

„Klagerücknahme vor Rechtshängigkeit“?

Aktuelle Probleme des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO

Inaugural-Dissertation

Zur Erlangung der Würde eines
doctor juris
der juristischen Fakultät
der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität
Würzburg

vorgelegt von

Thomas Ludwig Erbacher
aus Erlenbach am Main

2005

Thomas Erbacher studierte zwischen 1999 und 2004 Rechtswissenschaften an den Universitäten Passau und Würzburg. Daneben erwarb er zwischen 1999 und 2001 das Diploma in Law der University of London. Nach der ersten juristischen Staatsprüfung arbeitete er zeitweise als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Finanz- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilrecht an der Universität Würzburg. Derzeit absolviert der Autor den juristischen Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Frankfurt am Main.

Erstgutachter: Prof. Dr. Inge Scherer

Tag der mündlichen Prüfung: 14. Dezember 2005

Meiner Schwester Judith

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Zeitraum zwischen August 2004 und September 2005 erstellt; sie lag im Wintersemester 2005/06 als Dissertation bei der Juristischen Fakultät der Universität Würzburg vor. Literatur und Rechtsprechung wurden bis August 2005 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinen Eltern dafür, dass sie es mir erlaubten, mich ganz auf Studium und Promotion zu konzentrieren.

Des Weiteren bedanke ich mich bei Frau Schmidt-Nentwig (Richterin am LG Wiesbaden), Herrn Frh. v. Tettau (Richter am AG Aschaffenburg), Herrn Huke (Oberamtsrat am AG Aschaffenburg), Herrn M. Schneider (Justizamtmann am LG Aschaffenburg) für ihre hilfreichen Beiträge aus der Sicht der Praxis.

Meinem Vater sowie Herrn Studiendirektor Teschke danke für Durchsicht und Korrektur des Manuskripts.

Frankfurt, im Dezember 2005

Thomas Erbacher

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	19
Einführung	25
Erster Teil – Grundsätzliches	29
A. Begriffsbestimmungen	29
B. Bisherige Rechtslage	33
C. Probleme der bisherigen Handhabung	36
D. Zur Gesetzgebungsgeschichte	37
Zweiter Teil – Vorausgesetzte prozessuale Lage	41
A. Übersicht über die wesentlichen Fragen	41
B. Auslegung des Begriffs „Anlass zur Einreichung der Klage“	41
C. Auslegung des Begriffs „weggefallen“	64
D. Analoge Anwendbarkeit bei Anlasswegfall nach Rechtshängigkeit	71
E. Erfordernis förmlicher Zustellung der Klageschrift für eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO	78
F. Gewährung rechtlichen Gehörs	86
G. Teilweise Klagerücknahme	88
H. Gerichtskosten und Gerichtskostenvorauszahlung	89
I. Anwaltskosten	92
Dritter Teil – Zulässigkeits- und Wirksamkeitsvoraussetzungen der Rücknahmeerklärung im Sinne des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO	95
A. Allgemeine Voraussetzungen	95
B. Zeitpunkt der Erklärung	97
C. Unverzüglichkeit der Erklärung	101
D. Antrag des Klägers oder Beklagten	104
Vierter Teil – Rechtsfolgen der Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO	109
A. Allgemeine Rechtsfolgen der Klagerücknahme	109
B. Originärer Beschluss über die Kostenfolge	109
C. Freigestellte mündliche Verhandlung	110
D. Exkurs: Parallelität von § 91a und § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO	110
E. Weiterer Tatsachenvortrag und Beweisaufnahmen	111
F. Ermessensleitende Kriterien	117
G. Kostenentscheidung bei teilweiser Klagerücknahme	136
H. Zustellung des Kostenbeschlusses	137

Fünfter Teil – Korrekturmöglichkeiten	139
A. Rechtsbehelfe	139
B. Selbstständige Regressklage	143
C. Verhältnis von sofortiger Beschwerde und selbstständiger Regressklage	155
D. Zusammenfassung	159
Sechster Teil – Alternativen zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO	161
A. Kein direkter Ausschluss durch § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO	162
B. Kein mittelbarer Vorrang wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses	169
C. Mitverschulden (§ 254 Abs. 2 BGB) bei alternativem Vorgehen statt Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO?	173
D. Wechsel zwischen verschiedenen Vorgehensweisen	175
Siebenter Teil – Auswirkungen auf das übrige Zivilprozessrecht	177
A. Verhältnis zu und Auswirkungen auf § 91a ZPO	177
B. Auswirkungen auf die Klagerücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO	179
C. Auswirkungen auf die Konstruktion der Erledigterklärung	181
Achter Teil – Verbesserungsvorschläge an den Gesetzgeber	183
A. Beseitigung des Antragserfordernisses	183
B. Klarstellung der Verzichtbarkeit der Zustellung	184
C. Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle	184
D. Ausdehnung auf Anlasswegfall nach Rechtshängigkeit	185
E. Stellung bei § 91a ZPO?	186
F. Exkurs: Anpassung des GKG	187
G. Ergebnis	187
Zusammenfassung der Ergebnisse	189
Anlage 1	193
Anlage 2	199
Anlage 3	203
Literaturverzeichnis	209
Hyperlink-Nachweis	229

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einführung	25
Erster Teil – Grundsätzliches	29
A. Begriffsbestimmungen	29
I. Erledigendes Ereignis und „erledigendes Ereignis“	29
II. »Erledigung«	30
1. Erledigung des (zivilprozessrechtlichen) Verfahrens	30
2. Erledigung (des Rechtsstreits in) der Hauptsache	31
3. „Erledigung“ vor Rechtshängigkeit	31
4. Hier zugrunde gelegte Bedeutung	32
III. Erledigterklärung	32
B. Bisherige Rechtslage	33
I. „Erledigung“ vor Rechtshängigkeit	33
II. Andere Problemfälle bei Klagerücknahme	35
C. Probleme der bisherigen Handhabung	36
I. Probleme bei Regressklage	36
II. Probleme bei Klageänderung	37
III. Probleme bei § 91a ZPO	37
IV. Probleme der reziproken Anwendung von § 93 ZPO	37
D. Zur Gesetzgebungsgeschichte	37
Zweiter Teil – Vorausgesetzte prozessuale Lage	41
A. Übersicht über die wesentlichen Fragen	41
B. Auslegung des Begriffs „Anlass zur Einreichung der Klage“	41
I. Anwendbarkeit bei Anlasswegfall vor Anhängigkeit	43
1. Wortlaut von § 269 Abs. 3 S. 3 Hs. 1 ZPO	44
a) Natürlicher Wortsinn	44
b) „...vor Rechtshängigkeit...“	45
c) Ergebnis der Auslegung des Wortlauts	46
2. Wille des Gesetzgebers – Ziele des ZPO-RG	46
a) Effizienz und Beschleunigung – Prozessökonomie	46
b) Transparenz und Bürgernähe	49
c) Qualität und Akzeptanz der Entscheidung	49
d) Gesetzesbegründung	50
e) Angleichung an andere Verfahrensordnungen	51
f) Ergebnis der Auslegung nach dem Gesetzeszweck	52
3. Allgemeine Prinzipien des (Prozess-)Rechts	52
a) Gebot, Gleiches gleich zu behandeln	52

b) § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO als eng auszulegende Ausnahmevorschrift	53
c) § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO als eng auszulegender Eingriff in Rechte des Beklagten	53
aa) Betroffene Rechte des Beklagten	53
bb) Rechtfertigung der weiten Auslegung	54
d) Rechtssicherheit und Rechtsfrieden	56
e) Keine Abwälzung eigenen Risikos	56
f) Kennen-müssen des Anlasswegfalls vor Anhängigkeit	57
g) Ergebnis der Auslegung nach allgemeinen (prozessrechtlichen) Prinzipien	58
4. Zusammenfassung der Ergebnisse zur Auslegung	58
II. Abhängigkeit von der tatsächlichen Rechtslage	59
1. Wortlaut von § 269 Abs. 3 S. 3 Hs. 1 ZPO	59
a) Vergleich mit § 93d ZPO	59
b) Nichtverwendung des Begriffs »Erledigung«	60
c) Natürlicher Wortsinn von »Anlass«	60
d) Ergebnis zur Auslegung des Wortlauts	60
2. Kennen-müssen des Nichtbestehens des Anspruchs	61
3. Gesetzeszweck	61
a) Prozessökonomie	61
b) Transparenz und Bürgernähe	61
c) Gesetzesbegründung zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO	62
d) Ergebnis der teleologischen Auslegung	62
4. Zusammenfassung der Ergebnisse zur Auslegung	63
III. Zusammenfassung der Ergebnisse	63
C. Auslegung des Begriffs „weggefallen“	64
I. Veränderungen, die geeignet sind, den Anlass wegfallen zu lassen	65
1. „Erledigende Ereignisse“	65
a) Materiell-rechtlich relevante Veränderungen	66
b) Prozessual relevante Veränderungen	66
2. Veränderungen sonstiger Umstände	67
a) Gerichtliche Durchsetzung scheint untunlich oder überflüssig	67
b) Kläger erkennt die (anfängliche) Aussichtslosigkeit des Prozesses	68
3. Keine Missbrauchsgefahr durch die weite Auslegung	69
II. Wegfall auch bei Verursachung der Veränderungen durch den Kläger	70
D. Analoge Anwendbarkeit bei Anlasswegfall nach Rechtshängigkeit	71
I. Überblick	71
II. Argumente für die analoge Anwendung	72
III. Voraussetzungen für einen Analogieschluss	73
1. Keine Lücke hinsichtlich der Kostenbelastung	73
2. Analogiebedarf zwecks Prozessbeschleunigung	75
3. Keine fehlende Bürgernähe	77

4. Ergebnis	77
E. Erfordernis förmlicher Zustellung der Klageschrift für eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO	78
I. Dogmatische Bedenken	81
II. Nachweis der dogmatischen Vereinbarkeit	82
1. Prozessrechtsverhältnis und Verfahrensbeteiligung	82
2. Exkurs: Zum Prozessrechtsverhältnis bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO	83
3. „Rechtsstreit“ und Bestimmung des Verfahrensgegners	84
4. Der bisherige Sach- und Streitstand	84
5. Der systematische Zusammenhang	85
III. Exkurs: Terminologische Vereinbarkeit	85
IV. Ergebnis	86
F. Gewährung rechtlichen Gehörs	86
I. Kostenbelastung des Beklagten scheint von vorneherein ausgeschlossen	86
II. Kostenbelastung des Beklagten ist nicht ausgeschlossen	87
1. Gehör des Beklagten	87
2. Erneute Anhörung des Klägers	88
G. Teilweise Klagerücknahme	88
H. Gerichtskosten und Gerichtskostenvorauszahlung	89
I. Grundsatz: keine Gebührenreduktion	89
II. Ausnahmen: Ermäßigung auf 1,0 Gerichtsgebühren	90
III. Keine Verpflichtung zur Gebührenvorauszahlung	91
I. Anwaltskosten	92
I. Klägerischer Anwalt	92
1. Verfahrensgebühren	92
2. Terminsgebühren	92
II. Beklagtenanwalt	93
Dritter Teil – Zulässigkeits- und Wirksamkeitsvoraussetzungen der Rücknahmeerklärung im Sinne des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO	95
A. Allgemeine Voraussetzungen	95
I. Grundsätzliches	95
II. Einwilligung des Beklagten in die Klagerücknahme	96
III. Bedingte Erklärung	96
IV. Widerruf	97
B. Zeitpunkt der Erklärung	97
I. Erklärung vor oder mit Einreichung der Klageschrift	98
II. Erklärung nach Anhängigkeit aber vor Zustellung	99
1. Rechtslage vor dem JuMoG	99
2. Rechtslage nach dem JuMoG	100
III. Erklärung nach Zustellung	101

C. Unverzüglichkeit der Erklärung	101
1. Rechtslage für Fälle vor dem JuMoG	101
2. Rechtslage für Fälle nach dem JuMoG	103
D. Antrag des Klägers oder Beklagten	104
I. Vollständige Klagerücknahme	105
1. Antragsberechtigung	105
2. Keine Antragsobliegenheit	106
II. Teilweise Klagerücknahme	107
Vierter Teil – Rechtsfolgen der Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO	109
A. Allgemeine Rechtsfolgen der Klagerücknahme	109
B. Originärer Beschluss über die Kostenfolge	109
C. Freigestellte mündliche Verhandlung	110
D. Exkurs: Parallelität von § 91a und § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO	110
E. Weiterer Tatsachenvortrag und Beweisaufnahmen	111
I. Vorweg: bisheriger Sach- und Streitstand	111
II. Sonderfall: erstmalige Gewährung rechtlichen Gehörs für den Beklagten	112
III. Ansicht, wonach neuer Tatsachenvortrag und weitere Beweisaufnahmen unzulässig sind	112
IV. Ansicht, wonach neuer Tatsachenvortrag beschränkt zulässig ist	113
V. Stellungnahme	114
VI. Zulässigkeit weiterer Beweisaufnahmen	115
VII. Exkurs: Pflicht zur Klärung schwieriger Rechtsfragen	115
VIII. Zusammenfassung	116
F. Ermessensleitende Kriterien	117
I. Vereinbarung über die Kosten / Anerkenntnis der Kostentragungspflicht	118
1. Parteivereinbarungen / Anerkenntnisse der Parteien	118
2. Sonderfall: gerichtlicher Vergleich über die Kosten	119
II. Materiell-rechtliche Erstattungsansprüche	119
1. Ausschließliche Maßgeblichkeit materiell-rechtlicher Ansprüche	119
2. Exkurs: Wann muss und wann darf nicht über materiell-rechtliche Ansprüche entschieden werden?	121
a) Pflicht zur Entscheidung über materiell-rechtliche Ansprüche	121
aa) Gegenläufige Ansicht der herrschenden Meinung	122
bb) Gegenläufige Ansicht des OLG Hamm	124
b) Verbot einer Entscheidung über materiell-rechtliche Ansprüche	124
III. Hypothetische prozessrechtliche Kostentragungspflicht	125
1. Insbesondere der Gedanke des § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO	127
2. Exkurs: Klage vor unzuständigem Gericht	127
IV. Weitere Erwägungen	128

1. Klageveranlassung durch den Beklagten	129
2. Kennen-müssen des Anlasswegfalls	129
3. Kosten wegen nicht unverzüglicher Abgabe der Rücknahmeerklärung	130
4. Verursachung des Anlasswegfalls	131
5. Nicht: soziale, wirtschaftliche, verwandtschaftliche oder persönliche Merkmale	131
6. Ausgelassene Kostenminderung	132
7. Kein Grundsatz der Belastung des Klägers	132
8. Kein Grundsatz der Belastung des Beklagten	134
V. Abwägung	135
G. Kostenentscheidung bei teilweiser Klagerücknahme	136
H. Zustellung des Kostenbeschlusses	137
Fünfter Teil – Korrekturmöglichkeiten	139
A. Rechtsbehelfe	139
I. Nach vollständiger Klagerücknahme	139
1. Sofortige Beschwerde	139
a) Zulässigkeit	140
b) Prüfungsumfang	140
aa) Überprüfung auf Ermessensfehler oder neue, eigene Entscheidung	140
bb) Berücksichtigung neuer Tatsachen und Beweismittel	141
2. Gehörsrüge	142
II. Nach teilweiser Klagerücknahme	142
B. Selbstständige Regressklage	143
I. Ansicht <i>Schneiders</i>	144
II. Überwiegende Ansicht	144
III. Eigener Ansatz	145
1. Voraussetzungen der Rechtskraft	145
2. Problem: summarischer Charakter des Verfahrens	145
a) Rechtskraft bezüglich des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs	145
b) Rechtskraft bezüglich des materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs	146
aa) Beschluss enthält keine Entscheidung über materiell-rechtliche Ansprüche	146
bb) Beschluss enthält Entscheidung über materiell-rechtliche Ansprüche	147
(1) Bei voller Sachverhaltsaufklärung	147
(2) Ohne volle Sachverhaltsaufklärung	148
3. Dogmatische Absicherung	150

a) Berücksichtigung materiell-rechtlicher Gesichtspunkte	150
b) Entscheidung über prozessuale Kostentragungspflicht	150
c) § 322 Abs. 1 ZPO	152
d) Vergleich mit dem Verfügungsverfahren (§§ 935, 936 ZPO)	152
e) Vergleich mit dem Urkundsverfahren	153
f) Besonderheit des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO	153
4. Klarstellung im Beschluss	154
5. Sonderfall: Beschluss ohne Gründe (§ 313a Abs. 2 ZPO)	154
IV. Ergebnis	154
C. Verhältnis von sofortiger Beschwerde und selbstständiger Regressklage	155
I. Beschluss enthält abschließende Entscheidung	156
II. Beschluss enthält keine abschließende Entscheidung	157
1. Beide Wege führen zum selben Ziel	157
2. Eine Partei legt Beschwerde ein, die andere erhebt Regressklage	158
D. Zusammenfassung	159
Sechster Teil – Alternativen zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO	161
A. Kein direkter Ausschluss durch § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO	162
I. Argumente für eine unmittelbar abschließende Wirkung	162
1. Prozessökonomie	162
2. Waffengleichheit	163
II. Argumente gegen die unmittelbar abschließende Wirkung	163
1. Die Prozessökonomie betreffend	163
2. Weitere Erwägungen	164
3. Die Waffengleichheit betreffend	166
4. Gesetzesbegründung	167
5. Antragserfordernis	168
III. Ergebnis	168
B. Kein mittelbarer Vorrang wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses	169
I. Rechtsschutzbedürfnis bleibt (stets) bestehen	169
II. Rechtsschutzbedürfnis entfällt stets aufgrund § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO	170
III. Differenzierende Ansichten	171
IV. Stellungnahme	171
1. Kritik an den differenzierenden Ansichten	171
2. Entscheidung dafür, dass das Rechtsschutzbedürfnis (stets) bestehen bleibt	172
V. Ergebnis	173
C. Mitverschulden (§ 254 Abs. 2 BGB) bei alternativem Vorgehen statt Rücknahmenach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO?	173
I. Keine Belastung mit den vollen Kosten	173
II. Keine Belastung mit den Mehrkosten	173

III. Anwendung von § 254 BGB auf den materiell-rechtlichen Erstattungsanspruch	174
D. Wechsel zwischen verschiedenen Vorgehensweisen	175
I. Klageänderung statt Klagerücknahme	175
II. Klagerücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nach Klageänderung	175
Siebenter Teil – Auswirkungen auf das übrige Zivilprozessrecht	177
A. Verhältnis zu und Auswirkungen auf § 91a ZPO	177
I. Kann sich der Beklagte der Klagerücknahme „anschließen“?	177
II. Pflicht zur Berücksichtigung materiell-rechtlicher Ansprüche	178
III. Übereinstimmende Erledigterklärung vor Rechtshängigkeit	179
B. Auswirkungen auf die Klagerücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO	179
I. Rücknahme vor Zustellung auch bei § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO?	179
II. Verbleibender Anwendungsbereich von § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 ZPO	180
C. Auswirkungen auf die Konstruktion der Erledigterklärung	181
I. Bestätigung der Erledigterklärung	181
II. Absage an den „weiten“ Erledigungsbegriff	182
Achter Teil – Verbesserungsvorschläge an den Gesetzgeber	183
A. Beseitigung des Antragserfordernisses	183
B. Klarstellung der Verzichtbarkeit der Zustellung	184
C. Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle	184
D. Ausdehnung auf Anlasswegfall nach Rechtshängigkeit	185
E. Stellung bei § 91a ZPO?	186
F. Exkurs: Anpassung des GKG	187
G. Ergebnis	187
Zusammenfassung der Ergebnisse	189
Anlage 1	193
Anlage 2	199
Anlage 3	203
Literaturverzeichnis	209
Hyperlink-Nachweis	229

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
a.E.	am Ende
Abs.	Absatz/Absätze
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGS	Anwaltsgebühren Spezial (Deutscher Anwaltverlag) (<i>Zeitschrift</i>)
AK	Alternativkommentar
Akt.Bd.	Aktualisierungsband
Alt.	Alternative
AnwBl.	Anwaltsblatt (<i>Zeitschrift</i>)
a.M.	am Main
Art.	Artikel
Artt.	Artikel (<i>Mehrzahl</i>)
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Bf.	Beschwerdeführer(in)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. April 2005
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BLAH	Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann
BRAGOreport	BRAGOreport (<i>Zeitschrift</i>)
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
dies.	dieselben
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (<i>Zeitschrift</i>)
DStR	Deutsches Steuerrecht (<i>Zeitschrift</i>)

EGGVG	Gesetz, betreffend die Einführung des Gerichtsverfassungsgesetzes (Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. August 2002
EGZPO	Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung (Einführungsgesetz zur ZPO), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. März 2005
f.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (<i>Zeitschrift</i>)
ff.	folgende (<i>mehrere</i>)
FGO	Finanzgerichtsordnung, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. März 2005
Fn.	Fußnote(n)
FPR	Familie/Partnerschaft/Recht (<i>Zeitschrift</i>)
GE	Das Grundeigentum (<i>Zeitschrift</i>)
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, zuletzt geändert durch Gesetz vom 26. Juli 2002
GKG	Gerichtskostengesetz, zuletzt geändert durch Gesetz vom 7. Juli 2005
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (<i>Zeitschrift</i>)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. März 2005
h.M.	herrschende(r) Meinung
Hs.	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.d.S.	in diesem Sinne
i.H.v.	in Höhe von
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
IZPR	Internationales Zivilprozeßrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter (<i>Zeitschrift</i>)
JR	Juristische Rundschau (<i>Zeitschrift</i>)
JuMoG	Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz (1. Justizmodernisierungsgesetz) vom 24. August 2004
jur.	juristisch
JurBüro	Das juristische Büro (<i>Zeitschrift</i>)

JuS	Juristische Schulung (<i>Zeitschrift</i>)
JW	Juristische Wochenschrift (<i>Zeitschrift</i>)
JZ	Juristenzeitung (<i>Zeitschrift</i>)
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KindUG	Gesetz zur Vereinheitlichung des Unterhaltsrechts minderjähriger Kinder (Kindesunterhaltsgesetz) vom 6. April 1998
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht – 65. Jahrgang der Zeitschrift „Konkurs- und Treuhandwesen“ / „Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen“ (<i>Zeitschrift</i>)
KostRMOG	Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts (Kostenrechtsmodernisierungsgesetz) vom 5. Mai 2004
KV	Kostenverzeichnis
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
LM	Lindenmaier-Möhring – Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (<i>Zeitschrift</i>)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege (<i>Zeitschrift</i>)
n.F.	neue(r) Fassung
Nr.	Nummer(n)
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift (<i>Zeitschrift</i>)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (<i>Zeitschrift</i>)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report (<i>Zeitschrift</i>)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (<i>Zeitschrift</i>)
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungs-Report (<i>Zeitschrift</i>)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht (<i>Zeitschrift</i>)
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (<i>Zeitschrift</i>)
o.	oben
OLG	Oberlandesgericht
OLG-NL	OLG-Rechtsprechung Neue Länder (<i>Zeitschrift</i>)
OLGR	OLG-Report (<i>Zeitschrift</i>)
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen

OVG	Oberverwaltungsgericht
ProzRB PKH	Der Prozess-Rechts-Berater (<i>Zeitschrift</i>) Prozesskostenhilfe
RGBl. Rn. Rpfl. RVG	Reichsgesetzblatt Randnummer(n) Der Deutsche Rechtspfleger (<i>Zeitschrift</i>) Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz), zuletzt geändert durch Gesetz vom 7. Juli 2005
RVGreport	RVGreport (bis Ausgabe 12/2003 BRAGOreport) (<i>Zeitschrift</i>)
s.	siehe
S.	Satz/Sätze/Seite(n)
SGG	Sozialgerichtsgesetz, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. März 2005
sog.	so genannter/n
St.	Sankt
Stat.	Statistisches
StPO	Strafprozessordnung, zuletzt geändert durch Gesetz vom 24. Juni 2005
u.a.	und andere
USt.	Umsatzsteuer
u.v.m.	und viele mehr
v.	vom; von
VersR	Versicherungsrecht (<i>Zeitschrift</i>)
vgl.	vergleiche
VV	Vergütungsverzeichnis
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. März 2005
Wiss. Red.	Wissenschaftliche Redaktion
WM Bankrecht	Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und (<i>Zeitschrift</i>)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (<i>Zeitschrift</i>)
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht (<i>Zeitschrift</i>)
Z.	Ziffer
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis (<i>Zeitschrift</i>)

z.B.	zum Beispiel
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (<i>Zeitschrift</i>)
ZPO	Zivilprozessordnung, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. April 2005
ZPO-RG	Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessreformgesetz – ZPO-RG) vom 27.07.2001
ZS	Zivilsenat
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (<i>Zeitschrift</i>)

Einführung

An den Beginn dieser Arbeit sei folgender, keineswegs lebensfremder Beispielfall gestellt: Der Verkäufer einer Sache hat mit der Lieferung dieser Sache eine Rechnung gestellt und um Zahlung bis zu einem bestimmten Datum gebeten. Der Käufer vergisst dies aus Unachtsamkeit, sodass er durch eine freundliche (nichts desto trotz verzugbegründende) Mahnung auf seine ausstehende Schuld hingewiesen wird. Auch auf eine zweite, schärfer formulierte Mahnung hin lässt er sich mit der Zahlung Zeit. Der Verkäufer, selbst in Liquiditätsnöten ob der schlechten Zahlungsmoral seiner Kunden, befürchtet den Ausfall der Forderung und sieht sich daher gezwungen, sie gerichtlich geltend zu machen. Zu diesem Zweck schaltet er seinen Anwalt ein, der beim zuständigen Gericht eine entsprechende Klageschrift einreicht. Bis zur Zustellung dieser Klageschrift an den säumigen Schuldner vergehen weitere zwei Wochen, innerhalb derer der Schuldner den ausstehenden Betrag doch noch zahlt.

