

## Zivilprozessrecht

Bearbeitet von

Von Prof. Dr. Wolfgang Grunsky, Rechtsanwalt, Richter am Oberlandesgericht a.D., Fortgeführt von Prof. Dr. Florian Jacoby

16. Auflage 2018. Buch. XXXIX, 316 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 8006 5790 2  
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Zivilverfahrensrecht  
allgemein, Gesamtdarstellungen](#)  
[Zu Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**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.

### 3. Beschränktes Anerkenntnis

Das Anerkenntnis kann auch inhaltlich beschränkt werden (zB Anerkenntnis der eingeklagten Leistung nur Zug um Zug gegen Erbringung einer Gegenleistung,<sup>22</sup> oder Anerkenntnis der Klageforderung bei Aufrechnung mit Gegenforderung). In derartigen Fällen kann zwar kein Anerkenntnisurteil ergehen (es sei denn, der Kläger passt seinen Klageantrag an, indem er etwa selbst nur noch Verurteilung Zug um Zug beantragt), doch hat das Gericht die anerkannte Rechtsfolge **ohne weitere Überprüfung** seinem Urteil zugrunde zu legen.<sup>23</sup>

412

## III. Klageverzicht

Das **Gegenstück zum Anerkenntnis** ist der Klageverzicht (§ 306). Er führt auch ohne Antrag des Beklagten zu einem Verzichtsurteil, das wie ein streitiges klageabweisendes Urteil in Rechtskraft erwächst. Im Gegensatz zum Anerkenntnis (→ Rn. 408) kann der Verzicht nur in der **mündlichen Verhandlung** erklärt werden. Er ist in das Protokoll aufzunehmen (§ 160 III Nr. 1). Er ist von der Klagerücknahme zu unterscheiden (→ Rn. 422). In der Praxis kommt er so gut wie nie vor,<sup>24</sup> was vor allem darauf beruht, dass es anders als beim Anerkenntnis (§ 93) keine Möglichkeit gibt, dass die unterliegende Partei die Kostenlast auf den obsiegenden Gegner abwälzen kann.

413

## C. Das Geständnis – Das Nichtbestreiten

Das Anerkenntnis beruht auf der Dispositionsmaxime (→ Rn. 84). Im Gegensatz dazu ergibt sich das **Geständnis aus der Verhandlungsmaxime** (→ Rn. 96). Es bezieht sich auf Tatsachen, bindet das Gericht, macht also eine Beweisaufnahme überflüssig (§ 288 I). Das Geständnis ist unwiderruflich (Ausnahme: § 290).

414

### I. Form

Das Geständnis wird **in der mündlichen Verhandlung** oder zu Protokoll eines beauftragten oder ersuchten Richters **abgegeben** (§ 288 I). Das Geständnis braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden. Ein schlüssiges Verhalten kann genügen, sofern es den Rückschluss auf einen Geständniswillen erlaubt.<sup>25</sup> Daran fehlt es vor allem dann, wenn sich die Partei zu einem Vorbringen des Gegners lediglich nicht äußert, dieses also insbesondere nicht bestreitet. Dann greift nur § 138 III (→ Rn. 419), nicht dagegen § 288 ein.

415

Ein »Geständnis«, das in einem **vorbereitenden Schriftsatz** enthalten ist, ist lediglich eine Ankündigung. Es kann daher bis zur Erklärung in der mündlichen Verhandlung jederzeit und ohne die Schranken des § 290 »widerrufen« werden. Ein vor Prozessbeginn – etwa in einem Schriftwechsel – abgegebenes **außergerichtliches** Geständnis

22 BGHZ 107, 142 = NJW 1989, 1934.

23 BGHZ 107, 142 (147) = NJW 1989, 1934; aA Musielak/Voit/*Musielak* ZPO § 307 Rn. 6.

24 S. aber BGH JZ 1988, 106.

25 BGH NJW 1991, 1683; s. weiter BGH NJW 1994, 3109: ausdrückliches Außerstreitstellen einer gegnerischen Behauptung als Geständnis.

ist kein »Geständnis« iSd § 288. Es kann im Wege des Urkundenbeweises in den Prozess eingeführt und vom Gericht frei gewürdigt werden. Gleches gilt von einem in einem anderen Prozess zwischen denselben Parteien abgegebenen Geständnis.

