

Die Assessorklausur im Zivilprozess

Das Zivilprozessurteil, Hauptgebiete des Zivilprozesses, Klausurtechnik sowie Anwaltstätigkeit

Bearbeitet von

Von Dr. Dieter Knöringer, Richter am Oberlandesgericht a.D., und Christian Kunnes, Richter am Landgericht

17. Auflage 2018. Buch. Rund 350 S. Kartoniert

ISBN 978 3 406 72995 9

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



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.

1. Die Klage war **ursprünglich** (= z. Zt. des erledigenden Ereignisses) **zulässig**,
2. sie war **ursprünglich** (= z. Zt. des erledigenden Ereignisses) **begründet**,
3. sie ist jetzt **nachträglich** durch ein bestimmtes Ereignis nach Rechtshängigkeit **unzulässig oder unbegründet** geworden.

BGH NJW 08, 2580, Tz. 8; 02, 442; 99, 2516; Habscheid JZ 63, 625; ThP 32, 33; Zöller 34; StJ 47; Musielak 29 zu § 91a; RoSG § 131, 22.

Der Streitgegenstand der jetzigen Feststellungsklage schließt also den der ursprünglichen Leistungsklage mit ein, Habscheid JZ 63, 626.

Das **stattgebende** Urteil ist ein Feststellungsurteil: „Der Rechtsstreit ist in der Hauptsache erledigt“. Es ist *Sachurteil*, der materiellen Rechtskraft fähig und trifft rechtskräftig diese obige dreifache Feststellung.

Das Erledigungsurteil ist zugleich eine Entscheidung zur Hauptsache: das Gericht nimmt eine Sachprüfung der ursprünglichen Klage vor und stellt fest, dass sich der Anspruch erledigt hat und erledigen konnte er sich nur, wenn und weil die Klage zuvor zulässig und begründet war.

Die **Rechtskraftwirkung umfasst** also sowohl den ursprünglichen *Bestand* der Klageforderung, als auch deren *wirksame Erledigung*, der Streitgegenstand des Feststellungsurteils schließt den der ursprünglichen Klage mit ein.

Habscheid JZ 63, 625 (zu I 2a aa und S. 626 zu FN 72); Blomeyer § 64 I 3b (insb. zu FN 28); ThP 51; Musielak 46; StJ 54 zu § 91a; RoSG § 131, 32.

Die übliche Formulierung des Feststellungsantrags und des stattgebenden Tenors („es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist“) beruht auf einer starken Abkürzung zur Vermeidung längerer Schreibarbeit. Die „Erledigung“ ist ein abstrakter Begriff, der ohne Definition in der Luft hängt. Der korrekt und vollständig ausformulierte und dies definierende Klageantrag lautet vielmehr (z. B. bei einer Kaufpreis- oder Schadensersatzklage) „festzustellen, dass die Klage bis zur Zahlung durch den Beklagten zulässig und begründet war und durch die vorbehaltlose Zahlung des Beklagten unbegründet wurde und sich dadurch erledigt hat.“

Dieser Spannungsbogen – und nicht nur das erledigende Ende – bildet das Rechtsverhältnis, das gemäß § 256 festgestellt werden soll,

Bei **Abweisung** der nunmehrigen Feststellungsklage erwächst in Rechtskraft – wie 11.09 stets bei klageabweisenden Urteilen je nach genauem Inhalt der Entscheidungsgründe – dass die ursprüngliche Klage von Anfang an unzulässig bzw. unbegründet war bzw. sich mangels erledigenden Ereignisses nicht erledigt hat (RoSG § 131, 32; Musielak 46; ThP 51 je zu § 91a). Das hat zur Konsequenz, dass einer neuen Klage mit altem Leistungsantrag die Rechtskraft des Feststellungsurteils (soweit sie bei abgewiesener Klage reicht) entgegensteht, diese also unzulässig wäre.

Gegen diesen von der h. M. befürworteten Umfang der Rechtskraft wird eingewandt, dass das „Warum“ der Erledigung im Grunde nur eine Vorfrage zum tenorisierten Subsumtionsschluss („... ist daher erledigt, bzw. nicht erledigt“) ist und nur Letzterer nach sonst allgemeiner Lehre (ThP § 322, 17, 19) in Rechtskraft erwächst.

Beispiel: Weil der Darlehensanspruch besteht (= Vorfrage), hat der Beklagte daher € ... zu zahlen (= Subsumtionsschluss). In Rechtskraft erwachse daher nur die Feststellung der Erledigung bzw. Nichterledigung, nicht aber auch, dass und weshalb die ursprüngliche Klage erledigungsfähig war und weshalb sie später erledigt wurde oder nicht (Zöller § 91a, 46 m. w. N.).