Damit scheint die Klage des Verkäufers ihren Sinn verloren zu haben und die Sache könnte auf sich beruhen ... wären da nicht Kosten für den zwischenzeitlich eingeschalteten Rechtsanwalt und für die Einreichung der Klageschrift angefallen, die (zunächst) den Verkäufer getroffen haben. Es ist nur verständlich, wenn jener diese Kosten auf den Schuldner abwälzen möchte.

Obwohl die eben beschriebene Situation aus dem Alltag gegriffen scheint,¹ hielt die Zivilprozessordnung bis vor kurzem keine darauf zugeschnittene Regelung bereit, was durchaus zu praktischen und theoretischen Zweifelsfragen führte.² Zwar war man sich im Ergebnis (weitestgehend) einig, dass der Verkäufer nicht endgültig auf seinen Kosten sitzen bleiben dürfe, jedoch war der Weg zu dieser Lösung keineswegs klar oder einfach.³

¹ Immerhin ließen sich im Jahr 2003 gut 15 % aller Erledigungen im erstinstanzlichen Verfahren von Amts- und Landgerichten (ohne Familiengerichte) auf eine Zurücknahme der Klage bzw. des Antrags zurückführen. (Vgl. Stat. Bundesamt, Ausgewählte Zahlen 2004, Tabelle 1.4.1) In wie vielen Fällen davon wiederum ein Fall von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO gegeben war, wird zwar statistisch nicht erfasst, es dürfte jedoch ein nicht (allzu) geringer Teil gewesen sein. Eine genaue Aufstellung ist ohnehin nicht möglich, da die hier beschriebene Situation auch zu einer Erledigung wegen Nichtzahlung des Kostenvorschusses oder wegen übereinstimmender Erledigterklärung (§ 91a ZPO) geführt haben kann, beziehungsweise dazu, dass die Klage geändert wurde, sodass durch Urteil über sie zu entscheiden war. Diese Zahlen und Überlegungen dürften jedenfalls eine Vorstellung davon vermitteln, dass die geschilderte Situation nicht alltagsfremd ist. Darauf hat übrigens *Staub JW 1886*, S. 209 (211) bereits im Jahre 1886 hingewiesen.

² Und das, obgleich *Staub JW 1886*, S. 209 (213) bereits vor beinahe 120 Jahren darauf hinwies, es sei „dringend wünschenswert, daß in dieser eminent praktischen Frage eine Einigung erreicht werde.“

³ Dazu näher S. 36 f.

Mit dem Zivilprozessreformgesetz⁴, in Kraft getreten zum 1. Januar 2002, wollte der Gesetzgeber hierauf reagieren, indem er die inhaltlich neue Vorschrift des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO einführt. Sie ist in Verfahren, die nach dem 1. Januar 2002 anhängig⁵ gemacht wurden, anwendbar (§ 26 Nr. 2 S. 1 EGZPO) und durchbricht die starre Kostenfolge des § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 ZPO, wonach der Kläger, der seine Klage zurücknimmt, die Kosten des Rechtsstreits stets vollständig zu tragen hat. § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO erlaubt in bestimmten Sonderfällen (der Anwendungsbereich wird im Zweiten Teil⁶ der Arbeit näher untersucht) eine Kostenverteilung „nach billigem Ermessen“ und ermöglicht es dem Verkäufer aus dem eingangs geschilderten Beispielsfall, seine Anwalts- und Gerichtskosten ohne Umstände auf den Schuldner abzuwälzen. Aus diesem Grund wird § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auch als „privilegierte Klagerücknahme“ bezeichnet.⁷

Systematisch stellt § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO also eine Ausnahme von § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 ZPO dar und ist insofern eine Konkretisierung von § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 Alt. 2 ZPO.⁸ In dieser Hinsicht steht § 269 Abs. 3 S. 3 in einer Reihe mit §§ 93d,⁹ 344¹⁰, 626 Abs. 1 S. 2 ZPO¹¹, in welchen man weitere Ausnahmen von § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 ZPO erblickt.¹²

⁴ Abgedruckt in BGBl. I 2001, S. 1887-1938.

⁵ Anhängig ist ein Verfahren ab dem Eingang des verfahrenseinleitenden Antrags (im erstinstanzlichen Klageverfahren ist das in der Regel die Klageschrift) bei Gericht, vgl. *Schach* GE 2003, S. 1465 sowie eingehend *Schilken* JR 1984, S. 446.

⁶ S. 41.

⁷ Vgl. *Elzer*, online-Skript Klagerücknahme, S. 1; *Tege*der NJW 2003, S. 3327; *Zöller – Vollkommer*, § 91a, Rn. 1; OLG Brandenburg, Beschluss v. 2.6.2004 (Az.: 9 WF 108/04); bzw. ähnlich *Deckenbrock/Dötsch* JurBüro 2003, S. 568 (572, dort in Fn. 55): „privilegierende Klagerücknahme“.

⁸ Vgl. auch *Deckenbrock/Dötsch* ProzRB 2003, S. 152 (153); *Lüke*, Rn. 242; *Steinert/Theede*, 5. Kap., Rn. 175; OLG Düsseldorf NJOZ 2004, S. 2078; BGH, Beschluss v. 26.7.2004 (Az.: VIII ZB 44/03).

⁹ *Musielak – Foerste*, § 269, Rn. 12.

¹⁰ Dazu *BLAH – Hartmann*, § 269, Rn. 34 m.w.N.; *Zöller – Greger*, § 269, Rn. 18a; BGH NJW 2004, S. 2309 m.w.N. auch zur Gegenmeinung.

¹¹ Umstritten ist, ob auch § 96 ZPO eine gesetzliche Ausnahme von § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 ZPO darstellt, vgl. *MüKo – Lüke*, § 269, Rn. 46 m.w.N.; *Musielak – Foerste*, § 269, Rn. 12 m.w.N.

¹² Nur am Rande sei hier erwähnt, dass die h.M. im Bestehen materiell-rechtlicher Kostenerstattungsansprüche nach wie vor keine in § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 Alt. 2 ZPO verordnete Ausnahme von § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 ZPO anerkennt, vgl. *Beuermann*, GE 2003, S. 850 f.; *Bonifacio* MDR 2002, S. 499; *Deckenbrock/Dötsch* JurBüro 2003, S. 568 (572, dort in Fn. 57); *dies.* ProzRB 2003, S. 152 (154, dort in Fn. 27); *Prütting/Wesser* ZZP 116, S. 267 (297 f.); *Tege*der NJW 2003, S. 3327 (3328); *Hannich/Meyer-Seitz – Engers*, § 269, Rn. 9; *BLAH – Hartmann*, § 269, Rn. 39; *Zöller – Greger*, § 269, Rn. 18c; LG Berlin,

Während die gesetzestechnische Einordnung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO also recht leicht fällt, wirft die Norm in praktischer und dogmatischer Hinsicht doch etliche Zweifelsfragen auf, was dazu geführt hat, dass die anfangs positive Aufnahme der Regelung¹³ schon bald in herbe Kritik umschlug.¹⁴ Zwar hat der Gesetzgeber im JuMoG¹⁵ nachgebessert¹⁶ und es ist seither still geworden um § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO – es sind damit jedoch keineswegs alle Fragen geklärt! Dies zu tun hat sich daher die vorliegende Arbeit zu Aufgabe gesetzt. Einschränkend ist darauf hinzuweisen, dass sich die nachfolgenden Ausführungen direkt nur auf das erstinstanzliche Klageverfahren beziehen. Für die Geltung in anderen

Beschluss v. 27.11.2003 (Az.: 67 T 129/03); LG Bonn NJOZ 2005, S. 1567; OLG Düsseldorf NJOZ 2004, S. 2078; OLG Naumburg, Beschluss v. 4.1.2005 (Az.: 1 Verg 19/04); OLG Naumburg NJOZ 2005, 1633; BGH NJW 2004, S. 223; BGH, Beschluss v. 26.7.2004 (Az.: VIII ZB 44/03); BGH NJW 2004, S. 1530; in diese Richtung auch OLG Saarbrücken, Entscheidung v. 12.5.2004 (Az.: 4 W 76/04).

A.A.: *Schneider* JurBüro 2002, S. 509 f.; *ders.* ZAP 2001, S. 1063 (1068) und ZAP 2002, S. 1147 (1149); *ders.* ZPO-Reform, Rn. 160; *N. Schneider* ZAP 2002, S. 1105 (1116); *Timme* JA 2000, S. 224 (226); *Zimmermann*, Fallrepetitorium, S. 161; AG Wedding GE 2002, S. 1630; LG Berlin, Urteil v. 17.3.2003 (Az.: 65 T 2/03); LG Saarbrücken, Entscheidung v. 27.01.2004 (Az.: 4 O 211/03); OLG Schleswig OLGR 2002, S. 208.

¹³ Zitiert seien hier *Gehrlein*, § 9, Rn. 18, der von einer „sachgerechten, flexiblen Lösung“ spricht; *Huber*, JuS 2002, S. 690 (692), der sich von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO „erhebliche Erleichterungen für Kläger und Gericht“ erwartete; *Schneider* ZAP 2001, S. 1063 (1068), der § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO als „eine sehr vernünftige Lösung“ lobte (vgl. aber Fn. 14), sowie *Zöllner* (23. Aufl.) – *Herget*, vor § 91, Rn. 12, der § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO für „längst überfällig“ hielt.

¹⁴ *Bonifacio* MDR 2002, S. 499 bezeichnet die Vorschrift als „grob systemwidrig“. „Verwirrung in der täglichen Praxis“ sei „nahezu zwangsläufig vorprogrammiert.“ Auch *Luckey* ProZRB 2004, S. 24 (28) hat wenig Gutes über § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zu sagen: „Es mag sein, dass die Neuregelung nicht etwa die Erledigung einfacher, sondern vielmehr die Klagerücknahme problematischer gemacht hat.“ § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ist „nicht nur dogmatisch unglücklich, sondern wirft weitere praktische Probleme“, gar „Fragen über Fragen“ auf. *Schneider* ZAP 2002, S. 1147 (1149) tadelt die Regelung nunmehr als „gründlich mißlungen“, da sie „vornehmlich (...) Probleme gebracht“ habe und sich ihretwegen „möglicherweise ein heilloses Durcheinander“ anbahne. Dieser Befürchtung schließt sich *N. Schneider* ZAP 2002, S. 1105 (1117) an. Bei *Schneider/van den Hövel*, Rn. 578 a.E. heißt es: „(...) § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO hilft weder vom Umfang noch vom Regelungsgehalt ernstlich weiter.“ Schließlich konstatiert LG Darmstadt MDR 2004, S. 57: Die „Formulierung des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO (ist) nicht geglückt.“

¹⁵ Abgedruckt in BGBl. I 2004, S. 2198-2209.

¹⁶ In der Fassung des JuMoG ist § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO seit dem 1. September 2004 maßgeblich, (Art. 14 S. 1 JuMoG); Ausführlicher dazu unten, S. 37 f., 103, 183.

Verfahren sei auf entsprechend einschlägige Stellen in der Literatur und Rechtsprechung verwiesen.¹⁷

Im Einzelnen widmet sich diese Arbeit folgenden Fragen und Problemen des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO:

Wann besteht grundsätzlich die Möglichkeit einer Entscheidung gemäß § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO¹⁸ und was müssen die Parteien tun, um sie konkret herbeizuführen?¹⁹

Welche Rechtsfolgen sind an eine Klagerücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO geknüpft, wonach hat sich insbesondere die Entscheidung nach billigem Ermessen im Einzelnen zu richten?²⁰

Welche Möglichkeiten gibt es, die Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zu korrigieren²¹ und welche Alternativen gibt es zum Vorgehen nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO?²²

Wie wirkt sich § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auf das übrige Zivilprozessrecht aus?²³

Und schließlich: sollte der Gesetzgeber (erneut) korrigierend oder gar reformierend tätig werden und wenn ja, in welcher Form?²⁴

¹⁷ Etwa für das Mahnverfahren: Hannich/Meyer-Seitz – *Engers*, § 269, Rn. 1; Musielak – *Voit*, § 690, Rn. 13; *Wolff* NJW 2003, S. 553 ff.; Zöller – *Vollkommer*, § 91a, Rn. 58 (Stichwort: „Mahnverfahren“); Zöller – *Vollkommer*, § 690, Rn. 24; BGH NJW 2005, S. 512; BGH NJW 2005, S. 513 m.w.N.

Für das Insolvenzverfahren: AG Köln NZI 2003, S. 269.

Für das einstweilige Verfügungsverfahren: LG Bonn NJOZ 2005, S. 59.

Für Anträge auf Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs: OLG Düsseldorf, Beschluss v. 29.8.2003 (Az.: I-26 Sch 7-03, 26 Sch 7-03).

Für das PKH-Verfahren: *Deckenbrock* ProZRB 2005, S. 117.

Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner – *Meissner*, § 173, Rn. 197.

Für das Aufhebungsverfahren (§ 927 ZPO): OLG Frankfurt NJOZ 2005, S. 2556.

¹⁸ Dies wird behandelt im Zweiten Teil, insbesondere S. 41-94.

¹⁹ Hierzu der Dritte Teil, S. 95-108.

²⁰ Das wird im Vierten Teil, S. 109-138 erörtert.

²¹ Darauf geht der Fünfte Teil, S. 139-159 ein.

²² Dazu der Sechste Teil, S. 161-176.

²³ Dies wird im Siebenten Teil, S. 177-182 behandelt.

²⁴ Hierzu der Achte Teil, S. 183-188.

Erster Teil – Grundsätzliches

A. Begriffsbestimmungen

Obwohl – oder gerade weil – es sich bei der Erledigungsproblematik um ein sehr altes prozessuales Problem handelt,²⁵ hat sich bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre eine eindeutige und einheitliche Terminologie zu den Begriffen »erledigendes Ereignis« und »Erledigung« durchsetzen können. Diese Begriffsverwirrung erschwert den Zugang zu den eigentlichen Problemen erheblich und hat in der Vergangenheit nicht unwesentlich dazu beigetragen, dass die mit der Erledigung zusammenhängenden Fragen zu den umstrittensten im gesamten Zivilprozessrecht zählen.²⁶ Daher ist es unerlässlich, zunächst einmal die Bedeutung festzulegen, mit der die genannten Schlüsselbegriffe im Rahmen dieser Arbeit verwendet werden.

I. Erledigendes Ereignis und „erledigendes Ereignis“

Als »erledigendes Ereignis« wird hier nur der Eintritt solcher Tatsachen bezeichnet, die Zulässigkeit²⁷ oder Begründetheit einer bereits rechtshängigen (§§ 261 Abs. 1, 253 Abs. 1 ZPO) Klage nachträglich entfallen lassen.²⁸ Das setzt zum einen voraus, dass die Klageschrift vor Eintritt dieser Tatsachen zugestellt worden ist; zum anderen muss die Klage im Zeitpunkt des Eintritts dieser Tatsachen ansonsten zulässig und begründet gewesen sein.²⁹

Beispiele: Durch Erhebung einer Leistungsklage entfällt das Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) für eine (an sich begründete) Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der eingeklagten Forderung. Oder: Der Beklagte erfüllt eine eingeklagte Forderung im Laufe des Prozesses.

²⁵ Bereits 1884 erschienenen hierzu einige Beiträge, vgl. unbekannter Verfasser JW 1884, S. 190, *Bassermann* JW 1884, S. 244 sowie *Linckelmann* JW 1884, S. 264.

²⁶ Vgl. *Prütting/Wesser* ZZP 116, S. 267 (270); *Becker-Eberhard*, FS BGH, S. 273.

²⁷ Vgl. *BLAH – Hartmann*, § 91a, Rn. 24; *Zöller – Vollkommer*, § 91a, Rn. 3; BGH NJW 1986, S. 588 (589); BGH NJW 2003, S. 3134 (3135).

Gegen die Einbeziehung des Unzulässigwerdens: *Prütting/Wesser* ZZP 116, S. 267 ff.

²⁸ So auch *BLAH – Hartmann*, § 91a, Rn. 24; *Melullis*, Rn. 702 m.w.N.

²⁹ *BLAH – Hartmann*, § 91a, Rn. 24; *Zöller – Vollkommer*, § 91a, Rn. 3 (dort genannt: Erledigungsereignis); In diesem Sinne auch BGH NJW 1982, S. 1598; BGH NJW 1986, S. 598 (599); BGH NJW 2003, S. 3134 (3135).

Zu abweichenden Auffassungen in der Literatur sowie der Rechtsprechung von BAG, BVerwG und BFH vgl. *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung, S. 266 m.w.N. Der BGH selbst vertritt im Kartellverwaltungsverfahren die Auffassung, auf die ursprüngliche Zulässigkeit und Begründetheit der Klage komme es nicht an, vgl. BGH MDR 1986, S. 560.

Vor Rechtshängigkeit (oder wenn die rechtshängige Klage ohnehin schon unzulässig oder unbegründet war) kommt einem ansonsten in tatsächlicher Hinsicht gleichen Ereignis keine (prozessrechtlich) erledigende Wirkung zu.³⁰

Beispiele: Wenn die im obigen, ersten Beispiel genannte bestrittene Forderung besteht, kann sich die negative Feststellungsklage nicht durch Erhebung der Leistungsklage erledigen. Oder: Der Beklagte erfüllt die bestehende Forderung, bevor ihm die Klageschrift zugestellt wurde.

Deshalb kann in diesen Fällen streng genommen nicht von einem erledigenden Ereignis gesprochen werden. Allerdings ist der Sprachgebrauch vor allem der Rechtsprechung hier nicht so konsequent; oft verwendet man dennoch den Ausdruck »erledigendes Ereignis«.³¹ Der Einfachheit halber richtet sich die vorliegende Arbeit nach dieser ungenauen Terminologie, macht die Ungenauigkeit jedoch kenntlich, indem der Ausdruck in Anführungszeichen gesetzt wird („erledigendes Ereignis“), wenn er nach obiger Definition streng genommen nicht passt.

Hier interessieren vor allem die „erledigenden Ereignisse“ vor Rechtshängigkeit und zwar insofern, als zu untersuchen ist, ob ihr Eintritt den „Anlass zur Einreichung der Klage“ im Sinne des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO wegfallen lässt.³²

II. »Erledigung«

Auch der Begriff »Erledigung« hat in Rechtsprechung und Literatur viele verschiedene Bedeutungen. Das rührt mitunter daher, dass der Bezugspunkt dessen, was eine Erledigung gefunden haben soll, oft unterschiedlich gewählt wird.

1. Erledigung des (zivilprozessrechtlichen) Verfahrens

Bezieht man »Erledigung« auf ein zivilprozessrechtliches Verfahren,³³ so ist damit gemeint, dass das Gericht seine Entscheidungskompetenz in diesem

³⁰ Vgl. *Schröcker* NJW 2004, S. 2203 (dort in Fn. 6); *BLAH – Hartmann*, § 91a, Rn. 28, 30; *BGH* NJW 2003, S. 3134 m.w.N.; anderer Ansicht ist aber *Zöller – Vollkommer*, § 91a, Rn. 6.

³¹ Vgl. z.B. *BGH* NJW 1992, S. 2235 (2236), wo mit »erledigendem Ereignis« nicht die ursprüngliche Zulässigkeit und Begründetheit der Klage unterstellt wird, sondern dies gesonderte Voraussetzungen neben dem Eintritt eines erledigenden Ereignisses sein sollen. Von einem erledigenden Ereignis vor Rechtshängigkeit spricht *BGH*, Beschluss v. 26.7.2004 (Az.: VIII ZB 44/03).