Im **Anwaltsprozess** kann die Partei zwar dem Geständnis ihres Anwalts entgegentreten, aber selbst kein Geständnis abgeben (s. § 85 I 2; → Rn. 245). Erklärungen der Partei im Rahmen einer Parteivernehmung (§§ 445 ff.; → Rn. 593 ff.) oder einer Parteianhörung (§§ 137 IV, 141) enthalten niemals ein Geständnis.<sup>26</sup> Insoweit hat das Gericht die Aussage nach § 286 frei zu würdigen.<sup>27</sup>

## II. Inhalt

- 416 Das Geständnis bezieht sich auf tatsächliche Behauptungen des Gegners.

### 1. Tatsachen

Dass sich das Geständnis auf **Tatsachen** beziehen muss, braucht nicht wörtlich genommen zu werden. Auch **Rechtsbegriffe** wie Eigentum, Kauf, Miete können Gegenstand eines Geständnisses sein. Selbst schwierigere präjudizielle Rechtsverhältnisse, wenn sich der Zugestehende ihrer Bedeutung bewusst ist (sog. eingekleidete Tatsachen)<sup>28</sup>. Hingegen kann sich das Geständnis **nicht auf Rechtsausführungen** des Gegners beziehen.

**Beispiele:** In dem Bauprozess des K gegen B gesteht B zu, dass er den Bau »abgenommen« habe (§ 640 BGB). Dann gilt § 288, wenn sich die gestehende Partei über die rechtliche Bedeutung des Begriffs »Abnahme« im Klaren ist.

Hat das Gericht Anlass zu der Annahme, dass Unklarheiten bestehen können (die Partei gesteht etwa zu, »Eigentümer« einer Sache zu sein, verwechselt aber möglicherweise »Eigentum« und »Besitz«), muss es nach § 139 I einen detaillierten Tatsachenvortrag anregen und darf nicht etwa nach § 288 ohne Weiteres vom Eigentum der Partei ausgehen.

B »gesteht eins«, er hafte nach § 823 I BGB, aber das Mitverschulden des K überwiege. Auf diese Rechtsausführungen ist § 288 indes nicht anzuwenden, s. aber inhaltlich beschränktes Anerkenntnis (→ Rn. 412).

### 2. Klagegegner

- 417 Das Geständnis muss tatsächliche Behauptungen des Gegners zum Gegenstand haben. Ein **qualifiziertes Geständnis** liegt vor, wenn eine Partei das Geständnis mit Angriffs- oder Verteidigungsmitteln verbindet (§ 289).

**Beispiel:** B gibt zu, dass er von K ein Darlehen erhalten habe; aber die Rückzahlung sei ihm gestundet worden.

Von einem **vorweggenommenen** (antezipierten) **Geständnis** spricht man, wenn es erfolgt, bevor der Gegner eine entsprechende Behauptung aufgestellt hat. Bindend wird es nach hM erst, wenn sich der Gegner darauf beruft; tut er das nicht, so hat das Gericht das »Geständnis« frei zu würdigen (§ 286).

---

26 BGHZ 129, 108 (109ff.) = NJW 1995, 1432; BGH NJW-RR 2009, 1272 Rn. 8, 10.

27 BGH NJW 1999, 363 (364).

28 BGH NJW-RR 2007, 1563 Rn. 16.

### III. Wirkung

Das Geständnis **bindet das Gericht** (keine freie Würdigung nach § 286), macht also 418 eine **Beweisaufnahme überflüssig** und darüber hinaus sogar unzulässig. Bei einer Zeugenvernehmung über eine andere als die zugestandene Tatsache darf das Gericht also den Zeugen auch dann nicht über diese Tatsache vernehmen, wenn es den Eindruck hat, er könnte dazu etwas sagen. Gebunden ist auch die Partei, sofern nicht die Voraussetzungen für einen Widerruf nach § 290 vorliegen.

