn 11 ff; Beckmann Zfl 2011, 109; Vertretung und Beistand: s § 51 Rn 3). Verschollene sind rechtsfähig, solange sie nicht für tot erklärt sind. Die Rechtsfähigkeit des Menschen endet mit seinem Tod (Brandenburg 23.9.2016 – 11 Bauland U 2/15). **Tiere** sind zwar seit 1.9.1990 keine Sachen mehr (§ 90a S 1 BGB), aber nicht parteifähig (VG Hamburg NVwZ 88, 1058);
- 11 2) **alle jur Personen** des öffentl (s **Rn 12 ff**) und privaten Rechts (s **Rn 15 ff**) und **rechtsfähigen Personengesellschaften** (§ 14 II BGB). Die einmal entstandene Parteifähigkeit besteht fort, solange noch Vermögen der jur Person vorhanden ist (näher s **Rn 4, 4a, 4b**). **Abgrenzung** zu Behörden und Stellen: s **Rn 25**;
- 12 a) **jur Personen des öffentl Rechts**. Hierher gehören: **aa**) die Bundesrepublik Deutschland und die Länder – soweit Träger privater Rechte und Verbindlichkeiten, spricht man hier vom **Fiskus** (s § 18 Rn 1; sa LG Karlsruhe NVwZ-RR 2014, 750; Brandenburg FamRZ 2012, 1329; für den ehem Staat Preußen agiert die BRD) – sowie als weitere **Gebietskörperschaften** des öffentl Rechts die Gemeinden und Kreise. Partei ist stets die jur Person des öffentl Rechts, nicht – bei Gliederung in einzelne Verwaltungszweige – die einzelne Behörde, sofern ihr nicht Parteifähigkeit kraft bes Ges Regelungen zuerkannt ist (näher s **Rn 25**); ein rechtlich unselbständiger kommunaler Eigenbetrieb (§ 46 EnWG) ist nicht deswegen partiell parteifähig, weil er am Vergabeverf teilnimmt (BGH 18.10.2016 – KZB 46/15);
- 13 **bb**) sonstige rechtsfähige **Körperschaften, Anstalten und Stiftungen** des öffentl Rechts: Bundesagentur für Arbeit (§ 367 SGB III); Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (BImA, s § 18 Rn 6 aE); die Träger der Sozialversicherung nach RVO (vgl § 29 SGB IV); kommunale Versorgungskassen (vgl Hamm VersR 87, 145), nicht aber Zusatzversorgungskassen (Dresden OLGR 2007, 151); Betriebskrankenkassen (§ 29 SGB IV, § 4 SGB V, sa BAG NJOZ 2015, 1548); Religionsgemeinschaften iSv Art 140 GG iVm Art 137 V WRV (dazu eingeh BGHZ 197, 61 Tz 22 ff; Pieroth/Görisch JuS 2002, 937) u Glaubensgemeinschaften wie die traditionellen Kirchen (vgl List BB 97, 18), zB die Katholische Kirche, ihre Untergliederungen (uU gilt § 50 II: s BGH aaO Tz 17, 19) und uU nachgeordneten Einheiten (BGH NJW 94, 245; Bistum; BGH NJW 2005, 978; Diözese; dazu Renck NJW 2005, 1470; Köln NJW 95, 3319; Hohe Domkirche), Heilsarmee Deutschland (BVerfGE 102, 372; BGHZ 154, 309; „anerkannte Glaubensgemeinschaft des öffentl Rechts“), uU Synagogengemeinden (vgl BVerwG NJW 98, 253), auch „Zeugen Jehovas“ (vgl BGHZ 197, 61 Tz 27); die IHK; Handwerksinnungen (§ 53 HandWO); Kreishandwerkerschaften (§§ 86 ff HandWO); Kreissparkassen (s BGHZ 127, 381); Deutsche Nationalbibliothek (§ 1 II G v 22.6.2006, BGBl I 1338; geänd durch G v 5.2.2009, BGBl I 160); Stiftung des Bundes „Humanitäre Hilfe für durch Blutprodukte HIV-infizierte Personen“ (G v 24.7.1995, BGBl I 972); „Conterganstiftung für behinderte Menschen“ (G v 13.10.2005, BGBl I 2967); die Universitäten (vgl BGHZ 77, 15; 96, 363; BGH ZIP 92, 1779; Karlsruhe NJW 91, 1487); selbständige Universitätskliniken in der Rechtsform von landesrechtl rechtsfähigen Anstalten des öffentl Rechts (zB Bay Universitätsklinik aG v 23.5.2006, GVBl 285); die Jagdgenossenschaften; Handwerksinnungen und -kammern.
- 14 **cc**) Parteifähig als – teilrechtsfähiges – **Sondervermögen** des Bundes ist auch das **Bundeseisenbahnvermögen** (Art 1 § 4 I ENeuOG; Vertretung und Gerichtsstand: 21. Aufl § 18 Rn 10; zur Deutschen Post AG s **Rn 15**). Parteifähig ist auch das vom **Bundesamt für zentrale Dienste und offene Vermögensfragen** verwaltete **Sonderver-**

**mögen des Bundes** (Art 1 § 9 EntschädigungsG v 27.9.1994, BGBl I 2624); Gerichtsstand: s § 18 Rn 6; dgl der vom BMFin verwaltete *Aufbauhilfefonds* (§§ 1, 3 AufhFG v 19.9.2002, BGBl I 3652); Gerichtsstand: Berlin (s § 3 I 2 AufhFG) und der *Energie- u Klimafonds* (§§ 1, 3 G v 8.12.2010, BGBl I 1807; geänd d G v 29.7.2011, BGBl I 1702); Gerichtsstand: Berlin (s § 3 I G).

**b) Jur Personen des Privatrechts** sind nach BGB **eingetragene Vereine** (§§ 21 ff BGB; vgl dazu BGH NJW 83, 993 mN) und **Stiftungen** (§ 80 BGB), auf Grund anderer Gesetze: die **AG** (s zur europäischen SE Rn 21) und **KGaA** (§§ 1, 278 I AktG), die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (§ 17 GenG), die **GmbH** (§ 13 GmbHG; vgl zur zweigleedrigen GmbH Kefßler GmbHR 2015, 342), die **UG (haftungsbeschränkt)** nach § 5a GmbHG mit eingeschr Mindeststammkapital (Kießling/Markgraf JuS 2010, 312, 314), der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. Als AG gehören hierher auch die **Postnachfolgeunternehmen** (näher s § 17 Rn 14, § 18 Rn 12). Dagegen folgen die **Vor-GmbH** und die **Vor-AG** als Vorstufen zur jur Person eigenen Regeln (zur (beschränkten) Parteifähigkeit der Vorgesellschaften s Rn 18). Zur Parteifähigkeit von **Liquidationsgesellschaften** s Rn 4b, zu **europ Vereinigungen** und Gesellschaften s Rn 20. **Organe von jur Personen** treten im Prozess als ges Vertreter (s § 51 Rn 4) auf, sind aber nicht selbst Partei (s näher Rn 25a; dort auch zum Sonderfall der „Organstreitigkeit“).

**III) Parteifähigkeit von Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit.** Rechtsfähige Personengesellschaften (vgl § 14 II BGB; § 8 Nr 2 FamFG; §§ 11 II Nr 1, 15 InsO) ohne eigene Rechtspersönlichkeit sind die Handelsgesellschaften des HGB (s Rn 16), die BGB-Außengesellschaft (s Rn 17) und die ges bes ausgestalteten Vereinigungen von berufl Selbständigen (s Rn 18, 19).

**1) Handelsgesellschaften** nach HGB. **a) Offene Handelsgesellschaft** (§§ 105-160 HGB). Sie kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingl Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden, § 124 I HGB. Damit ist die OHG zwar rechts- (vgl § 14 II BGB) und parteifähig (RGZ 86, 65; Oberhammer, Die OHG im Zivilprozeß, 1998, S 4ff), aber keine jur Person (arg: Gesellschafter als Träger des Gesellschaftsvermögens, Miteigentümer zur gesamten Hand). Die scharfe Sonderung des gesamthänderisch gebundenen Vermögens zwingt aber dazu, als **Partei die OHG selbst** anzusehen, nicht die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbindung (so die hL BGHZ 62, 132, 133; Brandenburg NJW-RR 96, 1214; StJ/Jacoby Rn 14 mwN; ThP/Hüßtege Rn 4; MK/Lindacher Rn 25 mN, 27). **Prozessuale Konsequenzen:** Rechtsstreit zwischen OHG und ihren Gesellschaftern ist mögl. Im Prozess der OHG kann ein Gesellschafter **NI** sein; der nicht vertretungsberechtigte Gesellschafter wird als Zeuge, der vertretungsberechtigte wegen § 455 I als Partei vernommen, denn die OHG als Personenvereinigung handelt durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter. Zur **ZwV** ins OHG-Vermögen ist ein Titel gegen sie notwendig, ohne dass dieser zugleich die Vollstreckung ins Vermögen der Gesellschafter ermöglichen würde (§§ 124 II, 129 IV HGB; BGHZ 62, 133). § 736 ZPO gilt nur für die GbR, der aber auch einen Titel gegen die Gesellschaft nicht ausschließt (BGHZ 146, 353). Der einzelne Gesellschafter kann die Forderung seiner OHG nicht als **Prozessstandschafter** geltend machen (BGHZ 10, 103; 12, 310), da eine analoge Anwendung der §§ 432, 2039 BGB nicht systemgerecht ist; sa **vor § 50 Rn 21**. **Gesellschafterwechsel** während des Rechtsstreits ist auf diesen ohne Einfluss (BGHZ 62, 133; MK/Lindacher Rn 28). **Auflösung der OHG** während des Rechtsstreits (Eintritt ins Abwicklungsstadium, nicht Vollbeendigung: s Rn 4b) ändert nichts an der Parteifähigkeit der OHG, da die Abwicklungsgesellschaft mit ihr identisch ist (BGH MDR 95, 163 zur KG); beeinflusst werden kann wegen § 146 I HGB nur die Vertretungsmacht, was über §§ 170 III, 241, 246 prozessuale Auswirkungen haben kann; wird die OHG während des Rechtsstreits **voll beendet**, so gilt: **Im Passivprozess** hat sich der Rechtsstreit gegen die OHG erledigt (§ 91a), der Kl hat aber die Möglichkeit, im Wege der Parteiänderung (§ 263) den Prozess gegen einen oder alle Gesellschafter fortzusetzen (BGHZ 62, 132; BGH NJW 82, 238; MK/Lindacher Rn 45, 54; aA etwa BFH BB 83, 2042 mN); **im Aktivprozess:** die bish Gesellschafter führen den Prozess als notwendige Streitgenossen fort mit dem Antrag, den Bekl zur Leistung an den Gesellschafter zu verurteilen, dem der Gegenstand des Rechtsstreits bei der Auseinandersetzung zugeteilt worden war; insoweit klagen die anderen gem § 265 als Prozessstandschafter. Bei Vollbeendigung durch **Übernahme** der OHG durch einen Gesellschafter mit Aktiven und Passiven: hier keine Sonderrechtsnachfolge wie bei der Auseinandersetzung, sondern Gesamtrechtsnachfolge. Es gilt also nicht § 265, sondern § 239 analog (ThP/Hüßtege § 239 Rn 3; anders Huber ZZZP 82 [1969], 224, 253 ff). – **Streitgenossenschaft** bei Klage gegen OHG und ihre Gesellschafter (§ 128 HGB) s Anm zu § 62.

**b) Kommanditgesellschaft.** Sie hat grds dieselbe rechtl Natur wie die OHG, §§ 161 II, 124 I HGB, ist, wie diese, keine jur Person (RGZ 32, 399), kann jedoch unter ihrer Firma Rechte erwerben, Verpflichtungen eingehen, klagen und verklagt werden. Es gelten die gleichen Grundsätze wie bei der OHG (s Rn 16).

**c) Die (überholte) Partenreederei** (§§ 489-509 HGB aF) wurde durch das SeehandelsRRG v 20.4.2013 (BGBl I 831) abgeschafft (s Begr BTDrS 17/1039, 1; sa Ramming RdTW 2013, 303); noch bestehende Mitreedereien bleiben in ihrer Rechtsform (s 29. Aufl) bestehen (Art 71 I EGHGB idF des SeehandelsRRG).

**2) BGB-Außengesellschaft.** Seit der grundlegenden Entscheidung des BGH v 29.1.2001 (II. ZS) ist die Rechtsfähigkeit der **Außen-GbR** (§§ 705 ff BGB) als Gesamthandsgemeinschaft ihrer Gesellschafter überwiegend anerkannt. Diese begründet durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten. In diesem Rahmen

ist sie zugleich aktiv und passiv parteifähig (BGHZ 146, 341 = MDR 2001, 459; fortführend BGHZ 151, 203, 206; 172, 169, 172; 179, 102 Tz 10; 193, 193 Tz 15; 197, 262 Tz 8; dazu Heinemann JR 2010, 31; krit Prütting AnwBl 2016, 637). Der GesGeber 2009 hat der geänderten „Rspr des BGH zur Rechtsfähigkeit der GbR Rechnung getragen“ (Beschlussempfehlung BTDRs 16/13437, 1), indem er bes grundbuchrechtl Vorschriften für die GbR als Verband, insb § 47 II GBO u § 899a BGB (idF des ERVGBG), eingeführt hat (s BGHZ 189, 274 Tz 21, 24f = NJW 2011, 1958; dazu Ulmer u Altmeppen ZIP 2011, 1689 u 1937). Der neu eingeführte grundbuchrechtl Eintragungszwang für *sämtl* Gesellschafter (§§ 47 II, 82 S 3 GBO) hat Auswirkungen (auch) auf den Titel (§ 750 I) bei der ImmobilienZwV (s BTDRs 16/13437, 27; dazu s § 750 Rn 4a) u damit allg auf die Bezeichnung der GbR in Klagen und Urteil (so BGHZ 187, 344 Tz 11). IE gilt: **Jede Außen-GbR** ist parteifähig, gleichgültig, ob sie unternehmerisch, vermögensverwaltend (s § 105 II HGB) oder freiberufl tätig ist, einen Gesamtnamen führt und welche Größe (Zahl der Gesellschafter) sie hat (s LG Detmold NJW 2015, 3176 [Hippel]; Abiturjahrgang als GbR; aA AG Menden NZG 2014, 661: Facebook-Gruppe); keine Außen-GbR ist die ARD als Verbund öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten (BGH NJW-RR 2016, 557; Gounalakis LMK 374236; Wimmer/Nawrath ZUM 2016, 127); die Außen-GbR ist insb auch grundbuchfähig (vgl §§ 47 II, 82 S 3 GBO; s zur Eintragung der Verpfändung eines Gesellschaftsanteils in das Grundbuch desw abl BGH NZG 2016, 1223, 1224 = MDR 2016, 1272). *Nicht* parteifähig sind dagegen die **BGB-Innengesellschaft** (s Rn 27; Abgrenzung zweifelhaft u iE str; vgl Habersack BB 2001, 478 f einerseits, Ulmer ZIP 2001, 592 ff; K. Schmidt NJW 2001, 1001 f andererseits; zu Reformüberlegungen Westermann NJW 2016, 2625, 2628) und die **Stille Gesellschaft** (§§ 230 ff HGB). Im Gesellschaftsprozess ist *nur* die Gesellschaft Partei (wie § 124 I HGB), eine Streitgenossenschaft (§§ 59, 62) liegt nicht vor (keine Parteistellung der Gesellschafter, sa § 62 Rn 13a), so dass ein Gesellschafterwechsel während des Prozesses kein Parteiwechsel ist (BGH NJW 2011, 615 Tz 13), Prozesse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter sind mögl. Zur ZwV in das Gesellschaftsvermögen ist (anders als bei der OHG: § 124 II HGB) ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil ausreichend (BGH NJW 2007, 1813, 1815; s § 736 Rn 2, 5). Es empfiehlt sich, zur Erweiterung der Haftungsmasse neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter persönl mitzuverklagen (BGHZ 146, 341, 357 = NJW 2001, 1056, 1060). Als Partei zu bezeichnen ist die Gesellschaft als solche nach Name und Sitz (§ 253 II Nr 1), dazu sind auch die vertretungsberechtigten Gesellschafter zu benennen (§ 130 Nr 1), s dazu auch Begr zum ERVGBG (vgl BTDRs 16/13437, 27). Daneben besteht allg die Möglichkeit, die GbR auch durch Angabe der (dh aller) Gesellschafter zu bezeichnen („GbR bestehend aus A, B und C“). Die *generelle Angabe sämtl* Gesellschafter der GbR im Titel ist empfehlenswert (vgl BGHZ 187, 344 Tz 10 f) und ein solches „volles“ Rubrum auch dann keinen Bedenken ausgesetzt, wenn eine ausreichende Bezeichnung ohne Angabe sämtl Gesellschafter mögl wäre (aA Bestelmeyer ZfR 2011, 119). Bei Veränderungen im Gesellschafterbestand (s oben) kann Titelschreibung gem § 727 entspr nicht verlangt werden (s § 750 Rn 5 gegen BGHZ 187, 344). Hilfe für Nachweis von Gesellschafterbestand und Vertretungsverhältnissen: Urteilsrubrum (§ 313 I Nr 1) bei vorangegangenen Prozess (BGHZ 179, 102 Tz 25 = NJW 2009, 594; BGH NJW-RR 2012, 532; sa § 51 Rn 4), Grundbucheintragung bei Grundbesitz (vgl § 899a BGB). Ungenauigkeiten und Unvollständigkeiten bei der Bezeichnung schaden nicht, solange nur die Gesellschaft zweifelsfrei identifiziert ist (dazu näher Wertebuch NJW 2002, 326; Kemke NJW 2002, 2218; s § 253 Rn 8a). Fehlt es an einem ermittelbaren Sitz der Gesellschaft (s § 17 Rn 5 u 10) und haben die Gesellschafter verschiedene allg Gerichtsstände und sollen sie ggf mit verklagt werden, ist § 36 I Nr 3 entspr anzuwenden (Celle OLGR 2001, 198; s § 36 Rn 14). Vertretung der GbR: s § 51 Rn 4. – **Lit:** v. Lücken, Parteifähigkeit der GbR u Parteibegriff im ZPR, 2009; Morawietz, Die rechts- u parteifähige GbR im ZP, 2011; Röder, Reformüberlegungen zum Recht der GbR, AcP 215 (2015), 450; Westermann, Überlegungen zu Reformen des Personengesellschaftsrechts, NJW 2016, 2625.