³² Dies wird im Zweiten Teil der Arbeit auf S. 41-94 behandelt.

³³ Beispielsweise *BT-Drs.* 14/4722, S. 1; *Oberheim* Rn. 23; *BGH*, Beschluss v. 26.7.2004 (Az.: VIII ZB 44/03).

Verfahren (zumindest teilweise) verliert.³⁴ Diesen Verlust der Entscheidungskompetenz können die Parteien durch Ausübung ihrer Dispositionsbefugnis herbeiführen (also durch übereinstimmende Erledigterklärung, vgl. § 91a Abs.1; Prozessvergleich, vgl. § 98 S. 2; Klagerücknahme, vgl. § 269 Abs. 3 S. 1 ZPO). Das Verfahren kann aber auch vom Gericht durch Erlass eines Endurteils (vgl. § 99 Abs. 2 S. 1 ZPO) erledigt werden. Des Weiteren knüpft das Gesetz selbst an den Eintritt bestimmter Tatsachen die Erledigung des gerichtlichen Verfahrens, vgl. §§ 619 (Tod eines Ehegatten),³⁵ 640g S. 2 ZPO (keine Verfahrensaufnahme binnen eines Jahres).

2. Erledigung (des Rechtsstreits in) der Hauptsache

Häufig wird »Erledigung« auch auf den „Rechtsstreit in der Hauptsache“³⁶ oder nur auf „die Hauptsache“³⁷ bezogen, damit aber nicht der Verlust der gerichtlichen Entscheidungskompetenz gemeint, sondern der Eintritt eines erledigenden Ereignisses (zu diesem Begriff siehe oben, S. 29 f. unter I.).³⁸ In diesem Fall behält das Gericht seine Entscheidungskompetenz und es ergeht ein Sachurteil. Damit muss der Kläger abgewiesen werden (das folgt zwingend aus dem Erledigungsbegriff, die Klage ist ja jetzt unzulässig oder unbegründet!), es sei denn, er hat die Klage aufgrund der Erledigung geändert (so genannte »Erledigterklärung«, dazu III., auf der nächsten Seite).

3. „Erledigung“ vor Rechtshängigkeit

Den Begriff der »Erledigung« verwendet man schließlich noch mit einer dritten Bedeutung und zwar als Bezeichnung für den Eintritt eines „erledigenden Ereignisses“ vor Rechtshängigkeit.³⁹ Meistens spricht man dann der Klarheit halber von einer „Erledigung vor Rechtshängigkeit“.

³⁴ Vgl. *Prütting/Wesser ZZP* 116, S. 267 (274).

³⁵ § 619 ZPO ist in Kindschaftssachen gemäß § 640 Abs. 1 Hs. 2 ZPO entsprechend anzuwenden.

³⁶ *Walther NJW* 1994, S. 423; *Zöller – Vollkommer*, § 91a, Rn. 1; *BGHZ* 83, S. 12 (14).

³⁷ Beispielsweise *Elzer NJW* 2002, S. 2006; *BGHZ* 83, S. 12 (13); *BGHZ* 37, S. 137 (142 f.); *BGH NJW* 1999, S. 2516 (2517); *BGH*, Beschluss v. 26.7.2004 (Az.: VIII ZB 44/03).

³⁸ Kritisch zum Ausdruck: *BLAH – Hartmann*, § 91a, Rn. 175; *Prütting/Wesser ZZP* 116, S. 267 (271).

³⁹ So zum Beispiel *Elzer NJW* 2002, S. 2006; *Deckenbrock/Dötsch JurBüro* 2003, S. 568 (573).

4. Hier zugrunde gelegte Bedeutung

Im Folgenden wird Erledigung (ohne Anführungszeichen) im unter 2. angegebenen, also im „strengen“ Sinne, verstanden. Analog den eigentlich zu Unrecht so genannten „erledigenden Ereignissen“ wird hier auch der Begriff »Erledigung« in Anführungszeichen gesetzt („Erledigung“), wenn er Ereignisse im Zeitraum vor Rechtshängigkeit bezeichnet. Für das Ende eines gerichtlichen Verfahrens (also für den Verlust der gerichtlichen Entscheidungskompetenz), wird der Begriff »Erledigung des Verfahrens« benutzt.

III. Erledigterklärung

Der Begriff »Erledigterklärung« ist nach herrschender Auffassung die Umschreibung für eine bestimmte Klageänderung: Statt des ursprünglichen Klagebegehrens soll nunmehr festgestellt werden, dass die ursprüngliche Klage zunächst zulässig und begründet gewesen war, aber durch ein erledigendes Ereignis nach Rechtshängigkeit unzulässig oder unbegründet geworden ist.⁴⁰ Die Erledigterklärung ist danach eine Prozesshandlung⁴¹ und als solche unabhängig vom tatsächlichen Eintritt eines erledigenden Ereignisses.⁴² Sie ist daher streng von jenem oder dessen bloß tatsächlicher Einführung in den Prozess zu trennen.⁴³ Zweck dieser Konstruktion ist es, dem Kläger eine Möglichkeit zu eröffnen, die Auferlegung der Prozesskosten zu vermeiden.

Schließt sich der Beklagte der Erledigterklärung des Klägers an, dann wirkt jene nach herrschender Ansicht allerdings nicht mehr als Klageänderung, sondern als (Erledigt-)Erklärung im Sinne des § 91a ZPO.⁴⁴ Insofern hat die Erledigterklärung des Klägers eine doppelte Bedeutung.

Im Folgenden werden die Begriffe »Erledigterklärung« und »für erledigt erklären« als Umschreibung der dargestellten Klageänderung gebraucht. Wo eine Erledigterklärung im Sinne des § 91a ZPO gemeint ist, wird dies eindeutig zum Ausdruck gebracht.⁴⁵

⁴⁰ Siehe beispielsweise *Bergerfurth* NJW 1992, S. 1655 (1658); *Schumann*, Rn. 341 m.w.N.; *BLAH – Hartmann*, § 91a, Rn. 168; *MüKo – Lindacher*, § 91a, Rn. 73; *BGH NJW-RR* 1993, S. 1319 (1320); *BGH NJW* 1994, S. 2363 (2364).

⁴¹ *BLAH – Hartmann*, § 91a, Rn. 168.

⁴² Fehlt ein solches, bleibt die (wirksam) geänderte Klage *erfolglos*, *BLAH – Hartmann*, § 91a, Rn. 177. Wenigstens missverständlich daher *BGH NJW* 1994, S. 2895, wonach die Erledigterklärung nur bei Vorliegen einer Erledigung *wirksam* sein soll.

⁴³ *BLAH – Hartmann*, § 91a, Rn. 25.

⁴⁴ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 130, Rn. 28; *BGH NJW* 1989, S. 2885 (2886).

A.A.: *Prütting/Wesser ZZP* 116, S. 267 ff.; *LG Hanau NJW-RR* 2000, S. 1233; kritisch auch *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 130, Rn. 33.

⁴⁵ Dies soll allerdings lediglich der terminologischen Klarheit dienen und keine Stellungnahme im Streit beinhalten, ob sich der Beklagte der Erledigterklärung mit der oben

B. Bisherige Rechtslage

Die Problematik des neuen § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO wird erst vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtslage richtig verständlich. Daher sollen zunächst kurz die bisher nach herrschender Auffassung gangbaren Wege dargestellt werden, um im Falle einer „Erledigung“ *vor* Rechtshängigkeit die (endgültige) Belastung mit den Kosten des Rechtsstreits zu vermeiden.⁴⁶ Ob sich an der Zulässigkeit dieser Wege durch § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO etwas geändert hat, wird weiter unten⁴⁷ untersucht.

I. „Erledigung“ vor Rechtshängigkeit⁴⁸

Nach überwiegender Ansicht konnte eine im Wege der Erledigterklärung geänderte Klage keinen Erfolg haben, wenn die Klage bereits *vor* Rechtshängigkeit aussichtslos geworden war. Dabei machte es keinen Unterschied, ob die Klage schon anhängig gemacht worden war oder nicht. Um gerichtlich feststellbar zu sein, musste eine Erledigung nämlich *nach* Rechtshängigkeit eingetreten sein, der Anhängigkeit kam in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu.⁴⁹

Bei „Erledigung“ vor Rechtshängigkeit konnte der Kläger also keinesfalls über eine Erledigterklärung vorgehen, um die (endgültige) Kostenbelastung zu vermeiden. Stattdessen standen ihm andere Wege offen, die jedoch alle voraussetzten, dass er einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Erstattung der bisher angefallenen Kosten hatte. War dies der Fall, konnte er die Klage beispielsweise in eine bezifferte Leistungsklage ändern.⁵⁰ In der Praxis erwies es sich jedoch als überaus schwierig, die Kosten zu beziffern, sodass diese Lösung häufig ausschied.⁵¹ Daher ließ man auch die Änderung in eine *unbezifferte* Feststel-

beschriebenen Wirkung anschließen kann. Zu den Positionen und Argumenten in diesem Streit vgl. soeben, Fn. 44, insbesondere *Prütting/Wesser* ZZP 116, S. 267 ff.

⁴⁶ Neben den im Folgenden vorgestellten Konstruktionen wurden weitere Ansätze befürwortet, die sich jedoch letztlich nicht durchsetzen konnten und auf die deswegen nicht weiter eingegangen wird. Es mag der Verweis auf *Anders/Gehle*, Antrag und Entscheidung, Rn. 475 ff. und AK – *Röhl*, § 91a, Rn. 40 ff. genügen.

⁴⁷ S. 161-176.

⁴⁸ Siehe dazu eingehend *Pfeffer*, S. 175 ff. (zur „Erledigung“ vor Anhängigkeit) sowie S. 178 ff. (zur „Erledigung“ zwischen An- und Rechtshängigkeit); *Pape/Notthoff* JuS 1995, S. 912 (915).

⁴⁹ *Bücking* ZZP 88, S. 307 (308, dort in Fn. 7) m.w.N.; *Zöller – Vollkommer*, § 91a, Rn. 41 m.w.N.; BGHZ 83, S. 12 (13).

Zur a.A. (sog. „weiter Erledigungsbegriff“) vgl. *Zöller* (22. Aufl.) – *Vollkommer*, § 91a, Rn. 42.

⁵⁰ KG NJW-RR 1987, S. 994; BGHZ 83, S. 12 (16).

⁵¹ Vgl. *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung, S. 220 ff., S. 327 f.; *Köhnen/Köhnen* DRiZ 1989, S. 289 ff.; *Ulrich* NJW 1994, S. 2793 (2795) m.w.N.; *Linke* ZZP 87,

lungsklage zu.⁵² Festzustellen sollte sein, dass der Beklagte aufgrund materiellen Rechts zur Kostenerstattung verpflichtet ist.⁵³

Außerdem sollte es zulässig sein, dass die Klage zunächst kostenpflichtig zurückgenommen oder gar abgewiesen wurde und der Kläger die Erstattung der (nunmehr problemlos bezifferbaren) Kosten anschließend in einem neuen Verfahren (Regressprozess) einklagt.⁵⁴

Als letzte Möglichkeit sollte auch im Falle der „Erledigung“ vor Rechtshängigkeit eine Erledigterklärung nach § 91a ZPO möglich sein.⁵⁵ Zwar bedurfte der Kläger hierfür nicht notwendig eines materiell-rechtlichen Erstattungsanspruchs, um kostenfrei zu bleiben. Allerdings setzt eine Entscheidung nach dieser Vorschrift die Mitwirkung des Beklagten voraus; jener muss sich der Erledigterklärung nach § 91a ZPO anschließen.

Nicht unerwähnt soll bleiben, dass man teilweise für eine reziproke Anwendung von § 93 ZPO eintrat.⁵⁶ Danach sollten dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits auferlegt werden können, wenn er zur Einreichung der Klage Anlass gegeben hatte und der Kläger sofort nach Wegfall dieses Anlasses die Rücknahme erklärte. Diese Ansicht hatte sich allerdings in der Rechtsprechung – im Gegensatz zu den oben dargestellten Lösungen – bis zuletzt nicht durchsetzen können. Im Gegenteil überwog die Ansicht, § 93 ZPO könne nicht reziprok angewandt werden⁵⁷

S. 305; *Rixecker* ZZP 96, S. 505 (508); BGH NJW 1981, S. 990 (991). Wegen dieser Schwierigkeiten wurde zum Teil eine unbezifferte Leistungsklage vorgeschlagen, vgl. *Grunsky*, FS Schwab, S. 165 (173 f.). Dieser Vorschlag begegnet aber erheblichen Bedenken und hat sich in der Praxis nicht durchgesetzt, vgl. Zöllner (22. Aufl.) – *Vollkommer*, § 91a, Rn. 40.

⁵² BGH NJW 1981, S. 990 (991); BGH NJW 1994, S. 2895 (2896); weitere Nachweise bei *Elzer* NJW 2002, S. 2006 (dort in Fn. 5).

⁵³ Obwohl die Klageänderung in eine Kostenfeststellungsklage in der Rechtsprechung überwiegend anerkannt war, wurden im Schrifttum doch einige Zweifel geäußert, vgl. Zöllner (22. Aufl.) – *Vollkommer*, § 91a, Rn. 40 m.w.N.; BLAH (59. Aufl.) – *Hartmann*, § 91a, Rn. 37; *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung, S. 328 f.; *Musielak* (5. Aufl.), Rn. 263; *Shen*, S. 172 ff.; *El-Gayar*, S. 183 f.. Auch an der Änderung in eine bezifferte Leistungsklage wurde Kritik geübt, vgl. *Brüchert* AnwBl. 1989, S. 80 (81).

⁵⁴ BGH NJW 1982, S. 1598 (1599); BGH NJW 1990, S. 1906 (1907).

⁵⁵ So die herrschende Meinung, vgl. Zöllner – *Vollkommer*, § 91a, Rn. 16 m.w.N.

⁵⁶ Etwa OLG Nürnberg JurBüro 1978, S. 745; AG Iserlohn NJW-RR 1995, S. 1022.

Im Schrifttum bejahten die Möglichkeit, § 93 ZPO bei Klagerücknahme anzuwenden: *Thomas/Putzo* (23. Aufl.) – *Thomas*, § 269, Rn. 15; Zöllner (22. Aufl.) – *Herget*, § 93, Rn. 2.

⁵⁷ Die reziproke Anwendung lehnten beispielsweise ab: OLG Köln FamRZ 1986, S. 278 (bei Rücknahmeerklärung vor Rechtshängigkeit); OLG Hamm GRUR 1983, S. 608; OLGR Schleswig 2001, S. 380.

II. Andere Problemfälle bei Klagerücknahme

Ähnliche Probleme wie die Fälle der „Erledigung“ vor Rechtshängigkeit bereiten die Konstellationen, in denen die Klage von Anfang an keine Aussicht auf Erfolg hatte, in denen aber dennoch dem Kläger materiell-rechtlich ein Anspruch auf Erstattung dieser Kosten zustand.⁵⁸

Beispiele: Klage gegen einen bloß vermeintlichen Drittschuldner, der die Erklärung nach § 840 Abs. 1 ZPO erst zwischen An- und Rechtshängigkeit abgibt. (Stufen-)Klage auf Zahlung gegen einen tatsächlich nicht zur Zahlung Verpflichteten, wie die verspätete Auskunftserteilung zwischen An- und Rechtshängigkeit ergibt.⁵⁹

In diesen Fällen wurde ebenfalls ein Vorgehen über die unter I⁶⁰ geschilderten Wege erforderlich.⁶¹

Aus dem Schrifttum ablehnend: BLAH (60. Aufl.) – *Hartmann*, § 93, Rn. 17; MüKo – *Belz*, § 93, Rn. 4; Stein/Jonas (21. Aufl.) – *Bork*, § 93, Rn. 1; Zöllner (22. Aufl.) – *Greger*, § 269, Rn. 17 a.E.

⁵⁸ Beispielsweise als Schadensersatz (etwa wegen Verzugs, §§ 280, 286 BGB oder wegen Pflichtverletzung nach § 280 BGB oder nach § 840 Abs. 2 S. 2 ZPO). Insbesondere die Verletzung von Auskunfts- und Aufklärungspflichten kommt in Betracht; Auskunftspflichten sind normiert in §§ 666 (auch i.V.m. 675 Abs.1 oder 681 S. 2, 1978 Abs. 1), 1379 Abs. 1 S. 1, 1580 S.1, 1605 Abs. 1 S. 1 (auch i.V.m. 1361 Abs. 4S. 4), 2027 Abs. 1, 2028 Abs. 1, 2057 S. 1, 2127, 2314 Abs. 1 S. 1 BGB, § 87c Abs. 3 HGB, § 840 Abs. 1 ZPO. Aufklärungspflichten folgen insbesondere aus einer berechtigten Abmahnung wegen Wettbewerbsverstößes, vgl. *Gloy – Gloy*, § 60, Rn. 46 m.w.N. In bestimmten Fällen ergibt sich eine Auskunfts- oder Aufklärungspflicht aus § 242 BGB, vgl. *Palandt – Heinrichs*, § 242, Rn. 37; § 261, Rn. 8 ff.; *Gloy – Spätgens*, § 82, Rn. 172 und BGH NJW 1990, S. 1906 jeweils m.w.N. Zu materiell-rechtlichen Erstattungsansprüchen siehe außerdem auch *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung, S. 50 ff.

⁵⁹ Vgl. beispielsweise BGH NJW 1994, S. 2895; vgl. auch eingehend *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung, S. 216 ff.

Für Verfahren betreffend die gesetzliche Unterhaltspflicht gilt seit der Änderung des § 93d ZPO durch das KindUG (BGBl. I 1998, S. 666) bereits eine von § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO abweichende Regel. Damit steht in diesen Fällen eine Lösung der Problematik zur Verfügung.

⁶⁰ S. 33 f.

⁶¹ Vgl. *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung, S. 228 f. Für die Änderung in eine Feststellungsklage bei Erstattungsanspruch aus § 840 Abs. 2 ZPO vgl. BGH NJW 1981, S. 989 (990), bei nicht rechtzeitig erteilter Auskunft vgl. BGH NJW 1994, S. 2895 (2896) m.w.N.

Zu weiteren Lösungsvorschlägen insbesondere in den Fällen der Drittschuldnerklagen siehe *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung, S. 224 f.

C. Probleme der bisherigen Handhabung

Wie gezeigt, konnte der Kläger nach bisheriger Praxis die endgültige Kostenbelastung in grundsätzlich jedem Fall vermeiden, vorausgesetzt, er hatte einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch. Alle Wege zur Vermeidung der (endgültigen) Kostenbelastung hatten jedoch praktische Nachteile, die einen gewissen Bedarf nach einer *prozessökonomischen*, gesetzlich abgesicherten Möglichkeit aufkommen ließen.

I. Probleme bei Regressklage

Gegenüber der Lösung der Kostenproblematik in einem einzigen Prozess ist der Weg über eine kostenpflichtige Klagerücknahme (oder gar Klagabweisung) mit anschließender Regressklage teuer,⁶² langwierig⁶³ und mit erheblichem gerichtlichem Mehraufwand verbunden.⁶⁴

Hinzu kommt, dass bis zur endgültigen Streitbeilegung leicht eine dritte Klage erforderlich werden kann, da zunächst der Kläger die Kosten zu tragen hat.⁶⁵ Wenn der Beklagte aus seinem Kostentitel⁶⁶ vorgehen will, ist dem Kläger zumindest bei drohender Illiquidität des Beklagten dringend zur Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) zu raten.⁶⁷ Hierfür fallen weitere Anwalts- und Gerichtskosten an.

⁶² Vgl. dazu Anlagen 1 und 2.

⁶³ Zunächst muss das Kostenfestsetzungsverfahren im Anschluss an die zurückgenommene oder abgewiesene Klage durchlaufen werden. Anschließend muss die neue Klageschrift vorbereitet und ihre Zustellung an den Beklagten sowie die Terminbestimmung abgewartet werden, ehe über den Kostenerstattungsanspruch verhandelt werden kann.

⁶⁴ Der Eingang jeder Klageschrift – konkret der Klageschrift der Regressklage – muss dokumentiert werden und die Klageschrift muss der Geschäftsstelle des nach jeweiligem Geschäftsverteilungsplan zuständigen Spruchkörpers zugeleitet werden, wo wiederum Einträge in das Prozess- und Namensregister, eventuell auch in weitere Register vorgenommen und ein Aktenzeichen sowie eine Zählkartennummer zugeteilt werden müssen. Die Zahlung des Gerichtskostenvorschusses sowie die Zustellbarkeit der Klageschrift werden überprüft. Schließlich wird gegebenenfalls Termin bestimmt, geladen und die Zustellung veranlasst (vgl. *Schilken*, Rn. 198; *Steinert/Theede*, S. 155). Dazu kommt der Verwaltungsaufwand, der durch die zurückgenommene Klage entsteht: Insgesamt muss das Kostenfestsetzungsverfahren zweimal durchgeführt werden.

⁶⁵ Sei es nach § 91 ZPO, sei es aufgrund § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 ZPO.

⁶⁶ Der Kostenfestsetzungsbeschluss nach § 104 Abs. 1 S. 1 ZPO ist gem. § 794 Abs. 1 Nr. 2 ZPO ein Vollstreckungstitel. Nach einer Klagerücknahme ist er ohne Sicherheitsleistung vollstreckbar, vgl. *Luckey ProZR* 2002, S. 24.

⁶⁷ Vgl. etwa *Stöhr JR* 1985, S. 490 (491); *Mertins DRiZ* 1989, S. 281 (282).

II. Probleme bei Klageänderung

Ändert der Kläger seine Klage in eine Kostenfeststellungsklage oder in eine bezifferte Leistungsklage, so entstehen weniger Aufwand und Kosten. Nichtsdestotrotz avanciert die Frage der Kostentragung – dem Charakter nach eigentlich eine Nebenentscheidung⁶⁸ – zur Hauptsache eines Prozesses. Über sie muss nun vollumfänglich verhandelt werden, über streitige Fragen muss grundsätzlich Beweis erhoben werden. Rechtsmittel gegen die Entscheidung über die Kostentragungspflicht ist die (teure) Berufung (§§ 511 – 541 ZPO).

III. Probleme bei § 91a ZPO

Gegenüber allen bisher dargestellten Lösungsvorschlägen hat das Vorgehen über § 91a ZPO den Vorteil, dass hier lediglich ein Beschluss nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes ergeht, was ein summarisches Verfahren ermöglicht. Dies ist prozessökonomischer und schneller, unter Umständen auch billiger als die zuvor aufgezeigten Lösungswege.

Der entscheidende Nachteil an der Lösung über § 91a ZPO ist aber, dass der Kläger *stets* auf die Mitwirkung des Beklagten angewiesen ist.