Zum wahrheitswidrigen Geständnis → Rn. 117.<sup>29</sup>

### IV. Nichtbestreiten

Dem Geständnis **gleichgestellt** ist das Nichtbestreiten **einer tatsächlichen Behauptung** des Gegners (§ 138 III). Das Gericht hat also die nicht bestrittene Tatsache dem Urteil ebenso zugrunde zu legen, wie wenn sie zugestanden worden wäre. Über die Tatsache ist also nicht etwa Beweis zu erheben. Anders als beim Geständnis kann jedoch das Bestreiten bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung grundsätzlich nachgeholt werden. Eine zeitliche Grenze wird hier nur durch die Vorschriften über die Zurückweisung verspäteten Vorbringens gezogen (→ 162 ff.). 419

**Beispiele:** Dem Nichtbestreiten steht das **unsubstantiierte** Bestreiten gleich: »Was der Kläger vorgetragen hat, ist unwahr und wird bestritten.« oder pauschales Bestreiten wie »alles nicht ausdrücklich Zugestandene wird bestritten«. Die in der Praxis nicht seltene Formulierung: »... soll nicht bestritten werden« kann uU ein Geständnis sein, fällt aber in der Regel unter § 138 III, ist also widerruflich.<sup>30</sup>

### V. Erklärung mit Nichtwissen

In der Praxis nicht selten ist eine Erklärung mit Nichtwissen: Der Gegner erklärt, dass er von der behaupteten Tatsache »nichts wisse«. Bei Zulässigkeit stellt diese Erklärung ein Bestreiten dar, sodass der Gegner seine Behauptung beweisen muss.<sup>31</sup> Allerdings ist Vorsicht geboten, weil eine solche Erklärung über **eigene Handlungen und Wahrnehmungen der Partei nicht zulässig** ist (§ 138 IV). Wird sie hinsichtlich solcher Tatsachen doch abgegeben, gilt dies als Nichtbestreiten mit der Wirkung des § 138 III. 420

**Beispiel:** K macht gegen B einen Anspruch aus einem Verkehrsunfall geltend, den der Erblasser E des B verursacht hat. Wenn sich B über den Unfallhergang – den er nicht gesehen hat – »mit Nichtwissen erklärt«, liegt darin ein zulässiges Bestreiten (als »unbekannt«). Behauptet aber K, der Kotflügel des Pkw des E sei beschädigt gewesen, liegt – wenn B das Unfallfahrzeug kennt – in der Erklärung mit Nichtwissen ein Nichtbestreiten mit der Folge des § 138 III.

Eine Erklärung mit Nichtwissen ist über den Wortlaut von § 138 IV hinaus auch dann nicht zulässig, wenn die Partei sich in ihrem eigenen Wahrnehmungsbereich **leicht Kenntnis** über das Vorgefallene **verschaffen** kann.<sup>32</sup> So kann zB die Partei den mit der

29 S. BGHZ 37, 154 = NJW 1962, 1395.

30 BGH NJW 1983, 1496.

31 Vgl. BGH NJW 2009, 2894 Rn. 23.

32 BGH NJW-RR 2009, 1666 Rn. 16.

Durchführung von Baumaßnahmen beauftragten Dritten, bei denen es zu Schäden gekommen ist, befragen. Dabei sind die Anforderungen an die Informationspflicht freilich nicht hoch anzusetzen.<sup>33</sup>

**Literatur:** Huber, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Prozessaufrechnung des Beklagten JuS 2008, 1050; Kapitza/Wiebke, Aus der Praxis: Anerkennen oder Versäumnisurteil erdulden?, JUS 2008, 882; Musielak, Die Aufrechnung des Beklagten im Zivilprozeß, JuS 1994, 817; Schreiber, Grundprobleme der Prozeßaufrechnung, JA 1980, 344; Wolf, Prozessaufrechnung – Teil 1, JA 2008, 673; Wolf, Prozessaufrechnung – Teil 2, JA 2008, 753.