Der h. M. ist zu folgen. Im Übrigen wird nach allg. Meinung auch bei dem in gleicher Weise abstrakten und klärungsbedürftigen Begriff der „Abweisung“ einer Klage zur Bestimmung der Rechtskraft auf die Entscheidungsgründe zurückgegriffen.

Konsequenz der Klageänderungsdogmatik ist auch: Die einseitig bleibende Erledigungserklärung als Klageänderung kann dadurch wieder rückgängig gemacht (falscher Ausdruck: „**widerrufen**“) werden, dass der Kläger durch erneute Klageänderung gemäß § 264 Nr. 2 zu seinem ursprünglichen Klageantrag zurückkehrt (BGH NJW 14, 2200, Tz. 14). Hingegen ist die übereinstimmende Erledigungserklärung (also ab der Anschließung des Beklagten) wegen ihrer prozessbeendenden Gestaltungswirkung bindend und für beide Parteien unwiderruflich, ausgenommen bei Vorliegen eines Restitutionsgrundes (z. B. bei Auffinden einer günstigeren Urkunde, § 580 Nr. 7b, BGH NJW 13, 2686).

c) Erledigung der Hauptsache (Ereignis)

Vorab: Unterscheide stets: **Erledigung** der Hauptsache (das ist das Ereignis) und **Erledigungserklärung** (das ist die Konsequenz, die der Kläger hier zieht: *Prozesshandlung* i. S. e. Klageänderung zur Vermeidung der Klagabweisung). Die bloße Erledigung der Hauptsache (Ereignis) beeinflusst nur die *materielle* Rechtslage, aber nicht den Prozess. Es muss die (übereinstimmende, einseitige) Erledigungserklärung hinzukommen, erst diese beeinflusst den Prozess.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 11.11 Beispiele** für die Erledigung der Hauptsache:

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

(a) Besteitet der Schuldner auch bei Zahlung die Schuld und beharrt auf der den Gläubiger treffenden Beweislast, so liegt keine Erfüllung i. S. v. § 362 BGB, keine Hauptsache-Erledigung vor (BGH NJW 11, 212, Tz. 29; Palandt § 362, 14). BGHZ 86, 269: „Ein so verstandener Vorbehalt ist immer dann auch anzunehmen, wenn die Zahlung des Schuldners an den Gläubiger nur auf Grund eines **vorläufig vollstreckbaren Urteils** zur Abwendung der ZwV erfolgt. Dasselbe gilt auch, wenn der Schuldner

zur Abwendung der ZwV aus einem **Vorbehaltssurteil** zahlt, das zwar ein formell rechtskräftiges, aber durch etwaige Aufhebung im Nachverfahren auflösend bedingtes Endurteil ist“. Die Schuldtilgung bleibt in der Schwebe und tritt erst mit rechtskräftigem Abschluss auch des Nachverfahrens ein (BGHZ 86, 270; NJW 90, 2756; Palandt § 362, 14). Ebenso: Herausgabe auf Grund vorläufig vollstreckbaren Räumungsurteils, oder Leistung auf Grund Arrestbefehls oder einstweiliger Verfügung. Die Leistung erfolgt in allen Fällen unter dem Vorbehalt des Rechtskrafeintritts (BGH NJW 14, 2199, Tz. 8).

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

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

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

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

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

(a) Bei ungünstigem Ergebnis der Beweisaufnahme.

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

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

11.12

– als **Prozesshandlung** wirksam?

– als **Klageänderung** zulässig?

– ist **Erledigung** nach Rechtshängigkeit **eingetreten**? Dazu 3 Unterpunkte:

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

Dazu nun die wichtigsten Fälle samt klausurmäßigem Prüfungsschema:

2. Die 7 wichtigsten Fälle – Prüfungsschema

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

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

Folgt man der h.M. („Klageänderungstheorie“, ThP § 91a, 6): **Der Feststellungsantrag tritt an die Stelle des ursprünglichen Leistungsantrags und beseitigt ihn zugleich.** Demnach Aufbau wie bei zulässiger klageauswechselnder Klageänderung (dazu oben Rn. 9.05):

(I) Zulässigkeit der Klage

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

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

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

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

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

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

(3) Örtliche Zuständigkeit: (+)

(4) Sachliche Zuständigkeit:

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

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

(II) Begründetheit der Klage

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

- (1) Zulässigkeit der Klage bei Zahlung durch die Versicherung: (+)
 - (2) Begründetheit der Klage bei dieser Zahlung: ja, siehe Ergebnis der Beweisaufnahme (§ 286).
 - (3) Eintritt eines Erledigungsergebnisses *nach Rechtshängigkeit*, ja: vorbehaltlose Zahlung durch (nicht mitverklagten) Gesamtschuldner § 362 BGB, § 115 I VVG.
- Die Feststellungsklage ist also zulässig und begründet. Entscheidung:

ENDURTEIL

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

Anmerkungen:

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

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

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

Die Einstufung in § 708 Nr. 11 bzw. § 709 richtet sich danach, was K aus Ziff. II vollstrecken kann. Da die einseitige Erledigungserklärung erst im Termin abgegeben wurde, sind alle Gebühren – auch die Terminsgebühr RVG VV 3104 – aus Streitwert € 20000,- bereits angefallen. K kann also vollstrecken: Gerichtskosten € 1035,-, 2,5 RA-Gebühren (VV 3100, 3104) nebst Auslagen und MwSt. (€ 2231,25), zusammen € 3266,25. Es gilt also § 709 S. 1, 2.

Abwandlung (Streitwert bei einseitiger Erledigungserklärung)

11.14

Hier: Einseitige Erledigungserklärung *vor* dem Verhandlungstermin

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

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

(1) Meinung 1 (BGH NJW 11, 529 m. w. N.): i. d. R. das Kosteninteresse des Klägers, also das Interesse, mit keinen Kosten belastet zu werden. Das ist die Summe aller bis zur Erledigungserklärung angefallenen Kosten beider Parteien, also die schon angefallenen Gerichtskosten (€ 1035,-) sowie für 2 RAe die Verfahrensgebühr aus € 20000,- nebst Auslagen und MwSt.: € 2343,35. Die Terminsgebühr fällt an aus € 3378,35, beträgt also € 152,40. K kann dann vollstrecken: € 3530,75. Dafür gilt § 709 S. 1, 2.

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

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

Die Terminsgebühr fällt hiernach an aus € 10000,-.

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

Die Terminsgebühr fällt hiernach an aus € 20000,-.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11.17 d) Fall 4: Hilfsanträge des Klägers

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

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

Wie soll K vorgehen? Er hat 2 Möglichkeiten:

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

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

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

(2) Dieses Vorgehen birgt allerdings ein Risiko, das wohl überdacht sein will: Stimmt nämlich B der Erledigungserklärung sogleich – hier also vor jeder Beweiserhebung – zu (nehmen wir an, weil er ein „schlechtes Gewissen“ hat, da er weiß, dass mit der Produktionseinstellung von BK6 die beanstandete Werbung gar nicht entfallen wird und er bei übereinstimmender Erledigungserklärung der bevorstehenden beweismäßigen Klärung zu seinen Lasten entrinnen wird), so wird das Gericht ohne jede Beweisaufnahme nur einen Kostenbeschluss gem. § 91a mit summarischer Prüfung des mutmaßlichen Prozessausgangs erlassen. Da eine Beweisaufnahme damit verhindert ist, wird das Gericht bei ungeklärtem Prozessausgang die Kosten gegeneinander aufheben (§ 92 I im Rahmen von § 91a I). Aber schlimmer für K: er hat jetzt keine Möglichkeit mehr, dass über sein eigentliches Klagebegehren rechtskraftfähig und durch Berufung überprüfbar entschieden wird.

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

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

Diese Möglichkeit trägt den soeben genannten Bedenken und Risiken Rechnung. K wird dieses Vorgehen wählen, wenn er dem in Frage stehenden Erledigungsergebnis misstraut, insbes. wenn es auf einer bestrittenen Behauptung des B beruht. Stellt K alternativ die Erledigungserklärung zunächst zurück, riskiert er, dass er damit zu spät kommt, wenn das Gericht infolge anderer Beurteilung – etwa im Hinblick auf die im Beispiel von B vorgelegten Privaturkunden etc. – sofort entscheidet. Haupt- und Hilfsantrag dürfen einander widersprechen oder sich gegenseitig ausschließen (BGH NJW 14, 3314).

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

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

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

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

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

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

11.18 e) Fall 5: Erledigung zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit

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

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

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

Beschluss (§ 269 IV):

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

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

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

(4) **Abwandlung (BGH NJW 07, 1460):** K reichte am 11.2. Klage ein, die am 20.2. zugestellt wurde. Ohne sich zuvor erkundigt zu haben, ob und ggf. wann die Zustellung erfolgt ist, teilte K am 6. 3. mit, die Forderung sei am 3. 3. bezahlt worden und erklärte: „Vor diesem Hintergrund wird die Klage hiermit zurückgenommen und Antrag gemäß § 269 III 3 ZPO gestellt.“ Kann der Fehler des K „repariert“ werden?

Da das in Frage stehende Erledigungsereignis nach Rechtshängigkeit eintrat, lagen die Voraussetzungen des § 269 III 3 nicht vor, K hätte ausschließlich die Hauptsache für erledigt erklären können. Eine analoge Anwendung des § 269 III 3 scheidet mangels planwidriger Lücke aus, da K eine für ihn