IV. Probleme der reziproken Anwendung von § 93 ZPO

Oben⁶⁹ wurde bereits darauf hingewiesen, dass die reziproke Anwendung von § 93 ZPO in der Rechtsprechung keineswegs einheitlich anerkannt war, sondern im Gegenteil überwiegend abgelehnt wurde.⁷⁰ Eine echte alternative zu einer Regressklage oder Klageänderung bot dieser Weg daher nicht. Im Einzelfall musste der Kläger vor Abgabe seiner Rücknahmeerklärung versuchen, durch Anfrage beim entscheidungsbefugten Gericht zu klären, wie dieses Gericht die Frage der reziproken Anwendung von § 93 ZPO handhabte.

D. Zur Gesetzgebungsgeschichte

Nachdem nun der rechtstatsächliche Hintergrund von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO in groben Zügen dargestellt wurde, soll auch seine Gesetzgebungsgeschichte noch kurz skizziert werden.

⁶⁸ Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 74; BLAH – Hartmann, Übersicht § 91, Rn. 10.

⁶⁹ S. 34.

⁷⁰ Auch die überwiegende Kommentarliteratur hatte sich gegen eine reziproke Anwendung von § 93 ZPO ausgesprochen, vgl. oben, Fn. 57 auf S. 34 f.

Seit dem 1. September 2004 ist § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO in der durch das JuMoG modifizierten Fassung gültig,⁷¹ welche folgendermaßen lautet:

„Ist der Anlass zur Einreichung der Klage vor Rechtshängigkeit weggefallen und wird die Klage daraufhin zurückgenommen, so bestimmt sich die Kostentragungspflicht unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen; dies gilt auch, wenn die Klage nicht zugestellt wurde.“

Zuvor⁷² galt § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO in der Fassung des ZPO-RG, wonach die Rücknahme der Klage „unverzüglich“ zu erfolgen hatte; der zweite Halbsatz war in dieser Fassung noch nicht enthalten.⁷³ Die Fassung des ZPO-RG geht ausweislich der Gesetzesbegründung zu diesem Gesetz⁷⁴ auf einen Vorschlag im Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des zivilgerichtlichen Verfahrens und des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 8.12.1998 zurück.⁷⁵

Einen ähnlich formulierten und beinahe identisch begründeten Vorschlag enthielt jedoch bereits der Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des zivilgerichtlichen Verfahrens und des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 4.12.1996.⁷⁶ Auf diesen älteren Entwurf führt die Begründung des JuMoG⁷⁷ Teile des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zurück (konkret: das Erfordernis unverzüglicher Rücknahme).⁷⁸

⁷¹ Vgl. Art. 14 S. 1 JuMoG.

⁷² Seit dem 1. Januar 2002, vgl. Art. 53, Nr. 3 ZPO-RG.

⁷³ Die ursprüngliche Fassung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO lautete: „Ist der Anlass zur Einreichung der Klage vor Rechtshängigkeit weggefallen und wird die Klage daraufhin unverzüglich zurückgenommen, so bestimmt sich die Kostentragungspflicht unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen.“

⁷⁴ BT-Drs. 14/4722, S. 61, 80.

⁷⁵ BT-Drs. 14/163. Dort war die Vorschrift noch etwas anders formuliert und als S. 1 in einem neuen Abs. 4 gedacht, vgl. BT-Drs. 14/163, S. 4 unter Art. 1, Nr. 12, lit. c: „Ist der Anlaß zur Einreichung der Klage vor Rechtshängigkeit weggefallen und wird darauf die Klage unverzüglich zurückgenommen, so entscheidet das Gericht auf Antrag über die Kosten unter Berücksichtigung des Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen durch Beschluß.“

⁷⁶ BT-Drs. 13/3698. Auch dort war die Vorschrift als S. 1 eines neuen Abs. 4 geplant, vgl. BT-Drs. 13/3698, S. 6 unter Art. 1, Nr. 13, lit. c. Sie sollte lauten: „Hat der Beklagte durch sein Verhalten Anlaß zur Einreichung der Klage gegeben, so hat er die Kosten zu tragen, wenn der Anlaß vor Rechtshängigkeit weggefallen ist und die Klage drauf sofort zurückgenommen wird.“

⁷⁷ BT-Drs. 15/3482.

⁷⁸ Der Verweis auf BT-Drs. 13/3698 ist nicht direkt in der Begründung zum JuMoG (BT-Drs. 15/3482) enthalten, sondern in der Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des JuMoG (BT-Drs. 15/1508, dort auf S. 18). Auf diese Begründung verweist BT-Drs. 15/3482, S. 15 jedoch.

Der Entwurf vom 4.12.1996 geht selbst wieder auf einen wortgleichen Vorschlag der Kommission für das Zivilprozeßrecht von 1977 zurück.⁷⁹ § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO kann damit, obwohl er erst seit kurzem Gesetzeskraft hat, doch auf eine lange Geschichte von Gesetzesinitiativen zurückblicken.⁸⁰

⁷⁹ Dieser Vorschlag ist bei *Ulrich* NJW 1994, S. 2793 (2795) wiedergegeben.

⁸⁰ Den Gründen des Scheiterns der früheren Vorschläge im Einzelnen nachzugehen, bietet diese Arbeit nicht den geeigneten Rahmen; daher wurde davon abgesehen. Ebenfalls verzichtet wurde auf eine weiter ausholende Darstellung der verschiedenen Vorschläge, die außer den genannten gemacht wurden, um die Problematik in den Griff zu bekommen. Einige dieser Vorschläge nennt *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung, S. 287-289.

Zweiter Teil – Vorausgesetzte prozessuale Lage

Der gesetzliche Tatbestand von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO setzt zweierlei voraus: zum einen muss eine bestimmte prozessuale Situation vorliegen und zum anderen muss aufgrund dieser Situation die Rücknahme der Klage erklärt werden. Bezüglich beider Tatbestandsmerkmale sind einige Zweifelsfragen zu klären. Hier sollen zunächst die vorausgesetzte prozessuale Situation und damit zusammenhängende Probleme untersucht werden. Dem Fragenkreis um die Rücknahmeerklärung widmet sich der Dritte Teil dieser Arbeit.

A. Übersicht über die wesentlichen Fragen

Die prozessuale Situation, die § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO seinem Wortlaut nach voraussetzt, ist, dass „der Anlass zur Einreichung der Klage vor Rechtshängigkeit weggefallen“ ist. In diesem Zusammenhang stellen sich folgende Fragen, denen die anschließende Erörterung auf den Grund gehen will:

(1) Was ist unter einem „Anlass zur Einreichung“ einer Klage zu verstehen?

(2) Wann ist ein „Anlass (...) weggefallen“?

(3) Ist die Vorschrift auch bei Anlasswegfall vor *Anhängigkeit* anwendbar? (Dies wird zumeist unter der engeren Fragestellung diskutiert, ob § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bei „*Erledigung*“ vor *Anhängigkeit* anwendbar ist.)

(4) Setzt die Vorschrift durch Bezugnahme auf die *Rechtshängigkeit* deren Eintritt (durch Zustellung der Klageschrift an den Beklagten, §§ 261 Abs. 1, 253 Abs. 1 ZPO) voraus?

Und (5): Was gilt in Fällen des Anlasswegfalls *nach* *Rechtshängigkeit* – kann § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO analog angewendet werden?

Zunächst soll die Frage nach der Bedeutung des Ausdrucks „Anlass zur Einreichung der Klage“ geklärt werden.

B. Auslegung des Begriffs „Anlass zur Einreichung der Klage“

Die Zweifel, die sich bei der Auslegung des Ausdrucks „Anlass zur Einreichung der Klage“ ergeben, rühren vom Begriff „Anlass“ her. Seine Bedeutung ist es, die geklärt werden muss.⁸¹

Als einzigen in diesem Zusammenhang in Frage kommenden Wortsinn gibt der Duden⁸² an: *Veranlassung; Ausgangspunkt; äußerer Beweggrund*.

⁸¹ Vgl. zu den verschiedenen Auslegungskriterien *Larenz*, S. 320 ff.

⁸² Duden, S. 227 (Stichwort: „Anlass“).

Von dieser Begriffsbestimmung ausgehend muss die Bedeutung des Begriffs im Rahmen von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO konkretisiert werden: Ist das Vorliegen eines Anlasses dort rein objektiv zu bestimmen, so dass die Klageeinreichung *im Zeitpunkt ihrer Vornahme objektiv* gerechtfertigt sein muss, weil der Kläger einen durchsetzbaren Anspruch⁸³ innehat und die Inanspruchnahme eines Gerichts zu seiner Durchsetzung geboten ist? Oder ist der Begriff aus Sicht des Klägers, also *subjektiv* zu bestimmen und (nur) danach zu fragen, ob der Kläger im Zeitpunkt der Klageeinreichung davon ausging, einen durchsetzbaren Anspruch innezuhaben und zu seiner Durchsetzung auf gerichtliche Hilfe angewiesen zu sein?

Folgt man der ersten (objektiven) Auslegungsmöglichkeit,⁸⁴ dann beschränkt sich § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auf die Fälle der „Erledigung“ zwischen An- und Rechtshängigkeit. Er ist dann weder bei „Erledigung“ vor Anhängigkeit anwendbar noch in den oben⁸⁵ beschriebenen Fällen niemals aussichtsreicher Klagen, in denen dennoch der Kläger einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch gegen den Beklagten hat.

Folgt man hingegen der zweiten (subjektiven) Auslegungsmöglichkeit,⁸⁶ so erfasst § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO über die Fälle der „Erledigung“ zwischen An- und Rechtshängigkeit hinaus auch die Fälle der „Erledigung“ vor Anhängigkeit.

⁸³ Wenn hier und im Folgenden von einem Anspruch bzw. einer Forderung des Klägers die Rede ist, dann aus Gründen der Einfachheit. Selbstverständlich ist § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO aber nicht nur bei Leistungsklagen, sondern auch Feststellungs- und Gestaltungsklagen anwendbar. So erledigt sich etwa eine (negative) Feststellungsklage durch mündliche Verhandlung über die gegenläufige Leistungsklage (in Form der Unterlassungsklage), vgl. BGH NJW 1999, S. 2516.

⁸⁴ So *Anders/Gehle*, Assessorexamen, Rn. 621a, 622; *Bonifacio* MDR 2002, S. 499; auch *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 128, Rn. 38; letztere befürworten allerdings bei „Erledigung“ vor Anhängigkeit die analoge Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO.

⁸⁵ S. 35.

⁸⁶ So *BLAH – Hartmann*, § 269, Rn. 37 a.E.; OLG Naumburg, Beschluss v. 3.12.2002 (Az.: 11 W 267/02), das § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO anwendet, obwohl die (Vollstreckungsabwehr)Klage niemals Aussicht auf Erfolg hatte. Im hier vorgeschlagenen Sinne ebenfalls OLG München, Beschluss v. 12.3.2004 (Az.: 29 W 2840/03), auch wenn dort ursprünglich eine erfolgreiche Klage möglich gewesen wäre. Nach dem OLG „war Anlass für die Klage, dass für den vom Kläger vorgetragene Wettbewerbsverstoß *aus dessen Sicht* Wiederholungsgefahr bestanden hatte“ (OLG München, Beschluss v. 12.3.2004 – Hervorhebung nicht im Original); Auch OLG Frankfurt, Beschluss v. 30.1.2003 (Az.: 6 W 137/02) wendet § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO an, obwohl es Zweifel an den ursprünglichen Erfolgsaussichten der Klage hat.

Zum gleichen Ergebnis gelangen auch *Musielak – Wolst*, § 91a, Rn. 43 und *Musielak – Foerste*, § 269, Rn. 13 sowie § 254, Rn. 7, die (zumindest bei der Stufenklage) eine *analoge* Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO befürworten, wenn der auf zweiter Stufe geltend gemachte Anspruch niemals durchsetzbar war.

Überdies kann er anwendbar sein, obwohl die anhängig gemachte Forderung niemals bestanden hat.

Zwischen diesen beiden Möglichkeiten, den Begriff auszulegen, steht eine dritte:⁸⁷ Nach ihr genügt es, wenn die anhängig gemachte Forderung irgendwann einmal – also auch lediglich vor Anhängigkeit – tatsächlich durchsetzbar war. Es genügt jedoch nicht, wenn der Kläger dies bloß annimmt, obwohl es in Wirklichkeit *niemals* der Fall war. Von diesem Standpunkt aus ist § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zwar bei „Erledigung“ vor Anhängigkeit anwendbar, nicht jedoch, wenn die anhängig gemachte Forderung nie bestanden hat (selbst, wenn der Kläger einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Kostenerstattung hat). Die Darstellung der verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten lässt zweierlei erkennen: Erstens, dass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nach jeder möglichen Auslegungsart bei „Erledigung“ zwischen An- und Rechtshängigkeit anwendbar ist; etwas anderes wird richtiger Weise nicht vertreten.⁸⁸ Und zweitens, dass die weitere Eingrenzung des Anwendungsbereichs von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vom Begriff „Anlass“ abhängt, welcher wiederum nur durch die Antwort auf die beiden Fragen präzisiert werden kann, ob (I.) ein Anlasswegfall vor Rechtshängigkeit möglich ist und (II.) inwieweit die tatsächliche Rechtslage eine Rolle spielt, ob also eine „Erledigung“ erforderlich ist.

I. Anwendbarkeit bei Anlasswegfall vor Anhängigkeit

Zunächst soll die Frage geklärt werden, ob § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auch bei Anlasswegfall vor Einreichung der Klage anwendbar ist. In der wissenschaftlichen Auseinandersetzung wird diese Frage zumeist unter der engeren Formulierung diskutiert, ob § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bei „Erledigung“ vor Anhängigkeit anwendbar ist.⁸⁹ Dabei hat sich folgender Meinungsstand herausgebildet: Die

⁸⁷ Hierfür wohl AG Bremen, Beschluss v. 5.9.2003 (Az.: 7 C 145/03); OLG Hamburg ZInsO 2004, S. 811.

⁸⁸ Vgl. nur *Anders/Gehle*, Assessorexamen, Rn. 623; *Bonifacio* MDR 2002, S. 499; *Luckey* ProZRB 2002, S. 24 (28); *Musielak – Foerste*, § 269 Rn. 13; *Prütting/Wesser* ZZP 116, S. 267 (297); *Schneider*, Praxis der ZPO, Rn. 286; BT-Drs. 14/4722 S. 81; LG Münster NJW-RR 2002, S. 1221; LG Bad Kreuznach NJW-RR 2003, S. 790; OLG Köln NJW-RR 2003, S. 1151; OLG Dresden OLG-NL 2003, S. 164; OLG Saarbrücken, Beschluss v. 9.4.2003 (Az.: 6 WF 17/03); OLG Düsseldorf FPR 2004, S. 270; BGH NJW 2004, S. 1530; BGH NJOZ 2004, S. 1197.

⁸⁹ Um der Frage nach der Abhängigkeit der Anwendbarkeit von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO von der materiellen Rechtslage nicht vorzugreifen, wird nachfolgend an der gesetzlichen Terminologie festgehalten und statt der Möglichkeit einer „Erledigung“ vor Anhängigkeit die Möglichkeit eines „Anlasswegfalls“ vor Rechtshängigkeit diskutiert. Die Bedeutung der materiellen Rechtslage (also, ob eine Erledigung vorgelegen haben muss oder § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auch angewendet werden kann, wenn der Kläger den behaupteten

Stimmen, die § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO für direkt anwendbar halten,⁹⁰ überwiegen. Teilweise plädiert man vorsichtiger – im Ergebnis jedoch gleich – für eine nur analoge Anwendung.⁹¹ Allerdings hat auch die Ansicht, § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO sei in diesen Fällen überhaupt nicht anwendbar, einige Anhänger gefunden.⁹²

1. Wortlaut von § 269 Abs. 3 S. 3 Hs. 1 ZPO

a) Natürlicher Wortsinn

Die Bedeutungsermittlung des Begriffs »Anlass« soll von seinem natürlichen Wortsinn ausgehen, der mit Veranlassung / Ausgangspunkt / äußerer Beweggrund angegeben wurde.⁹³

Den äußeren Beweggrund für eine Klageeinreichung bilden jene Umstände, aufgrund derer der Kläger (in nicht völlig unnachvollziehbarer Weise⁹⁴) den

Anspruch zu keiner Zeit je durchsetzen hätte können) wird im Anschluss unter II (S. 59-63) behandelt.

⁹⁰ So *Althammer/Löhnig* NJW 2004, S. 3077 (3079); *Deckenbrock/Dötsch* JurBüro 2003, S. 568 (573) sowie *dies.* in MDR 2004, S. 1214 (1216 f.), dort allerdings offen lassend, ob doch nur analog; *Elzer* NJW 2002, S. 2006 (2008) – allerdings offen lassend, ob eventuell doch nur analog; *Gehrlein*, § 9, Rn. 18 a.E.; *Jungbauer* JurBüro 2005, S. 344 (346); *Knauer/Wolf* NJW 2004, S. 2857 (2858); *Löhnig* JA 2004, S. 122 (124); *Musielak* JuS 2002, S. 1203 (1205 f.); *Schneider* JurBüro 2002, S. 509 (510); *Schröcker* NJW 2004, S. 2203 (2204); *Schur* KTS 2004, S. 373 (389); *Wolf* ZZP 116, S. 523 (524); *Hannich/Meyer-Seitz – Engers*, § 269, Rn. 10 (unter Bezug auf Abs. 3 S. 4 (!); gemeint ist jedoch S. 3); *Musielak – Foerste*, § 269, Rn. 13; *Thomas/Putzo – Reichold*, § 269, Rn. 16; *Zöller – Greger*, § 269, Rn. 18d; *Jauernig*, S. 177 befürwortet wohl ebenfalls die Anwendbarkeit; AG Spandau ZMR 2003, S. 584 (585); LG Düsseldorf NJW-RR 2003, S. 213 (214) im Ergebnis offen, in der Begründung zur direkten Anwendung tendierend; LG Bonn NJOZ 2005, S. 1567; LG Berlin NJOZ 2003, S. 2294 (obiter dictum); OLG Köln, Beschluss v. 10.11.2003 (Az.: 2 W 85/02); OLG München, Beschluss v. 12.03.2004 (Az.: 29 W 2840/03)

⁹¹ *Schneider*, Praxis der ZPO, Rn. 285, der hierfür auch LG Düsseldorf NJW-RR 2003, S. 213 zitiert; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* § 128, Rn. 38 und § 130, Rn. 27; *Anders/Gehle*, Assessorexamen, Rn 621a lassen offen, ob sie eine Analogie für möglich halten oder nicht.

⁹² *Bonifacio* MDR 2002, S. 499; *Schilken* Rn. 627 (dort in Fn. 3); wohl auch *Schellhammer*, Arbeitsmethode, Rn. 407; *Zöller – Vollkommer*, § 91a, Rn. 1; LG Kassel, Beschluss v. 13.11.2003 (Az.: 7 O 2535/03); OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 6.1.2004 (Az.: 25 W 78/03); wohl auch OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 30.1.2003 (Az.: 6 W 137/02)

⁹³ Duden, S. 227 (Stichwort: „Anlass“).

⁹⁴ Nur, wenn objektiv nicht mehr nachvollziehbar ist, warum der Kläger bestimmte Umstände zum Anlass für die Klageeinreichung genommen hat, scheidet eine Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO aus. Nicht nur ist in dieser Situation das Vorliegen eines Anlasses zu verneinen; es ist außerdem nicht denkbar, dass irgendwelche Gesichtspunkte für eine (teil-

Entschluss zur nachfolgenden Klageeinreichung fasst. Der Kläger muss also aufgrund objektiver Umstände davon ausgehen, einen durchsetzbaren Anspruch innezuhaben, dessen *gerichtliche* Geltendmachung geboten ist.

Seiner natürlichen Bedeutung nach erfordert der Begriff »Anlass« nicht, dass die äußeren Umstände, auf denen der Entschluss zur veranlassten Handlung beruht, im Zeitpunkt der Vornahme dieser Handlung noch *fortbestehen*. Sie können sich mittlerweile geändert haben, ohne dass dadurch der Entschluss zur Klageeinreichung oder seine Umsetzung, die Einreichung selbst, berührt werden. Der Anlass muss lediglich beim Einreichenden *fortwirken*.

Dem natürlichen Wortsinn nach liegt der Anlass zur Klageeinreichung also stets vor der Klageeinreichung selbst und ist erst nicht im Zeitpunkt von deren Vornahme zu beurteilen; daher ist es auch möglich, dass er vor der Klageeinreichung (also vor Anhängigkeit) wegfällt.

b) „...vor Rechtshängigkeit...“

Viele⁹⁵ führen die Formulierung „...vor Rechtshängigkeit...“ als schlagkräftiges Wortlautargument dafür an, dass der Anlass bereits vor Anhängigkeit wegfallen kann. Denn – wird argumentiert – wenn es nach dem Gesetz genügt, dass der Klaganlass vor Rechtshängigkeit weggefallen ist, dann sei dies ganz sicher erfüllt, wenn der Klaganlass vor *Anhängigkeit* wegfällt. Schließlich liegt die *Anhängigkeit* zeitlich notwendig *vor* der *Rechtshängigkeit*.

Dieses Argument ist für sich genommen allerdings zirkelschlüssig, denn seine Prämisse, nämlich dass der Klaganlass vor Anhängigkeit wegfallen *kann*, gilt es gerade zu beweisen. Aber immerhin legt die Formulierung dies bei natürlicher Betrachtungsweise nahe. Hätte der Gesetzgeber sich gegen dieses Verständnis entschieden, hätte er das leicht durch die Formulierung „... zwischen An- und Rechtshängigkeit...“ zum Ausdruck bringen können – was er nicht getan hat.

weise) Kostenbelastung des Beklagten sprechen. Die Kostenentscheidung müsste zwangsläufig zu seinen Lasten ausfallen. Daher liegt es *im Interesse des Klägers* § 269 Abs. 3 S.3 ZPO nicht anzuwenden und ihn stattdessen nach S. 2 zur Kostentragung zu verpflichten. Auf diese Weise kommt er immerhin noch in den Genuss der Kostenreduktion nach Nr. 1211 Z. 1 KV GVG.

⁹⁵ *Deckenbrock/Dötsch* JurBüro 2003, S. 568 (573); *Elzer* NJW 2002, S. 2006 (2008); *Musielak* NJW 2002, S. 1203 (1205); *Schneider* JurBüro 2002, S. 509 (510); LG Düsseldorf NJW-RR 2003, S. 213 (214), wenn auch dort offen gelassen wird, ob lediglich eine analoge Anwendung möglich sein soll.

c) Ergebnis der Auslegung des Wortlauts

Insgesamt bleibt der Eindruck, dass der Wortlaut von § 269 Abs. 3 S. 3 Hs. 1 ZPO für das weite Verständnis spricht, der Anlass also bereits vor der Klageeinreichung bestehen und wegfallen kann.⁹⁶ Die gegenteilige Auffassung⁹⁷ kann nicht überzeugen.