### Übersicht 10 Das Verhalten des Beklagten zur Klage

Möglichkeiten	Begriffe	Folgen
1. Antrag auf Klageabweisung	<p>kann beruhen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) auf Leugnung der Klagetatsachen Beweislast beim Kläger</li> <li>b) auf rechtshindernder (zB § 138 BGB) oder rechtsvernichtender (zB Erfüllung, Aufrechnung) Einwendung (in der ZPO: »Einrede«)</li> <li>c) auf Einrede iSd BGB (zB Verjährung) Beweislast für b und c beim Beklagten</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) führt zur Beweisaufnahme bezüglich der bestrittenen Tatsachen, wenn und soweit diese schlüssig sind.</li> <li>b) im Falle der Nichtaufklärbarkeit: Urteil entsprechend der Beweislast</li> </ul>
2. Anerkenntnis	<p>prozessuale Erklärung des Beklagten, dass das mit der Klage geltend gemachte Recht besteht. Gegenstück: Klageverzicht</p>	<p>Anerkenntnisurteil: § 307 beachte: § 93 (Kostentragungspflicht des Klägers)</p>
3. Geständnis	<p>prozessuale Erklärung einer Partei, dass eine tatsächliche Behauptung des Gegners richtig ist (§ 288; im Allgemeinen gleichgestellt: Nichtbestreiten, § 138 III)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) keine Beweise nötig (§ 288 für das Gericht bindend)</li> <li>b) beachte Widerruf des Geständnisses (§ 290)</li> </ul>

33 BGHZ 109, 205 (209) = NJW 1990, 453.

## 12. Kapitel. Die Erledigung des Prozesses ohne Urteil

421

Aus der Dispositionsmaxime folgt, dass die Parteien den **Prozess** auch **ohne Entscheidung des Gerichts** beenden können. So bestehen die Möglichkeiten der in der Praxis häufigen **Klagerücknahme** (§ 269; → Rn. 422), der **Erledigung der Hauptsache** (§ 91 a I; → Rn. 430) und des **Prozessvergleichs** (§ 794 I Nr. 1, → Rn. 440). Freilich führen die genannten Prozesshandlungen nicht stets zu einer Beendigung des ganzen Rechtsstreits. Denn im Rahmen der Dispositionsmaxime ist es den Parteien etwa unbenommen, einen Teilprozessvergleich zu schließen, im Übrigen aber den Rechtsstreit fortzusetzen.

### A. Die Klagerücknahme

422

Die Klagerücknahme ist der **Widerruf des Rechtsschutzgesuchs**, das der Kläger (oder Widerkläger) mit der Klage an das Gericht gestellt hat. Da sich der Beklagte schon auf den Prozess eingestellt hat, ist seine Einwilligung von dem Zeitpunkt an erforderlich, in dem er in der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache verhandelt hat (§ 269 I).

#### I. Wirkungen der Klagerücknahme

423

Die Klagerücknahme führt zum **rückwirkenden Wegfall der Rechtshängigkeit** (§ 269 III 1) mit ihren prozessualen und materiell-rechtlichen Wirkungen (→ Rn. 304), also zB Wegfall der Verjährungshemmung (allerdings erst sechs Monate nach Rücknahme der Klage, § 204 II 1 BGB). Ein bereits erlassenes, aber noch **nicht rechtskräftiges Urteil** wird **automatisch wirkungslos** (§ 269 III 1). Grundsätzlich hat der **Kläger** die **Kosten** des Rechtsstreits zu tragen (§ 269 III 2; zur Ausnahme → Rn. 428). Wird der Kläger zur Kostentragung verurteilt, schließt der BGH bei unverändertem Sachverhalt auch eine auf das materielle Recht gestützte Klage auf Kostenerstattung aus.<sup>1</sup>

Über die Folgen der Klagerücknahme entscheidet das Gericht auf Antrag durch Beschluss (§ 269 IV), zB so:

- »1. Der Rechtsstreit ist als nicht anhängig geworden anzusehen.
- 2. Das Urteil des LG München vom 10.6.2013 ist wirkungslos.
- 3. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.«

Eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit darf das Gericht nicht treffen, weil §§ 704ff. die vorläufige Vollstreckbarkeit nur für Urteile kennen. Beschlüsse sind nach § 794 I Nr. 3 Vollstreckungstitel und für diese Vollstreckungstitel erklärt § 795 nur §§ 724ff., nicht aber §§ 704ff. für entsprechend anwendbar. Auf die Rechtskraft der Beschlüsse kommt es für die Vollstreckbarkeit daher nicht an.