- 18 **3) Vorgesellschaften und Gründervereinigungen.** – **Lit:** de Lousanoff, Partei- und Prozessfähigkeit der unechten und fehlgeschlagenen Vor-GmbH, NZG 2008, 490; Happ, Die GmbH im Prozess, 1997, § 13; Kunz, Die Vorgesellschaft im Prozess und in der ZwV, 1994. – Die **Vorgesellschaft** (Vor-GmbH, Vor-AG, Vor-eGen) ist eine notwendige Vorstufe zur jur Person (BGHZ 80, 136 ff; 117, 326 f; 120, 105 f), auf die weitgehend die für die spätere Rechtsform gültigen Rechtsgrundsätze anzuwenden sind (BGHZ 169, 270, 273 mwN = NJW 2007, 589, 590, stRspr, auch iSv Art 19 III GG; BVerfG NJW 2014, 613 Tz 50, 59). Eine Vorgesellschaft entsteht erst mit Abschluss eines wirksamen Gesellschaftsvertrags oder eines gleichstehenden Errichtungsakts (vgl §§ 1, 2 I GmbHG); auf die „Vorgründungs-“Gesellschaft ist in gewissem Umfang bereits das GmbH-(usw)Recht anwendbar (vgl BGHZ 120, 105 f mwN). Die *Vorgesellschaft* ist bei Teilnahme am Rechtsverkehr nicht nur **passiv** (BGHZ 79, 241 mwN), sondern wie die Außen-GbR (s Rn 17) auch **aktiv parteifähig** (für **Vor-GmbH** so bereits BGH MDR 98, 338, zu Vb-Verf s BVerfG NJW 2014, 613 Tz 50; zur unechten (fehlgeschlagenen) Vor-GmbH BGH NJW 2008, 2441, 2442; für **Vor-AG** BGHZ 169, 270, 272; Happ § 13 Rn 40; de Lousanoff NZG 2008, 490 f). Die Vor-GmbH endet, sobald die Eintragung ins Handelsregister nicht mehr betrieben wird (BGH NJW 2008, 2441, 2442; BFH NJW-RR 2010, 1124 Tz 20) oder rechtskräftig abgelehnt wurde (Köln NJW-RR 98, 1047), besteht aber als parteifähige Abwicklungs- oder Personengesellschaft fort (BGH NJW 2008, 2441). Als **Abwicklungsgesellschaft** (s Rn 4b) wird sie entspr § 66 I GmbHG, § 265 I AktG durch die Geschäftsführer (Vorstandsmitglieder) als Liquidatoren (Abwickler) vertreten (BGHZ 169, 279, 281 = aaO; BGH NJW 2008, 2441; s § 51 Rn 4a). Entspr Grundsätze – rechtsfähiges Sondervermögen, Vertretung entspr GmbH/AG – gelten bei der Vorgesellschaft im Fall der Einmanngründung (vgl Drygala JZ 2007, 997, iE str). **Abgrenzung:** Die „un-



**echte**“ (fehlgeschlagene) **Vorgesellschaft** (dazu BGHZ 169, 270, 277 f = aaO; Hamm MDR 2007, 169; BGH NJW 2008, 2441, 2442; teils abw de Lousanoff NZG 2008, 490 f) ist GbR (s Rn 17) oder OHG (s Rn 16, 16a).

**4) Partnerschaftsgesellschaften und Rechtsanwaltsgesellschaften.** Die „Partnerschaft“ iSd PartGG, eine Gesellschaftsform mit Registerpublizität, übt kein Handelsgewerbe aus und hat nur natürl Personen (Freiberufler) als Mitglieder (§ 1 I PartGG), verfügt über einen eigenen Namen (§ 2 PartGG), ist rechtl selbständig (§ 7 II PartGG iVm § 124 HGB) iSv voller Rechtsfähigkeit (so MK-BGB/Schäfer § 7 PartGG Rn 1; ähnl BAG NJW 2007, 2877, 2878; der OHG weit angenähert; sa § 14 II BGB) und kann als ProzBev oder VerfahrensBev beauftragt werden (§ 7 IV PartGG; näher s vor § 50 Rn 14; § 78 Rn 20, 22; § 80 Rn 6). Nach §§ 59c-59m BRAO sind auch **RA-Gesellschaften** in der Rechtsform der GmbH zulässig (eingefügt durch Art 1 Nr 2 G v 31.8.1998, BGBl I 2600). – **Lit:** *Henssler*, PartGG, 3. Aufl 2017; *Henssler/Prütting*, BRAO, 4. Aufl 2014, PartGG.

**5) Europ Vereinigungen und Gesellschaften. a) Europ wirtschaftl Interessenvereinigung (EWIV).** Die durch die EWIV-VO geschaffene supranationale Vereinigungsform gilt als Handelsgesellschaft iSd HGB (§ 1 Hs 2 EWIV-AG), obwohl sie auch nichtgewerbl (frei-)berufl tätigen Mitgliedern, von denen mindestens eines einem anderen EU-Mitgliedstaat angehören muss, offen steht (Art 4 EWIV-VO). Die EWIV hat von der Eintragung an „die Fähigkeit, im eigenen Namen Träger von Rechten und Pflichten jeder Art zu sein, Verträge zu schließen oder andere Rechtshandlungen vorzunehmen und vor Gericht zu stehen“ (Art 1 II EWIV-VO). Durch die Unterstellung der EWIV unter das subsidiär geltende OHG-Recht (§ 1 Hs 1 EWIV-AG) soll klargestellt sein, dass die EWIV „keine Rechtspersönlichkeit“ hat (so Entw-Begr BTDRs 11/352, 12); sie ist damit gem § 124 I HGB aktiv und passiv parteifähig (s Rn 16) und ZwV-Subjekt (§ 124 II HGB; iE s § 736 Rn 5; sa § 859 Rn 9b). – **b) Europ Gesellschaft (SE).** Sie besitzt eigene Rechtspersönlichkeit (Art 1 III, Art 16 I SE-VO) und damit Parteifähigkeit. Vor Eintragung ist auch die Existenz einer „Vor-SE“ denkbar, worüber das Recht des Sitzstaates entscheidet (Art 15 I SE-VO). Rechtsgrundlagen: G zur Einführung der Europ Gesellschaft (SEEG) v 22.12.2004 (BGBl I 3675); zugleich Umsetzung der EU-VO v 8.10.2001 (SE-VO). – **Lit:** *Herrmanns MittBayNot* 2016, 297; *Lutter/Hommelhoff/Teichmann*, SE-Kommentar, 2. Aufl 2015. – **c) Europ Genossenschaft (SCE).** Sie besitzt eigene Rechtspersönlichkeit (Art 1 V SCE-VO) und Parteifähigkeit. Rechtsgrundlagen: SCEAG v 14.8.2006 (BGBl I 1911) iVm EG-VO v 22.7.2003 über das Statut der Europ Genossenschaft (SCE).

**IV) Parteifähigkeit von Verbänden. 1) Vereine.** **Lit:** *Reichert/Dauernheim/Schimcke*, Hdb des Vereins- und Verbandsrechts, 13. Aufl 2016; *Sauter/Schweyer/Waldner*, Der eingetragene Verein, 20. Aufl 2016; *Stöber/Otto*, Hdb zum Vereinsrecht, 11. Aufl 2016. – **a) Allgemeines.** Das BGB unterscheidet **rechtsfähige** (eingetragene: §§ 21, 55 BGB) und **nicht rechtsfähige** (nicht eingetragene) Vereine (§ 54 S 1 BGB). Die ZPO knüpft in II an diese Unterscheidung an. Nach II aF war dem nicht rechtsfähigen Verein zur Erschwerung der eigenen Rechtsverfolgung die aktive Parteifähigkeit vorenthalten, während seine prozessuale Inanspruchnahme erleichtert war (sa MK/Lindacher Rn 35); Entspr gilt für die ZwV (s § 735). Die „Diskriminierung“ des nicht rechtsfähigen Vereins ist durch II nF für den ZP beseitigt (s unten bb, c; s zuvor bereits K Schmidt, FS Lindacher, 2007, S 143, 156 f). Denn rechtsfähige und nicht rechtsfähige Personenvereinigungen werden von versch VerOrdnungen in der Partei-(Beteiligten-)fähigkeit gleichgestellt (§ 70 Nr 2 SGG; § 58 II FGO; § 61 Nr 2 VwGO; § 8 Nr 2 FamFG; § 11 I 2 InsO). Nach Anerkennung der Parteifähigkeit der GbR (s Rn 17), der WE-Gemeinschaft (s Rn 24) und zuletzt auch des nicht rechtsfähigen Vereins durch die Rspr (BGH MDR 2007, 1446 Tz 55) hat der Gesetzgeber mWv 30.9.2009 den Norminhalt von II konsequent der vollzogenen Rechtsentwicklung angepasst (... kann „klagen und“ ...; sa Begr BTDRs 16/12813, 15). Sowohl im Aktiv- als auch im Passivprozess haben der rechtsfähige und der nicht rechtsfähige Verein somit die gleiche Rechtsstellung. Ersterer besitzt als jur Person ohnehin die volle aktive und passive Parteifähigkeit (I; s Rn 15). Dasselbe gilt gem II Hs 2 auch für den nicht rechtsfähigen Verein. Frühere Hilfskonstruktionen zur aktiven Rechtsverfolgung des nicht rechtsfähigen Vereins und weitere verfahrensrechtliche Problemstellungen (vgl 22. Aufl Rn 33-35 u 24. Aufl Rn 35-37) sind überholt. Probleme bereitet weiter die **Grundbucheintragung des nichtrechtsfähigen Vereins** unter seinem Namen (abl BGH MDR 2016, 704 Tz 16: § 47 II GBO analog; Waldner NotBZ 2016, 384). Inzwischen finden sich im Schrifttum weitere Reformvorschläge (s Prütting AnwBl 2016, 637, 639 zu einem Registerzwang). – **b) Begriff.** Im Gegensatz zur Gesellschaft (§§ 705 ff BGB) sind für den Vereinsbegriff (rechtl Verbindung von Personen zu gemeinsamen Zwecken idealer oder materieller Art von nicht nur vorübergehender Dauer) die Veränderlichkeit des Personenbestandes der Mitglieder und die körperschaftl Struktur wesentl Merkmale (vgl Pal/Ellenberger vor § 21 BGB Rn 13). – **c) Untergliederungen eines Vereins.** Unabhängig von der Rechtsform (s oben a) des Hauptverbandes sind auch selbständige, wenngleich weisungsabhängige Untergliederungen (nachgeordnete Verbandsstufen, örtl Verwaltungsstellen) als Vereine (II) mögl (BGH MDR 84, 737; MDR 2007, 1446). Voraussetzung ist nur, dass die Untergliederung eine eigene Organisation (zB eigenen Vorstand; eigene Mitgliederversammlung) besitzt, selbständig bestimmte satzungsgemäße Aufgaben im Interesse der Mitglieder wahrnimmt und über „wirtschaftl Selbständigkeit“ verfügt (zust LG Berlin 8.12.2014 – 28 O 25/14); Zweck und Organisation der Untergliederung können sich aber auch aus der Satzung des Hauptvereins ergeben (BGHZ 90, 333 f). **Bsp:** Orts- und Kreisverbände eines Gesamtverbandes, zB Ortsverein („Ortsgruppe“) eines Gebietsverbandes (BGHZ 90, 331; BGH NJW 90, 905); örtl Untergliederungen einer politischen Partei (Bezirks-, Unterbezirks-, Kreis-, Ortsverbände; s Bamberg NJW 82, 895; Stuttgart ZIP 88, 674; LG Arnberg NJW 87, 1412; näher s

Rn 22), einer Gewerkschaft (zB Kreisverwaltung, s Rn 23 u LG Berlin 8.12.2014 – 28 O 25/14) oder eines Sportverbandes (zB Ruderabteilung, dazu BGH NJW 2008, 69, 73; Tennisabteilung, dazu LG Regensburg NJW-RR 88, 184).

- 22 **2) Politische Parteien. Lit:** Hientzsch JR 2010, 185. – Parteien (s Art 21 I GG) sind, gleich ob als eingetragener (§ 21 BGB) oder als nicht rechtsfähiger Verein (II; § 54 S 1 BGB) organisiert, aktiv und passiv parteifähig (I, II; § 3 S 1 PartG als „überflüssige Klarstellung“, s Hientzsch aaO 187); dies gilt auch für Gebietsverbände der jew höchsten Stufe (§ 3 S 2 PartG; zB Landesverband). Für die in § 3 S 2 PartG nicht genannten nachgeordneten Gebietsverbände (Bezirks-, Kreis-, Ortsverbände) gelten die allg Grundsätze (II 2; sa Rn 21 [c]; sa Hientzsch aaO 187; MskV/Weth Rn 23 f; RSchwab/Gottwald § 43 Rn 23; überholt: Celle NJW 2004, 17; LG München I Rpfleger 2006, 483); anders als unselbständige Verwaltungsstellen sind Untergliederungen von Parteien als nicht rechtsfähige Vereine auch aktiv parteifähig (Hientzsch aaO 188; s Rn 21 [c]). Parteifähig sind auch Bundes- (vgl § 46 AbgG) und Landtagsfraktionen (LG Bremen NJW-RR 92, 447; Stuttgart NJW-RR 2004, 619: nicht rechtsfähiger Verein).
- 23 **3) Interessenverbände. Gewerkschaften** und Arbeitgebervereinigungen sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände sind im arbeitsgerichtl Verf unabhängig von der Rechtsform des Verbands parteifähig (§ 10 Hs 1 ArbGG). Im Zivilprozess ist den verfassungsrechtl bes schutzwürdigen (Art 9 III GG) nicht als Vereine eingetragenen Gewerkschaften bereits seit längerem durch Richterrecht entgegen I die uneingeschränkte Parteifähigkeit zuerkannt worden (BGHZ 50, 325; BGH MDR 90, 141); dies sollte allerdings – im Gegensatz zum arbeitsgerichtl Verf – nicht für Unterorganisationen von Gewerkschaften gelten (BGH MDR 72, 177 = ZZZ 86 [1973], 212; krit Fenn ZZZ 86 [1973], 177; MK/Lindacher Rn 36). Seit dem 30.9.2009 (s Rn 21 [a]) sind diese zw Zivilprozess und arbeitsgerichtl Verf bestehenden früheren Unterschiede praktisch beseitigt und Arbeitnehmer- und Arbeitgebervereinigungen (unabhängig von § 2 I TVG) als nicht rechtsfähige Vereine unbeschränkt parteifähig. Körperschaftl organisierte Untergliederungen von Gewerkschaften sind nach allg Grundsätzen aktiv parteifähig (s Rn 21 [c]; ausdr zust LG Berlin 8.12.2014 – 28 O 25/14).
- 24 **V) Weitere parteifähige Gebilde. 1) WE-Gemeinschaft.** Der Ausgestaltung der WE-Gemeinschaft durch die WEG-Novelle mWv 1.7.2007 als „Verband sui generis“ (vgl BGHZ 163, 154, 172 = MDR 2005, 1156) entspricht die (auch aktive) Parteifähigkeit gem § 10 VI WEG. Die Parteifähigkeit ist nicht auf das Außenverhältnis der Gemeinschaft zu Dritten beschränkt (§ 43 Nr 5 WEG), sondern betrifft auch das Innenverhältnis zu den Wohnungseigentümern (§ 43 Nr 2 WEG: zB Ansprüche auf Beitrags-(usw)zahlung). Als Partei (KL, Bekl) zu bezeichnen ist die vom Wechsel der Mitglieder unabhängige „WE-Gemeinschaft“ (§ 253 II Nr 1) iVm der bestimmten Angabe des gemeinschaftl Grundstücks (§ 10 VI 4 WEG); Erleichterungen gelten für die Bezeichnung *sämtl Wohnungseigentümer* als Partei (Angabe des gemeinschaftl Grundstücks und ggf des Verwalters s § 44 I WEG, sa Gottschalg ZWE 2007, 71, 72). Bei Beschlussanfechtungsklagen kann die falsche Parteistellung (WE-Gemeinschaft statt „übrige Wohnungseigentümer“, vgl § 46 I 1 WEG) noch nachträgl fristwährend (vgl § 46 I 2 WEG) umgestellt (allg s § 263 Rn 19) werden (BGH NJW 2010, 446; NJW 2010, 3376; Dötsch NJW 2010, 911); fehlende Angaben zu den Wohnungseigentümern (vgl § 44 I 2 WEG) können in der Berufungsinanz heilend nachgeholt werden (BGH NJW 2011, 3237; 2012, 997); zu Fragen der Zeugen- und Parteistellung s Dötsch NZM 2015, 473. Vor Entstehung der WE-Gemeinschaft mit GB-Eintragung von Wohnungs-(Mit-)Eigentum besteht bereits eine *werdende WE-Gemeinschaft*, auf die im Innenverhältnis das WEG anzuwenden ist (BGHZ 177, 53 = MDR 2008, 1088; BGH NJW 2012, 2650), ferner auch § 10 VI WEG (Demharter EWär 2008, 638 mN). Ausschlussl zuständig für WE-Sachen gem § 43 Nr 1-4 u 6 ist das AG der Belegenheit des Grundstücks (§ 43 WEG; § 23 Nr 2c GVG); für Klagen gem Nr 5 ist nur die örtl Zuständigkeit ausschl, § 29b wurde mWv 1.7.2007 aufgehoben. Das gemeinschaftl Vermögen („Verbandsvermögen“) besteht im *Verwaltungsvermögen* (§ 10 VII); es umfasst insb Ansprüche aus Rechtsverhältnissen mit Dritten und mit Wohnungseigentümern (vgl § 10 VII 3 WEG); nicht dazu gehört das Sondereigentum und das gemeinschaftl Eigentum (insoweit hat die Gemeinschaft aber eine ges Rechtsausübungsbefugnis: § 10 VI 3 WEG). Es besteht eine *akzessorische* anteilige Haftung der Wohnungseigentümer für die Verbindlichkeiten der Gemeinschaft (§ 10 VIII WEG; zu Rechtskraftfragen bei Urteilen für und gegen die Gemeinschaft s § 325 Rn 5, 35). Der Verwalter (§§ 26, 27 WEG) ist in Passivprozessen (§ 43 Nr 2 u 5) ges Vertreter der Gemeinschaft (§ 27 III Nr 2 WEG); außer bei Zustellungen ggü der Gemeinschaft (§ 27 III Nr 1 WEG) bedarf er bei Aktivprozessen der Legitimation der Wohnungseigentümer durch Beschl (§ 27 II Nr 3 WEG); der Beschl kann auch *allg* zur gerichtl Geltendmachung von Forderungen der Gemeinschaft ermächtigen. Wird die Gemeinschaft im Rahmen ihrer Rechtsausübungs- und wahrnehmungskompetenz tätig (§ 10 VI 3 WEG), liegt ein Fall ges *Prozessstandschaft* vor (BGHZ 172, 42, 47 = NJW 2007, 1952, 1953; BGH NJW 2016, 1735 Tz 21; Lehmann-Richter ZWE 2014, 388, 389, näher s Rn 21, *vor* § 50 Rn 46 [g]); für eine gewillkürte Prozessstandschaft des Verwalters fehlt es insoweit an einem schutzwürdigen Eigeninteresse (BGH NJW 2011, 1361). – Eine *Untergemeinschaft* von Wohnungseigentümern ist nicht rechts- u parteifähig (Koblenz 18.10.2010 – 5 U 934/10; Nürnberg BauR 2016, 1366: keine originären Satzungs- und Organisationsbefugnisse). – **Lit:** Dötsch NZM 2015, 473; ZWE 2015, 157; Gottschalg ZWE 2007, 71; Nidenführ NJW 2007, 1841; Tolani, „Teilrechtsfähigkeit“ von Personenvereinigungen, 2009; **Materialien:** RegE BTDrs 16/887.

**2) Behörden und Stellen** sind nur kraft bes ges Bestimmungen Partei und insoweit auch parteifähig (vgl § 8 Nr 3 FamFG; § 10 S 2, 3 ArbGG; § 61 Nr 3 VwGO; § 70 Nr 3 SGG; § 44b SGB II (dazu sogleich); § 10 Nr 3 SGB X; zum gegenteiligen Grundsatz s **Rn 12**). **Bsp:** Das Jugendamt; „Behörden u jur Personen des öffentl Rechts“ (vgl § 78 II; § 79 II Nr 1 u s § 79 Rn 6); zur Betreuungsbehörde, Unterbringungsbehörde u zum Standesamt sa Johannsen/Henrich/Althammer, FamR, 6. Aufl, § 8 FamFG Rn 8; die klagebefugten „Kammern“ (§ 8 III Nr 4 UWG; § 3 I Nr 3 UKlaG; s **vor § 50 Rn 55**); die den VA erlassende Stelle in Baulandsachen, § 222 I 2 BauGG; die (früheren) Arbeitsgemeinschaften iSv § 44b SGB II (BGH MDR 2010, 167; nunmehr: gemeinsame Einrichtung; gerichtl Vertretung: § 44d I 2 SGB II idF G v 3.8.2010, BGBl I 1112); oberste Arbeitsbehörden in TVG-Verf (§ 10 ArbGG); das Finanzamt im finanzgerichtl Verf, § 63 I FGO; die Universitätsfakultät in Promotions-sachen (VGH Mannheim VerwRSpr 21, 251; **nicht:** beliehene Unternehmer (OVG Bremen NJW 2011, 3802)). **Abgrenzung:** Nicht Partei sind (ges oder gewillk) Vertreter in Behördenform (sa **Rn 25a**). Bsp: Bezirksrevisor (s § 78 Rn 15a); Bundesamt für Justiz (s RSchwab/Gottwald § 29 Rn 9 ff); Generalbundesanwalt (s BGHZ 188, 121 Tz 7). – Als *Parteien* können sich Behörden (selbst) auf die Justizgrundrechte (Art 101 I 2, 103 I GG) berufen (BVerfG NVwZ 2015, 510).