2. Wille des Gesetzgebers – Ziele des ZPO-RG

Um überprüfen zu können, ob diese dem Wortlaut nach nahe liegende Auslegung tatsächlich dem Willen des Gesetzgebers entspricht, muss dieser Wille zunächst einmal ermittelt werden. Er wird hier mit *Larenz* verstanden als „die zutage liegende Grundabsicht des Gesetzgebers und diejenigen Vorstellungen, die in den Beratungen der gesetzlichen Körperschaft oder ihrer zuständigen Ausschüsse zum Ausdruck gebracht und ohne Widerspruch geblieben sind.“⁹⁸

Die amtliche Begründung des ZPO-RG selbst weist als allgemeine Zielsetzung des Gesetzes aus, das Zivilverfahren „bürgernäher, effizienter und transparenter“⁹⁹ zu machen. Angestrebt wurden insbesondere eine „Qualitätsverbesserung“¹⁰⁰ und Beschleunigung der gerichtlichen Entscheidungen¹⁰¹ unter gleichzeitiger Ressourcenbündelung.¹⁰² Diesen Zielvorgaben hatten sich auch die aus anderen Reformvorschlägen übernommenen Regelungen (darunter § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO¹⁰³) unterzuordnen.¹⁰⁴

a) Effizienz und Beschleunigung – Prozessökonomie

Die Prozessökonomie ist für die Auslegung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO von größter Bedeutung. Das ergibt sich zum einen daraus, dass die Begründung der Vorschrift bemängelt, die bisherige Lösung sei „aus Gründen der Prozessökono-

⁹⁶ Im Ergebnis ebenso: *Althammer/Löhnig* NJW 2004, S. 3077 (3079); *Deckenbrock/Dötsch* ProZRB 2004, S. 47 (48); *Musielak* JuS 2002, S. 1203 (1205); *Schröcker* NJW 2004, S. 2203 (2204); LG Düsseldorf NJW-RR 2003, S. 213 (214); LG Berlin NJOZ 2003, S. 2294; OLG Hamburg ZInsO 2004, S. 811 (812).

⁹⁷ *Anders/Gehle*, Assessorexamen, Rn. 621a; *Bonifacio* MDR 2002, S. 499; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 128, Rn. 38.

⁹⁸ *Larenz*, S. 329.

⁹⁹ BT-Drs. 14/4722, S. 1.

¹⁰⁰ BT-Drs. 14/4722, S. 1.

¹⁰¹ BT-Drs. 14/4722, S. 58.

¹⁰² BT-Drs. 14/4722, S. 58.

¹⁰³ Vgl. oben, S. 37-39.

¹⁰⁴ BT-Drs. 14/4722, S. 70.

mie unbefriedigend.¹⁰⁵ Zum anderen ergibt es sich aus folgenden Überlegungen: Bereits vor Einführung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO war es – und zwar auch nach Ansicht des Gesetzgebers – möglich, materiell-rechtliche Kostenerstattungsansprüche durchzusetzen, sodass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht die Bedeutung haben kann, dies erstmals zuzulassen. § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO will lediglich ein prozessökonomisches Verfahren ermöglichen. Wie sehr dem Gesetzgeber an einer prozessökonomischen Handhabung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO gelegen ist, zeigt sich auch daran, dass er durch das JuMoG¹⁰⁶ sehr schnell ersten Urteilen¹⁰⁷ und Stimmen entgegenwirkte,¹⁰⁸ die eine einschränkende Auslegung der Vorschrift vertraten.

Bei der Untersuchung des gesetzgeberisch intendierten Anwendungsbereichs muss außerdem im Auge behalten werden, dass die Gesetzesverfasser (fälschlicherweise)¹⁰⁹ davon ausgingen, in der Praxis würde regelmäßig der Weg über eine Klagerücknahme mit anschließender selbstständiger Regressklage erforderlich, um im Falle des Anlasswegfalls vor Rechtshängigkeit die Belastung mit den Kosten des Rechtsstreits zu vermeiden.¹¹⁰ Die praktischen Nachteile zweier gesonderter Klagen liegen auf der Hand: für die Gerichte stellt dieses Vorgehen eine Mehrbelastung dar, für die Parteien bedeutet es die Verzögerung und meist auch Verteuerung der endgültigen Streitbeilegung. Hinzu kommt, dass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO einen Beschluss nach billigem Ermessen vorsieht, sodass sich gegenüber dem sonst erforderlichen streitigen Urteil zwei weitere Vorteile ergeben: In sachlicher Hinsicht verringert sich die Belastung der Gerichte dadurch, dass der Sachverhalt grundsätzlich nicht weiter aufgeklärt werden muss¹¹¹. Prozessual hat der Beschluss gegenüber dem Urteil den Vorteil, dass es ins Ermessen des Gerichts gestellt ist von der mündlichen Verhandlung abzu- sehen (§ 128 Abs. 4 ZPO), und dass sie nicht in der Form von § 313 ZPO ergehen müssen.

¹⁰⁵ BT-Drs. 14/4722, S. 81.

¹⁰⁶ Das JuMoG brachte eine Streichung des Erfordernisses *unverzögerlicher* Rücknahme (dazu ausführlich unten, S. 103 f.) und die Klarstellung der Anwendbarkeit von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bei unterbliebener Zustellung der Klageschrift (dazu unten, S. 78-80).

¹⁰⁷ LG Bad Kreuznach NJW-RR 2003, S. 790; OLG Nürnberg NJW-RR 2003, S. 646 f.

¹⁰⁸ BLAH (60. Aufl.) – *Hartmann*, § 269, Rn. 39.

¹⁰⁹ Diese Annahme ist tatsächlich unzutreffend; die Rechtsprechung erkannte ganz überwiegend die Lösung über die Änderung in eine Kostenfeststellungsklage an, vgl. oben, S. 11 f., *Deckenbrock/Dötsch* JurBüro 2003, S. 568 (569) m.w.N.; *Schur* KTS 2004, S. 373 (375) m.w.N.

¹¹⁰ BT-Drs. 14/4722 S. 81.

¹¹¹ Dazu unten, S. 111 ff.

Die Erleichterungen durch den Beschluss nach billigem Ermessen hat § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO allerdings auch einer Klageänderung in eine Kostenfeststellungsklage voraus, die in der Praxis durchaus üblich war. Ein weiterer Vorteil der Lösung über § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ist, dass dabei die förmliche Zustellung der Klageschrift grundsätzlich unterbleiben kann.¹¹²

Hinsichtlich Effizienz und Beschleunigung des Verfahrens entspricht demnach diejenige Auslegung dem Willen des Gesetzgebers, die in möglichst vielen Fällen zusätzliche Klageeinreichungen überflüssig macht. Da materiell-rechtliche Kostenerstattungsansprüche auch bei Anlasswegfall vor Anhängigkeit bestehen können,¹¹³ ist es im Sinne der Prozessökonomie wünschenswert, § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auf diese Fälle anwenden zu können. Es wäre kaum mit dem gesetzgeberischen Anliegen der Schaffung einer prozessökonomischen Lösung zu vereinbaren, wenn man diese – nicht seltenen – Fälle aus dem Anwendungsbereich von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ausnimmt. Das gilt umso mehr, als der Vorteil von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO, auf eine förmliche Zustellung der Klageschrift verzichten zu können, umso wahrscheinlicher verwirklicht wird, wenn der Anlass noch vor Anhängigkeit weggefallen ist.

Aus einem weiteren Grund ist die weite Auslegung besser mit der Prozessökonomie vereinbar als die enge: Wollte man die Fälle des Anlasswegfalls vor Anhängigkeit aus dem Anwendungsbereich von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ausschließen, dann müsste stets der genaue Zeitpunkt des Anlasswegfalls festgestellt werden, wenn der Beklagte bestreitet, dass er zwischen An- und Rechtshängigkeit liegt. Hierüber könnte nicht im summarischen Verfahren entschieden werden, weil die Anwendbarkeit von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO die Voraussetzung für die Zulässigkeit der Entscheidung im summarischen Verfahren ist.¹¹⁴ Durch Ausschluss eines Anlasswegfalls vor Anhängigkeit würde § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO also nicht nur einen erheblichen Teil seines Anwendungsbereichs einbüßen, sondern seine Anwendung würde auch noch in den Fällen, in denen er anwendbar ist, unnötig verkompliziert.

¹¹² Dazu unten, S. 78-86.

¹¹³ Vgl. *Schur* KTS 2004, S. 373 (389).

¹¹⁴ *Deckenbrock/Dötsch* JurBüro 2003, S. 568 (572, dort Fn. 55); *Luckey* ProZRB 2002, S. 24 (28); *Schur* KTS 2004, S. 373 (382, dort in Fn. 30). Vgl. ebenso für die ähnliche Frage, ob überhaupt ein Anlass weggefallen ist *Elzer* NJW 2002, S. 2006 (2008). Für den Anlasswegfall und seinen Zeitpunkt vor Rechtshängigkeit trägt nach den allgemeinen Regeln der Kläger die Beweislast.

A.A. scheint *Zöller – Greger*, § 269, Rn. 18e zu sein. Er fordert, „der Wegfall des Klaganlasses [müsse] sich klar aus dem bisherigen Streitstand ergeben; sonst bleibt es bei der Regel des S. 2.“

Im Sinne der gesetzgeberischen Ziele von Verfahrensbeschleunigung und Prozessökonomie ist § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO daher zugunsten eines weiten Anwendungsbereichs auszulegen und auch beim Anlasswegfall vor Anhängigkeit anwendbar. Dies gilt insbesondere dann, wenn man den Weg über eine Regressklage als einzige (praktische) Alternative betrachtet, wie es der Gesetzgeber getan hat.

b) Transparenz und Bürgernähe

Die weite Auslegung trägt auch besser dazu bei, die weiteren Hauptziele des ZPO-RG – Transparenz und Bürgernähe – umzusetzen. Denn die Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bei Anlasswegfall vor Anhängigkeit bringt für die Parteien den Vorteil, dass sie den genauen Zeitpunkt des Anlasswegfalls und des Anhängigkeitseintritts nicht kennen müssen. Hierdurch werden Zweifel und Streit über die Anwendbarkeit der Vorschrift verringert und die prozessualen Möglichkeiten zur Vermeidung der Kostenlast übersichtlicher.

Übrigens wäre die Differenzierung nach Anlasswegfall vor oder nach Anhängigkeit nicht einmal aus juristischer Sicht einzusehen, zumal der Anhängigkeit bereits bei der Diskussion um die Möglichkeit einer „Erledigung“ vor Rechtshängigkeit jedwede Bedeutung versagt wurde.¹¹⁵

c) Qualität und Akzeptanz der Entscheidung

Allerdings war es ebenfalls ein Ziel der Reform, eine bessere Sachverhaltsaufklärung zu gewährleisten und dadurch die Entscheidungsakzeptanz und Zufriedenheit der Parteien zu steigern.¹¹⁶ Dem widerspricht aber eine Entscheidung nach Billigkeit, wie sie § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vorsieht. Hierbei muss der Sachverhalt nämlich nicht vollständig aufgeklärt werden. Für den Beklagten bedeutet ein weiter Anwendungsbereich von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO daher auch eine größere Gefahr, einer Billigkeitsentscheidungen ausgesetzt zu sein, die wegen geringerer Sachverhaltsaufklärung auf geringere Akzeptanz stößt.¹¹⁷

Dieser Einwand wiegt indessen nicht schwer. Zum einen ist der Beklagte in vielen Fällen durch § 269 Abs. 1 ZPO gegen eine Rücknahme nach

¹¹⁵ So die h.M., vgl. oben S. 33 f. unter I., anders die Vertreter des sog. „weiten Erledigungsbegriffs“, vgl. dazu Fn. 49 auf S. 33.

¹¹⁶ BT-Drs. 14/4722, S. 1 sowie S. 58.

¹¹⁷ Für den Kläger besteht diese Gefahr nicht, da er (nach hier vertretener, jedoch umstrittener Ansicht) die Wahl hat, nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vorzugehen, vgl. dazu ausführlich unten, S. 161-176.

§ 269 Abs. 3 S. 3 ZPO geschützt.¹¹⁸ Zum anderen wird der Nachteil geringerer Sachverhaltsaufklärung durch den Vorteil aufgewogen, dass der Rechtsstreit *schneller* und insgesamt *billiger* endgültig abgeschlossen werden kann, als durch das Vorgehen über eine Klageänderung oder eine Regressklage. Dies ist es, was die Entscheidung nach billigem Ermessen nicht nur akzeptabel, sondern sogar interessant für die Parteien macht, zumal es sich bei der Kostenfrage nur um eine Nebenentscheidung¹¹⁹ handelt. Vor diesem Hintergrund ist auch das Risiko einer teilweisen Belastung mit den Kosten aufgrund der Entscheidung nach billigem Ermessen hinnehmbar.

Schließlich hat der Gesetzgeber selbst die Wertung getroffen, dass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht mit den Zielen der Qualität und Akzeptanz der Entscheidungen kollidiert.

d) Gesetzesbegründung

Zum Teil werden auch aus der Einzelbegründung zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO Bedenken gegen die Anwendbarkeit bei Anlasswegfall vor *Anhängigkeit* hergeleitet.¹²⁰ Aus ihr ergebe sich, der Gesetzgeber habe „diesen Fall (...) nicht im Blick“¹²¹ gehabt. Diese Interpretation lässt sich überzeugend aber nur auf die Gesetzesbegründung zum vorhergehenden Änderungsentwurf¹²² stützen, in dem in der Tat lediglich auf den Fall der „Erledigung“ zwischen An- und Rechtshängigkeit Bezug genommen wurde.¹²³

Sie lässt sich jedoch nicht mehr auf die *maßgebliche* Gesetzesbegründung des ZPO-RG stützen, denn die ist im entscheidenden Punkt anders formuliert als jene des ursprünglichen Entwurfs. In der Begründung zum ZPO-RG wird nämlich nicht mehr einzig, sondern „insbesondere“¹²⁴ die Erledigung zwischen An- und Rechtshängigkeit als Anwendungsfall von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO genannt. Das lässt den Schluss zu, dass die Verfasser mittlerweile die Anwendung der Norm auch in anderen Fällen als der „Erledigung“ zwischen An- und Rechtshängigkeit für möglich hielten,¹²⁵ und man kann wohl sagen, der Anlasswegfall *vor Anhängigkeit* habe zumindest „im Augenwinkel“ der Verfas-

¹¹⁸ Zur Anwendbarkeit von § 269 Abs. 1 bei der Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vgl. unten, S. 96.

¹¹⁹ Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 74; BLAH – Hartmann, Übersicht § 91, Rn. 10.

¹²⁰ So Elzer NJW 2002, S. 2006 (2008) – obwohl er zu einer direkten Anwendbarkeit zu tendieren scheint; ebenso Wolf/ZZP 116, S. 523 (524).

¹²¹ Elzer NJW 2002, S. 2006 (2008); so auch Luckey ProzRB 2002, S. 24 (28, dort in Fn. 42).

¹²² BT-Drs. 14/163.

¹²³ BT-Drs. 14/163, S. 22.

¹²⁴ BT-Drs. 14/4722, S. 81.

¹²⁵ So auch Musielak – Foerste, § 269, Rn. 13 (dort insbesondere Fn. 55).

ser gelegen. Immerhin bezweckt § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ausweislich der Gesetzesbegründung die Bereitstellung eines prozessökonomischen Verfahrens zur Berücksichtigung materiell-rechtlicher Kostenerstattungsansprüche.¹²⁶ Solche Ansprüche treten selbstverständlich auch bei Anlasswegfall vor *Anhängigkeit* auf. Die Unterstellung, die Verfasser hätten dies übersehen, ist ein schwerer Vorwurf, den die Gesetzesbegründung nicht rechtfertigt.

Abgesehen davon brauchte die Gesetzesbegründung der weiten Auslegung selbst dann nicht entgegenzustehen, wenn sie diese Fälle tatsächlich nicht im Blick gehabt haben sollte. Immerhin bleiben „die Normvorstellungen der Gesetzesverfasser regelmäßig hinter den Anwendungsmöglichkeiten der Norm“¹²⁷ zurück.

e) Angleichung an andere Verfahrensordnungen

Neben den oben genannten Hauptzielen – Bürgernähe, Effizienz und Transparenz – war es ein weiteres Anliegen des ZPO-RG, den Weg „für eine weitere Harmonisierung der Verfahrensordnungen“ zu bereiten.¹²⁸ Hieraus leitet LG Bremen in einer Entscheidung aus dem Jahr 2003¹²⁹ ab, § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO erfasse nur die Fälle der „Erledigung“ zwischen An- und Rechtshängigkeit. Das ist insofern folgerichtig, als in modernen Verfahrensordnungen die Rechtshängigkeit bereits mit Einreichung der Klageschrift eintritt,¹³⁰ die Fälle der Erledigung nach Anhängigkeit also echte Erledigungsfälle darstellen. Wollte § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO tatsächlich nur diesen Unterschied zu moderneren Verfahrensordnungen in einem Teilausschnitt einebnen, der sich daraus ergibt, dass An- und Rechtshängigkeit in der ZPO regelmäßig auseinander fallen, so wäre die Vorschrift in der Tat dahin auszulegen, dass sie lediglich die Fälle der „Erledigung“ zwischen An- und Rechtshängigkeit erfasst.

Allerdings trifft die Prämisse dieses Arguments nicht zu: Aus der Begründung zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ergibt sich, dass sein besonderer Zweck nicht die Harmonisierung der verschiedenen Verfahrensordnungen ist; bei ihm ging es vor allem um Prozessökonomie.¹³¹ Nach diesem Gesichtspunkt ausgelegt erfasst § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zwar ebenfalls die Fälle der „Erledigung“ zwischen An- und Rechtshängigkeit – und ist insofern mit dem Ziel der Vereinheitlichung der Verfahrensordnungen in Einklang zu bringen; sein Anwendungsbereich geht aber noch darüber hinaus.

¹²⁶ BT-Drs. 14/4722, S. 81.

¹²⁷ Larenz, S. 329 mit Verweis auf BVerfGE 54, S. 277 (298).

¹²⁸ BT-Drs. 14/4722, S. 1 a.E.

¹²⁹ LG Bremen, Beschluss v. 21.3.2003 – (Az.: 1 T 166/03).

¹³⁰ Vgl. §§ 81 Abs. 1, 90 Abs. 1 VwGO; §§ 90, 94 Abs. 1 SGG, §§ 64 Abs. 1, 66 Abs. 1 FGO, § 404 Abs. 1, 2 StPO.

¹³¹ Vgl. oben, S. 46-49.

f) Ergebnis der Auslegung nach dem Gesetzeszweck

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist der Begriff „Anlass zur Einreichung der Klage“ so auszulegen, dass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auch die Fälle eines Anlasswegfalls vor Anhängigkeit erfassen kann.

3. Allgemeine Prinzipien des (Prozess-)Rechts

Neben den ausdrücklich genannten Gesetzeszielen können auch so genannte objektiv-teleologische Kriterien¹³² zur Auslegung herangezogen werden.

a) Gebot, Gleiches gleich zu behandeln

Ein solches Kriterium ist das grundsätzliche Gebot, Gleiches gleich zu behandeln.¹³³ Wenn möglich, ist jede Vorschrift so auszulegen, dass sie hiergegen nicht verstößt.

Sowohl beim Anlasswegfall vor Anhängigkeit als auch beim Wegfall zwischen An- und Rechtshängigkeit kommen materiell-rechtliche Kostenerstattungsansprüche des Klägers in Betracht. Dennoch ist nach herrschender Ansicht eine Erledigterklärung ausgeschlossen und waren bis zur Einführung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO lediglich die umständlicheren Lösungen über Klageänderung oder Regressklage gangbar. Das Problem, das § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO beheben soll, stellt sich also in beiden Fällen gleichermaßen. Der Umstand der Anhängigkeit beim Wegfall zwischen An- und Rechtshängigkeit bringt keinen Grund, eine Situation anders zu beurteilen als die andere: Nachdem durch die Anhängigkeit kein Prozessrechtsverhältnis zwischen den Parteien begründet wird,¹³⁴ sodass auch noch kein prozessualer Kostenerstattungsanspruch besteht,¹³⁵ ist die Anhängigkeit in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Daher ist die Situation des Anlasswegfalls vor Anhängigkeit der des Anlasswegfalls zwischen An- und Rechtshängigkeit gleich.

Wenn der Gesetzgeber nun jedenfalls für den Anlasswegfall zwischen An- und Rechtshängigkeit die Entscheidung getroffen hat, eine prozessökonomische Lösung zu schaffen – und dabei auch eine Beschränkung der Beklagtenrechte in

¹³² Vgl. dazu *Larenz*, S. 333 ff.

¹³³ *Larenz*, S. 334; S. 374 f.

¹³⁴ Siehe nur *BLAH – Hartmann*, Grundzüge § 128, Rn. 6.

Die Ansicht von *Blomeyer* NJW 1982, S. 2750, wonach „eine prozessuale Beziehung zwischen den Parteien“ (sprich: ein Prozessrechtsverhältnis) bereits mit Anhängigkeit entsteht, ist vereinzelt geblieben und hat sich nicht durchgesetzt.

¹³⁵ Vgl. *Becker-Eberhard* ZZP 101, S. 303 (307) m.w.N.

Kauf nahm¹³⁶ – , dann gibt es grundsätzlich keinen Grund, warum diese Wertung nicht auch für den Anlasswegfall vor Anhängigkeit gelten sollte. Wie nachfolgend gezeigt wird, würde es willkürlich anmuten, die Vorschrift so auszulegen, dass sie nur den einen der beiden Fälle erfasst.

b) § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO als eng auszulegende Ausnahmvorschrift

Dem Grundsatz, dass Gleiches gleich zu behandeln ist, steht hier nicht entgegen, dass es sich bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO um eine Ausnahmvorschrift handelt.¹³⁷ Zwar heißt es gemeinhin, dass Ausnahmvorschriften eng auszulegen seien;¹³⁸ das kann aber jedenfalls dann keine Geltung haben, wenn dadurch das „Prinzip der Gleichbehandlung des Gleichsinnigen“¹³⁹ verletzt würde.¹⁴⁰ Mit anderen Worten muss auch eine Ausnahmeregel grundsätzlich so ausgelegt werden, dass sie alle Fälle erfasst, auf die ihr Regelungsprinzip zutrifft.

c) § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO als eng auszulegender Eingriff in Rechte des Beklagten

Eine Durchbrechung des Grundsatzes, Gleiches gleich zu behandeln, könnte notwendig sein, wenn § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO Eingriffe in Rechte des Beklagten ermöglicht. Dann könnte eine ausdrückliche Entscheidung des Gesetzgebers für eine weite Auslegung der Vorschrift erforderlich sein und man könnte der Auffassung sein, eine entsprechend ausdrückliche Entscheidung lasse § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht erkennen.

aa) Betroffene Rechte des Beklagten

Durch den Beschluss kann der Beklagte zur Kostentragung verpflichtet werden, obwohl er keine Wahl hat, ob es zum Prozess kommt oder nicht. Dadurch kann

¹³⁶ Namentlich des Rechts aus Art. 2 Abs. 1 GG, vgl. dazu, unter c), beginnend auf dieser Seite.