Die Klagerücknahme kann auf einen **Teil der Klage** beschränkt werden. In diesem Fall kann über die Kosten erst im abschließenden Endurteil entschieden werden. Die auf

<sup>1</sup> BGH NJW 2011, 2368; aA Stein/Jonas/Bork ZPO vor § 91 Rn. 19.

den zurückgenommenen Klageteil entfallende Kostenquote bestimmt sich dabei nach § 269 III 2 und 3.

- 424 Anders als das auf einem Klageverzicht beruhende Verzichtsurteil hindert die Klagerücknahme **nicht eine erneute Klageerhebung**. Gerade deshalb muss der Beklagte in die Klagerücknahme einwilligen. Er kann dann aber bis zur Erstattung der Kosten des ersten Prozesses die Einlassung zur Hauptsache verweigern (§ 269 VI).

**Beispiel:** Der Beklagte erwirkt nach Klagerücknahme auf Grundlage der Kostengrundentscheidung nach § 269 III 2, dass der Kläger die Kosten trägt, einen Kostenfestsetzungsbeschluss (§ 104). Gegen die Vollstreckung aus diesem Titel (§ 794 I Nr. 2) erhebt der Kläger Vollstreckungsabwehrklage (§§ 767, 795) gegen den vollstreckenden Beklagten. Als neue materielle Einwendung gegen den titulierten Kostenersstattungsanspruch stützt er sich auf eine Aufrechnung mit der Forderung, die er mit der zurückgenommenen Klage ursprünglich verfolgt hat. Auch in dieser Konstellation ist die klageweise Berufung auf den ursprünglichen Klagegrund nach § 269 VI unzulässig, soweit nicht ausnahmsweise diese Forderung unstreitig ist.<sup>2</sup>

## II. Voraussetzungen der Klagerücknahme

### 1. Form

- 425 Eine Klagerücknahme ist **erst nach Rechtshängigkeit** (also nach Zustellung der Klage; → Rn. 296) möglich. Sie erfolgt in der mündlichen Verhandlung oder **durch Schriftsatz** (§ 269 II 2). In der Ermäßigung der Klageforderung kann eine teilweise Klagerücknahme liegen (→ Rn. 309).

Hat sich der Kläger zur Klagerücknahme verpflichtet (»Klagerücknahmeverpflichten«, zB in einem außergerichtlichen Vergleich), führt er aber dennoch den Prozess weiter, ist die Klage zwar nicht zurückgenommen, doch leidet die verbotswidrig weiterverfolgte Klage an einem Mangel, der zur Klageabweisung als unzulässig führt (→ Rn. 274).

### 2. Einwilligung des Beklagten

- 426 Erst von der **Verhandlung des Beklagten** zur Hauptsache an ist dessen Einwilligung zur Klagerücknahme erforderlich, also in der Regel, wenn der Beklagte Antrag auf Abweisung der Klage gestellt hat. Davor kann der Kläger die Klage jederzeit zurücknehmen. Dies rechtfertigt sich damit, dass der Prozess in diesem Stadium noch zu keinen Zwischenergebnissen geführt haben kann, an deren Erhaltung der Beklagte ein **schutzwürdiges Interesse** hat (zB eine ihm günstige Zeugenaussage oder ein Geständnis des Klägers). Durch das Einwilligungserfordernis soll verhindert werden, dass der Kläger die Klage ohne Weiteres zurücknehmen kann, wenn er merkt, dass der Prozess für ihn schlecht läuft. Diese Gefahr besteht aber erst dann, wenn mit der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache wenigstens begonnen worden ist. Die in erster Instanz erfolgte mündliche Verhandlung steht einer Klagerücknahme ohne Einwilligung des Beklagten auch in der **Berufungsinstanz** entgegen.<sup>3</sup>