**3) Organe** von jur Personen handeln im Prozess als ges Vertreter (s § 51 Rn 4), sind aber – von der teilw tatsächl Behandlung abgesehen – nicht selbst Partei (s § 51 Rn 14). Soweit das Organ (Organmitglied) dagegen eigene Rechte aus seiner Organstellung ggü einem anderen Organ oder der jur Person geltend macht (zB Informationsrechte, vgl §§ 90 I-III, V, 111 II, 170 AktG; Unterlassung von Kompetenzstörungen, sog „Kompetenzschutz“), tritt das Organ im *eigenen Namen als Partei* auf (für bes Vertreter iSv § 147 II AktG: im Abberufungsstreit LG München I NJW 2009, 3794; einschr München NJW-RR 2009, 108; LG Heidelberg BB 2017, 980; sa § 66 Rn 7), so dass **Organstreitigkeiten** nicht an I scheitern (BGH MDR 2015, 842 Tz 14 für NI von Organmitglied [obiter]; sa **vor § 50 Rn 1**), möglicherw aber am fehlenden „Klagerecht“ (grds abl BGHZ 106, 62; MskV/Weth Rn 19; dafür Hess ZZZ 117 [2004], 285 f; StJ/Jacoby vor § 50 Rn 38; aber § 256 beachten); zum einstw Rechtsschutz s Celle ZIP 89, 1552. Die Kosten des Organstreits trägt grds die Gesellschaft, andernfalls der Veranlasser (vgl Hess aaO u s 378; s § 88 Rn 11). **Hilfe:** Kompetenzüberschreitung eines Organs kann uU Gegenstand einer gegen die Gesellschaft zu richtenden allg Feststellungsklage eines Gesellschafters sein (BGH NJW 2006, 374, 375). **Abgrenzung.** Das einzelne Organmitglied kann auf Seiten der bekl Gesellschaft als NI am Organstreit (Bsp: § 112 AktG) auftreten (s § 66 Rn 7, 13b). **Besonderheiten beim Betriebsrat.** Soweit er im Rahmen seines ges Wirkungskreises im Verh zu Dritten handelt, ist er partiell rechtsfähig (BGH NJW 2013, 464 Tz 16; krit Fischer NZA 2014, 343, 347: „relative“ Parteifähigkeit) und parteifähig (I). Bsp: Freistellungsanspruch gem §§ 40 I, 80 III, 111 S 2 BetrVG.

**VI) Nichtparteifähige Gebilde. 1) Firma des Einzelkaufmanns.** Der in das Handelsregister eingetragene Einzelkaufmann (Vollkaufmann – „e.K.“) kann in Angelegenheiten seines Handelsgeschäfts unter seiner Firma **klagen** und **verklagt** werden, § 17 HGB, wenngleich als Rechtsträger und Partei nicht die Firma, die kein selbständiges Rechtsgebilde ist, sondern nur der Inhaber der Firma, von dem oder gegen den der Anspruch im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit geltend gemacht wird, in Betracht kommt (Frankfurt BB 85, 1219; s bereits RGZ 157, 375; sa **vor § 50 Rn 6**). Bezieht sich ein Rechtsstreit auf den Geschäftsbetrieb einer Filiale, kann er unter deren Firma geführt werden (BGH BB 52, 42). Bei Erlöschen der Firma während des Prozesses führt der Inhaber diesen unter seinem bürgerl Namen fort. Das gegen einen Kaufmann unter seiner Firma ergangene Urteil ist in dessen gesamtes Vermögen vollstreckbar. Veräußert der unter seiner Firma verklagte Kaufmann sein Geschäft während des Prozesses, so bleibt er Partei (Frankfurt BB 85, 1219; München NJW 71, 1615; sa **vor § 50 Rn 6**), selbst wenn die Schuld auf den Erwerber übergegangen ist (Bsp: § 25 II HGB). Das Urteil ist nur gegen den Inhaber der Firma im Zeitpunkt der Klageerhebung vollstreckbar (näher s § 750 Rn 10). Zur Vollstreckbarkeitserstreckung bei Veräußerung nach Rechtskraft des Urteils iE s § 729 Rn 8, 9. Stirbt der unter seiner Firma verklagte Kaufmann während des Prozesses, so finden die §§ 239-252 Anwendung. Stirbt er nach rechtskräftiger Verurteilung, so ist zur ZwV gegen die Erben – auch in das Geschäftsvermögen – Vollstreckungsklausel gegen die Erben gem §§ 727 ff erforderl.

**2) Zweigniederlassung.** Sie ist als Teil des jew Unternehmens idR nicht parteifähig (BGHZ 4, 65; s aber sogleich unten); Träger des der Zweigniederlassung zugewiesenen Vermögens ist der Unternehmensträger (Einzelkaufmann oder jur Person). Der Unternehmensträger kann unter der Firma der Zweigniederlassung (vgl §§ 13 ff HGB) klagen und verklagt werden (BGHZ 4, 65; s § 21 Rn 2); zum Gerichtsstand s § 21 m Anm. Zweigniederlassungen ausl Banken und Versicherungen werden in bestimmter Hinsicht wie selbständige Rechtspersonen behandelt (§ 53 I KWG, §§ 106 ff VAG); nicht abdingbarer Gerichtsstand: § 53 III KWG. Soweit der Niederlassung (ausnahmsw) rechtl Selbständigkeit zukommt (zB bei voll „beherrschter“ Tochter-GmbH: s § 21 Rn 2 u 6), gilt im Passivprozess am Ort der Niederlassung für *diese* § 17.

**3) Innengesellschaften.** Im Gegensatz zur **BGB-Außengesellschaft** (s näher Rn 17) ist die **BGB-Innengesellschaft** (gem §§ 705 ff BGB) nicht aktiv oder passiv parteifähig (BGHZ 80, 227; Mütter MDR 98, 625, str; differenzierend Beuthien NZG 2011, 161; s zur „Tippgemeinschaft“ Fleischer/Hahn NZG 2017, 1; zu Reformüberlegungen vgl Westermann NJW 2016, 2625); also Klage aller Gesellschafter und gegen alle Gesellschafter erforderl (vgl BGH NJW 2000, 292); jedoch ist die Bezeichnung der Gesellschaft als Partei unter einer

Sammelbezeichnung (vgl BGHZ 163, 166 f) unschädlich (BGHZ 136, 258; weitergehend LAG Berlin MDR 99, 946; zulässig) und der Rubrumsberichtigung zugänglich (BGHZ 146, 350 f). Die geschäftsführenden Gesellschafter sind Stellvertreter bzw ProzeßBev (RG JW 33, 55). Aktiv- und Passivprozesse der Gesellschafter: s § 62 Rn 13, 17 f; Einzelklagebefugnis: s vor § 50 Rn 21. Zur ZwV in das Gesellschaftsvermögen ist ein Titel gegen alle Gesellschafter notwendig (§ 736 ZPO, vgl aber auch § 714 BGB). Zur (beschränkten) Parteifähigkeit von **Vorgesellschaften** (Gründervereinigungen) s Rn 18. Nicht parteifähig ist weiter die **stille Gesellschaft** (§§ 230 ff HGB, s Beuthien NZG 2011, 161).

- 27a 4) **Gemeinschaften**. Schlichte **Bruchteilsgemeinschaften** iSv §§ 741 ff BGB sind als solche nicht rechts- und parteifähig (s aber zur InsFähigkeit gem § 11 InsO AG Göttingen ZIP 2001, 580; mR abl Bork ZIP 2001, 545). Das Gleiche gilt für andere Gemeinschaften, bei denen es an einer verbandsmäßigen Ausgestaltung des Verhältnisses der Mitberechtigten fehlt (s zur **Erbengemeinschaft** gem §§ 2032 ff BGB näher Rn 29 mN). Bei zunehmender Verfestigung von organisatorischen Strukturen, insb bei Verwaltungsorganisationen von Miteigentümern mit korporativer Verfassung (BGHZ 25, 311: Waldinteressentenschaft) kann eine abw Beurteilung geboten sein (sa Rn 30). S iÜ zur Ausgestaltung der WE-Gemeinschaft im WEG als „Verband sui generis“ Rn 24.
- 28 5) **Vermögensmassen**. a) Die **Insolvenzmasse** ist kein selbständiges Sondervermögen mit eigener Rechtspersönlichkeit (BGHZ 88, 335; überholt die – ältere – „Organtheorie“). Prozessführungsbefugt für die Masse ist der Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes (s § 19a Rn 4 [c]; vor § 50 Rn 19; § 51 Rn 7).
- 29 b) Der **Nachlass** als solcher kann nicht Partei sein, da er nicht rechtsfähig ist (Marotzke ZEV 2002, 507); das Gleiche gilt für die **Erbengemeinschaft** (BGH NJW 2006, 3715; LG Berlin NJOZ 2003, 2918; München WM 2017, 406; zu Zustellungs- und Auslegungsfragen; Tolani aaO S 216 f; Hess ZZZ 117 [2004], 293, str; aA Grunewald AcP 197 [1997], 305; Wagner ZZZ 117 [2004], 355 f, 374; Wolf, FS Canaris I, 2007, S 1318; Wendt notar 2016, 364 ff: „zur Handlungsunfähigkeit verdammt“); Behandlung: § 2059 II BGB (s § 62 Rn 18); der Nachlass wird auch nicht durch den TV vertreten, sondern Letzterer ist Partei kraft Amtes (s vor § 50 Rn 19; § 51 Rn 7). Nicht rechts- und parteifähig ist auch die **Gütergemeinschaft** (vgl Hess aaO S 295; Wolf aaO S 1317). – c) **Sondervermögen** ohne eigene Rechtspersönlichkeit sind die dt **Treuhand** und der engl **Trust**; prozessführungsbefugt aus eigenem Recht und in eigenem Namen ist der Treuhänder (Trustee; näher Wilske/Meyer ZIP 2012, 459, 461).
- 30 VII) **Beschränkt parteifähige Gebilde**. Aktive und passive Parteifähigkeit müssen nicht notwendig zusammenfallen (vgl II aF; s Rn 21 [a]); der wichtigste Anwendungsfall der – auf Passivprozesse – beschränkten Parteifähigkeit beim nicht rechtsfähigen Verein ist jedoch überholt (vgl II u s Rn 21). II aF wurde früher auf weitere nicht rechtsfähige Gebilde **entspr** angewendet (insb auf ausl Gesellschaften bei grenzüberschreitender Sitzverlegung, s näher zur Problemstellung BGH MDR 86, 743; durch die Rechtsentwicklung im EU-Bereich überholt, s Rn 31 f; infolge des „Brexit“ ist Situation für die engl „Ltd“ künftig unklar, sa Seeger DStR 2016, 1817; Thomale/Benz/Weller NJW 2016, 2378). Auch bei im EU-Gründungsstaat gelöschten Gesellschaften wird für die im Inland (noch) tätigen „**Rest- u Spaltgesellschaften**“ volle Parteifähigkeit als OHG oder GbR angenommen (BGH MDR 2017, 346 Tz 19 f; Hamm NJW-RR 2014, 995 [zust Fröhlich EWiR 2014, 679]; KG NJW 2014, 2737; Brandenburg MDR 2016, 1273 Tz 25: engl „Ltd“; s näher Rn 31). Von Bedeutung ist die Rspr zu II aF noch für Klagen auf Zustimmung (§ 888 BGB) oder Duldung der ZwV (§§ 1147, 1148 BGB) gegen im GB als Eigentümer eingetragene (nicht rechtsfähige) ausl Gesellschaften (BGHZ 97, 269), uU auch für Klagen gegen Rechtsgemeinschaften von gewisser Organisationsstufe (s Rn 27a). Mit der nF von II verfolgte der Gesetzgeber ledigl die Angleichung des Gesetzeswortlauts an die zwischenzeitl eingetretene Rechtsentwicklung (s Rn 21 [a]), an eine Einschränkung des Rechtsschutzes inländischer Gl war nicht gedacht.
- 31 VIII) **Internationaler Rechtsstreit**. 1) **Europ Gründungstheorie**. Verlegte eine im Ausland wirksam als jur Person (Handelsgesellschaft) gegründete Gesellschaft ihren tatsächl Verwaltungssitz ins Inland, verlor sie nach der **früher herrschenden Sitztheorie** (vgl BGH NJW 97, 658; NJW 2009, 289 Tz 19; NJW-RR 2010, 1364; sa Düsseldorf 17.12.2015 – I-2 U 87/04: Schweizer Gesellschaft; krit Lieder/Kliebisch BB 2009, 338) mit ihrer Rechtsform zugleich ihre Rechts- und (aktive) Parteifähigkeit, womit sie der Neugründung bedurfte. Nicht maßgeblich sollte sein, dass die Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsortes als jur Person entstanden war (so aber die **Gründungstheorie**). Bei Geschäftstätigkeit im Inland wurde die ausl Handelsgesellschaft allerdings – entspr § 50 II aF (s Rn 21 [a]) – als passiv parteifähig behandelt (BGH MDR 86, 743; s Rn 29) u sie war gem § 17 I 2 gerichtspflichtig (s § 17 Rn 8 [b bb]). Im **EU-Bereich** ist die Sitztheorie im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften (Art 49, 54 AEUV) und im Anschluss an die Rspr des EuGH (EuGH MDR 2003, 96 – „Überseering“; NJW 2003, 3331 = MDR 2003, 1303 LS – „Inspire Art“) auch in der Rspr des BGH durch die **europ Gründungstheorie** abgelöst worden (BGHZ 154, 185 = MDR 2003, 825; 190, 242 Tz 16-22 = NJW 2011, 3372; 198, 14 Tz 11 = NJW 2013, 3656). Die Voraussetzungen von § 50 I liegen in den sog „**Zuzugsfällen**“ vor, wenn die Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaates rechtsfähig erscheint. **Ausl Gesellschaften** aus **EU-Mitgliedstaaten** behalten somit nach Sitzverlegung auch im Inland ihre Rechtspersönlichkeit und damit ihre Parteifähigkeit; sie haben einen all inländischen Gerichtsstand (s § 17 Rn 8, 8a [2b]). Innerhalb der EU ist die identitätswahrende grenzüberschreitende Sitzverlegung zulässig, soweit sie im Einklang mit dem Recht des Wegzugstaates steht (s EuGH NJW 2009, 569 – „Cartesio“: „Wegzugsfall“; Leible/Hoffmann BB 2009, 58; krit Behrens EuZW 2009, 3). Auch eine grenzüberschreitende Sitzverlegung einer Gesellschaft unter Wech-



sel der Rechtsform ist denkbar (EuGH NJW 2012, 2715 – „VALE“; Nürnberg ZIP 2014, 128; zust Neye EWIR 2014, 45; eingeh Schaper ZIP 2014, 810; Herrmanns MittBayNot 2016, 297; Teichmann/Ptak RIW 2010, 817; Böttcher/Kraft NJW 2012, 2701; Weller LMK 2012, 336113: „europaweite Unternehmensmobilität“; MsKV/Weth Rn 31); §§ 190 ff UmwG gelten entspr (Nürnberg aaO). Ist die ausl Gesellschaft im Gründungsstaat erloschen, verfügt sie aber noch über Vermögen im Inland, besteht sie als **parteifähige „Restgesellschaft“** fort (BGH MDR 2017, 346; KG NJW 2014, 2737; Hamm NJW-RR 2014, 995; Brandenburg MDR 2016, 1273; LG Hamburg 12.7.2016 – 328 O 415/15; LG Arnsberg 16.8.2016 – 5 T 21/16 Tz 10: texanische Gesellschaft; sa Rn 32). Zur Vertretung: s § 51 Rn 6. Von der so modifizierten Sitz-/Gründungstheorie ist hier auszugehen (vgl auch Geimer s IZPR Rn 20f). Die europ Gründungstheorie hat zur Folge, dass Auslandsgesellschaften als solche in erhebl Umfang am inländischen Prozessrechtsverkehr teilnehmen. Von der Erfüllung der gem §§ 13d ff HGB vorgeschriebenen Registrierung (dazu näher Werner MDR 2005, 1034 ff) darf die Parteifähigkeit nicht abhängig gemacht werden (BGH NJW 2005, 1648, 1649 f). – **Lit:** Altmeyen NJW 2004, 97; Eidenmüller NJW 2005, 1618; Franz EuZW 2016, 931; Jung EuZW 2012, 863; Leible/Hoffmann BB 2009, 58; Lieder/Kliebisch BB 2009, 338; Weller, FS Goette, 2011, S 583; Zimmer/Nandrup NJW 2009, 545. – Einer geplanten Kodifizierung des Internationalen Gesellschaftsrechts im EGBGB (vgl zum RefEntw des BJM Köster ZPR 2008, 214; Bollacher RIW 2008, 200) darf die Rspr nicht vorgreifen (BGHZ 178, 192 Tz 22 = NJW 2009, 289).

2) Im Verhältnis zu **Nicht-EU-Staaten** ist zu unterscheiden: **a)** Im Bereich der **EFTA-Staaten** besitzen die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaften mit satzungsmäßigem Sitz im Vertragsgebiet volle Niederlassungsfreiheit (Art 31, 34 EWR-Abk), so dass die Rechtslage der im EU-Bereich (s Rn 31) entspricht (BGHZ 164, 148 = MDR 2006, 105 [Haack] = RIW 2005, 945 [Leible/Hoffmann] – liechtenstein AG). – **b)** Bei **zweiseitigen Abkommen** sind deren bes Regelungen maßgebend. Im Verhältnis zu den **USA** ist im Vertrag (Text MK-BGB/Kindler, 6. Aufl, IntGesR Rn 333) eine Anknüpfung an die Gründungstheorie vorgesehen, die EU-Rechtslage (s Rn 31) gilt damit entspr (BGHZ 153, 353 = MDR 2003, 647; 159, 94, 100 = NJW 2004, 2523, 2524; BGH NJW-RR 2004, 1618 = JZ 2005, 303 [Rahm]; München OLGR 2008, 802); das gilt bei inländischem Verwaltungssitz auch dann, wenn praktisch keine nennenswerte Geschäftstätigkeit in den USA stattfindet (BGH ZIP 2004, 2230 = JZ 2005, 298 [Ebke] = LMK 2005, 48 [Dörner]). – **c)** IÜ hat sich im **Verhältnis zu anderen Staaten (Drittstaaten)** an der Geltung der Sitztheorie (s Rn 31) nichts geändert (so BGHZ 178, 192 Tz 19 = NJW 2009, 289; BGH NJW-RR 2010, 1364 Tz 15; ZIP 2009, 2385; Düsseldorf 17.12.2015 – I-2 U 87/04: Schweizer Gesellschaft; Jung EuZW 2012, 863, str; krit u aA Lieder/Kliebisch BB 2009, 338; Eidenmüller ZIP 2002, 2244; StJ/Jacoby Rn 53) mit der Folge fehlender Rechtsfähigkeit (als jur Person) von Scheinauslandsgesellschaften mit tatsächl Verwaltungssitz im Inland. Allerdings ist zu beachten, dass der Gesellschaft als „rechtsfähiger Personenvereinigung“ iSv § 14 II BGB wie einer **Außen-GbR** (s Rn 17) oder **OHG** (s Rn 16, 16a) aktive Parteifähigkeit im Inland zukommen kann (so BGHZ 151, 204 = NJW 2002, 3539; 178, 192 Tz 23 = NJW 2009, 289; MK/Lindacher Rn 62 – gilt nicht für EU-Bereich); sa Rn 29. **Inländischer Gerichtsstand:** BGH NJW-RR 2008, 551; s § 17 Rn 8a [2c].