¹³⁷ BT-Drs. 14/4722 S. 81; MüKo (Akt.Bd.) – *Lüke*, § 269, Rn. 4; Grundsätzlich hat derjenige die Kosten zu tragen, der die Klage zurücknimmt, weil er sich freiwillig in die Rolle des Unterliegenden begibt (BLAH– *Hartmann*, § 269, Rn. 33; BGH, Beschluss v. 27.10.2003 (Az.: II ZB 38/02) und das Kostenrecht vom Grundsatz der Erfolglosigkeit bestimmt wird. (vgl. § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO; dazu: *Anders/Gehle*, Antrag und Entscheidung, Rn. 140).

¹³⁸ Vgl. *Larenz*, S. 355.

¹³⁹ *Larenz*, S. 356.

¹⁴⁰ Vgl. *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung, S. 127 m.w.N. in Fn. 21 zur ähnlich gelagerten Frage der Analogie zu einer Ausnahmvorschrift; *Haubelt ZZP* 89, S. 192 (195 f.).

er zum Schuldner gegenüber dem Staat¹⁴¹ und gegenüber dem Kläger werden. Im Raume steht deshalb das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG. Darüber hinaus ergeht der Beschluss über die Kostentragungspflicht nur nach billigem Ermessen aufgrund des bisherigen Sach- und Streitstandes, also unter geringerer Ausschöpfung prozessualer Erkenntnismöglichkeiten als die reguläre streitige Kostenentscheidung. Damit ist die Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) berührt.

Nach einer Entscheidung des OLG Brandenburg¹⁴² verletzt § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO die durch Art. 3 Abs. 1 GG gebotene Waffengleichheit sowie die Rechtsschutzgarantie Art. 19 Abs. 4 GG. Den Verstoß gegen die Waffengleichheit sieht das OLG darin, dass der Beklagte (jedenfalls bevor er begonnen hat, mündlich zur Hauptsache zu verhandeln) keinen Einfluss darauf nehmen kann, ob über die Kosten nach billigem Ermessen entschieden wird oder nicht. Den Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG sieht das OLG darin begründet, dass der Beklagte, „wenn er bei Durchführung des Rechtsstreits Erfolg gehabt haben würde, eine der wirklichen Rechtslage entsprechende, ihn von den Kosten entlastende Entscheidung nicht erzwingen“ kann, da das Rechtsmittel der Beschwerde nur zu einer Überprüfung der Ermessensausübung führe.

bb) Rechtfertigung der weiten Auslegung

*Bonifacio*¹⁴³ will aus § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO selbst die Wertung herleiten, der Beklagte müsse nicht vor einem Beschluss nach billigem Ermessen geschützt werden.¹⁴⁴ Diese Argumentation ist allerdings unvollständig, da sie sich gerade nicht mit den beiden entscheidenden Fragen auseinandersetzt, ob die Entscheidung für die weite Auslegung vom Gesetzgeber ausdrücklich getroffen werden musste und ob dies § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bejahendenfalls erfüllt.

Eine genauere Untersuchung ergibt jedoch in der Tat, dass keine *ausdrückliche* gesetzgeberische Entscheidung für eine weite Auslegung der Vorschrift erforderlich ist – und dass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO erst Recht nicht verfassungswidrig ist, was OLG Brandenburg im Beschluss vom 1. März 2005 annimmt.¹⁴⁵ Denn es geht bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO lediglich um die Entscheidung einer Nebenfrage, die schlimmstenfalls die Auferlegung einer Geldzahlungspflicht nach sich

¹⁴¹ § 29 Nr. 1 Alt. 1 GKG.

¹⁴² OLG Brandenburg, Beschluss v. 1.3.2005 (Az.: 6 W 171/04).

¹⁴³ *Bonifacio* MDR 2002, S. 499 (500).

¹⁴⁴ Dies tut *Bonifacio* zwar nur für die Frage, ob § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bei Erledigung *nach* Rechtshängigkeit analog anwendbar ist; die Argumentation betreffend das Recht des Beklagten auf Schutz vor einer Billigkeitsentscheidung lässt sich aber auf die Frage der Anwendbarkeit bei „Erledigung“ vor Anhängigkeit übertragen.

¹⁴⁵ OLG Brandenburg, Beschluss v. 1.3.2005 (Az. 6 W 171/04).

ziehen kann, sodass sich kein sonderlich intensiver Grundrechtseingriff ergeben kann. Zudem wird der Betrag regelmäßig nicht außerordentlich hoch sein, da es um die Kosten des Rechtsstreits geht und diese durch ZPO, GVG und RVG begrenzt sind. Selbst, wenn man eine *Beeinträchtigung* der genannten Rechte des Beklagten bejahen wollte, hätte sie kein so großes Ausmaß, als dass sie nicht durch die Prozessökonomie gerechtfertigt werden könnte. Eine *Verletzung* der genannten Rechte des Beklagten ist jedenfalls nicht auszumachen:

Die Auferlegung der Prozesskosten aufgrund eines summarischen Verfahrens stellt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) dar,¹⁴⁶ da § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO verfassungskonform so auszulegen und zu handhaben ist, dass der Beklagte alle relevanten Gesichtspunkte vortragen kann, um seine Belastung abzuwenden.¹⁴⁷

Auch ein Verstoß gegen die Waffengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) liegt nicht vor. Immerhin nimmt die ganz herrschende Meinung an, der Beklagte könne dem Kläger gegen dessen Willen eine summarische Entscheidung über die Kosten aufdrängen, indem er sich dessen Erledigterklärung anschließt.¹⁴⁸ Nicht anders stellt es sich dar, wenn der Kläger dem Beklagten die summarische Entscheidung „aufdrängt“. Ohnehin haben Kläger und Beklagter im summarischen Verfahren die gleichen Rechte und Pflichten, schließlich auch die gleiche Gefahr, entgegen der materiellen Rechtslage mit den Kosten des Rechtsstreits belastet zu werden, sodass ein Verstoß gegen die Waffengleichheit fern liegt.

§ 269 Abs. 3 S. 3 ZPO verstößt schließlich nicht gegen Artt. 19 Abs. 4 oder 2 Abs. 1 GG. Zwar ist es in der Tat möglich, dass der Beklagte entgegen der materiellen Rechtslage zur (teilweisen) Tragung der Kosten des Rechtsstreits verpflichtet wird und dies auch durch Beschwerde nicht korrigieren kann. Das ist aber bei *allen* prozessualen Kostenentscheidungen möglich, da sie allesamt nicht (direkt) an die materielle Rechtslage anknüpfen. Dennoch hat das bisher niemanden zu dem Schluss geführt, sämtliche prozessualen Kostentragungsvorschriften seien verfassungswidrig. Sie stehen grundsätzlich *neben* der materiellen Rechtslage.¹⁴⁹ § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ist nun eine solche *prozessuale* Kostentragungsregel; Gewähr dafür, dass er keine unbilligen Ergebnisse bringt, trägt die Anordnung, über die Kosten nach billigem Ermessen zu entscheiden. Daher verstößt § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht gegen Art. 19 Abs. 4 GG.

Aufgrund der geringen Eingriffsintensität, die von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ausgeht, ist es daher gerechtfertigt, die Norm zugunsten der Prozessökonomie weit auszulegen und den Anlasswegfall vor Rechtshängigkeit (der mit demjenigen

¹⁴⁶ MüKo – Lindacher, § 91a, Rn. 23; Fischer MDR 2002, S. 1097 (1098).

¹⁴⁷ Dazu ausführlich unten, S. 86, 87.

¹⁴⁸ Vgl. die Nachweise – auch zur anderen Ansicht – oben in Fn. 44 auf S. 32.

¹⁴⁹ Becker-Eberhard JZ 1995, S. 814 (815).

zwischen An- und Rechtshängigkeit vergleichbar ist) genauso zu behandeln wie den Anlasswegfall zwischen An- und Rechtshängigkeit: In beiden Fällen setzt sich die gesetzgeberische Wertung durch, den Schutz des Beklagten hinter die Belange von Prozessökonomie und Transparenz des Verfahrens zurücktreten zu lassen.¹⁵⁰

d) Rechtssicherheit und Rechtsfrieden

Oben¹⁵¹ wurde bereits dargestellt, dass die Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO in allen Fällen des Anlasswegfalls vor Klageerhebung geeignet ist, Zweifelsfälle hinsichtlich der Zulässigkeit der Entscheidung zu vermeiden, die sich nur daraus ergeben, dass nicht aufgeklärt werden kann, ob zuerst der Anlass weggefallen oder zuerst die Klage anhängig gemacht worden ist. Dies aufzuklären kann im Einzelfall sogar unmöglich sein. Erkennt man den Anwendungsbereich des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO in beiden Fällen, dann fördert dies also auch die Rechtssicherheit insofern, als die Entscheidung zumindest aus diesem Grund nicht unzulässig ist. Es trägt auch zum Rechtsfrieden bei, wenn keine Partei die Berechtigung der Billigkeitsentscheidung wegen Zweifel am Zeitpunkt des Anlasswegfalls bestreiten kann.

e) Keine Abwälzung eigenen Risikos

Gegen die Einbeziehung der Fälle des Anlasswegfalls vor Rechtshängigkeit in den Anwendungsbereich von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO könnten allerdings folgende Erwägungen des OLG Frankfurt sprechen: Nach einer Entscheidung des OLG

¹⁵⁰ A.A.: 6. Zivilsenat des OLG Brandenburg, Beschluss v. 1.3.2005 (Az.: 6 W 171/04)., wonach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO wegen Verstoßes gegen Artt. 3 Abs. 1, 19 Abs. 4 GG verfassungswidrig ist. Das OLG hat die Frage der Verfassungsmäßigkeit dennoch nicht gemäß Art. 100 Abs. 1 Nr. 1 GG an das BVerfG vorgelegt, denn „auch dann, wenn § 269 Abs. 3 Nr. 3 ZPO [sic!] als verfassungsmäßig angesehen werden müsste, könnte die Vorschrift den angefochtenen Beschluss nicht rechtfertigen“, so das OLG. Eine Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung des OLG Brandenburg ist unter dem Aktenzeichen I ZB 36/05 beim BGH anhängig. Mit einer Entscheidung des BGH ist zwar noch dieses Jahr zu rechnen, ein genaues Entscheidungsdatum steht aber noch nicht fest, wie die Geschäftsstelle des I. ZS des BGH am 22.8.005 auf Anfrage mitteilte.

Die anderen Senate des OLG Brandenburg, die sich bisher mit § 269 Abs. 3 S. 3 befasst haben (das waren der 3. ZS im Beschluss v. 8.11.2004 (Az.: 3 W 60/04), der 13. ZS im Beschluss v. 12.3.2003 (Az.: 13 W 1/03) und der 1. Senat für Familiensachen, Beschluss v. 2.6.2004 (Az.: 9 WF 108/04)) teilen die Ansicht des 6. ZS von der Verfassungswidrigkeit des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht.

¹⁵¹ Vgl. S. 48.

Frankfurt¹⁵² obliegt alleine dem Kläger das Risiko des Anlasswegfalls vor Anhängigkeit, weil er alleine es in der Hand hat, wann es zur Anhängigkeit kommt. Zur Not könne „er seine Klage persönlich bei Gericht einreichen“, um „das Risiko einer Erledigung der Klage während der Postlaufzeit“¹⁵³ auszuschließen. Daraus folgert das OLG, dass eine Kostenbelastung des Beklagten bei Anlasswegfall vor Anhängigkeit von vorneherein nicht in Betracht komme, sondern der Kläger selbst die Folgen der Risikoverwirklichung zu tragen habe. Somit sei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bei Anlasswegfall vor Anhängigkeit stets unanwendbar, es bleibe bei § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO.

Allerdings weist das OLG richtigerweise gleichzeitig darauf hin, dass der Kläger einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Erstattung der Kosten haben kann.¹⁵⁴ Daher erscheint die Prämisse, dass den Kläger das Risiko der Erledigung vor Anhängigkeit stets treffen *solle*, unhaltbar. Und selbst wenn ihm die Kosten im Einzelfall aufzuerlegen sind, ist nicht einzusehen, warum § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht anwendbar sein sollte. § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO lässt eine Kostenbelastung des Klägers schließlich zu. Die Vorschrift selbst trifft nämlich keine Aussage darüber, wer die Kosten zu tragen hat, sondern überlässt das dem billigen Ermessen des Gerichts. Die Frage, wer zur Kostentragung zu verpflichten ist (wer also das Risiko des Anlasswegfalls vor Rechtshängigkeit zu tragen hat), ist eine Frage der Rechtsfolge von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO und keine seines Tatbestands.¹⁵⁵ Sie verhindert daher nicht, § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bei Anlasswegfall vor Anhängigkeit anzuwenden.

f) Kennen-müssen des Anlasswegfalls vor Anhängigkeit

In eine ähnliche Richtung wie die Argumentation in der Entscheidung des OLG Frankfurt¹⁵⁶ zielen folgende Überlegungen: Fällt der Anlass vor Einreichung der Klage weg, dann besteht – im Gegensatz zum Anlasswegfall *nach* Anhängigkeit – die Möglichkeit, dass der Kläger dies vor der Klageeinreichung erfahren hat oder hätte erfahren müssen. Aus diesem Grunde könnte die Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bei Anlasswegfall vor Anhängigkeit generell abzulehnen sein.

In der Tat erweist sich § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO als unanwendbar, wenn der Kläger bereits vor Einreichung der Klage den Anlasswegfall *kannte*; denn der Entschluss, die Klage einzureichen, muss in dieser Situation auf anderen Gründen

¹⁵² OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 6.1.2004 (Az.: 25 W 78/03).

¹⁵³ OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 6.1.2004 (Az.: 25 W 78/03).

¹⁵⁴ OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 6.1.2004 (Az.: 25 W 78/03).

¹⁵⁵ Auf den Fall des OLG Frankfurt a.M. wird unten, S. 98 f. noch einmal ausführlich eingegangen.

¹⁵⁶ OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 6.1.2004 (Az.: 25 W 78/03), vgl. soeben, S. 56 f.

beruhen als auf dem ursprünglichen, weggefallenen Anlass.¹⁵⁷ Allerdings dürfte es praktisch kaum je vorkommen, dass der Kläger eine Klage einreicht, obwohl seiner Meinung nach der Anlass dazu weggefallen ist.

Die bloße Möglichkeit des Kennen-müssens des Anlasswegfalls vor Anhängigkeit rechtfertigt es jedoch nicht, § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bei Anlasswegfall vor Anhängigkeit *generell* für unanwendbar zu halten. Schließlich muss der Kläger den Anlasswegfall keineswegs in allen Fällen vor Klageeinreichung kennen. Aber nicht einmal, wenn er den Anlasswegfall vor Einreichung der Klage *konkret* hätte kennen müssen, wäre ein Ausschluss von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO prozessökonomisch und sachgerecht.¹⁵⁸ Denn trotz des Kennen-müssens des Anlasswegfalls kann den Beklagten ein Mitverschulden an der Entstehung der Kosten treffen, sodass der Kläger einen materiell-rechtlichen Anspruch auf teilweise Kostenerstattung hat. Dies kann – genauso, freilich, wie das Kennen-müssen – im Rahmen der Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO flexibel und auf den Einzelfall abgestimmt berücksichtigt werden. Die Rechtsfolge von § 269 Abs. 3 S. 3 passt daher auch bei einem eventuellen Kennen-müssen des Anlasswegfalls vor Rechtshängigkeit besser als die pauschale Kostenbelastung des Klägers nach § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 ZPO.

g) Ergebnis der Auslegung nach allgemeinen (prozessrechtlichen) Prinzipien

Es gibt somit keinen sachlichen Grund für eine unterschiedliche Behandlung des Anlasswegfalls vor Anhängigkeit und zwischen An- und Rechtshängigkeit. Da § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO eine Auslegung zulässt, die beide Fälle erfasst, ist diese Auslegung nach dem Gebot, Gleiches gleich zu behandeln, zu wählen. Im Ergebnis spricht somit auch die Auslegung nach allgemeinen (prozessrechtlichen) Prinzipien dafür, § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bei Anlasswegfall vor Anhängigkeit anzuwenden.

4. Zusammenfassung der Ergebnisse zur Auslegung

Wortlaut, Gesetzeszweck und allgemeine (prozessrechtliche) Prinzipien gebieten eine Auslegung des Begriffs „Anlass zur Einreichung der Klage“, die die Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bei Anlasswegfall (und damit bei „Erledigung“) vor Anhängigkeit ermöglicht.

¹⁵⁷ Genau genommen kann man schon gar nicht davon sprechen, der Anlass zur Einreichung der Klage sei weggefallen, denn die Umstände, die sich tatsächlich geändert haben, waren ja gar nicht der eigentliche Auslöser (also der Anlass) für die konkrete Klageeinreichung.

¹⁵⁸ A.A. jedoch *Gehrlein*, § 9, Rn. 18 a.E.; *Schur* KTS 2004, S. 373 (390); in diese Richtung auch OLG Hamburg ZinsO 2004, S. 811 (812).

Ein „Anlass zur Einreichung der Klage“ besteht daher nicht nur, wenn die Klageeinreichung im Zeitpunkt ihrer Vornahme durch tatsächlich vorliegende Umstände gerechtfertigt wird. Stattdessen genügt es, wenn solche Umstände irgendwann vor Einreichung bestanden haben und beim Kläger den nachfolgend umgesetzten – nicht völlig fern liegenden – Entschluss zur Einreichung der Klage hervorgerufen haben.

II. Abhängigkeit von der tatsächlichen Rechtslage

Zu klären bleibt noch die zweite Frage, die im Rahmen der Auslegung des Begriffs »Anlass« aufgeworfen worden war: Wann kann davon gesprochen werden, die Klageeinreichung sei gerechtfertigt gewesen? Setzt das voraus, dass die anhängig gemachte Forderung ursprünglich tatsächlich bestand und durchsetzbar war,¹⁵⁹ oder genügt es, wenn der Kläger davon ausging, dies sei der Fall?¹⁶⁰ Mit anderen Worten: ist § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nur bei „Erledigung“ vor Rechtshängigkeit anwendbar, oder auch, wenn die Klage niemals Aussicht auf Erfolg gehabt hätte und sich darum auch nicht „erledigen“ konnte?

1. Wortlaut von § 269 Abs. 3 S. 3 Hs. 1 ZPO

Auch hier soll die Auslegung des Begriffs »Anlass« von der Wortbedeutung ausgehen.

a) Vergleich mit § 93d ZPO

In diesem Zusammenhang bietet sich ein Vergleich mit § 93d ZPO an, wo das Gesetz den Ausdruck „zu einem Verfahren (...) Anlaß [geben]“ verwendet. Dort knüpft die Kostenfolge nicht an das Obsiegen im Prozess an. § 93d ZPO will alleine ein Verhalten des Beklagten durch Auferlegung der Kostenlast sanktionieren. „Anlaß“ zur Klage kann dieser nicht nur bei einem ursprünglich bestehenden, hypothetisch durchsetzbaren Anspruch des Klägers gegen ihn geben; auf den Erfolg der Klage kommt es nicht an.¹⁶¹ Vielmehr ist § 93d ZPO gerade für den Fall gemacht, dass die Klage keinen Erfolg hatte. Denn er möchte den Kläger in Ausnahme von § 91 ZPO begünstigen.¹⁶² Wenn die Klageforderung

¹⁵⁹ Nachweise vgl. Fn. 84, 87 auf S. 42, 43.

¹⁶⁰ Nachweise vgl. Fn. 86 auf S. 42.

¹⁶¹ So auch Musielak – Foerste, § 269, Rn. 13; In diesem Sinne auch Zimmermann, § 269, Rn. 13, der sich jedoch auf den Begriff „Veranlassung“ aus § 93 ZPO bezieht (zu dessen Auslegung Zimmermann, § 93, Rn. 3). Beide Begriffe sind allerdings nach allgemeiner Ansicht gleichbedeutend, vgl. nur Thomas/Putzo – Putzo, § 93d, Rn. 4.

¹⁶² BLAH – Hartmann, § 93d, Rn. 2.

aber bestanden hätte und durchsetzbar gewesen wäre, dann wäre der Kläger ohnehin (regelmäßig) schon nach § 91 ZPO kostenfrei geblieben.

Da § 93d ZPO wie § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO die Frage der Kostentragungspflicht betrifft, liegt es nahe, dass die Bedeutung des Wortes „Anlaß“¹⁶³ in beiden Normen gleich ist und demzufolge der Kläger auch bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO keinen durchsetzbaren Anspruch gehabt haben muss, um einen Anlass zur Einreichung der Klage zu haben.¹⁶⁴

b) Nichtverwendung des Begriffs »Erledigung«

Dafür, dass „Anlass“ in § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO dieselbe Bedeutung wie in § 93d ZPO hat, spricht auch, dass es dem Gesetzgeber möglich gewesen wäre, durch Verwendung des Begriffs »Erledigung« klarzustellen, es sei für ein erfolgreiches Vorgehen nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO erforderlich, dass zu irgendeinem Zeitpunkt ein durchsetzbarer Anspruch bestanden hat.

c) Natürlicher Wortsinn von »Anlass«

Oben¹⁶⁵ wurde der natürliche Wortsinn von »Anlass« bereits angegeben mit „Veranlassung, Grund, (äußerer) Anstoß“, wobei herausgearbeitet wurde, dass solche Umstände die Klageeinreichung veranlassen, die den Entschluss dazu begründen. Dafür genügt es, wenn die Einreichung aus Sicht des Klägers vernünftig erscheint.¹⁶⁶ Nicht erforderlich ist bei natürlichem Wortverständnis, dass die Klage nach materieller Rechtslage Erfolg versprechend ist.