---

2 BGH NJW 2011, 2370 Rn. 10f.

3 BGH NJW 1998, 3784.

Verweigert der Beklagte die Einwilligung, muss der Kläger seinen **Sachantrag aufrechterhalten**. Andernfalls läuft er Gefahr, dass Versäumnisurteil gegen ihn ergibt (§§ 330, 333). Das kann für den Kläger dann unzumutbar sein, wenn die Klage nach Eintritt der Rechtshängigkeit unbegründet geworden ist (zB durch Erfüllung seitens des Beklagten). Hier kann der Kläger der Klageabweisung dadurch entgehen, dass er die Hauptsache für erledigt erklärt (→ Rn. 430).

427

Über den Streit, ob eine Klagerücknahme wirksam ist, wird durch Beschluss entschieden.<sup>4</sup> Verneint das Gericht die Wirksamkeit der Klagerücknahme, kann es dies durch Zwischenurteil nach § 303 oder in den Gründen des Endurteils über die Klage aussprechen.

### III. Rücknahme wegen Wegfall des Klageanlasses

Häufig erfüllt der Beklagte nach Einreichung der Klage durch den Kläger bei Gericht. Dann handelt es sich um eine **Erledigung der Klage** (→ Rn. 430), wenn diese zu diesem Zeitpunkt bereits **rechtshängig** und damit erhoben (§ 261 I) war. Mangels existenter Klage scheidet eine Erledigung aber aus, wenn die Klageforderung zwar **nach Anhängigkeit, aber vor Rechtshängigkeit** der Klage wegfällt. An diese Sachlage knüpft die besondere Kostenregelung in § 269 III 3 an. Es wird – wie im Falle der beiderseitigen Erledigung nach § 91a (→ Rn. 431) – über die **Verfahrenskosten nach billigem Ermessen** entschieden. Darin liegt keine verfassungswidrige Benachteiligung des Beklagten.<sup>5</sup> Insbesondere wenn der Beklagte die eingeklagte Leistung (zB Zahlung des Kaufpreises) erbracht hat, liegt darin quasi ein Anerkenntnis seiner Leistungspflicht. Es entspricht dann billigem Ermessen, dass er und nicht der Kläger die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

428

Diese Kostenregelung greift nach § 269 III 3 Hs. 2 auch, wenn die Klage nach Wegfall des Klagegrundes gar nicht mehr zugestellt wird. Dann ist die Klagerücknahme mangels erhobener Klage zwar noch nicht möglich (→ Rn. 425), aber eben auch nicht dafür erforderlich, dass das Gericht auf Antrag des Klägers (§ 269 IV) über die Kosten entscheidet. Der Kläger braucht aber nicht den Weg über § 269 III 3 zu gehen. Er kann stattdessen auch in einem eigenständigen Verfahren seinen etwaigen **materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch**, namentlich aus §§ 280 I, II, 286 BGB, verfolgen.<sup>6</sup> Für eine solche Klage fehlt es nicht deswegen am Rechtsschutzbedürfnis, weil die bloße Billigkeitsentscheidung unter Berücksichtigung des gegenwärtigen Sach- und Streitstands nach § 269 III 3 keine umfassende Würdigung des materiellen Rechts erlaubt.

429

## B. Die Erledigung der Hauptsache

Die Hauptsache kann sich erledigen, wenn **Umstände** (meist tatsächlicher Art) nach **Klageerhebung** eintreten, die eine (aus Sicht des Klägers) **zulässige und begründete Klage unzulässig und/oder unbegründet** machen. Abgesehen von der Kostenrege-

430

4 BGH NJW 1978, 1585; str.

5 BGH NJW 2006, 775.

6 BGHZ 197, 147 = NJW 2013, 2201.

lung im Falle einer beiderseitigen Erledigungserklärung in § 91a ist die Erledigung nicht ausdrücklich in der ZPO geregelt.