3) **Einzelfälle parteifähiger Auslandsgesellschaften:** Niederl „BV“ (s BGH NJW 2003, 1461); engl „private limited company“ (BGH MDR 2005, 1000; s dazu ferner BGHReport 2007, 1138; Nürnberg OLGR 2007, 1020; Pannen/Riedmann MDR 2005, 496; zu den künftigen Folgen des „Brexit“ s Seeger DStR 2016, 1817; Weller/Thomale/Benz NJW 2016, 2378; Schall ZfPW 2016, 407); „Ltd“ der brit Virgin Islands (BGH JR 2011, 88 Tz 15); schweiz AG (verneinend BGH NJW 2009, 289 Tz 21, str, s Rn 32 [c]); schweiz e.V. (BGH NJW-RR 2010, 1364); schweiz GmbH (Düsseldorf 17.12.2015 – I-2 U 87/04); luxemb S.a.r.l.; Liechtenstein AG (BGH MDR 2006, 105 [Haack]); US-amerik „Inc.“ (BGH NJW-RR 2004, 1618; sa Pfeiffer Rpfleger 2006, 173); US LLC (Nodoushani RIW 2014, 336); singapor „Ltd“ (BGH ZIP 2009, 2385); bei einer „Private Company limited by shares“ der Isle of Man ist deren Nichtzugehörigkeit zum EU-Bereich iSv Rn 32 zu beachten (KG ZIP 2005, 989, 990; Hamburg BB 2007, 1519 [Binz/Mayer]; das Gleiche gilt für die Kanalinseln, s Art 355 Vc AEUV). **Beachte:** inländischer Gerichtsstand von Auslandsgesellschaften: s § 17 Rn 8, 8a, 10; § 21 Rn 4; Nachweis der Vertretungsverhältnisse: s § 51 Rn 6. – **Lit:** Franz EuZW 2016, 930; Goette ZIP 2006, 541; Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2006; Hoyer/Lieder ZHR 180 (2016), 613; Just, Die engl Limited in der Praxis, 4. Aufl 2012; Weller/Thomale/Benz NJW 2016, 2378 („Brexit“-Folgen); Wagner, Scheinauslandsgesellschaften im Europ ZPR, in Lutter (Hrsg), Europ Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S 223 ff; Werner MDR 2005, 103 (Rspr-Entwicklung zu Auslandsgesellschaften).

## § 51 Parteifähigkeit; gesetzliche Vertretung; Prozessführung

(1) Die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, die Vertretung nicht prozessfähiger Parteien durch andere Personen (gesetzliche Vertreter) und die Notwendigkeit einer besonderen Ermächtigung zur Prozessführung bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Vorschriften enthalten.

(2) Das Verschulden eines gesetzlichen Vertreters steht dem Verschulden der Partei gleich.



Frankfurt JurBüro 85, 1402; Koblenz MDR 97, 888), aber nur, wenn die Gefahr bestand, eine eidesstattl Versicherung werde nicht genügen (Schleswig JurBüro 81, 760). Verzichtet Zeuge ggü dem Gericht auf Zeugegeb, verzichtet er dadurch nicht ohne weiteres auch ggü der Beweis führenden Partei auf Erstattung seiner Auslagen (KG JurBüro 82, 1247). Die in einem solchen Fall von der Partei an den Zeugen geleisteten Zahlungen gehören zu den notw Parteiauslagen bis zur Höhe des Betrags, der dem Zeugen aus der Staatskasse zu erstatten wäre (Karlsruhe JurBüro 91, 1514; München JurBüro 81, 1245; Frankfurt JurBüro 83, 1253; Erstattungsfähigkeit verneinen Koblenz OLG 97, 231, Hamburg MDR 87, 147, weil die eigenmächtige Entschädigung von Zeugen grds unerwünscht sei; Frankfurt JurBüro 87, 908, bei Zahlung von Wegekosten an Zeugen, die diesen überhaupt nicht entstanden waren; Frankfurt 5.7.2016 – 15 W 43/16 bei freiwilligen Leistungen der Partei).

• **Zurücknahme des Rechtsmittels:** §§ 516, 565. Erstattung, wenn die Mandatierung des zur Abwehr des zurückgenommenen Rechtsmittels zugezogenen RA durch den Rechtsmittelbekl nach Zustellung des Rechtsmittels erfolgt ist. S näher unter „Berufung“. Der Kostenbeschluss ergeht **vAw** (§§ 516 III 2, 565). Ein Antrag ist daher überflüssig (Hamburg MDR 2003, 1261 für die Rücknahme einer NZB) und löst keine Geb aus.

• **Zustellung:** Kosten der öffentl Zustellung (§ 187) sind erstattungsfähig, der Auslandszustellung nur, wenn im Inland nicht zugestellt werden kann (Hamburg 24.4.2017 – 8 W 14/17). – Erstattungsfähig sind die Kosten der Zustellung durch Vermittlung des GV (GV-KV 100, 101) oder durch einen RA (KG MDR 2010, 55; Karlsruhe 29.1.2015 – 13 W 130/14), wenn Partei berechtigtes Interesse an schneller und zuverlässiger Zustellung hat. – Für den RA, der umfassend beauftragt ist, gehört die Zustellung zum Verf (§ 19 I 2 Nr 9, 16 RVG; LG Saarbrücken AGS 2014, 181); ist die Zustellung ein Einzelauftrag: VV 3309 (Celle NJW-RR 2008, 1600; GS/Müller-Rabe VV 3309 Rn 450).

• **Zwangsvollstreckungskosten:** Prozessbürgschaft zur Ermöglichung der ZwV (zB § 709 S 1) = Kosten der ZwV (§ 788 I, BGH MDR 2016, 485 [Elzer 504] = WM 2016, 464); findet dann aber keine ZwV statt, Festsetzung durch das Prozessgericht (BGH MDR 2008, 286 zu einer Avalbürgschaft). – Kosten zur Abwehr einer ZwV = Kosten des Rechtsstreits (BGH MDR 2006, 886); bei einer Teilsicherheit erfolgt die Kostenerstattung nach der im Erkenntnisverf ausgesprochenen Kostenquote (Hamm AGS 2015, 484; N. Schneider NJW-Spezial 2013, 219), da der Pfleger daran gebunden ist. Hier sollte bereits im Ausspruch eine Kostentrennung erfolgen, wenn der Bekl nur für einen Teil der Klageforderung Sicherheit leistet und gerade bezüglich dieses Teils am Ende obsiegt.

§ 91a Kosten bei Erledigung der Hauptsache

(1) Haben die Parteien in der mündlichen Verhandlung oder durch Einreichung eines Schriftsatzes oder zu Protokoll der Geschäftsstelle den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, so entscheidet das Gericht über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen durch Beschluss. Dasselbe gilt, wenn der Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers nicht innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen seit der Zustellung des Schriftsatzes widerspricht, wenn der Beklagte zuvor auf diese Folge hingewiesen worden ist.

(2) Gegen die Entscheidung findet die sofortige Beschwerde statt. Dies gilt nicht, wenn der Streitwert der Hauptsache den in § 511 genannten Betrag nicht übersteigt. Vor der Entscheidung über die Beschwerde ist der Gegner zu hören.

I) Überblick		11) Besonderheiten der Erledigungserklärung in Einzelfällen	33
1) Bedeutung der Institute	1	III) Einseitige Erledigungserklärung des Klägers	
2) Erledigungserklärung und erledigendes Ereignis	2	1) Allgemeines	34
3) Anwendungsbereich	7	2) Wesen	35
II) Übereinstimmende Erledigungserklärung der Parteien (I)		3) Zeitpunkt der Erledigungserklärung	36
1) Allgemeines	8	4) Zeitpunkt des Eintritts der Erledigung	41
2) Wirkung	12	5) Gerichtl Prüfung	43
3) Hilfsweise Erledigungserklärung	13	6) Entscheidung	45
4) Zeitpunkt der Erledigungserklärung und Eintritt der Erledigung	16	7) Rechtsmittel	49
5) Erledigungserklärung in der Rechtsmittelinstanz	18	IV) Einseitige Erledigungserklärung des Beklagten	52
6) Erledigungserklärung zwischen den Instanzen	21	V) Teilweise Erledigung	
7) Verfahren und Entscheidung	22	1) Begriff und Unterscheidung	53
8) Anfechtung	28	2) Übereinstimmende Erledigungserklärung	54
9) Rechtskraft	31	3) Anfechtung der Kostenmischentscheidung	56
10) Alternativen der Kostenerstattung bei Erledigung vor Rechtshängigkeit	32	4) Einseitige Erledigungserklärung des Kl	57
		VI) Einzelfälle (alphabetisch geordnet)	58
		VII) Gebühren	59

## VI) Einzelfälle (alphabetisch geordnet)

- **Ablehnung:** s. „Richterablehnung“.
- **Anfechtung:** Wird Anfechtung (§§ 119, 123, 2078 f BGB) eines (vor Rechtshängigkeit) vorgenommenen Rechtsgeschäfts erklärt, tritt wegen § 142 I BGB keine Erledigung ein (BGH NJW 2003, 3268, 3270; abw aber bei § 389 BGB, s. unter „Aufrechnung“). Bejaht man hingegen Erledigung, indem auf die spätere Anfechtungserklärung abgestellt wird, ist nach Anfechtungsgründen zu unterscheiden: So ist eine Kostenbelastung des Bekl im Falle von § 119 BGB gerechtfertigt, nicht aber bei § 123 BGB (näher Althammer/Löhning NJW 2004, 3080 f; zust MK/Schulz Rn 116). Zur InsAnfechtung s. „Insolvenzverfahren“.
- **Anschlussberufung:** Wird die Hauptsache im Berufungsverf im Umfang des Hauptrechtsmittels übereinstimmend für erledigt erklärt, soll die Anschlussberufung davon nicht erfasst werden (BGH MDR 85, 125; BGHZ 139, 12, 15; aA München MDR 84, 320; Habscheid/Lindacher NJW 64, 2395; näher s Rn 18; § 524 Rn 26); richtigerweise ist hinsichtlich des Zwecks der unselbständigen Anschlussberufung ein Rückgriff auf § 524 IV gerechtfertigt, weil keine dem Berufungsbeklagten ungünstige Hauptsacheentscheidung mehr zu erwarten ist (näher StJ/Althammer § 524 Rn 55: auf die Bewertung der Erfolgsaussichten der Hauptsache iRv § 91a kommt es nicht an); bei Rücknahme des Hauptrechtsmittels ist für eine Erledigung des Anschlussrechtsmittels aber kein Raum, soweit der Rechtsmittelführer auch die Kosten der Anschließung trägt (BGH MDR 2005, 704; MDR 2007, 788; Katzenstein NJW 2007, 739; StJ/Althammer § 524 Rn 56, str; aA – § 91a entspr – Frankfurt FamRZ 95, 945; Frankfurt OLGR 2005, 327; LAG Sachsen MDR 2005, 719; iE s Rn 18, § 524 Rn 43).
- **Arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren:** gemeinsame Erledigungserklärung durch alle Beteiligten: §§ 83a I, 90 II, 95 § 4 ArbGG; die Zustimmung eines Beteiligten gilt als erteilt, wenn er sich nicht innerhalb einer gesetzten Frist gegenteilig äußert (§ 83a III 1 ArbGG). Da im Beschlussverf eine Kostenentscheidung nicht ergeht, prüft das Gericht bei der einseitigen Erledigungserklärung nur, ob ein erledigendes Ereignis eingetreten ist, nicht dagegen die ursprüngl Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags (BAGE 65, 105 = NJW 91, 192; BAG NJW 2008, 1977; ZIP 2009, 1442 Tz 17; EzA 5/2011, S 22; zust Schumann, FS Richardi, 2007, S 410 ff; iE Jost/Sundermann ZJP 105 [1992], 268 ff); Erledigung vor Rechtshängigkeit ist mögl (BAG NJW 2008, 1977; s Rn 3, 6).
- **Arrest und einstw Verfügung:** Lit: Vossler MDR 2009, 667. – Als **Erledigungseignis** kommt der Wegfall der Dringlichkeitslage (Bsp: Köln WRP 85, 661; LAG Rheinland-Pfalz 1.9.2016 – 5 SaGa 6/15) oder der Wiederholungsgefahr (Bsp: BGH NJW-RR 2006, 1378) in Frage (Bsp: Abgabe von Unterlassungserklärung bei Antrag auf Unterlassungsverfügung [iE Bernreuther GRUR 2007, 660]), nicht aber der fruchtlose Ablauf der Vollziehungsfrist nach § 929 II (Düsseldorf WRP 85, 642), außer er beruht auf dem Arrestkläger nicht zuzurechnenden Gründen (Frankfurt OLGR 94, 95); dgl ist der Ablauf des Verbotszeitraums keine Erledigung bei einem befristeten Verbot (Nürnberg WRP 96, 145; zur eingeschränkten Erledigung s Rn 53). **Übereinstimmende Erledigungserklärung:** Hauptsache ist nicht der zu sichernde materielle Anspruch, sondern die begehrte Rechtsfolge auf einstw Regelung oder Sicherung (Hamm MDR 87, 589); für die Kostenentscheidung kommt es darauf an, ob ein Verfügungsgrund vorgelegen hat oder Veranlassung iSv § 93 für die einstw Vf gegeben war (s Rn 3; sa § 924 Rn 5). Bei Erledigterklärung nach Ablauf der Vollziehungsfrist des § 929 II trägt der Ast die Kosten (Neustadt JurBüro 61, 567; Hamburg NJW 64, 600). Zur Kostentragung des Gl im Arrestaufhebungsverf s München MDR 76, 761; Frankfurt MDR 82, 328. Zum Ganzen sa § 922 Rn 4; § 926 Rn 26. **Einseitige Erledigungserklärung:** Wird ein ursprüngl zulässiger und begründeter Arrest-(Verfügungs-) Antrag durch ein erledigendes Ereignis unzulässig oder unbegründet, ist dies durch Urteil festzustellen (Köln WRP 85, 660 mwN). Erledigt sich der Verfügungsantrag nach Eingang beim Gericht aber vor Zustellung an den Gegner, liegt zwar ein erledigendes Ereignis vor (Köln GRUR 2001, 425), anders als im Klageverf (s Rn 41) aber unmittelbar kein Fall von § 269 III 3, IV (abl daher KG MDR 2009, 765; anders im Fall Karlsruhe MDR 2012, 540; s § 922 Rn 4). Zur Beschwerde bei Erledigung nach Nichterlass der einstw Verfügung s § 922 Rn 4. Im **Aufhebungsverf** (§ 926) ist die Erhebung der Hauptsacheklage erledigendes Ereignis (Frankfurt GRUR 87, 651; Frankfurt OLGR 2005, 605; 5.12.2016 – 6 W 110/16). Erklären die Parteien – auch nach *verspäteter* – Erhebung der Hauptsacheklage das Aufhebungsverf für erledigt, treffen die Kosten den Gl (Frankfurt aaO; s § 926 Rn 26); Grund: § 93 entspr Umfang der zu erstattenden Kosten: Frankfurt Rpfleger 86, 281.
- **Aufrechnung:** Eine Aufrechnung führt jedenfalls dann zu einer Erledigung der Hauptsache, wenn die Gegenforderung erst nach Rechtshängigkeit der Klage entstanden oder aufrechenbar geworden ist (RGZ 57, 384). **Bsp:** Aufrechnung mit während des Rechtsstreits erworbener Gegenforderung. Der Streit, ob für das Erledigungseignis (wegen § 389 BGB) auf die Aufrechnungslage oder (wegen § 388 BGB) auf die Aufrechnungserklärung abzustellen ist (vgl BGHZ 155, 392, 396 ff mN = NJW 2003, 3134 [Lindacher LMK 2004, 13]; 184, 128 Tz 24 = NJW 2010, 2422; Althammer/Löhning NJW 2004, 377; Wolf/Lange JZ 2004, 416; Billing JuS 2004, 186; Heyers JR 2004, 242; N. Schneider BGHReport 2003, 1304), spielt bei der *übereinstimmenden* Erledigungserklärung keine Rolle (Grund: s Rn 6, 16; undeutl BGHZ 155, 400) und betrifft allein die *einseitige* Erledigungserklärung (s Rn 34; Fallgestaltung in BGHZ 155, 392). Vom weiten – auch Ereignisse vor Rechtshängigkeit (Eintritt der Aufrechnungslage) einbeziehenden – Erledigungsbegriff (s Rn 41 f) kommt es allerdings auf die prozessuale Berücksichtigung der mat-rechtl Rückwirkung (§ 389 BGB) nicht an; die Rechtsstreiterledigung

tritt auch dann ein, wenn die Aufrechnungslage bereits vorprozessual bestanden hat (iErg auch mit abw Begr BGHZ 155, 398 f = aaO; aA Althammer/Löhning NJW 2004, 377 f aus der Sicht des engen Erledigungsbegriffes). Bei der Billigkeitsentscheidung über die Kosten gem § 91a I verbietet sich jede schematische Verteilung auf eine der Parteien, etwa eine regelmäßige Kostenbelastung des Kl oder des Bekl (so N. Schneider Anm BGHReport 2003, 1304); entscheidend sind vielmehr Gesichtspunkte der Zumutbarkeit und der Risikotragung (iE str; Lindacher LMK 2004, 13; MK/Schulz Rn 118: Aspekte der Veranlasserhaftung; Billing JuS 2004, 187 f); bei der *einseitigen Erledigungserklärung* gilt § 91 (vgl Wolf/Lange JZ 2004, 418), aber auch § 93 entspr (Heyers JR 2004, 243). Bei Erledigung mit vorprozessualer Aufrechnungslage ist auch Raum für § 269 III 3 (so Wolf/Lange JZ 2004, 417; aA Schröcker NJW 2004, 2204; offen BGH aaO S 400). Kein Erledigungsereignis ist die sog Eventualaufrechnung, bei der der Bekl mit einer Gegenforderung hilfsw die Aufrechnung erklärt, denn das Gericht muss über die (weiter) bestr. Klageforderung noch entscheiden (s Althammer/Löhning NJW 2004, 3079; s § 145 Rn 13); der Kl kann aber die Gegenforderung anerkennen und den Prozess einseitig für erledigt erklären (Braunschweig MDR 63, 767); die Kostenentscheidung gem § 91 richtet sich dann danach, ob die Klage ursprünglich begründet war und durch die Aufrechnung erloschen ist (vgl Wolf/Lange JZ 2004, 418).

• **Auskunft:** s „Stufenklage“.

• **Ausländisches Urteil:** Im (einseitigen) Ausgangsverf der (früheren) Vollstreckbarerklärung nach Art 38 EuGVVO aF (s nunmehr nach Abschaffung des Exequaturverf Art 36, 46 EuGVVO) ist § 91a nicht anwendbar (BGH NJW-RR 2010, 571 = MDR 2010, 521, arg s Rn 7), anders erst im Beschwerdeverf (BGH aaO; Hau IPRax 1998, 256).

• **Baulandsache:** Die Anwendbarkeit der Erledigungsgrundsätze (vgl §§ 221 I, 222 III, 228 BauGB iVm § 91a) ist nur ggü denj Beteiligten gegeben, welche Anträge zur Hauptsache gestellt haben (Koblenz NJW 83, 2036).

• **Beschlussverfahren:** s „Arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren“.

• **Beschwerdeverfahren:** Erklärt der Beschwerdeführer die Beschwerde mit Zustimmung des Gegners für erledigt, ist über die Kosten nach § 91a zu entscheiden, ansonsten nach § 91 (Frankfurt MDR 98, 559; s Rn 40; § 567 Rn 53). Auslegungsfrage, ob die Erledigung nur das Rechtsmittel selbst (s Rn 19) oder die Hauptsache in der Beschwerdeinstanz umfasst (Bsp: BGH NJW-RR 86, 369 – Tod des Ag bei unvererbl Anspruch); zur Erledigung der Ablehnungsbeschwerde s unten „Richterablehnung“. Kein Fall des § 91a liegt vor, wenn während des Beschwerdeverf die Klage zurückgenommen wird (Frankfurt NJW-RR 95, 956; § 269 III 2 gilt).

• **Beweissicherungsverfahren:** s „Selbständiges Beweisverfahren“.