Die natürliche Wortbedeutung bekräftigt damit das Verständnis, das schon der Vergleich mit § 93d ZPO nahe legte.

d) Ergebnis zur Auslegung des Wortlauts

Insgesamt spricht die Auslegung des Wortlauts dafür, dass ein Anlass schon gegeben ist, wenn der Entschluss des Klägers zur Klageeinreichung nachvollzieh-

¹⁶³ Beziehungsweise „Anlass“ bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO; die Unterschiede in der Rechtschreibung dürften auf einer zögerlichen Umsetzung der neuen Rechtschreibregeln beruhen und nicht auf bewusste Bedeutungsunterschiede hinweisen.

¹⁶⁴ Dahingehend auch BLAH – *Hartmann*, § 269, Rn. 37, zwar unter Verweis auf die Bedeutung bei § 93 ZPO; der ist aber insofern wie § 93d ZPO auszulegen, vgl. BLAH – *Hartmann*, § 93d, Rn. 6.

¹⁶⁵ S. 44.

¹⁶⁶ Als Beispiel aus der Rechtsprechung kann für dieses Verständnis AG Wipperfürth JurBüro 2002, S. 439 angeführt werden.

bar ist. Dafür ist nicht erforderlich, dass die Klage zu irgendeinem Zeitpunkt tatsächlich Aussicht auf Erfolg hatte.

2. Kennen-müssen des Nichtbestehens des Anspruchs

Die Konstellation, dass der Kläger zwar subjektiv einen Anlass gesehen hat, Klage einzureichen, er aber hätte erkennen müssen, dass ein solcher Anlass objektiv gar nicht besteht, zwingt nicht zu einer anderen Auslegung. Auch in diesem Fall ermöglicht § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO sachgerechte und prozessökonomische Ergebnisse. Das Kennen-müssen kann im Rahmen der Entscheidung nach billigem Ermessen berücksichtigt werden und zu einer (teilweisen) Kostenbelastung des Klägers führen. Insofern gelten die Ausführungen zum Kennen-müssen des Anlasswegfalls vor Anhängigkeit entsprechend.¹⁶⁷

3. Gesetzeszweck

a) Prozessökonomie

Auf den hohen Stellenwert, den die Prozessökonomie des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO für den Gesetzgeber hat, wurde bereits hingewiesen.¹⁶⁸ Die weite Auslegung, wonach zu keinem Zeitpunkt ein (hypothetisch) durchsetzbarer Anspruch bestanden haben muss, ist aus zwei Gründen prozessökonomischer als die Auslegung, wonach ein Anspruch zumindest ursprünglich bestanden haben muss: Zum einen muss nicht im Rahmen der Anwendbarkeit von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO (eventuell durch vollständige Beweisaufnahme) geklärt werden, ob ein solcher Anspruch ursprünglich tatsächlich bestanden hatte. Zum anderen ermöglicht es (nur) die weite Auslegung über die Kostentragungspflicht auch dann *summarisch* zu entscheiden, wenn kein Fall der „Erledigung“ vorliegt, der Kläger aber dennoch einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch haben kann, zu dessen Durchsetzung er andernfalls ein normales Verfahren benötigen würde.¹⁶⁹

b) Transparenz und Bürgernähe

Mit der Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auch in Fällen, in denen niemals ein durchsetzbarer Anspruch bestanden hat, bringt zusätzlich für die Parteien den Vorteil, dass Zweifel an der Zulässigkeit der Entscheidung nach

¹⁶⁷ Vgl. oben, S. 57 f.

¹⁶⁸ S. 46.

¹⁶⁹ Vgl. zu diesen Fällen vgl. oben, S. 35.

§ 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vermieden werden. Insbesondere dem Kläger erleichtert dies die Entscheidung für ein Vorgehen nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO.

c) Gesetzesbegründung zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO

Zum Teil wird die Gesetzesbegründung zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO als weiteres Argument dafür angeführt, dass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auch anwendbar sein kann, obwohl niemals ein durchsetzbarer Anspruch bestand. Namentlich *Foerste*¹⁷⁰ entnimmt der Begründung, dass § 269 Abs. 3 S. 3 weiter gehen sollte als § 93d ZPO und leitet daraus ab, dass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO folglich nach dem Willen der Gesetzesverfasser auch anwendbar sein sollte, wenn kein Fall der „Erledigung“ vorliegt.¹⁷¹ Diesem Argument fehlt es allerdings an Durchschlagskraft. Der von *Foerste* zitierten Passage¹⁷² der Gesetzesbegründung lässt sich tatsächlich nur entnehmen, dass mit § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO eine weitere Ausnahme vom Grundsatz des S. 2 Hs. 1 neben die bisher schon anerkannten Ausnahmen (insbesondere § 93d ZPO)¹⁷³ gestellt werden sollte. Das bezieht sich lediglich darauf, dass neuerdings bei Anlasswegfall vor Rechtshängigkeit eine Kostenentscheidung nach billigem Ermessen möglich sein sollte. Eine Aussage darüber, ob ein Anlasswegfall auch vorliegen können soll, wenn der anhängige Anspruch zu keinem Zeitpunkt durchsetzbar gewesen war, lässt sich der von *Foerste* in Bezug genommenen Passage jedoch nicht entnehmen.

Tatsächlich enthält die Begründung zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO weder einen eindeutigen Hinweis für die eine noch für die andere Auslegung. Lediglich indirekt kann aus der Betonung der Prozessökonomie¹⁷⁴ geschlossen werden, dass die weite Auslegung in der Tat im Sinne der Gesetzesverfasser liegt, da sie zu prozessökonomischeren Ergebnissen führt als die enge.

d) Ergebnis der teleologischen Auslegung

Insgesamt ergibt sich, dass vom Gesetzeszweck her unter den Aspekten Prozessökonomie und Bürgernähe eine weite Auslegung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO

¹⁷⁰ Musielak – *Foerste*, § 296, Rn. 13 unter Verweis auf BT-Drs. 14/4722, S. 80.

¹⁷¹ Unklar ist, warum *Foerste* § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO in diesen Fällen dennoch lediglich analog anwenden möchte, vgl. Musielak – *Foerste*, § 296, Rn. 13.

¹⁷² Dies ist BT-Drs. 14/4722, S. 80, vgl. Musielak – *Foerste*, § 296, Rn. 13 (dort in Fn. 56).

¹⁷³ Weitere (weitgehend) anerkannte Ausnahmen im Sinne von § 269 Abs. 3 S.2 Hs. 2 Alt. 2 ZPO sind: § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO (OLG München, Beschluss v. 24.5.2005 (Az.: 6 W 1408/05)), § 344 ZPO (BGH NJW 2004, S. 2309), die Regelung in einem (außergerichtlichen) Vergleich (BLAH – *Hartmann*, § 269, Rn. 42 m.w.N.). Außerdem hat der Kläger die Kosten nicht zu tragen, soweit sie bereits durch eine rechtskräftige Entscheidung dem Beklagten auferlegt wurden, § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 Alt. 1 ZPO.

¹⁷⁴ Vgl. bereits oben, S. 46 f.

geboten ist und er daher nicht nur bei „Erledigung“ vor Rechtshängigkeit anwendbar ist, sondern es auch sein kann, wenn niemals ein durchsetzbarer Anspruch bestanden hat.

4. Zusammenfassung der Ergebnisse zur Auslegung

Betrachtet man die Ergebnisse der einzelnen Auslegungskriterien, so ergibt sich insgesamt, dass der weiten Auslegung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO der Vorzug zu geben ist. Gewichtige Gegenargumente sind nicht ersichtlich. Ein „Anlass zur Einreichung der Klage“ besteht daher schon dann, wenn der Kläger von der Notwendigkeit seiner Klage ausgehen durfte und nicht nur, wenn der anhängig gemachte Anspruch tatsächlich irgendwann einmal durchsetzbar gewesen war.¹⁷⁵ Eine *analoge* Anwendung, wie sie *Foerste*¹⁷⁶ oder *Wolst*¹⁷⁷ in diesen Fällen vorschlagen, ist nicht nötig.

III. Zusammenfassung der Ergebnisse

Als Ergebnis der Auslegung des Begriffs „Anlass zur Einreichung der Klage“ lässt sich damit, nachdem die beiden in diesem Zusammenhang zentralen Fragen¹⁷⁸ beantwortet worden sind, folgende Formel angeben: „Anlass zur

¹⁷⁵ So auch BLAH – *Hartmann*, § 269, Rn. 37 a.E.; OLG Naumburg, Beschluss v. 3.12.2002 (Az.: 11 W 267/02), das § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO anwendet, obwohl die (Vollstreckungsabwehr-)Klage niemals Aussicht auf Erfolg hatte. Im hier vorgeschlagenen Sinne ebenfalls OLG München, Beschluss v. 12.3.2004 (Az.: 29 W 2840/03), auch wenn dort ursprünglich eine erfolgreiche Klage möglich gewesen wäre. Nach dem OLG „war Anlass für die Klage, dass für den vom Kläger vorgetragene Wettbewerbsverstoß *aus dessen Sicht* Wiederholungsgefahr bestanden hatte.“ (OLG München, Beschluss v. 12.3.2004 – Hervorhebung nicht im Original) Auch OLG Frankfurt, Beschluss v. 30.1.2003 (Az.: 6 W 137/02) wendet § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO an, obwohl es Zweifel an den ursprünglichen Erfolgsaussichten der Klage hat.

Zum gleichen Ergebnis gelangen auch Musielak – *Wolst*, § 91a, Rn. 43 und Musielak – *Foerste*, § 269, Rn. 13 sowie § 254, Rn. 7, die (zumindest bei der Stufenklage) eine *analoge* Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO befürworten, wenn der auf zweiter Stufe geltend gemachte Anspruch niemals durchsetzbar war.

A.A. sind: *Anders/Gehle*, Assessorexamen, Rn. 622. Sie lehnen sowohl die direkte als auch die analoge Anwendung ab. Ebenfalls nur bei „Erledigung“ vor Rechtshängigkeit hält AG Bremen, Beschluss v. 5.9.2003 (Az.: 7 C 145/03) § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO für anwendbar.

¹⁷⁶ Musielak – *Foerste*, § 269, Rn. 13.

¹⁷⁷ Musielak – *Wolst*, § 91a, Rn. 43.

¹⁷⁸ Diese Fragen waren: Anwendbarkeit bei Anlasswegfall vor Anhängigkeit? (behandelt unter I., S. 43 ff.) und: Anwendbarkeit nur bei „Erledigung“ oder auch darüber hinaus? (behandelt unter II., S. 59 ff.).

Einreichung der Klage“ sind diejenigen Umstände, die den Kläger zur Klageeinreichung bewegen, weil er aus ihnen in nicht völlig unvernünftiger Weise schließt, eine Klage habe Aussicht auf Erfolg und sei geboten.

C. Auslegung des Begriffs „weggefallen“

Die Bedeutung des Begriffs „weggefallen“ ergibt sich komplementär zur Definition des Anlasses zur Klageeinreichung. Waren die Umstände, die beim Kläger den Entschluss zur Einreichung der Klage hervorgerufen haben, der „Anlass zur Einreichung der Klage“, so muss dieser Anlass weggefallen sein, wenn diese Umstände weggefallen sind. Das sind sie, wenn sie sich tatsächlich dergestalt geändert haben, dass der Kläger, würde er die veränderten Umstände kennen, nachvollziehbarer Weise *keinen* Anlass mehr zur Einreichung der Klage sähe.

Das bedeutet, dass der Kläger keine tatsächliche Kenntnis von der Änderung der Umstände haben muss.¹⁷⁹ Es kommt auf eine hypothetische Betrachtung an: Hätte der Einreichende die Klage nicht eingereicht, wenn er die Veränderung der Umstände gekannt hätte? Diese hypothetische Betrachtungsweise bringt keine Unsicherheit in die Beurteilung des Anlasswegfalls. Denn die Frage, ob ein solcher vorlag, stellt sich nur, wenn der Kläger die Klage wegen Anlasswegfalls zurücknimmt. Indem er das tut, zeigt er aber, wie er die Veränderung der Umstände bewertet: Dass er die Klage nicht mehr aufrechterhält, heißt, dass er sie bei früherer Kenntnis gar nicht erst eingereicht hätte. Wenn der Kläger die Klage hingegen nicht zurücknimmt, obwohl er von der Veränderung der (ursprünglich Anlass gebenden) Umstände erfährt, dann stellt sich die Frage nach dem Wegfall des Anlasses gar nicht. (Wie die Aufrechterhaltung der Klage zeigt, wäre sie dahingehend zu beantworten, dass der Kläger nach wie vor Anlass zur Klage gegeben sieht.)

Beispiel: Der Beklagte ist im Verzug mit der Zahlung einer Kaufpreisforderung des Klägers. Deshalb reicht jener Klage ein. Am Abend des Tages vor Zustellung der Klageschrift (also vor Rechtshängigkeit) erfolgt – aufgrund einer Überweisung des Beklagten – die Wertstellung zugunsten des Klägers durch dessen Bank. Dies erfährt der Kläger erst am Abend des nächsten Tages beim Blick auf die Kontoauszüge; unterdessen ist die Klageschrift dem Beklagten jedoch bereits zugestellt worden.

Hier ist der Anlass zur Einreichung der Klage vor Rechtshängigkeit weggefallen. In der Erfüllung der Klageforderung liegt die maßgebliche Veränderung der anlassgebenden Umstände: Die Klageforderung ist dadurch nämlich erloschen und der Kläger hätte, wenn er sofort Kenntnis von der Erfüllung erlangt hätte, bereits in diesem Zeitpunkt keinen Anlass mehr

¹⁷⁹ A.A.: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 128, Rn. 38, die fordern, der Kläger müsse auch noch vor Rechtshängigkeit Kenntnis von einer Änderung der Umstände erlangt haben. Allerdings soll § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO analog anwendbar sein, wenn der Kläger erst danach von der Änderung erfährt.

gesehen, die Klage überhaupt einzureichen. Dies bringt er durch seine Erklärung, er nehme die Klage wegen Anlasswegfalls vor Rechtshängigkeit zurück, zum Ausdruck.

Welche Ereignisse im Einzelnen in Frage kommen, den Anlass im Sinne des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO wegfallen zu lassen, soll nachfolgend (diese Seite unter I.) dargestellt werden. In diesem Zusammenhang ist auch die Frage zu klären, ob von einem „Wegfall“ noch gesprochen werden kann, wenn die Ursache für das Nicht-mehr-vorliegens des Anlasses aus der Sphäre des Klägers herrührt, oder zugespitzt, ob von einem Wegfall noch gesprochen werden kann, wenn der Kläger den Anlass selbst „beseitigt“ (dazu II., S. 70).

I. Veränderungen, die geeignet sind, den Anlass wegfallen zu lassen

1. „Erledigende Ereignisse“¹⁸⁰

Zunächst einmal folgt aus dem bisher Gesagten, dass die gleichen Ereignisse, die bei Eintritt *nach* Rechtshängigkeit eine Erledigung herbeiführen, parallel dazu den Anlass wegfallen lassen, wenn sie *vor* Rechtshängigkeit eintreten.

Das ist eine Konsequenz der Definition für das erledigende Ereignis als Eintritt solcher Veränderungen, die eine ansonsten aussichtsreiche Klage unzulässig oder unbegründet machen. Treten diese Veränderungen vor Rechtshängigkeit ein, sodass eine zuvor (hypothetisch) erfolgreiche Klage aussichtslos wird, dann entfällt damit die Erforderlichkeit, sie noch zu erheben.

Diesen Gleichlauf von erledigendem Ereignis und Anlasswegfall bestätigt die Gesetzesbegründung zum ZPO-RG: Danach war es Regelungsanliegen des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO, auch dort eine prozessökonomische Lösung zu ermöglichen, wo eine Erledigterklärung allein daran scheiterte, dass das an sich „erledigende“ Ereignis zeitlich *vor* Rechtshängigkeit eingetreten war.¹⁸¹ Damit § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO diese (vermeintliche)¹⁸² Lücke effektiv schließt, muss der Begriff des Anlasswegfalls so konzipiert sein, dass er all jene Ereignisse erfasst, die (abgesehen vom Zeitpunkt ihres Eintritts) *erledigende* Ereignisse darstellen würden.

Sinnvoll ist diese Auslegung, weil der Kläger in all diesen Fällen einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch haben kann, der den diagnostizierten Bedarf nach einer prozessökonomischen Handhabung auslösen kann.

Ferner bestätigt die Gesetzgebungsgeschichte diese Auslegung: Auch nach den Konzepten früherer Vorschläge zur Regelung der Materie sollten die Fälle der

¹⁸⁰ Zur Terminologie vgl. oben, S. 29 f.

¹⁸¹ BT-Drs. 14/4722, S. 81.

¹⁸² Vgl. dazu bereits oben, S. 47, insbesondere Fn. 109.

„Erledigung“ vor Rechtshängigkeit eine von § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 ZPO abweichende Kostenfolge ermöglichen.¹⁸³

Untersucht man die vor Rechtshängigkeit eintretenden „erledigenden“ Ereignisse genauer, so stellt man fest, dass auch sie – genau wie jene danach eintretenden – in zwei Formen auftreten: Sie können entweder (a) die materielle Rechtslage betreffen oder (b) (nur) prozessual von Bedeutung sein.

a) Materiell-rechtlich relevante Veränderungen

Materiell-rechtlich relevante Veränderungen werden durch den Eintritt von Umständen hervorgerufen, die die Begründetheit einer Klage entfallen lassen.

Beispiel: Der Beklagte erfüllt vor Zustellung der Klageschrift die ausstehende Kaufpreisforderung, die der Kläger bereits anhängig gemacht hatte.

Zahlreiche weitere Beispiele nennt die Literatur zur Erledigung nach Rechtshängigkeit,¹⁸⁴ die auf den Eintritt vor Rechtshängigkeit übertragbar sind. Hier sei nur ergänzend auf eine neue höchstrichterliche Entscheidung¹⁸⁵ hingewiesen, wonach die *Erklärung* der Aufrechnung im Prozess ebenfalls ein erledigendes Ereignis sein kann.¹⁸⁶ Entsprechend kann die Erklärung der Aufrechnung vor Rechtshängigkeit zum Anlasswegfall führen. Das Gleiche muss für die Erhebung der Verjährungseinrede gelten, weil erst sie ein dauerhaftes Leistungsverweigerungsrecht gibt.¹⁸⁷

b) Prozessual relevante Veränderungen

Die zweite Form erledigender Ereignisse betrifft die die Zulässigkeit der Klage und zwar dergestalt, dass die (an sich sogar begründete) Klage *unzulässig*

¹⁸³ Vgl. *Ulrich* NJW 1994, S. 2793 (2794 ff.) zum Entwurf der Kommission für das Zivilprozessrecht von 1977 sowie zur Initiative des Bundesrats in der Stellungnahme vom 18.3.1985 (Nachweise zu den genannten Initiativen bei *Ulrich* NJW 1994, S. 2793 (2794 ff.)).

¹⁸⁴ Vgl. etwa *Shen*, S. 19-24, den auf S. 22 genannten Prozessvergleich ausgenommen. Beispiele finden sich auch bei *BLAH – Hartmann*, § 91a, Rn. 41-61, allerdings nicht geordnet danach, ob die Zulässigkeit oder die Begründetheit entfällt. Speziell für das Wettbewerbsrecht: *UWG-Großkommentar – Jakobs*, Vor § 13, Abschnitt D, Rn. 270 f., Rn. 276-281.

¹⁸⁵ BGH NJW 2003, S. 3134.

¹⁸⁶ Es wird also nicht mehr auf das erstmalige Bestehen der materiell-rechtlichen Aufrechnungslage abgestellt.

¹⁸⁷ *Harte-Bavendamm – Brüning*, Vor § 12, Rn. 46 m.w.N.; dazu auch *Peters* NJW 2001, S. 2289.

wird:¹⁸⁸ Auch für diese Ereignisse finden sich viele unterschiedliche Beispiele in der Literatur zur Erledigterklärung.¹⁸⁹ Übertragen auf den Eintritt vor Rechtshängigkeit führen diese Ereignisse ebenfalls zum Anlasswegfall, da sie bewirken, dass ein ursprünglich durchsetzbarer Anspruch nicht mehr in zulässiger Weise erhoben und damit nicht mehr gerichtlich durchgesetzt werden kann.

Zur Veranschaulichung sei folgender Fall¹⁹⁰ genannt: Die Rechtsfähigkeit der GmbH, gegen die Klage eingereicht wurde, erlischt noch vor Zustellung durch Vollbeendigung der GmbH. Eine Liquidationsgesellschaft gibt es mangels Vermögens nicht.

2. Veränderungen sonstiger Umstände

Aufgrund der hier erarbeiteten Definition des Anlasses muss der Anwendungsbereich des Begriffs „weggefallen“ aber noch über den Eintritt „erledigender Ereignisse“ hinausgehen. Denn Anlass waren die Umstände, aufgrund derer der Kläger die Klage vernünftigerweise für aussichtsreich und erforderlich hielt. Der Anlass muss dementsprechend auch dann wegfallen, wenn sich die Umstände in sonstiger Weise vor Rechtshängigkeit dergestalt ändern, dass dem Kläger die Klage nachvollziehbarer Weise nicht mehr erforderlich scheint.¹⁹¹ Dass durch diese weite Auslegung keine Missbrauchsgefahr geschaffen wird, wird unter 3.¹⁹² erörtert. Zunächst sollen aber einzelne Formen des Anlasswegfalls ohne „erledigendes Ereignis“ genannt werden; auch hier sind zwei Kategorien zu unterscheiden:

a) Gerichtliche Durchsetzung scheint untunlich oder überflüssig

Es können Umstände eintreten, die den Schluss rechtfertigen, der Prozess sei nunmehr untunlich oder nicht mehr erforderlich oder zwecklos, um zum behaupteten Recht zu kommen.

¹⁸⁸ Jedenfalls misst die ganz herrschende Meinung prozessual relevanten Ereignissen erledigende Wirkung bei, vgl. Stein/Jonas – Bork, § 91a, Rn. 6 a.E. m.w.N.; Prütting/Wesser ZJP 116, S. 267 (278) mit Kritik daran (S. 280).

¹⁸⁹ Beispiele bei Shen, S. 24-27.; UWG-Großkommentar – Jacobs, Vor § 13, Abschnitt D, Rn. 272.

¹⁹⁰ Angelehnt an BGH NJW 1982, S. 238.

¹⁹¹ An die Nachvollziehbarkeit des klägerischen Vortrags des Anlasswegfalls dürfen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Nur, wenn sich die Behauptung als so unvernünftig darstellt, dass es von vorneherein ausgeschlossen scheint, dass daneben noch Gesichtspunkte für eine (teilweise) Kostenbelastung des Beklagten sprechen, kann schon die Anwendbarkeit von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO verneint werden. Andere Fälle sind über die Ausübung des billigen Ermessens zu lösen.

¹⁹² S. 69.