**Beispiele:** K verlangt von B Lieferung einer gekauften Sache. Während des Prozesses wird die Sache durch Zufall zerstört. Beide Parteien erklären die Hauptsache für erledigt und verlangen nur noch eine Kostenentscheidung des Gerichts.

Der Architekt K klagt gegen B eine Honorarforderung ein. Später zahlt J, der das Haus von B gekauft hat, den geforderten Betrag an K, nachdem ihm K die Pläne ausgehändigt hatte. K erklärt einseitig die Hauptsache für erledigt, B widerspricht und beantragt Klageabweisung.<sup>7</sup>

## I. Beiderseitige übereinstimmende Erledigungserklärung

**431** Die Parteien können den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklären. Das kann in der mündlichen Verhandlung, aber auch durch Einreichung eines Schriftsatzes erfolgen (§ 91a I 1). Zwar bestimmt § 91a nur die **Kostenfolge**, die weiteren Folgen sind aber anerkannt: Der Rechtsstreit ist – wie bei der Klagerücknahme – bezüglich der Hauptsache beendet, die **Rechtshängigkeit entfällt**.<sup>8</sup> Das Gericht prüft nicht, ob und wann eine Erledigung eingetreten ist (Dispositionsmaxime; → Rn. 84). Ein etwa schon ergangenes Urteil (auch Versäumnisurteil) wird hinfällig.<sup>9</sup> Da über die Hauptsache keine Entscheidung ergeht und über die Kosten durch **Beschluss** entschieden wird, braucht bei übereinstimmender Erledigungserklärung durch Schriftsätze keine mündliche Verhandlung durchgeführt zu werden (§ 128 IV). Gegen den Beschluss können die Parteien sofortige Beschwerde einlegen (§ 91a II 1; → Rn. 723ff.).

Streitig ist, ob der Kläger nach übereinstimmender Erledigungserklärung eine **neue Klage mit demselben Streitgegenstand** erheben kann. Da keine rechtskräftige Entscheidung über die Hauptsache ergangen ist, bejaht die hM dies zutreffend.<sup>10</sup> Beide Parteien haben auf eine Hauptsacheentscheidung verzichtet, nämlich der Kläger mit der Erledigungserklärung und der Beklagte mit seiner Zustimmung. Es liegt nicht anders als bei der Klagerücknahme mit Zustimmung des Beklagten, die dem Kläger die erneute Klagemöglichkeit ebenfalls nicht nimmt, § 269 VI (→ Rn. 426).

**432** Das Gericht hat über die **Kosten** (sofern sich nicht die Parteien außergerichtlich darüber geeinigt haben)<sup>11</sup> **nach billigem Ermessen** zu entscheiden und zwar nicht unter Ausschöpfung aller Erkenntnisquellen wie neuerlichen Beweisaufnahmen, sondern »unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes«. Zu berücksichtigen sind die Schlüssigkeit der Klage und der Einreden des Beklagten sowie das Ergebnis einer schon durchgeführten Beweisaufnahme.<sup>12</sup>

**Formulierungsbeispiel:** Der Tenor des Beschlusses in Beispiel → Rn. 430 lautet:

- »1. Der Rechtsstreit wird für erledigt erklärt [nicht nötig, aber zulässig zur Klarstellung].
- 2. Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens [§ 91a I, weil das Gericht es für so gut wie sicher hält, dass der Beklagte zur Lieferung verurteilt worden wäre].«

<sup>7</sup> BGH NJW 1969, 237.

<sup>8</sup> BGH NJW 1989, 2885 (2886).

<sup>9</sup> BGHZ 156, 335 (344) = NJW 2004, 506; § 269 III 1 analog, → Rn. 423.

<sup>10</sup> BGH NJW 1991, 2280 (2281); Stein/Jonas/Muthorst ZPO § 91a Rn. 25; MüKoZPO/Schulz § 91a Rn. 38; aA Rosenberg/Schwab/Gottwald ZivilProzR § 132 Rn. 20.

<sup>11</sup> BGH JZ 1985, 853.

<sup>12</sup> BGH LM § 91a ZPO Nr. 6.