• **Drittschuldnererklärung:** Die Drittschuldnerklage gem § 840 ist nicht erledigt, wenn – erst – die prozessuale Einlassung des beklagten Drittschuldners im Zahlungsprozess ergibt, dass die gepfändete Forderung von Anfang an nicht bestanden hat (BGH MDR 81, 493; BAG NJW 90, 2644). Eine Erledigung liegt auch dann nicht vor, wenn der auf Auskunft verklagte Drittschuldner eine (negative) Erklärung iSv § 840 I abgibt; Grund: § 840 I gewährt keinen einklagbaren Anspruch auf Auskunft (BGHZ 91, 130). Bei einseitiger Erledigungserklärung ist für eine Kostenentscheidung nach § 91a und damit für eine Berücksichtigung der mat-rechtl Kostenerstattungspflicht des Bekl gem § 840 II 2 im Rahmen der Kostenentscheidung kein Raum (BGH MDR 79, 1000); der Kl kann jedoch den mat Erstattungsanspruch gem §§ 263, 264 Nr 3 im anhängigen Rechtsstreit mit der Feststellungsklage (BGH MDR 81, 493) oder mit der bezifferten Leistungsklage (BAG NJW 90, 2643) geltend machen (abw Foerste aaO S 286 f: § 93 „reziprok“). – **Lit:** Becker-Eberhard, FG BGH Bd III, S 216 ff, 305; Foerste, FS Stürner, 2013, S 273.

• **Drittwiderspruchsklage:** Die Freigabe der gepfändeten Sache ist ein Erledigungsereignis (Neustadt MDR 61, 65); sa „Zwangsvollstreckung“.

• **Einstweilige Verfügung:** s „Arrest und einstw Verfügung“.

• **Erfüllungshandlungen:** Sie sind idR Erledigungsgrund (s Rn 4), insb bei „Anerkenntnis“ (s vor §§ 306, 307 Rn 3), bei Wiedergutmachung im Rahmen von Auflagen gem § 56b II Nr 1 StGB (vgl Koblenz OLGR 2007, 517). Maßgebend ist der Zeitpunkt des Eintritts des Leistungserfolgs, nicht der der Vornahme der Leistungshandlung, im Überweisungsverkehr entscheidet also die Gutschrift, nicht der Eingang des Überweisungsauftrags (vgl Hamm OLGR 95, 80). Eine Erledigung tritt jedoch nicht ein, wenn der Bekl nur zur Abwendung der ZwV leistet (BGHZ 94, 274 = NJW 85, 2405; 203, 257 Tz 19; BGH MDR 2014, 921; allg s Rn 5) oder wenn eine ZwV aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel erfolgt (BGHZ 203, 257 Tz 19; BGH MDR 2014, 921; Becker-Eberhard JuS 98, 884; s Rn 5). Dagegen schließt *Leistung unter Vorbehalt* eine Erledigung nicht notwendig aus; Bsp: Vorbehalt der Rückforderung gem § 812 BGB (Ausschluss von § 814 BGB), BGH FamRZ 88, 263. Die Leistung durch einen verklagten *Gesamtschuldner* erledigt bei streitiger Gesamtschuld nicht auch für den anderen (BGH MDR 2000, 471).

• **Feststellungsklage:** Die negative Feststellungsklage wird durch die gegenläufige (nicht mehr einseitig rücknehmbare) Leistungsklage erledigt (BGHZ 99, 343; 165, 305, 308 = NJW 2006, 515, 516, hM; näher s § 256 Rn 7d; dazu krit Herrmann JR 88, 376; Zeuner, FS Lüke, 1997, S 1011; einschr für EuGVÜ und EuGVVO-Bereich BGHZ 134, 211). Erledigendes Ereignis ist auch der Wegfall des Feststellungsinteresses (BGHZ 37, 142 = NJW 62, 1723; 165, 305, 308 = NJW 2006, 515, 516).

• **Freiwillige Gerichtsbarkeit und FamSachen (FamFG-Verf).** Die „Kostenpflicht bei Erledigung“ ist nicht eigenständig geregelt (vgl § 83 II FamFG), vielmehr gelten (auch) insoweit die flexiblen und weitgehend unter Berücksichtigung von Billigkeitsgesichtspunkten ausgestalteten allg Grundsätze gem § 81 FamFG. Erklären sämtl Beteiligte eines Antragsverf das Verf für erledigt (§ 22 III FamFG), stellt das Gericht die Erledigung fest (Brandenburg MDR 2013, 1105). Bei einseitiger Erledigungserklärung hat das Gericht zu prüfen, ob Hauptsacheerledigung tatsächl eingetreten ist (Brandenburg MDR 2013, 1106). In diesem Fall kann eine Sachentscheidung nicht (mehr) ergehen (BGHZ 196, 118 Tz 5). Mit Hauptsacheerledigung wird ein eingelegetes, nicht auf die Kosten beschränktes Rechtsmittel unzulässig, wenn kein Fall des § 62 I FamFG vorliegt (BGHZ 196, 118 Tz 6 ff.). Die Anfechtung von isolierten Kostenentscheidungen richtet sich nach den §§ 58, 61, 70 FamFG (Zweibrücken FamRZ 2012, 238; näher hier Feskorn s § 58 FamFG Rn 4, § 61 FamFG Rn 7, § 70 FamFG Rn 4). Eine Ausnahme gilt für **Ehesachen und FamStreitsachen** (Begriff: § 112 FamFG); insoweit ist § 91a I, II iVm § 567 grds entspr anwendbar (§ 113 I FamFG); **Sondervorschriften:** §§ 131, 243 FamFG (sa unten „Stufenklage“, „Vergleich“); iRd Kostenverteilung nach billigem Ermessen gem § 243 FamFG darf auf die Rechtsprechung zu § 91a zurückgegriffen werden, selbst wenn §§ 91 ff nicht unmittelbar anwendbar sind (Hamm FamRZ 2013, 1510; sa BGH MDR 2011, 1439 Tz 30); sa **Rn 7b** mwN.

• **Gegendarstellung:** Zur Erledigung durch erzwungenen Abdruck einer Gegendarstellung nach § 11 PresseG (Karlsruhe OLGZ 79, 351; München NJW 88, 349; Koblenz NJW-RR 2006, 484); sa **Rn 4**.

• **Genehmigung, Gestaltungserklärungen:** Inwieweit die mat-rechtl Rückwirkung auf vorprozessual entstandene Rechtsgeschäfte oder Rechtslagen (zB gem §§ 142, 184, 389 BGB) ein Erledigungsereignis ausschließt (wie bei Aufrechnung, dazu oben), bedarf differenzierender Prüfung. Die Genehmigung eines vollmachtlos geschlossenen Vertrags wirkt im Erfüllungsprozess (nur) *ex nunc* (Köln OLGR 1914, 140).

• **Gesetzesaufhebung, -änderung, -nichtigserklärung, Gesetzesaufhebung** (Bsp: Aufhebung RabattG u ZugabeVO durch G v 2.7.2001, BGBl I 1661 u 1663; UWG aF durch G v 3.7.2004, BGBl I 1414) und **Gesetzesänderung** können ein Erledigungsgrund sein (s BGH WRP 2004, 350; WRP 2005, 126; WRP 2008, 252; GRUR 2016, 421 [zur Einführung von § 78 I 4 AMG nF; maßgeblich sei erst die Schuldnererklärung] u näher s **Rn 4, 24**; instruktiv mw Bsp von Verfahrensrechtsänderungen Schumann, FS Bub, 2007, S 567). Hierfür bestehen häufig bes Kostenregelungen (Überblick: StJ/Muthorst Rn 63) des Inhalts, dass jede Partei ihre außergerichtl Kosten trägt, die Gerichtskosten geteilt und die gerichtl Geb niedergeschlagen werden. Bei **Nichtigserklärung eines Gesetzes** gilt: Wird während des Rechtsstreits das der Klage zugrunde liegende Gesetz vom BVerfG für ungültig erklärt (Art 100 I GG), ist dies kein Fall nachträgl Erledigung der Hauptsache, vielmehr ist der Kl mit seiner Klage abzuweisen, da sie von Anfang an unbegründet war (BGH NJW 65, 296; Schumann, FG BGH Bd III, 2000, S 39f). Ebenso wenig ist § 91a bei Nichtigserklärung eines Gesetzes auf Grund einer Verfassungsbeschwerde anwendbar (BVerfGE 66, 152, 153); auch eine **Änderung der Rspr** stellt (idR) kein Erledigungsereignis dar (BGH NJW 2004, 1665).

• **Hinterlegung:** Der Forderungsprätendentenstreit um eine hinterlegte Geldsumme wird durch die Zustimmung des einen Prätendenten zur Auszahlung an den anderen und die dementspr Auszahlung erledigt (BGH NJW-RR 97, 495).

• **Insichprozess:** s „Konfusion“.

• **Insolvenzverfahren. a)** Die Grundsätze über die **übereinstimmende Erledigungserklärung** sind im quasi-kontradiktorischen **Insolvenzeröffnungsverf** (Endzeitpunkt: § 27 InsO, vgl BGHZ 168, 27 mN) entspr anwendbar (§ 4 InsO iVm §§ 91a I und II, § 567; so BGHZ 149, 178, 181 = MDR 2002, 416; BGH NJW-RR 2005, 418, 419; 2009, 188 Tz 6, 7; inzwischen allgM, früher str, s 26. Aufl mN); bei **einseitiger Erledigungserklärung** gelten die allg Grundsätze (s **Rn 34, 43f**) nur modifiziert; die Kostenentscheidung ergeht nach § 91; Rechtsbehelf bei Antragsabweisung: sof Beschwerde idR des Ast gem §§ 6, 34 I InsO, bei Erledigungsfeststellung: sof Beschwerde des Sch gem §§ 6, 34 II InsO (BGH NJW-RR 2009, 188 Tz 8). Ein vorläufiger InsVerwalter muss der Erledigung gem § 21 II Nr 2 InsO zustimmen (AG Göttingen ZIP 2007, 1282). Bei Zahlung auf einen ursprügl zulässigen und begründeten, gehörig glaubhaft gemachten Eröffnungsantrag (§ 14 I 1 InsO) treffen die Kosten den Sch. Erledigung tritt auch ein, wenn auf Antrag eines **Dritten** das Verf eröffnet wird (BGH NJW-RR 2005, 418, 419). § 269 III 3 ist bei Zahlung nach Zustellung des InsAntrags nicht entspr anwendbar (AG Köln ZIP 2003, 1213). **Besonderheiten seit 1.1.2011** (§ 14 I, III InsO idF des HBeglG 2011): Die Erfüllung der Forderung als solche ist kein Erledigungsgrund, wenn bereits früher (Zeitraum: 2 Jahre) ein InsAntrag gestellt war (§ 14 I 2 InsO nF); mWv **5.4.2017** ist das Erfordernis des Erstantrags weggefallen (§ 14 I 2 InsO neu gef durch G v 29.3.2017 (BGBl I 654); sa BTDrs 18/7054, 16); der aufrecht erhaltene Antrag ist zulässig, soweit die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen gem § 14 I 1 InsO (Glaubhaftmachung von InsGrund und rechtl Interesse) (weiter) vorliegen (vgl noch BGH NJW 2013, 2119 Tz 8: bes strenge Anforderungen; insoweit krit Kruth/Schneider EWiR 2012, 764; mWv **5.4.2017** ist aber das Erfordernis der Glaubhaftmachung des Erstantrags in § 14 I 3 InsO aF weggefallen, da die Voraussetzungen insgesamt als zu restriktiv empfunden wurden). Wird ein (von Anfang an) **unzulässiger** Antrag entspr § 91a für erledigt erklärt oder ein (aufrechterhaltener) Antrag entspr § 91 als unzulässig zurückgewiesen, treffen trotz Erfüllung die Kosten den GI (AG Hamburg ZIP 2012, 1044; AG Wuppertal ZIP 2012, 1363); dagegen trägt der Sch die Kosten, wenn der (zulässige) Antrag als unbe-



gründet abgewiesen wird (§ 14 III InsO), dh das Risiko der Masseunzulänglichkeit (§ 26 InsO) geht zu Lasten des Sch. – **b)** In dem vom InsVerwalter betriebenen **Anfechtungsprozess** tritt mit Beendigung des InsVerf die Erledigung der Hauptsache ein (RGZ 58, 414; StJ/Muthorst Rn 6; offen bei BGH NJW 82, 1766). – **c) Feststellung** der Forderung zur Tabelle (§§ 178 III, 201 II 1 InsO) erledigt den (unterbrochenen) Passivprozess (vgl BGH NJW 61, 1066, 1067; DZWIR 2005, 253; Köln NJW-RR 2003, 265; StJ/Roth § 240 Rn 27; hier Greger s § 240 Rn 14 m Hinw zur Aufnahme wegen der Kostenentscheidung), ferner die (aufgenommene) Feststellungsklage (vgl Karlsruhe ZIP 89, 791), ebenso erledigt das spätere Anerkenntnis der „vorläufig bestr.“ Forderung (München ZIP 2005, 2227).

• **Kartellverwaltungsverfahren** (§§ 54 ff, 78 GWB): Hier ist nicht erforderl, dass im Falle einer einseitigen **Erledigungserklärung** die (Rechts-)Beschwerde bis zum Eintritt des Erledigungsereignisses zulässig und begründet war (allg s Rn 3). Tritt eine Erledigung deswegen ein, weil der zugrunde liegende VA gegenstandslos wird, ist nur noch zu prüfen, ob der VA keine Wirkungen mehr äußern kann und damit gegenstandslos wird (BGH MDR 86, 560; zur Erledigung eines (früheren) Freistellungsverf gem §§ 7, 10 GWB aF s BGH ZIP 2002, 1740; nunmehr Legalfreistellung: § 2 GWB). § 91a ist nicht entspr anwendbar (München GRUR 87, 316).

• **Klagerücknahme:** „Erledigungs“erklärung nur wegen des Kostenrisikos ist als Klagerücknahme zu werten (VGH Mannheim NJW 74, 964; aA Czermak NJW 74, 1478; sa § 269 Rn 4); zur „privilegierten“ Klagerücknahme gem § 269 III 3 s Rn 32 [a] u § 269 Rn 18c-18e.

• **Konfusion:** Bei Vereinigung von Gl- und Sch-Stellung erlischt der Prozess (s vor § 50 Rn 1); auch eine Entscheidung gem § 91a scheidet grds aus (BGH NJW-RR 2011, 488 = MDR 2011, 509). Bsp: Beerbung des alleinigen Prozessgegners (BGH aaO).

• **Kündigungsschutzklage:** Bei Rücknahme der Kündigung durch Arbeitgeber, welche kostenrechtlich einer freiwilligen Erfüllung gleichsteht, sind ihm idR die Kosten aufzuerlegen; (LAG Nürnberg 15.10.2015 – 4 Ta 135/15; LAG Hessen 14.5.2008 – 8/15 Ta 490/07).

• **Mahnverfahren. Lit:** Wagner, die Erledigung im Mahnverf, 2015. – Die (teilw) Zahlung auf einen MB führt nicht zur „Erledigung“, sondern nur zur (teilw) Beendigung des Mahnverf (arg § 699 I 2 Hs 2; so KG MDR 83, 323; Jooß JR 2010, 510 f; aA Hofmann Rpfleger 82, 325, 328; MskV/Flockenhaus Rn 4; Stuttgart MDR 84, 673, hM; sa § 690 Rn 25). – Zahlungen im Mahnverf erfolgen (trotz der Rückwirkungsfiktion gem §§ 696 III, 700 II) *vor Rechtshängigkeit* und lassen damit den „Anlass“ der Verfahrenseinleitung entfallen (wie § 269 III 3). Im mit Abgabe (§§ 696 I, 700 III) rechtshängig gewordenen (s § 696 Rn 5) Streitverf kann der Kl die Klage – anders als bei der Erledigung *nach* Rechtshängigkeit (dazu BGH NJW 2004, 223; s § 269 Rn 18 aE) – „privilegiert“ **gem § 269 III 3, IV** (auch) mit einer Kostenbelastung des Bekl zurücknehmen (krit Jooß JR 2010, 512). Dafür ist wegen § 269 III 3 („bish Sach- und Streitstand“) eine dem Bekl formlos mitzuteilende Anspruchsbegründung (§ 697 I 1) erforderl. Eine Rücknahme des *Mahnantrags* (s § 690 Rn 24) gem/entspr § 269 III 3 *nach* Rechtshängigkeit scheidet aus (allgM); auch bei einer „Rückkehr“ ins Mahnverf (iVm Rücknahme des Streitanstrags, s § 690 Rn 24, § 696 Rn 2) sind in diesem Verf wegen seiner Besonderheiten (kein Sach- und Streitstand, kein Gehör des Ag) streitige Kostenentscheidungen gem § 269 III 3 nicht mögl, zuständig dafür ist das Streitgericht (BGH NJW 2005, 512, 513 u 513, 514, iE str; befürwortend aber Jooß JR 2010, 508 ff, für Anwendbarkeit von § 91a PG/Hausherr Rn 79, arg s Rn 12; näher s § 690 Rn 24). Der Streitwert im Streitverf nach Widerspruch gegen den MB bemisst sich dann nach dem Restanspruch (so Stuttgart, Karlsruhe, je aaO; München OLGR 2003, 395; Liebheit NJW 2000, S 2237 ff; allg s Rn 48). Will der Sch geltend machen, dass er keinen Anlass zur Einleitung des Mahnverf gegeben habe, muss er zum Zweck eines Anerkenntnisses (§ 93) auf die Kosten beschränkten Widerspruch einlegen (Schleswig MDR 2006, 228; Naumburg NJOZ 2011, 1937; Sonnentag MDR 2006, 188; Herget hier s § 93 Rn 6 „Mahnverf“, str); ein unbeschränkter Widerspruch genügt nicht (so aber StJ/Muthorst § 93 Rn 9; Fischer MDR 2001, 1336; hier 29. Aufl). Hat der Ag die Hauptforderung mit Ausnahme der Kosten vor Erhebung eines Widerspruchs voll beglichen, erfolgt Überleitung ins streitige Verf nur noch in Höhe der Verfahrenskosten (vgl LG Bielefeld ZIP 2005, 1095); in der einseitigen Erledigterklärung der Hauptsache liegt idR eine entspr Rücknahme des Streitanstrags (s § 696 Rn 2); zur Kostenentscheidung bei Rücknahme des Mahnantrags s § 690 Rn 24). Zur Abtretung des Mahn-Anspruchs als Erledigungsgrund näher s vor § 688 Rn 9.

• **Mieterhöhungsverfahren:** s AG Hildesheim NdsRpfl 76, 112; AG Oberhausen ZMR 74, 158 u LG Verden JurBüro 76, 812 [abl Schallhorn S 1101]. Seit 1.9.2001 ist MHRG durch §§ 558 ff BGB ersetzt (zur Erledigung im Zusammenhang mit § 558b BGB s AG Düren 31.3.2011 – 47 C 185/10; AG Osnabrück WuM 2011, 474; AG Lübeck WuM 2017, 200; LG Stuttgart 14.8.2015 – 19 T 330/15).

• **Nebenintervention:** s „Streitgenossenschaft und Nebenintervention“; „Zwischenstreit nach § 71“; „Vergleich“ (Kosten der Streithilfe).

• **Negative Feststellungsklage:** s Feststellungsklage.

• **Neues Vorbringen im 2. Rechtszug:** Im Rahmen der Kostenentscheidung nach § 91a ist auch der Rechtsgedanke des § 97 II (Obsiegen auf Grund eines neuen Vorbringens in 2. Instanz) anwendbar (Frankfurt WRP 84, 692; vgl auch BGH NJW-RR 86, 369).



- **Nichtigerklärung eines Gesetzes:** s Gesetzesaufhebung usw.
- **Parteifähigkeit:** Verliert der Bekl während des Rechtsstreits seine Rechts- und Parteifähigkeit, ist die Hauptsache erledigt, sofern die Klage bis zu diesem Zeitpunkt zulässig und begründet war (BGH NJW 82, 238 = JZ 82, 843; NJW-RR 96, 806; sa MK/Schulz Rn 124, str; aa Hamm NJW-RR 88, 1307: keine Sachentscheidung – auch gem § 91a – mehr zulässig; noch aa Koblenz ZIP 98, 967: Sachentscheidung infolge fiktiver Parteifähigkeit; sa § 50 Rn 8). Das Gleiche gilt bei Erlöschen einer rechts- u parteifähigen Personengesellschaft (§ 14 II BGB) mit Gesamtnachfolge ohne Liquidation (BGH NJW 2002, 1207; zur Fortwirkung der Vertretung bei § 91a s § 86 Rn 8a). **Nicht** hierher gehören die als Parteiwechsel zu behandelnden Fälle der Beendigung der gesetzl oder gewillkürten Prozessführungsbefugnis (s vor § 50 Rn 20, 50).
- **Patentnichtigkeitsverfahren** (sa Feststellungsklage): § 91a ist über §§ 84 II, 110 V PatG entspr anwendbar, ohne dass es darauf ankommt, ob die Klage durch das erledigende Ereignis unzulässig oder unbegründet geworden ist (BGH MDR 84, 665 = LM Nr 3 zu § 110 PatG 1981; BPatG 13.3.2017 – 2 Ni 8/15 (EP); 14.11.2012 – 3 Ni 16/12; dazu näher Jestaedt WRP 94, 680). § 91a gilt entspr in kontradiktorisch ausgestalteten *patentamt*l (-gerichtl) und *Rechtsbeschwerde*verf (BGHZ 135, 58 u s Rn 7b).
- **Presserecht:** s Gegendarstellung.
- **Prozesskostenhilfverfahren:** Das PKH-Verf ist kein kontradiktorisches Verf (BGH NJW 2004, 1805, 1806; 15.7.2009 – I ZB 118/08: „der staatliche Daseinsfürsorge zuzurechnendes Antragsverfahren“; s Rn 7; sa § 118 Rn 1, 31). Der nach § 118 zu hörende (spätere) Prozessgegner ist nicht Partei dieses Verf (s § 118 Rn 2). Nur die Staatskasse steht dem Antragsteller ggü (vgl Düsseldorf FamRZ 86, 288; einschr BGH MDR 2001, 1312; dazu krit s § 85 Rn 11; vgl auch BGH NJW 2004, 1806). Erklären die (späteren) Prozessparteien im PKH-Verf die Hauptsache (unzulässig: VGH München NJW 2013, 891) übereinst für erledigt, darf keine Entscheidung nach § 91a ergehen (Brandenburg MDR 2000, 1393; Hamm OLGR 2007, 149, 150; Tschischgale JurBüro 61, 111); das soll auch dann gelten, wenn gleichzeitig mit dem PKH-Antrag bereits für den Fall der PKH-Bewilligung die Klage eingereicht und noch vor ihrer Zustellung für erledigt erklärt wird (so Bamberg OLGR 2001, 122; abw im Hinblick auf die eingetretene Anhängigkeit [s Rn 17] Deubner JuS 2000, 1198 f). Kommt es aber noch zu einer Zustellung der mit eingereichten Klageschrift, ist die Erledigungserklärung als Antrag gem § 269 III 3 auszulegen (s Rn 42); im PKH-Verf *selbst* ist § 269 III 3 nicht anwendbar; eine *einseitige* Erledigungserklärung gilt als Antragsrücknahme (Koblenz NJW-RR 2010, 500), desgl eine unzulässige (s oben) übereinst Erledigung (VGH München NJW 2013, 891).
- **Räumungsklage:** Zieht der Mieter, der die Berechtigung der Kündigung im Räumungsschutzprozess bestreitet, während des Prozesses (vorbehaltslos) aus, erledigt sich der Rechtsstreit in der Hauptsache (*anders* bei Zwangs-räumung: BGH NJW 2014, 2199 Tz 8; sa Rn 5 u unten „ZwV“). Die Herbeiführung des Erledigungsereignisses geht nicht notwendig zu Lasten des Mieters (so LG Stuttgart ZMR 76, 92; LG Hannover ZMR 74, 177, 178; AG Neuss NJW-RR 87, 789; allg s Rn 25). Werden die Mietrückstände nach Einreichung aber *vor Zustellung* der auf Räumung u Zahlung gerichteten Klage beglichen, kommt nunmehr anstelle einer – einseitigen – Erledigungserklärung die privilegierte Klagerücknahme gem § 269 III 3 in Frage (s Rn 42). Nicht erforderl ist, dass es noch zu einer förmll Zustellung der Klage kommt (BGH NJW 2004, 1530); formlose Mitteilung an den Bekl zur Stellungnahme im Verf gem § 269 III 3, IV genügt (LG Düsseldorf NJW-RR 2003, 213; sa § 269 Rn 18e). Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung ist zu berücksichtigen, ob der Mieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen konnte; dabei ist gehörige Geltendmachung zu unterstellen (verkannt von LG Berlin MDR 99, 1436; allg s Rn 26a).
- **Rechts-(Rechtsprechungs-)änderung:** s Gesetzesaufhebung, -änderung, -nichtigserklärung.
- **Rechtsmittelverfahren:** s Anschlussberufung, Beschwerdeverfahren, ferner allg s Rn 19.
- **Rechtsnachfolge:** s Konfusion.
- **Richterablehnung:** Erledigungsereignisse sind die Fälle des endgültigen Ausscheidens des abgelehnten Richters aus dem Verf; idR ohne Mitwirkung an einer Sachentscheidung (s § 46 Rn 18), uU aber auch dann (vgl BGH MDR 2007, 288; StJ/Muthorst Rn 6 Fn 39). Eine Erledigung des Ausgangsverf soll mangels kostenrechtl Selbständigkeit ausscheiden (s Rn 7), im Beschwerdeverf ist sie dagegen mögl (BGH aaO; Rostock NJW-RR 2007, 429; iE Stollenwerk NJW 2007, 3753 f). Die Kostenentscheidung ergeht – ohne Unterscheidung zwischen übereinstimmender und einseitiger Erledigungserklärung – gem § 91a (Rostock aaO; zust Stollenwerk aaO).
- **Säumnisverfahren:** s Versäumnisverfahren.
- **Schadensersatzansprüche nach §§ 302 IV 3, 600 II, 717 II:** Die Wirkungslosigkeit eines erstinstanzialen Urteils infolge übereinstimmender Erledigungserklärung in einer Rechtsmittelinstanz (allg s Rn 12, 18 ff) stellt keine „Aufhebung“ eines für vorläufig vollstreckbaren Urteils iSd § 717 II dar (BGH MDR 72, 765 = NJW 72, 1283). Dies gilt auch im Falle einer einseitigen Erledigungserklärung (BVerwG NJW 81, 699). Grund: Es wird keine Entscheidung über die Richtigkeit des erstinstanzl Urteils getroffen. Kein Fall einer Erledigung liegt vor, wenn während des Schadensersatzprozesses (§§ 302 IV 3, 600 II) der titulierte Anspruch rechtskräftig bestätigt wird; Grund: von Anfang an kein Vollstreckungsschaden (BGH NJW-RR 2005, 1135; allg sa Rn 5).
- **Schuldübernahme:** Befreiende Schuldübernahme erledigt (BGHZ 61, 140, 141, hM); Grund: Beendigung der Passivlegitimation des AltSch (s § 325 Rn 24).

• **Selbständiges Beweisverfahren:** Im Gegensatz zur überwiegenden OLG-Rspr (s 26. Aufl) scheidet nach Auffassung des BGH im sBV sowohl eine einseitige (BGH MDR 2011, 317 Tz 9; MDR 2011, 503; FamRZ 2017, 392) als auch eine übereinstimmende Erledigungserklärung aus (BGH MDR 2007, 1150; MDR 2011, 502; zust Koblenz NJW 2015, 1896 [dazu Seibel IBR 2015, 230]; sa Looft NJOZ 2007, 5595). Damit zwingt der BGH zur Führung von (Erledigungs-)Feststellungsprozessen (vgl Hamm MDR 2007, 621) oder von mat-rechtl Kosten-erstattungsprozessen (vgl Schleswig OLGR 2009, 444; Fischer ZZP 121 [2008], 95). Dass § 494a II keine abschließende Kostenregelung enthält, zeigt sich schon daran, dass der BGH selbst eine Kostenentscheidung gem § 269 III 2 nach Antragsrücknahme bejaht (BGH MDR 2007, 1150 Tz 7 mN), in die idR auch eine einseitige Erledigungserklärung umzudeuten sein soll (BGH MDR 2011, 317 Tz 10; MDR 2011, 503; FamRZ 2017, 392; Koblenz NJW 2015, 1896, str; aA zB Schleswig NJW-RR 2009, 1437); dann muss aber auch eine Kostenentscheidung gem § 269 III 3 in Frage kommen (ohne Begr aA BGH NJW 2011, 1292 Tz 15; s aber LG Lüneburg NJW 2016, 963: In der Anordnung einer Beweiserhebung iSv § 490 II liege keine Entscheidung über ein Recht oder einen Anspruch), wenn der „Anlass für das sBV“ nachträgl entfallen und damit ein Erledigungstatbestand „vor Rechtshängigkeit“ eingetreten ist (iErg m abw Begründung auch München MDR 2014, 1346: Kostenentsch bei Störungsbeseitigung im sBV u zugleich Erfüllungshandlung hins des fiktiven Hauptsacheverf). Vgl auch – krit – Loog NJW 2008, 24; Fellner MDR 2014, 1304; sa allg Herget s § 91 Rn 13 sBV; § 494a Rn 5.

• **Streitgenossenschaft und Nebenintervention:** Bei einfacher Streitgenossenschaft wirkt die Erklärung für jedes Prozessrechtsverhältnis gesondert (s § 61 Rn 8). Bei notwendiger ist zu unterscheiden (s § 62 Rn 25 aE): Im Fall von § 62 Alt 2 (s § 62 Rn 11) müssen sämtl Streitgenossen für erledigt erklären, da die Erledigung nur einheitl eingetreten sein kann (Pape/Notthoff JuS 95, 914 mN; s § 62 Rn 25); allerdings muss die Kostenregelung selbst nicht notwendig einheitl sein (BGH MDR 85, 914, 915); iÜ kann dagegen auch von einem (Teil der) notwendigen Streitgenossen für erledigt erklärt werden (BGH NJW-RR 2011, 618 Tz 19). Zur Kostenverteilung, wenn von 2 beklagten Streitgenossen einer durch Klagerücknahme ausscheidet und iÜ die Hauptsache für erledigt erklärt wird: Frankfurt MDR 63, 317; sa Schneider/Schneider MDR 87, 462. Der **einfache NI** kann der Erklärung der Partei nicht widersprechen (arg § 67, s § 67 Rn 9a, allgM); dies gilt aber auch für den **streitgenössischen Nebenintervention** (§ 69), denn durch die Rechtsstreiterledigung ohne Entscheidung in der Hauptsache wird seine Rechtsposition nicht berührt (München MDR 2000, 1152; Köln OLGR 2003, 313, 314; ThP/Hüßtege Rn 18, str; aA MskV/Flockenhaus Rn 58; BL/Hartmann Rn 78; hier 24. Aufl). Wird der Hauptprozess für erledigt erklärt, ist über die **Kosten der Nebenintervention** unter Berücksichtigung der Erfolgsaussicht des Klagebegehrens zu entscheiden (BGH MDR 85, 914, 915; sa § 66 Rn 19). Bei einer streitgenössischen Nebenintervention braucht die Entscheidung über die Kosten der NI nicht der auf dem Anerkenntnis des Bekl beruhenden Kostenregelung zu folgen (BGH aaO). Schließen die Parteien ohne Mitwirkung des (einfachen) Streithelfers einen **Vergleich** über die Kosten des Rechtsstreits, ist für die Entscheidung über die Kosten der Streithilfe grds der Inhalt des Vergleichs maßgebend (vgl auch BGHZ 154, 351, 354); dagegen ermöglicht bei der streitgenössischen Streithilfe die fehlende Kostenparallelität (s § 66 Rn 19; § 69 Rn 10) im Fall der Erledigung bei der Berücksichtigung des bish Sach- und Streitstands auch eine Kostenentscheidung zu Lasten des NI, zB bei der „räuberischen“ AktionärsNI (s Goslar/Linden WM 2009, 492, 500 f; s § 69 Rn 10; § 101 Rn 8); bei Kostenaufhebung steht dem NI kein KE zu (BGHZ 154, 351; BGH NJW-RR 2005, 1159; Köln MDR 2014, 1107); das gilt auch bei vergleichsw Klagerücknahme (BGH NJW-RR 2004, 1506; s näher unten „Vergleich“ unter aE), dgl bei Klagerücknahme iVm Kostenverzicht des Bekl (Karlsruhe NJW-RR 2009, 1078). Für eine Anwendung des § 91a ist allenfalls bei einer Ausklammerung dieser Kosten Raum (zweifelhaft; s unten „Vergleich“ [a] u näher s § 101 Rn 8, 10).

• **Stufenklage:** Nicht mehr hierher gehören seit 1.9.2009 **Unterhaltssachen** (FamStreitsache iSv §§ 112 Nr 1, 113 I, V Nr 2, 3, 231 ff FamFG), für welche ein bes Antragsverf mit verfahrensrechtl Auskunftspflicht (§ 235 FamFG) und Kostenverteilung nach billigem Ermessen (§ 243 FamFG) geschaffen wurde (sa MK/Schulz Rn 131). Auch wenn dadurch ein Rückgriff auf ZPO-Grundsätze nicht ausgeschlossen ist (vgl BGH MDR 2011, 1439 Tz 23 ff; sa Rn 7b u oben „Freiw Gerichtsbarkeit usw“ u unten „Vergleich“), ist für eine Erledigung einzelner „Stufen“ kein Raum. – Bei der Erledigung der Stufenklage ist zu berücksichtigen, dass der Auskunfts- (Wertermittlungs-, Richtigkeitsversicherungs-)anspruch ledigl ein Hilfsmittel zur Herbeiführung der fehlenden Bestimmtheit des Leistungsanspruchs ist (BGH MDR 2000, 717; hier Greger s § 254 Rn 4), umgekehrt der Zahlungsanspruch (idR) nicht vor Erteilung der Auskunft (usw) beziffert werden kann. Daraus folgt: Der Kl kann im Laufe des Rechtsstreits jederzeit unter Abstandnahme von vorbereitenden Ansprüchen (1., 2. usw. Stufe) auf die bezifferte Leistungsklage übergehen (§ 264 Nr 2); für eine (übereinstimmende oder einseitige) **Erledigungserklärung** ist insoweit (idR) **kein Raum** (BGHZ 94, 275; BGH MDR 2001, 408 mwN; Düsseldorf FamRZ 96, 493; hier s § 254 Rn 12; einschr BGHZ 141, 317 = NJW 99, 2520, 2522 für Auskunfterteilung in der Rechtsmittelinstanz; sa MK/Schulz Rn 131). Wird bei einer Stufenklage **nach Erteilung der Auskunft** die Hauptsache hinsichtl des **Zahlungsantrags** übereinstimmend für erledigt erklärt, muss im Rahmen einer Kostenentscheidung nach § 91a auf den (unbestimmten) Zahlungsantrag des Kl abgestellt werden. War der Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch begründet, hat der Bekl die Kosten zu tragen, auch wenn kein Zahlungsanspruch besteht (so auch Karlsruhe NJW-RR 98, 1454; Hamm FamRZ 93, 1344; Jena FamRZ 97, 219; Nürnberg MDR 2001, 590; Brandenburg MDR 2003, 893 LS; Frankfurt NJW-RR 2006, 1581; Düsseldorf MDR 2012, 1492, str).

Bei der einseitigen Erledigungserklärung des Kl treffen den Bekl die Kosten gem § 91, weil durch die – negative – Auskunft eine *prozessuale* Erledigung des Leistungsanspruchs eingetreten ist: Die ursprüngl zulässig unbeziffert erhobene Klage (vgl § 254) ist nachträgl (durch die Negativauskunft) als solche unzulässig geworden (s Rn 3, 43); auf die (anfängl) Unbegründetheit kommt es im Hinblick auf die Vergünstigung des § 254 nicht an (zutr Frankfurt NJW-RR 87, 964; München OLGR 98, 260; Kassebohm NJW 94, 2731 f, str); nach aA hat der Kl eine Klage auf Feststellung der Pflicht zur Kostentragung umzustellen (so BGH MDR 94, 717; MK/Schulz Rn 131; zust Greger s § 254 Rn 15). Eine entspr Anwendung von § 269 III 3 bei Klagerücknahme erlaubt eine Kostenentscheidung zum Nachteil des Bekl, da mit der Erteilung der – zunächst verweigerten – Auskunft der „Anlass“ für den Leistungsantrag weggefallen ist; die Stufenklage ist zwar zu diesem Zeitpunkt auch insoweit rechtshängig (s § 254 Rn 1), jedoch fehlt noch die erforderl Bezifferung und bestand bish das Verfahrenshindernis der „sukzessiven Verh“ (s § 254 Rn 7, 11), so dass die Rechtsähnlichkeit zum Fall gem § 269 III 3 besteht (so iErg auch MskV/Foerste § 254 Rn 7; s § 269 Rn 13; Foerste, FS Stürner, 2013, S 287 f; § 93 „reziprok“; in Unterhaltssachen „hilft“ § 243 Nr 2 FamFG). Hier Herget s § 91 Rn 13, § 93 Rn 6, jew unter „Stufenklage“.

• **Ungeklärter Sachverhalt** (Prozessausgang): Es erfolgt eine Kostenaufhebung (BGH WM 84, 64, 65; Koblenz NJW-RR 99, 943; LG Stuttgart ZZZP 74 [1961], 132). Zur Frage der Beweiserhebung s Rn 26.

• **Unterlassungsanspruch:** Erledigungsgründe sind: Zeitablauf (s Rn 4), Abgabe einer Unterlassungserklärung (s § 12 I 1 UWG: „beilegen“), Wegfall der Wiederholungsgefahr. **Lit:** Bock, Die einseitige Erledigungserklärung im Unterlassungsrechtsstreit, WRP 87, 8; sa Wettbewerbsprozess, Zwangsvollstreckung.

• **Unzuständiges Gericht:** Durch die Anrufung des unzuständigen Gerichts entstandene ausscheidbare Kosten sind stets dem Kl als Veranlasser aufzuerlegen (Frankfurt OLGR 2005, 647); sa „Verweisung“.

• **Verfassungsbeschwerde:** Bei in der Hauptsache erledigten Vb-Verf kommt eine Auslagenerstattung gem § 34a III BVerfGG in Frage (s näher BVerfG NJW 2011, 3081). Andere verfassungsgerichtl Verf: s Rn 7b aE; 10 aE.

• **Vergleich:** a) Haben sich die Parteien in einem **gerichtl Vergleich** über die Hauptsache und die Kosten geeinigt, ist für eine Entscheidung nach § 91a idR kein Raum (BGH MDR 2014, 1336 Tz 10, 12; BAG NJW 2014, 3741 Tz 42 f; vgl aber sogleich unten). Auch wenn mangels anderer Vereinbarung § 98 eingreift, besteht kein der Entscheidung bedürftiger (zugänglicher) Kostenstreit (Naumburg NJW 2012, 1522); dies gilt iZw auch bei einem Teil-Vergleich (Stuttgart MDR 2008, 1246). Anders, wenn der Vergleich keine (vollständige) Kostenregelung enthält und die Parteien durch (konkludent mögl) Ausschluss des § 98 kundgetan haben, dass der Kostenstreit nicht beigelegt ist („negative Kostenregelung“: s Naumburg NJW 2013, 3255, 3256; sa § 98 Rn 3). Dann ist Raum für eine Entscheidung nach § 91a (BGH NJW 2007, 835; Brandenburg MDR 95, 743; Stuttgart NJW-RR 99, 148; 2011, 1439; Naumburg NJW 2013, 3255, 3256; Saarbrücken ZfSch 2016, 26 Tz 7; LG Essen WuM 2016, 108; aA Karlsruhe MDR 2010, 1079); dabei kann uU auch der Inhalt des Vergleichs (Bsp sogleich unten) und der Umfang des wechselseitigen Nachgebens mit berücksichtigt werden (BGH NJW 2007, 835, 837; Köln NJW-RR 95, 509; Schleswig MDR 2005, 1437; Saarbrücken 12.1.2017 – 4 U 4/15; allg s Rn 24; § 98 Rn 3); insoweit ist aber Zurückhaltung geboten (zutr Stuttgart MDR 2011, 1066; idR aA Bremen OLGZ 89, 100: Kostenverteilung nach dem Vergleichsinhalt; das ist aber von den Parteien uU gerade nicht gewollt: zutr Stuttgart NJW- 2011, 1439, 1440; Celle OLGR 2003, 239). In der Kostenentscheidung gem § 91a zu berücksichtigen sind zB im Vergleich enthaltene Anregungen zur Kostenverteilung (BGH NJW 2007, 835, 836; 1.2.2017 – VII ZR 125/14: als angemessen erachtete Kostenregelung), wie etwa eine angestrebte Kostenregelung (BGH aaO), eine erklärte Kostenübernahme (s Rn 22) oder ein Anerkenntnis der Kostentragungspflicht (s Rn 25). Besteht Streit über die Auslegung einer im Vergleich getroffenen Kostenregelung, gelten I, II 1, § 99 II entspr (Köln NJW-RR 95, 509; Hamm MDR 88, 325; sa §§ 103, 104 Rn 21 – „Prozessvergleich“ unter d, e). Sind in der Kostenregelung eines Vergleichs die Kosten der **Säumenis** ausgenommen, so erfolgt über diese eine Entscheidung gem § 91a (Düsseldorf OLGR 2002, 414). Sind bei einem Vergleich mit Kostenaufhebung gem § 98 die Kosten der (einfachen) **Streithilfe** (s § 101 I) nicht berücksichtigt, gelten für die Kostenverteilung die §§ 98, 101 I unmittelbar (KGR 2008, 885); ein KE des NI gegen den Gegner der unterstützten Partei (auch) mit Hilfe von § 91a scheidet aus (s BGH NJW 2003, 1948; NJW 2006, 3498, 3499 mwN, neuere Rspr; dazu krit Otto/Hollands BauR 2004, 1528; sa § 66 Rn 19; § 101 Rn 8, 11). Sind im Vergleich mit Kostenregelung die Kosten eines streitgenössischen NI (§§ 101 II, 100) übergangen, scheidet auch „analoge“ Anwendung von § 91a aus (BGH MDR 2014, 1356 Tz 9 ff). **Besonderheiten in FamStreitsache:** Bei einem Vergleich in Unterhaltssache ohne Kostenregelung ist im Rahmen der Ermessensentsch gem § 243 FamFG auch § 98 mit zu berücksichtigen (BGH MDR 2011, 1439 Tz 27 ff, 32 f; sa oben „Freiw Gerichtsbarkeit“ usw, „Stufenklage“). – b) Zum **außergerichtl Vergleich** zunächst s § 98 Rn 5. Haben sich die Parteien außergerichtl – mit oder ohne Kostenregelung – verglichen und die Erledigung angezeigt, ist der Rechtsstreit (für das Gericht bindend: s Rn 12) erledigt, und es muss auf jeden Fall – nach aA: nur bei bes Antrag (str, vgl BGH NJW-RR 97, 510 mN) – eine Entscheidung gem § 91a getroffen werden (so insoweit zutr Frankfurt MDR 84, 674; Schleswig JurBüro 93, 746, str; aA zB Hamm AnwBl 82, 73 mN; Saarbrücken NJW-RR 96, 320; ThP/Hüßtege Rn 20: bei fehlender Kostenregelung). Im Rahmen der Ermessensentscheidung (s Rn 24) ist allerdings der Vergleichsinhalt und (bei fehlender Kostenregelung) uU auch der Grundgedanke des § 98 zu berücksichtigen (idR aber nicht gewollt: Bremen OLGR 1995, 16 u dazu Rn 24), str; aA: mutmaßl Prozessausgang auf der Grundlage des Vergleichs (so München NJW 70, 1329) oder (noch aA) ohne den Vergleich entscheidet (so Frankfurt MDR 99, 148; aber: freiw Unterwerfung im außergerichtl Ver-

gleich ist mitzubberücksichtigen, s **Rn 25**). Eine Kostenregelung im Vergleich ist im Beschluss zu übernehmen (Brandenburg MDR 99, 188).

• **Verjährung:** Die *erstmalige* Erhebung der Einrede der Verjährung (§ 214 BGB) ggü einer bei Klageerhebung bereits verjährten Forderung stellt nach der Rspr des BGH und hM ein erledigendes Ereignis dar (grdl BGHZ 184, 128 = MDR 2010, 650 im Anschluss an die Rechtslage bei der Aufrechnung, s dort; LG Karlsruhe NJOZ 2016, 1233; nicht bei vorangegangenen Hinweis der Bekl im sBV „auf großen Zeitraum“); der Rückwirkung der Verjährungseinrede auf den Verjährungseintritt soll keine entscheidende Bedeutung zukommen (BGH aaO Tz 29; LG Karlsruhe NJOZ 2016, 1233; MK/Schulz Rn 133; **aA** die Gegenansicht: Schleswig NJW-RR 86, 38, 39; El-Gayar MDR 98, 699; Cziupka JR 2010, 372). Bei der *übereinstimmenden* Erledigungserklärung besteht iErg kein wesentl Unterschied, da gem **I** zum Nachteil des Kl zu berücksichtigen ist, ob (dass) mit der Geltendmachung der Einrede im Prozess zu rechnen u damit – ggf keine – Klageveranlassung gegeben war (allg s **Rn 26 aE mN**); dagegen führt die Nichtanschliefung (Fall der *einseitigen* Erledigungserklärung) wegen § 91 zu einer Kostenfalle für den Bekl (vgl Fallgestaltung BGH aaO Tz 30 aE). Hinweis gem § 139 ist geboten. Tritt dagegen die Verjährung erst im laufenden Verf ein, bewirkt die Erhebung der Einrede unproblematisch die Erledigung (vgl Köln WRP 2014, 875 Tz 5; Hase WRP 85, 254 ff). Praktische Bedeutung erlangte diese Unterscheidung bish im Verfügungsprozess wegen fehlender Hemmungswirkung des Verfügungsantrags bei kurzen Verjährungsfristen (vgl § 11 UWG, früher § 21 aF UWG; beachte aber nunmehr die **geänderte Rechtslage** gem § 204 I Nr 9 BGB; dazu näher s **vor § 916 Rn 5**); bei Erledigung (kaum noch praktisch) ergeht die Entscheidung gem § 91a dann nach dem bish Sach- und Streitstand unter Ausschluss der Verjährungsfrage; darauf, dass die Verjährung durch Erhebung der Hauptsacheklage hätte gehemmt werden können, kommt es idR nicht entscheidend an (näher Köln aaO Tz 5 f). Eine nach Erledigungserklärung eingetretene Verjährung bleibt unberücksichtigt (AG Hannover NdsRpfl 68, 103; allg s **Rn 44**).

• **Versäumnisverfahren:** Eine übereinstimmende mündl Erklärung der Parteien, dass die Hauptsache erledigt sei, scheidet im Versäumnisverf aus; in Frage kommt aber eine schriftsätzl Erledigungserklärung (s **Rn 10**). Erklärt der Kl im Versäumnisverf die Hauptsache für erledigt, ist dies eine einseitige Erledigungserklärung. Im Rahmen der Schlüssigkeitprüfung muss geprüft werden, ob die Klage zum Erledigungszeitpunkt zulässig und begründet war. Es müsste dann nach allg Grundsätzen ein VU über Erledigungsfeststellung und Kosten ergehen (ebenso Mertins DRiZ 89, 288). Eine verbreitete Praxis begnügt sich mit bloßer Kostenentscheidung. Dies ist unbedenklich, wenn in der Kostenentscheidung eine stillschweigende Erledigungsfeststellung gesehen wird (s **Rn 37, 44, 45; § 331 Rn 5**). Der Bekl kann zusammen mit dem Einspruch (§ 338) der Erledigungserklärung des Kl zustimmen (I 1 Alt 2); bei dessen Wiederholung seiner eigenen Erklärung ist (ohne mündl Verh) gem § 91a zu entscheiden; das VU wird wirkungslos (s **Rn 12**).

• **Verwaltungsstreitverfahren:** Anstelle des § 91a tritt der inhaltl entspr § 161 II VwGO. § 161 II VwGO regelt nur die Beendigung des Verf durch übereinstimmende Erklärung der Beteiligten, dass das Verwaltungsverf in der Hauptsache erledigt sei (Überblick: Deckenbrock/Dötsch JuS 2004, 489, 589 u 689). Jedoch ist diese Vorschrift auch analog anwendbar, wenn *nur* der Kl die Hauptsache für erledigt erklärt (Kopp/Schenke, VwGO, 22. Aufl 2016, Rn 20 zu § 161). Bes Kostenregelungen sind im Rahmen der Entscheidung nach § 161 II VwGO zu berücksichtigen (Kopp/Schenke aaO). IU gelten die zu § 91a ZPO entwickelten Grundsätze (vgl BayVGH BayVBl 84, 501). Zur Erledigung eines Rechtsmittels im Verwaltungsprozess s **Beschwerdeverfahren**. In verwaltungsrechtl Anwalts- u Notarsachen gilt § 61 VwGO entspr (s § 112c I BRAO; § 111b I BNotO); Bsp: AnwGH Frankfurt NJW-RR 2012, 1403.

• **Verweisung (unzuständiges Gericht):** Haben die Parteien **übereinstimmend** die Erledigung der Hauptsache vor einem unzuständigen Gericht erklärt, ist eine Verweisung des Rechtsstreits allein wegen der Kosten nicht mehr mögl, da durch die Erledigungserklärung ein Rechtsstreit in der Hauptsache nicht mehr rechtshängig ist (Frankfurt ZVI 2005, 368; s **Rn 9; § 281 Rn 7**). Über die Kosten hat das Gericht zu entscheiden, bei dem die Hauptsache anhängig war (BGH MDR 2010, 888 = WPR 2010, 776). Hat der Bekl, bevor er der Erledigungserklärung des Kl zugestimmt hat, die Unzuständigkeit des Gerichts gerügt, muss das Gericht im Rahmen einer Kostenentscheidung seine Zuständigkeit prüfen (abw MskV/Flockenhaus Rn 11); allerdings erscheint im Rahmen der Beurteilung der Erfolgsaussichten (s **Rn 24ff**) die Berücksichtigung einer hypothetischen Verweisung geboten, so dass ggf auch eine Belastung des Bekl mit den vollen Kosten in Frage kommt (BGH MDR 2010, 888; ThP/Hüfstege Rn 47; MK/Schulz Rn 200; Emde MDR 95, 239, iErg auch MskV/Flockenhaus Rn 11). § 281 III wirkt sich dann nicht zu Lasten des Kl aus (BGH WRP 2010, 776 Tz 17; sa sogleich unten). Eine Verweisung ist auch dann ausgeschlossen, wenn nur **der Kl** den Rechtsstreit in der Hauptsache für **erledigt erklärt** (München MDR 86, 61, 62). Durch den Widerspruch des Bekl zur Erledigungserklärung des Kl muss das Gericht zwar eine Sachentscheidung treffen, diese ist jedoch notwendig begrenzt auf die Prüfung der Zulässigkeit des Antrags zum maßgebll Zeitpunkt (München aaO, str; aA Vossler NJW 2002, 2373 – aber Verweisung ohne Auswirkung auf den Entscheidungsinhalt ist sinnlos; s allg **Rn 45**). Bei übereinstimmender Erledigung **nach** Verweisung hat der Kl die durch Anrufung des unzuständigen Gerichts verursachten Kosten zu tragen (vgl Stuttgart ZP 74 [1961], 135; Hamburg GRUR 84, 62; arg § 281 III 2).

• **Wechselprozess:** Wird das *Vorverf* eines Wechselprozesses in der Hauptsache für erledigt erklärt, ist der mutmaßl Ausgang des Nachverf im Rahmen einer Kostenentscheidung nach § 91a zu berücksichtigen (Hamm



MDR 63, 317). Wird im *Nachverf* der Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt, wird das (formell rechtskräftige) Vorbehaltsurteil wirkungslos (Frankfurt OLG 96, 69; allg s **Rn 12**).

• **WEG-Verf:** Das Verf ist seit 1.7.2007 Teil der str. Gerichtsbarkeit (§§ 43 ff WEG idF des ÄndG v 26.3.2007, BGBl I 370), für die Erledigung gelten die allg Grundsätze; Sondervorschrift: § 49 I WEG. Zur Erledigung der Beschluss-Anfechtungsklage gem §§ 43 I Nr 4, 46 WEG näher Bonifacio ZMR 2010, 163.

• **Wettbewerbsprozess:** Im Wettbewerbsprozess sind die Grundsätze über die ein- und beidseitige Erledigungserklärung anwendbar (vgl Ahrens/Bornkamm, Wettbewerbsprozess, 8. Aufl 2017, Kap 33 u Kap 54 Rn 5 ff; Melullis, Hdb des Wettbewerbsprozesses, 3. Aufl 2000, Rn 702 ff). Häufigster Fall einer Erledigung ist der Wegfall des Rechtsschutzinteresses (Frankfurt NJW 91, 49; Ulrich WRP 90, 657; Wegfall der Eilbedürftigkeit) und der Wiederholungsgefahr (ausf Ulrich GRUR 82, 16), nach der nF von § 8 III Nr 2 UWG auch der Wegfall der Klagebefugnis (vgl BGH NJW 96, 2730; Ahrens/Bornkamm, Wettbewerbsprozess, 8. Aufl 2017, Kap 33 Rn 11; sa **Rn 4**). Das Rechtsschutzinteresse für eine Hauptsacheklage entfällt dann, wenn Verletzer die einstw Verfügung durch Abschlusserklärung (s § 926 **Rn 4**) als endgültige Regelung anerkennt (Hamm MDR 86, 241; vgl auch Ulrich aaO). Eine durch eine angemessene Vertragsstrafe gesicherte Unterwerfungserklärung (vgl § 12 I 1 UWG) beseitigt die Wiederholungsgefahr (BGH NJW-RR 2006, 566; Hamburg WRP 2015, 377, im Einzelfall verneinend). Dies gilt auch dann, wenn der Verletzer wegen der Verletzungshandlung ggü einem Dritten eine strafbewehrte Unterwerfungsverpflichtung eingegangen ist (Hamm GRUR 84, 68 mwN; Celle OLG 2004, 129; zur Abgabe einer Unterwerfungserklärung bei unterbliebener Abmahnung s KGR 2003, 337). Die Kosten können dem (Verfügungs-)Bekl nicht schon deshalb auferlegt werden, weil er eine Unterwerfungserklärung abgegeben hat (Celle NJW-RR 86, 1061; Karlsruhe WRP 85, 103; Koblenz GRUR 88, 566; allg s **Rn 25**). Zur Kostenverteilung im Falle wiederholter Unterwerfungserklärung s Frankfurt GRUR-RR 2016, 264. Zur Frage der Verjährung von Unterlassungsansprüchen s „Verjährung“, zum Fortfall von Unterlassungstiteln für die Zukunft s „Zwangsvollstreckung“, zur Erledigung von Eilverf im allg s „Arrest und einstw Verfügung“.

• **Zwangsversteigerungsverfahren:** Ein Zwangsversteigerungsverf erledigt sich grds nicht schon dadurch, dass der Sch den betreibenden Gl befriedigt. Jedoch ist über die Kosten des Verf nach § 91a selbständig zu entscheiden, wenn der Beitritt des Gl und damit die Anordnung der Zwangsversteigerung wegen dessen geltend gemachten Anspruchs abgelehnt worden war und dem Rechtsmittel des Gl gegen den ihm nachteiligen Beschluss des AG dadurch die Beschwer genommen wird, dass der Sch den Gl befriedigt (Schleswig Rpfleger 62, 430).

• **Zwangsvollstreckung:** Zur Anwendbarkeit von § 91a auf kontradiktorisch ausgestaltete Verf der ZwV zunächst allg mN s **Rn 7**; dazu gehört das **Erinnerungsverf** (BGH MDR 2010) u das **Rechtsbehelfsverf** (BGHZ 170, 378, 381 = NJW 2007, 2993; hier § 567 **Rn 12** m Bsp). Der Richtervorbehalt des § 20 I Nr 17 S 2 RpfLG gilt auch für eine (isolierte) Kostenentscheidung nach § 91a (LG Frankenthal Rpfleger 84, 361). Bei der „Erledigung“ von (allg und bes) **Vollstreckungsschutzverf** (§ 765a; vgl ferner die Aufzählung in § 788 IV) schließt § 788 die Anwendung von § 91a idR aus (Düsseldorf NJW-RR 96, 637; s § 788 **Rn 20, 26**). Auch soweit iÜ eine Kostenbelastung des Gl nicht vorgesehen ist, ist eine solche auf Antrag des Sch uU auszusprechen (Karlsruhe OLG 2004, 533 für Erteilungsverf gem § 733). – Im **Verf nach § 767** stellt die Aufrechnung ein erledigendes Ereignis dar, wenn die Aufrechnungslage erst nach Schluss der letzten Tatsachenverh des Vorprozesses eingetreten ist (allg s **vor § 322 Rn 62** ff). Rechnet der Vollstreckungsabwehrkläger (Vollstreckungsschuldner) mit einer Forderung auf, die nach Rechtshängigkeit der Vollstreckungsabwehrklage fällig wurde, hat er die Verfahrenskosten entspr § 91a zu tragen. Grund: Zum Zeitpunkt der Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage war diese unbegründet (arg § 389 BGB; Nürnberg JurBüro 64, 835). – Erledigt sich eine ZwV-Hauptsache vor Entscheidung über einen Vollstreckungsantrag nach §§ **887, 888, 890**, so muss eine Kostengrundentscheidung ergehen. Sie ist vom Prozessgericht selbst nach materiellen Gesichtspunkten und nicht vom Kostenrechtspfleger zu treffen (Koblenz AnwBl 84, 217). Im Rahmen der Kostenentscheidung entspr § 91a (sa Göppinger NJW 67, 180) hat das Gericht zu prüfen, inwieweit der Vollstreckungsantrag zulässig und begründet gewesen wäre (vgl BayObLG NJW-RR 97, 489 zu § 888), bei einseitiger Erledigungserklärung, ob er sich erledigt hat (vgl Stuttgart MDR 2010, 1078). – Ein **Ordnungsmittelverf** gem § **890** verliert seine Rechtsgrundlage, wenn der zu vollstreckende Titel seinerseits wegen Erledigung der Hauptsache rückwirkend wegfällt (s **Rn 12, 23**; iE s § **890 Rn 9a**). Betroffene Vollstreckungsakte sind aufzuheben (§§ 775 Nr 1, 776). Der Gl kann allerdings seine Erledigungserklärung auf die Zeit nach dem Erledigungsereignis (*ex nunc*) beschränken, um sich die ZwV wegen Zuwiderhandlungen, die vor dem Erledigungsereignis begangen worden sind, zu erhalten (BGH NJW 2004, 506, 508 f; näher mwN s **Rn 53**). Bei der einseitigen Erledigungserklärung scheidet diese Möglichkeit idR aus (näher s **Rn 45, 53**). – Bei gebotener **Schuldneranhörung** (zB gem § 850b III) kann sich auch das Forderungs-Pfändungsverf erledigen (Bsp: LG Fulda Rpfleger 93, 172). Wegen Leistungen zur **Abwendung der ZwV** und der **ZwV** aus vorläufig vollstreckbaren Titeln s „Erfüllungshandlungen“, zu ZwV-Maßnahmen als Erledigungsereignisse s ferner „Räumungsklage“ sowie BGH MDR 2014, 921 u allg s **Rn 5**. Sa „Ausländisches Urteil“; „Erfüllungshandlungen“.

• **Zwischenstreit nach § 71:** § 91a findet auch in einem selbständigen Zwischenverf nach § 71 Anwendung (Oldenburg VersR 66, 1173). Zur Nebenintervention s näher „Streitgenossenschaft und Nebenintervention“ und „Vergleich“ unter a [aE].



## § 411 Schriftliches Gutachten

(1) Wird schriftliche Begutachtung angeordnet, setzt das Gericht dem Sachverständigen eine Frist, innerhalb derer er das von ihm unterschriebene Gutachten zu übermitteln hat.

(2) Versäumt ein zur Erstattung des Gutachtens verpflichteter Sachverständiger die Frist, so soll gegen ihn ein Ordnungsgeld festgesetzt werden. Das Ordnungsgeld muss vorher unter Setzung einer Nachfrist angedroht werden. Im Falle wiederholter Fristversäumnis kann das Ordnungsgeld in der gleichen Weise noch einmal festgesetzt werden. Das einzelne Ordnungsgeld darf 3000 Euro nicht übersteigen. § 409 Abs. 2 gilt entsprechend.

(3) Das Gericht kann das Erscheinen des Sachverständigen anordnen, damit er das schriftliche Gutachten erläutere. Das Gericht kann auch eine schriftliche Erläuterung oder Ergänzung des Gutachtens anordnen.

(4) Die Parteien haben dem Gericht innerhalb eines angemessenen Zeitraums ihre Einwendungen gegen das Gutachten, die Begutachtung betreffende Anträge und Ergänzungsfragen zu dem schriftlichen Gutachten mitzuteilen. Das Gericht kann ihnen hierfür eine Frist setzen; § 296 Abs. 1, 4 gilt entsprechend.

I, II u III geändert durch G zur Änderung des Sachverständigenrechts ua v 11.10.2016 (BGBl I 2222).

- 1) **1) Form der Begutachtung:** Ges Regelfall ist, wie sich aus § 402 iVm §§ 373 ff ergibt, die mündl Gutachtens-erstattung durch **Vernehmung** des SV. Nach I kann aber (als bes Verf iSv § 358) **schriftl Begutachtung** angeordnet werden. Diese steht im Ermessen des Gerichts; einer Zustimmung der Parteien bedarf es nicht. Von ihr wird in der Praxis zumeist Gebrauch gemacht, was bei komplexeren Beweisfragen auch sachgerecht ist (gründlichere Ausarbeitung, bessere Nachvollziehbarkeit für Gericht und Parteien, mündl Erläuterung bleibt gleichwohl mögl, s III). Zur Vermeidung des oft erheblichen Zeit- und Kostenaufwands ist aber zu prüfen, ob im Einzelfall mündl Gutachtens-erstattung ausreicht (Schneider/Schmaltz NJW 2011, 3270, 3272). Entspr Auftrag schließt Erstellung schriftl Unterlagen zur Unterstützung des Vortrags nicht aus (Köln MDR 2015, 856). Protokollierung: § 160 III Nr 4.– Zur Verwertung von Privatgutachten und schriftl Gutachten aus anderen Verf s **vor § 402 Rn 11**; § 411a.
- 2) **2) Verfahrensablauf bei schriftl Begutachtung:** **Anordnung** durch Beweisbeschluss (§ 358), der zweckmäßigerw zugleich die Ernennung des SV (§ 404 I), die Fristbestimmung nach I sowie ggf die Festsetzung des Auslagenvorschusses (s **§ 379 Rn 1 ff**) enthält. Sodann **Erteilung des Gutachtensauftrags** an den ernannten SV (ggf nach Eingang des Auslagenvorschusses) unter Beachtung von § 404a und (seit 15.10.2016; s **Rn 8**) mit **obligatorischer Fristsetzung (I)**. Nach Eingang des Gutachtens (als unterschriebenes Schriftstück oder signiertes elektron Dokument nach § 130a) **Überprüfung** der formalen und inhaltl Anforderungen, ggf Verlangen von Nachbesserung. Übersendung von Abschriften an Parteien mit **Aufforderung nach IV**, idR mit Fristsetzung (s **Rn 7**). Falls beantragt oder vom Gericht für nötig befunden, **Anordnung schriftl Erläuterung bzw Ergänzung (III 2)** oder **Ladung zur mündl Erläuterung (III 1)**, ggf zur **Befragung durch die Parteien** (§§ 402, 397; s **Rn 4**; zum Auslagenvorschuss s **§ 379 Rn 1, 3**). **Einführung in die mündl Verh** durch Vortrag der Parteien gem § 285 II (BGH NJW 1961, 2308), idR mittels Bezugnahme nach § 137 III. Ggf mündl Ausführungen des geladenen SV mit ausführl Protokollierung (BGH NJW-RR 1993, 1034, 1035). Abschließend **Erörterung u Verh des Beweisergebnisses** (§§ 279 III, 285 I), ggf **erneute Anhörung** des SV (BGH NJW 1986, 2886) oder Gelegenheit zu **nachträgl Stellungnahme** nach Vorliegen des Protokolls zwecks rechtl Gehörs (BGH NJW 2009, 2604; NJW 1982, 1335; s **§ 285 Rn 2**). Beachtl Ausführungen (auch in nicht nachgelassenem Schriftsatz) erfordern **Wiedereröffnung der mündl Verh** (BGH MDR 2011, 160).
- 3) **3) Mündl Erläuterung des schriftl Gutachtens: a) Anordnung von Amts wegen (III)** nach Ermessen des Gerichts; bei Unklarheiten und Zweifeln ist es hierzu jedoch verpflichtet, sofern eine schriftl Erläuterung oder Ergänzung (III 2) nicht ausreichend erscheint oder nicht gleich nach § 412 ein anderer SV beauftragt wird (BGH NJW 2011, 852, 855); auch Einwände gegen das Gutachten in einem Parteigutachten können hierzu Anlass geben (BGH NJW-RR 98, 1527, 1528; NZV 97, 72; MDR 92, 407). Der Anordnung vAw steht nicht entgegen, dass ein entspr Antrag einer Partei wegen Verspätung zurückzuweisen wäre (BGH NJW-RR 98, 1527, 1528; MDR 89, 535).
- 4) **b) Anordnung auf Antrag einer Partei** ist (unabhängig von § 411 III) stets geboten nach § 402 iVm § 397 (BGHZ 6, 398; BGH NJW 98, 162; NJW-RR 2001, 1431). Nichtbeachtung verletzt grds (Ausnahmen: s **Rn 5**) rechtl Gehör (BVerfG NJW 98, 2273; 2012, 1346; NJW-RR 2013, 626); Berufungsgericht muss wiederholtem Antrag stattgeben (BGH MDR 2005, 1308). § 398 und auch ein früher erklärtes Einverständnis mit schriftl Begutachtung stehen nicht entgegen, denn bei der Anhörung des SV soll das Gutachten nicht wiederholt, sondern der Partei Gelegenheit gegeben werden, Fragen zur Erläuterung u Ergänzung zu stellen (zur vorherigen Mitteilung dieser Fragen s IV u **Rn 7**). Kann die Partei dieses Recht nur mit Unterstützung eines eigenen SV sachgerecht ausüben, muss bei dessen Verhinderung einem Verlegungsantrag entsprochen werden (Karlsruhe VersR 2011, 1284 [Jahns]). Durch den Antrag auf Ladung des SV wird das Gericht nicht gehindert, zunächst eine schriftl Erläuterung einzuholen; von der Ladung kann es aber auch dann nur absehen, wenn die Partei, ggf

nach Anfrage, ihren Antrag zurücknimmt (BGH VersR 2015, 257; MskV/Huber Rn 7). Hat das Gericht gem § 412 einen neuen SV beauftragt, ist es zur Vorladung des früheren nur noch dann verpflichtet, wenn es auch dessen Gutachten verwerten will (unklar BGH NJW 2011, 852, 855).

**Ausnahmen:** Als missbräuchl zurückgewiesen werden darf (im Urteil) ein Antrag, wenn das schriftl Gutachten vollständig und überzeugungsfähig ist, der Antrag aber gleichwohl nicht begründet wird (BGHZ 24, 9, 14; BAG MDR 68, 529; Rixecker NJW 84, 2135, 2137; Ankermann NJW 85, 1204, 1205) oder in seiner Begründung die Ankündigung abwegiger, bereits eindeutig beantworteter oder beweisunerhebl Fragen enthält (Saarbrücken OLGR 2004, 379; Oldenburg OLGR 98, 17; Hamm MDR 85, 593; s § 397 Rn 3). Dass das Gericht das Gutachten für ausreichend und überzeugend hält, reicht für sich alleine aber nicht (BVerfG NJW 2012, 1346; BGH NJW 97, 802; 98, 162; NJW-RR 2003, 208). Zur Präklusion wegen Verspätung des Antrags s Rn 7.

**c) Sonderfälle:** Bei **Behördengutachten** (s vor § 402 Rn 8) kommt eine persönl Vorladung nach § 411 III nicht in Betracht (vgl Celle NJW 73, 203 u Frankfurt MDR 83, 327 zum Gebührengutachten der RA-Kammer). Ergibt sich in einem solchen Fall die Notwendigkeit einer Erläuterung des Gutachtens, so kann entweder eine ergänzende Stellungnahme der Behörde angefordert oder ein Bediensteter (zB der Gutachtenersteller) geladen werden (vgl BGHZ 62, 93, 95 für den Gutachterausschuss gem §§ 192 ff BauGB). Hierin liegt eine nachträgl Bestellung dieser Person zum SV und die Beauftragung mit der Erstattung eines mündl Gutachtens (BGH NJW 98, 3355). – Ein **im Ausland wohnender SV** kann, wenn er nicht zum Erscheinen bereit ist, nur im Wege internat Rechtshilfe (§ 363) angehört werden (BGH MDR 80, 931).

**4) Mitwirkungspflicht der Parteien (IV):** Damit das Gericht möglichst kurzfristig über den weiteren Prozessablauf entscheiden kann, verlangt IV 1, dass die Parteien ihre Einwendungen, Anträge oder Fragen zu den Gutachten in angemessener Zeit nach Übermittlung des Gutachtens vorbringen. Die Fragen müssen nicht abschließend ausformuliert werden; es genügt die allg Angabe, in welcher Richtung eine weiter gehende Aufklärung gewünscht wird (BGHZ 24, 9, 15). Die Dauer wird maßgeb durch die obj Schwierigkeit der Beweisfrage und Verständlichkeit des schriftl Gutachtens bestimmt (vgl Düsseldorf NJW-RR 96, 1527 u Celle MDR 2001, 108: 10 bzw 12 Wochen zur Prüfung eines schwierigen technischen Gutachtens). Eine Präklusionswirkung hat diese Regelung jedoch nur, wenn den Parteien (am besten zugleich mit der Übersendung des Gutachtens) durch zuzustellenden Gerichtsbeschluss mit Hinweis auf diese Wirkung eine **Ausschlussfrist** nach IV 2 gesetzt wird (BGH NJW-RR 2006, 428); Verfügung des Vors reicht nicht (BGH NJW-RR 2001, 1432; MskV/Huber Rn 7; sa § 296 Rn 8c ff). Auch ein erst in der mündl Verh gestellter Antrag ist aber nicht verspätet, wenn sich der Grund zur Antragstellung erst in ihr ergeben hat (BGH MDR 2009, 163).

**5) Befristung des Gutachtensauftrags** ist seit Inkrafttreten des neu gefassten I (15.10.2016) bei allen SV-Bestellungen **obligatorisch**. Geht das Gutachten nicht fristgerecht ein, darf der Richter sich nicht mit einer Sachstandsanfrage begnügen. Vielmehr ist idR eine **Nachfrist mit Ordnungsgeldandrohung** zu setzen (II). Vorherige Rücksprache mit Hinweis auf die Haftung für Schäden durch Verzögerung (s vor § 402 Rn 18) kann sich empfehlen (Koblenz VersR 2015, 474). **Nach Ablauf der Nachfrist soll** durch Beschluss des Gerichts ein **Ordnungsgeld** bis zu 3000 Euro festgesetzt werden (die bisherige **Kann**-Regelung wurde ab 15.10.2016 verschärft; zu Einzelheiten s § 380 Rn 5f), sofern keine genügende Entschuldigung (entspr § 381) vorliegt (zu den Anforderungen Celle NJW 72, 1524; Koblenz VersR 2015, 474). Keine (ersatzw) Haft, keine Vorführung. Nach erneuter Fristsetzung und Androhung ist **nochmalige Festsetzung** von Ordnungsgeld mögl. Führt diese gleichfalls nicht zum Erfolg, ist Gutachtensverweigerung anzunehmen. Wenn das Gericht diese Reaktion bei der letzten Fristsetzung ankündigt, sind sodann weitere Maßnahmen nach § 409 mögl. Auf die Streitfrage, ob § 411 II 3 zu weiteren Ordnungsmaßnahmen berechtigt (abl Koblenz OLGR 2001, 369), kommt es dann nicht an. Gegen die Anordnung von Ordnungsmitteln, nicht schon gegen die Fristsetzung oder die Androhung **sof Beschwerde** (II iVm § 409 II; Einzelheiten s § 380 Rn 10). Mit ihr kann fehlendes Verschulden geltend gemacht werden; Nichtanzeige von Hinderungsgründen (§ 407a I) schließt dies aus (Oldenburg MDR 2012, 247). Zur SV-Vergütung s § 413 Rn 7.

**6) Gebühren:** a) **Gericht:** keine. – b) **RA:** keine Beweisgeb. Im Fall des III kann die „Zusatzgeb“ VV 1010 entstehen. Die Tätigkeit nach IV ist durch die VerfGeb VV 3100 abgegolten.

## § 411a Verwertung von Sachverständigengutachten aus anderen Verfahren

Die schriftliche Begutachtung kann durch die Verwertung eines gerichtlich oder staatsanwaltschaftlich eingeholten Sachverständigengutachtens aus einem anderen Verfahren ersetzt werden.

**1) Bedeutung:** Die Vorschrift soll vermeiden, dass das Gericht über einen Lebenssachverhalt, der bereits in einem anderen Verf begutachtet worden ist, ein neues SV-Gutachten erstellen lassen muss, weil die Verwertung des früheren Gutachtens als Urkundenbeweis (s vor § 402 Rn 11) nicht ausreicht. Das Gericht soll das bereits

dung: § 826 I). Die Nichtbeachtung wesentlicher Formvorschriften (zB II Nr 1, 4 [mit 3], 5) schmälert oder beseitigt die Beweisraft.

- 10 **V) Rechtsbehelf** bei Verstoß des GV: Erinnerung nach § 766 (dann: sof Beschwerde nach § 793).
- 11 **VI) Eine Berichtigung** von Protokollunrichtigkeiten kann durch den GV erfolgen (§ 164 I entspr; vgl zur Form: § 7 I Nr 7 S 2, 3 GVGA), nicht aber im Erinnerungsverfahren oder durch das Rechtsmittelgericht vorgenommen werden (vgl Braunschweig DGVZ 92, 120; sa § 164 Rn 11).
- 12 **VII) Gebühren** des GV: für die Protokollaufnahme keine. Die Zeit für die Aufnahme des Protokolls ist bei der Berechnung des Zeitaufwandes für die Amtshandlung mit einzurechnen, wenn die Höhe der Geb von der Dauer der Amtshandlung abhängt (GV-KV 500).

## § 763 Aufforderungen und Mitteilungen

(1) Die Aufforderungen und sonstigen Mitteilungen, die zu den Vollstreckungshandlungen gehören, sind von dem Gerichtsvollzieher mündlich zu erlassen und vollständig in das Protokoll aufzunehmen.

(2) Kann dies mündlich nicht ausgeführt werden, so hat der Gerichtsvollzieher eine Abschrift des Protokolls zuzustellen oder durch die Post zu übersenden. Es muss im Protokoll vermerkt werden, dass diese Vorschrift befolgt ist. Eine öffentliche Zustellung findet nicht statt.

- 1 **I) Zweck.** Schutz des Sch (sonst Beteiligter) mit Gewährung rechtl Gehörs und Benachrichtigung bei Abwesenheit, zugleich Beweissicherung.
- 2 **II) Mündl** zu erlassen und zu protokollieren sind nur **Aufforderungen**, die zu Vollstreckungshandlungen (§ 762 Rn 2) gehören. Die Aufforderungen selbst sind in der **GVGA**, nicht aber in der **ZPO** geregelt; zB die Aufforderung zu leisten (§ 59 II GVGA; auch bei Abwesenheit des Sch: AG München DGVZ 81, 141), die Aufforderung, bewegliche Habe vorzuzeigen und Zimmer sowie Behältnisse zu öffnen (§ 81 I GVGA). Zu **Mitteilungen**: s zB §§ 808 III, 811b II, III, 826 III.
- 3 **III) Aufforderungen und Mitteilungen**, die mündl nicht ausgeführt werden konnten, sind durch **Übersendung** einer (begl: § 192 II 2) **Abschrift des Protokolls** bekannt zu geben (**II**; sa § 63 V GVGA). Die Übersendung erfolgt an den Sch (nicht an Prozess-, General- oder ZustBev) durch gewöhnlichen **Brief**; wenn nach dem Ermessen des GV so ein sicherer Zugang nicht wahrscheinlich ist, mit **Zustellung** (§ 63 V GVGA). Diese Zustellung durch den GV (§ 192 I) erfolgt nach §§ 193-194 und in entspr Anwendung der §§ 177-181 (sa § 63 V 2 GVGA). Eine **öffentl Zustellung** findet nicht statt (II 3); die Mitteilung unterbleibt, wenn der **Aufenthalt** des zu Benachrichtigenden **unbekannt** ist. Das ist nicht schon der Fall, wenn eine Nachricht mit dem Vermerk „Empfänger unbekannt verzogen“ zurückkommt; dann muss vielmehr eine weitere Nachforschung, die der Gl im üblichen Umfang nach dem Aufenthaltsort des Sch anstellt, erfolglos bleiben (vgl LG Essen MDR 73, 414). II bezieht sich nicht auf die Mitteilung an die Beteiligten über die Antrags erledigung.
- 4 **IV) Verstoß:** Ordnungsvorschrift; eine Verletzung berührt die Wirksamkeit der ZwV daher nicht.

## § 764 Vollstreckungsgericht

(1) Die den Gerichten zugewiesene Anordnung von Vollstreckungshandlungen und Mitwirkung bei solchen gehört zur Zuständigkeit der Amtsgerichte als Vollstreckungsgerichte.

(2) Als Vollstreckungsgericht ist, sofern nicht das Gesetz ein anderes Amtsgericht bezeichnet, das Amtsgericht anzusehen, in dessen Bezirk das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll oder stattgefunden hat.

(3) Die Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts ergehen durch Beschluss.

- 1 **I) 1) Vollstreckungsgericht** ist das Amtsgericht (I), auch bei der Vollstreckung des Titels eines Arbeits- oder Sozialgerichts. Diese Zuständigkeit geht auf das Rechtsmittelgericht über (Devolutiveffekt; sa BGH 31.5.2017 – VII ZB 2/17 juris Tz 7 mwN [für zulässiges Rechtsmittelverfahren]). Bei der Arrestvollziehung wird in den Fällen von § 930 I 3, § 931 III das Arrestgericht als Vollstreckungsgericht tätig. Das Verwaltungsgericht des ersten Rechtszuges ist Vollstreckungsgericht für die Vollstreckung verwaltungsgerichtl Entscheidungen (vgl § 167 I 2, § 170 VwGO). **Nicht** als Vollstreckungsgericht, sondern als Vollstreckungsorgan werden das Prozessgericht (§§ 887, 888, 890; sa Hamm NJW-RR 86, 420) und das GBA (§§ 866 f) tätig.
- 2 **2) Die Geschäfte** des Vollstreckungsgerichts sind – mit Ausnahme der Entscheidung über die Erinnerung (§ 766) – dem **Rechtspfleger** übertragen (§ 20 I Nr 17 RPflG). Zum Richtervorbehalt für die Haftanordnung: § 4 II Nr 2 RPflG.