Als Beispiel sei der Fall angeführt, dass sich der Beklagte erkennbar anschickt, die geforderte Erfüllungshandlung vorzunehmen¹⁹³ oder das Bestehen einer Schuld nicht länger bestreitet und daher mit der Erfüllung demnächst zu rechnen ist. In diesen Fällen würde es sich als Formalität darstellen, wenn der Kläger den tatsächlichen Erfüllungseintritt abwarten müsste, obwohl die Notwendigkeit zur Klage bereits entfallen ist.¹⁹⁴

Weiteres Beispiel:¹⁹⁵ In einem wettbewerblichen Verfahren gibt der Beklagte eine Unterwerfungserklärung ab, die nur die konkrete Verletzungsform erfasst, der Unterlassungsantrag des Klägers war jedoch in allgemeinerer Form abgefasst. Dennoch ist der Kläger durch die Erklärung des Beklagten verständiger Weise veranlasst, den Rechtsstreit nicht weiter zu führen.

Aus aktuellem Anlass sei schließlich noch der Fall angeführt, dass auf Feststellung der Vaterschaft geklagt wird, aber noch vor Rechtshängigkeit die Ergebnisse eines DNA-Tests eintreffen¹⁹⁶ beziehungsweise mit Einverständnis eine Probe zum Test gegeben wird.

Hierher ist auch der Fall zu rechnen, dass sich die Prozessaussichten derart verschlechtern, dass der Kläger vernünftigerweise nicht mehr mit dem Erfolg seiner Klage rechnen kann.¹⁹⁷ Dies mag etwa auf einer Rechtsprechungsänderung beruhen, kann aber auch wegen des Untergangs eines wichtigen Beweismittels der Fall sein.

b) Kläger erkennt die (anfängliche) Aussichtslosigkeit des Prozesses

Nach hier vertretener Ansicht liegt ein Anlass zur Einreichung der Klage auch dann vor, wenn der Kläger zwar tatsächlich von Anfang an keinen durchsetzbaren Anspruch innehatte, nach seinem Kenntnisstand jedoch vom Gegenteil ausgehen durfte.¹⁹⁸ In dieser Situation kann der Anlasswegfall sicher nicht durch „Erledigung“ vor Rechtshängigkeit eintreten, da dies einen ursprünglich durchsetzbaren Anspruch voraussetzen würde.¹⁹⁹ Schickt sich der Beklagte in dieser

¹⁹³ Dies mag vor allem bei Werk- und Werklieferungsverträgen eine Rolle spielen.

¹⁹⁴ Auch wenn der anhängig gemachte Anspruch tatsächlich durchsetzbar ist und es deswegen – möglicherweise, weil der Beklagte die Erfüllungshandlung wieder abbricht – eventuell doch noch zu einer zweiten Klage kommen kann, zwingt die Gefahr einer zweimaligen Belastung des Beklagten mit Prozesskosten nicht zu einer anderen Bewertung. Denn der Beklagte hat es selbst in der Hand, ob er in einem zweiten Prozess noch einmal mit Kosten belastet wird, indem er zuvor erfüllt oder von § 93 ZPO Gebrauch macht. Abgesehen davon dürfte die Situation, in der konkret eine zweimalige Kostenbelastung des Beklagten droht, praktisch äußerst selten sein.

¹⁹⁵ Nach Harte-Bavendamm – *Brüning*, Vor § 12, Rn. 62.

¹⁹⁶ Vgl. OLG Dresden OLG-NL 2003, S. 282, wo allerdings nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO über die Kosten zu entscheiden war.

¹⁹⁷ Nach Ansicht des BVerwG kann die Verschlechterung der Prozessaussichten sogar zu einer Erledigung der Hauptsache führen, vgl. BVerwG NVwZ 1993, S. 979 m.w.N.

¹⁹⁸ Vgl. oben, S. 59-64.

¹⁹⁹ Vgl. oben, S. 31 sowie Stein/Jonas – *Bork*, § 91a, Rn. 7 m.w.N.

Situation an, auf Basis von Kulanz die begehrte Handlung vorzunehmen, liegt ein Fall des soeben unter a)²⁰⁰ dargestellten Anlasswegfalls vor. Erkennt der Kläger hingegen die Unzulässigkeit oder Unbegründetheit seiner Klage, weil er von neuen Tatsachen Kenntnis erlangt, so entfällt der Anlass zur Einreichung der Klage ebenfalls. Der sich hier ändernde Umstand ist der Kenntnisstand des Klägers. Diese Änderung muss selbstverständlich *vor* Rechtshängigkeit eintreten.²⁰¹

Beispiel: Der Kläger reicht eine Stufenklage auf Auskunft und Unterhaltszahlung gegen den Beklagten ein. Noch vor Rechtshängigkeit dieser Klage gibt der Beklagte in einem anderen, von einem Dritten angestregten Prozess die eidesstattliche Versicherung der Vermögenslosigkeit ab; der Kläger erfährt dies auch noch vor Rechtshängigkeit seiner Klage und erkennt, dass wegen fehlender Leistungsfähigkeit des Beklagten niemals ein Unterhaltsanspruch gegen ihn bestand. Damit ist der Anlass zur Klage auf Auskunft und Unterhaltszahlung weggefallen.

3. Keine Missbrauchsgefahr durch die weite Auslegung

Auf den ersten Blick mag gegen diese weite Auslegung der Begriffe „Anlass“ und „wegfallen“ einzuwenden sein, sie berge ein erhebliches Missbrauchspotential.

Bei genauerer Betrachtung erweist sich das jedoch als unbegründet: Zunächst einmal wird der Anwendungsbereich von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO durch die weite Auslegung keineswegs uferlos. Er bleibt dadurch beschränkt, dass der Kläger den Eintritt relevanter Ereignisse vor Rechtshängigkeit darlegen muss. Zum anderen ist eine Klagerücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auch aus Kostensicht nicht allzu reizvoll, wenn der Kläger keinerlei sachliche Gründe für eine Belastung des Beklagten vorbringen kann. Denn auch nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO kann der Kläger vollständig belastet werden. Selbst bei einer bloß teilweisen Kostenauflegung kann es für ihn günstiger sein, nach S. 2 zurückzunehmen, da bei der Rücknahme nach S. 3 die Gebührenreduktion nach Nr. 1211 KV GVG entfällt,²⁰² stattdessen aber eventuell noch (kostenverursachend) mündlich verhandelt oder gar Beweis erhoben wird.²⁰³ Eine teilweise Belastung nach S. 3 kann den Kläger daher teurer zu stehen kommen als eine vollständige Kostenbelastung nach S. 2.

²⁰⁰ S.67 f.

²⁰¹ Ob § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO analog anwendbar ist, wenn der Kläger *nach* Rechtshängigkeit von der anfänglichen Aussichtslosigkeit der Klage erfährt, wird unten, S. 71-78 erörtert.

²⁰² Vgl. dazu ausführlich unten, S. 89 f.

²⁰³ Die Zulässigkeit weiteren Parteivortrags und weiterer Beweisaufnahmen ist allerdings nicht unbestritten; zu diesem Streit siehe ausführlich unten, S. 111-114.

Das alles minimiert die Gefahr eines Missbrauchs von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO so weit, dass sie der hier vertretenen weiten Auslegung nicht entgegensteht.²⁰⁴

II. Wegfall auch bei Verursachung der Veränderungen durch den Kläger

Nachdem nun grundsätzlich geklärt wurde, welche Ereignisse geeignet sind, den Anlass wegfallen zu lassen, kann auf die Frage eingegangen werden, ob dies auch dann noch der Fall ist, wenn sie aus der Sphäre des Klägers stammen.

Zur parallel gelagerten Problematik *nach* Rechtshängigkeit vertritt eine Mindermeinung nämlich,²⁰⁵ dass dies nicht der Fall sein dürfe. Wenn dies auf den Wegfall des Anlasses *vor* Rechtshängigkeit übertragbar wäre, dann müsste dem Kläger die Kostenfolge des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO versagt werden, sofern ihm das Ereignis zurechenbar ist, aufgrund dessen der Anlass wegfällt. Die Kostenfolge hätte sich dann nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO zu bestimmen.

Allerdings wird die genannte Ansicht mit guten Gründen schon bei der Erledigung *nach* Rechtshängigkeit ganz überwiegend abgelehnt.²⁰⁶ Erst recht muss das *vor* Rechtshängigkeit gelten, denn die Mindermeinung wird im Wesentlichen auf eventuell drohende Unbilligkeiten gestützt, die man bei der Erledigterklärung noch erkennen mag, bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO aber jedenfalls nicht.²⁰⁷ Bei der Erledigterklärung kann der Beklagte nämlich nicht erreichen, dass gleichzeitig über die Erledigung (und damit implizit über die Erfolgsaussichten der ursprünglichen Klage) entschieden wird *und* der Veranlassung des erledigenden Ereignisses durch den Kläger bei der Kostenentscheidung Rechnung getragen wird. Entweder der Beklagte bestreitet die Erledigung, woraufhin die Kostenentschei-

²⁰⁴ Freilich ist es nicht ganz auszuschließen, dass der Kläger durch eine Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO besser steht, als bei einer Rücknahme nach S. 2 oder ohne Klagerücknahme, zumal die Gerichte dazu neigen, die Kosten im Zweifel gegeneinander aufzuheben oder hälftig zu teilen. Hierauf mag der Kläger spekulieren. Allerdings bringt bereits die Form des summarischen Verfahrens selbst diese Gefahr mit sich; sie lässt sich daher auch durch eine restriktive Auslegung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht vermeiden. Im Übrigen mag zwar der Beklagte im Einzelfall zu Unrecht mit einem Teil der Kosten belastet werden; dafür bleibt ihm aber immer noch der Vorteil einer schnellen und überschaubaren Entscheidung. Er muss sich nicht auf einen langen Prozess oder Regressprozess mit vollem Erkenntnisverfahren einlassen, bei dem immer die volle Kostenbelastung nach § 91 ZPO droht.

²⁰⁵ Vgl. die Nachweise in OLG Koblenz WRP 1982, S. 657 (658) und BGH NJW-RR 1993, S. 1319 (1320); neuerdings auch *Althammer/Löhnig* NJW 2004, S. 3077 (3080).

²⁰⁶ *Harte-Bavendamm – Brüning*, Vor § 12, Rn. 46; *Melullis*, Rn. 3a m.w.N.; *Stein/Jonas – Bork*, § 91a, Rn. 6; *Teplitzky*, Kap. 46, Rn. 38; BGH NJW-RR 1993, S. 1319 (1320) m.w.N.

²⁰⁷ Vgl. BGH NJW-RR 1993, S. 1319.

dung nach § 91 ZPO ergeht, oder er schließt sich der Erledigterklärung an. Dann wird zwar nach billigem Ermessen über die Kosten entschieden, sodass die Veranlassung der Erledigung berücksichtigt werden kann; gleichzeitig unterbleibt aber eine Entscheidung über die ursprünglichen Erfolgsaussichten der Klage.

Bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO greift diese Argumentation von vorneherein nicht, weil im Falle der Klagerücknahme ohnehin nicht über die Erfolgsaussichten der Klage entschieden werden kann. Daher stellt es insofern keine Benachteiligung des Beklagten dar, wenn sich die Kostenfolge der Rücknahme auch dann nach S. 3 statt nach S. 2 bestimmt, wenn die Ursache des Anlasswegfalls aus der Sphäre des Klägers stammt. Folglich ist § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auch in diesen Fällen anwendbar, die genannte Mindermeinung nicht auf den Bereich vor Rechtshängigkeit zu übertragen.

D. Analoge Anwendbarkeit bei Anlasswegfall nach Rechtshängigkeit

I. Überblick

Ein anderer Punkt, der gegenwärtig diskutiert wird, ist, ob § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO – entgegen seinem Wortlaut – auch bei Erledigung nach Rechtshängigkeit (analog) anwendbar ist. *Bonifacio*²⁰⁸ und *Schneider*²⁰⁹, neuerdings auch *Lindacher*,²¹⁰ plädieren dafür, während es überwiegend abgelehnt wird.²¹¹

Genau genommen stellt sich die Frage nach der analogen Anwendbarkeit nach dem hier Gesagten nicht nur bei Erledigung nach Rechtshängigkeit, sondern weitergehend bei jedem Anlasswegfall nach Rechtshängigkeit. Die folgende Untersuchung bezieht sich daher auf Letzteres, schließt damit aber Fälle der Erledigung nach Rechtshängigkeit ein.

²⁰⁸ *Bonifacio* MDR 2002, S. 499 f.

²⁰⁹ *Schneider* JurBüro 2002, 509 (510); *ders.* ZAP 2003, S. 1221 (1222).

²¹⁰ *Lindacher* JR 2005, S. 92.

²¹¹ *Deckenbrock/Dötsch* JurBüro 2003, S. 568 (573, dort in Fn. 63) sowie *dies.* MDR 2004, S. 1214 (1217, dort in Fn. 36); *Elzer*, online-Skript Erledigung, Rn. 39; *Gehrlein* MDR 2003, S. 421; *ders.*, § 9, Rn. 49; *Harte-Bavendamm – Brüning*, Vor § 12, Rn. 40; *Huber*, Rn. 93; *Löhnig* JA 2004, S. 122 (124, dort in Fn. 6); *Luckey* ProZRB 2002, S. 24 (28); *Musielak* JuS 2002, S. 1203 (1205); *ders.*, Rn. 275a; *Pantle/Kreissl*, Rn. 520; *Prütting/Wesser* ZZP 116, S. 267 (301); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 128, Rn. 39; *Schur* KTS 2003, S. 373 (390 f); *Tegeder* NJW 2003, S. 3327 f.; wohl auch *Onderka* AGS 2005, S. 170 (171); *BLAH – Hartmann*, § 269, Rn. 38; *AG Berlin-Neukölln* MDR 2003, S. 112; *LG Berlin* GE 2002, S. 1494; *OLG Düsseldorf* NJOZ 2004, S. 2078; wohl auch *BGH* NJW 2004, S. 223 f., wo auf die Möglichkeit, § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO analog anzuwenden überhaupt nicht eingegangen wird.

II. Argumente für die analoge Anwendung

Bonifacio argumentiert, das Tatbestandsmerkmal des Wegfalls *vor* Rechtshängigkeit sei sinnlos, weil es für die Wirksamkeit der Klagerücknahme belanglos ist, wann der Anlass zur Klageeinreichung wegfällt.²¹² Der Anlasswegfall *nach* Rechtshängigkeit ist jenem *vor* Rechtshängigkeit hinsichtlich der Klagerücknahme gleich; das müsse nach dem Gebot, Gleiches gleich zu behandeln,²¹³ auch in beiden Fällen dieselbe Kostenfolge nach sich ziehen, zumal es oft nur vom Zufall abhängt, ob die Erledigung beziehungsweise der Anlasswegfall vor oder nach Zustellung der Klageschrift eintritt.

Für die analoge Anwendung lassen sich auch prozessökonomische Erwägungen anführen: Der bislang mögliche Weg, die Kostenbelastung zu vermeiden, besteht in einer Klageänderung (zumeist: Erledigterklärung). Es muss daher stets durch streitiges Urteil entschieden werden. Ließe man dagegen ein Vorgehen analog § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zu, so könnte stattdessen ein Beschluss nach billigem Ermessen ergehen. Die Vorteile dieser Entscheidungsform gegenüber dem normalen streitigen Urteil wurden bereits oben²¹⁴ dargestellt.

Zugleich brächte die Analogie auch eine weitere Vereinfachung der Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO mit sich. Denn der Zeitpunkt des Anlasswegfalls wäre in dieser Frage dann völlig unerheblich. Damit ließen sich Streitigkeiten und entsprechende Beweisaufnahmen vermeiden.²¹⁵ Das wäre ganz im Sinne des Grundsatzes der Einfachheit des Kostenrechts,²¹⁶ wonach Sachverhaltsaufklärungen um der Kosten Willen vermieden werden sollen.²¹⁷ Auch der Prozessökonomie wäre gedient.

Gleichzeitig würde für die Parteien die Transparenz der prozessualen Handlungsalternativen gesteigert. Es wäre klar, dass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO in jedem Fall anwendbar ist; Zweifel wegen Unkenntnis des Zustellungs- oder des Erledigungszeitpunktes könnten nicht mehr aufkommen, Irrtümer über den Anwendungsbereich von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO würden verringert.

²¹² *Bonifacio* MDR 2002, S. 499 (500). Seiner Ansicht nach erklärt sich die Aufnahme in den Tatbestand mit dem Glauben des Gesetzgebers, der Rechtsprechung Rechnung tragen zu müssen.

²¹³ Dazu *Larenz*, S. 374 f.

²¹⁴ S. 47.

²¹⁵ Für einen Fall, in dem sich die zeitliche Abfolge der Ereignisse nicht mehr aufklären ließ vgl. LG Hechingen, Beschluss v. 4.10.2002 (Az.: 3 O 66/02). Es handelte sich in diesem Fall allerdings um ein Verfügungsverfahren, weshalb das LG § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO in jedem Fall für anwendbar hielt. Zur Begründung führte es aus, „dass der Antragsgegner bis zu seiner Beteiligung am Verfügungsverfahren nicht die Stellung einer Partei erlangt (hat und diese) Situation (...) im Klageverfahren derjenigen vor Rechtshängigkeit“ entspricht.

²¹⁶ Dazu *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung, S. 161 f., 212 f., S. 301; Stein/Jonas – Bork, Vor § 91, Rn. 6.

²¹⁷ *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung, S. 301.

Mit der Steigerung von Prozessökonomie und Transparenz läge die Analogie auf einer Linie mit den Zielen des ZPO-RG.²¹⁸

III. Voraussetzungen für einen Analogieschluss

Trotz dieser Erwägungen ist fraglich, ob der Analogieschluss tatsächlich zulässig ist.²¹⁹ Es ist schon zweifelhaft, ob überhaupt eine Lücke im Gesetz vorliegt,²²⁰ ob also planwidrig eine Regelung des Anlasswegfalls nach Rechtshängigkeit fehlt.²²¹ Das würde ein Bedürfnis nach einer entsprechenden Regelung voraussetzen.

1. Keine Lücke hinsichtlich der Kostenbelastung

§ 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ermöglicht dem Kläger, auf bestimmte Ereignisse prozessual so zu reagieren, dass er die Kostenbelastung noch im laufenden Verfahren abwenden kann. Ein Bedarf für die hier diskutierte Analogie wäre festzustellen, wenn der Kläger diese Möglichkeit bei Anlasswegfall *nach* Rechtshängigkeit nicht hätte. Wie im Folgenden dargelegt wird, gibt es allerdings entsprechende Möglichkeiten bereits.

In Verfahren, in welchen nach der Klagerücknahme ohnehin gemäß billigem Ermessen über die Kosten entschieden werden kann, ist die analoge Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO von vorneherein überflüssig. Zum einen sind dies Verfahren, die die gesetzliche Unterhaltspflicht betreffen und zu denen der Beklagte durch mangelnde Auskunftserteilung Anlass zum Prozess gegeben hat: Hier ermöglicht schon § 93d ZPO einen Billigkeitsbeschluss. Zum anderen sieht dies § 626 Abs. 1 S. 2 ZPO für bestimmte Folgesachen nach Zurücknahme eines Scheidungsantrags vor.

Zwar verbleibt daneben eine Vielzahl von Fällen, in denen keine Spezialregelung die Kostenverteilung nach billigem Ermessen anordnet. Allerdings bedarf es auch dort nicht der Analogie, um die Kostenbelastung des Klägers im laufenden Verfahren vermeiden zu können:

²¹⁸ Vgl. oben, S. 46.

²¹⁹ Die Analogie ist jedenfalls nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil es sich bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO um eine Ausnahmeregelung (vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 81 sowie die Nachweise unten in Fn. 279 auf S. 85) handelt, vgl. *Becker-Eberhard* ZZP 101, S. 303 (313) m.w.N. sowie die Nachweise oben in Fn. 140 (S. 53).

²²⁰ Dieser Begriff ist angelehnt an *Canaris*, S. 16.

²²¹ *Larenz*, S. 373, unter Bezug auf *Elze*, Lücken im Gesetz. Begriff und Ausfüllung; München u.a. 1916, S. 3 ff.

Sofern ein erledigendes Ereignis vorliegt, ist die (einseitige oder übereinstimmende) Erledigterklärung das Mittel der Wahl, um die Kostenbelastung im laufenden Verfahren zu vermeiden. Dabei hat die einseitige Erledigterklärung gegenüber § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO für den Kläger sogar den Vorteil, dass die Kostenentscheidung nicht nach Billigkeit ergeht und somit sicherer ist.

Auch wenn kein erledigendes Ereignis vorliegt, können die Parteien nach § 91a Abs. 1 ZPO übereinstimmend für erledigt erklären.²²² Lediglich eine einseitige Erklärung des Klägers hätte hier keinen Erfolg. Wenn der Beklagte seine Mitwirkung aber verweigert und sich nicht der Erledigterklärung anschließt, wäre die vorgeschlagene Analogie zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ebenfalls zwecklos, sobald der Beklagte begonnen hat, mündlich zur Hauptsache zu verhandeln: Ab dann könnte nämlich die in § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vorausgesetzte Klagerücknahme genauso wenig einseitig vorgenommen werden; der Beklagte müsste hierin einwilligen, § 269 Abs. 1 ZPO.²²³ Das würde er wiederum nur tun, wenn er damit einverstanden wäre, dass über die Kosten nach billigem Ermessen entschieden wird, in welchem Fall er sich aber auch der Erledigterklärung des Klägers anschließen würde. Einer Analogie zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bedarf es daher nach Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache nicht.

Raum für eine Analogie bliebe nur in den Fällen, in denen keine Erledigung vorliegt, der Beklagte noch nicht begonnen hat, mündlich zur Hauptsache zu verhandeln und außerdem nicht bereit wäre, übereinstimmend für erledigt zu erklären. Doch auch hier kann der Kläger die Kostenbelastung im laufenden Verfahren vermeiden, wenn ihm ein materiell-rechtlicher Ersatzanspruch zusteht. Dazu muss er nur die Klage in eine Kostenfeststellungsklage ändern.²²⁴

Ein praktisches Bedürfnis, die Entscheidung analog § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zuzulassen, könnte daher überhaupt nur vor Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache bestehen, wenn keine Sonderregelung eingreift, der Beklagte mit einer Billigkeitsentscheidung nicht einverstanden ist, keine Erledigung eingetreten ist und dem Kläger *kein* materiell-rechtlicher Erstattungs-

²²² So die h.M.. Die Erledigung tritt in diesem Fall nämlich aufgrund Parteidisposition ein; eine gerichtliche Nachprüfung der Erledigung der Hauptsache ist nicht zulässig, vgl. *Smid* ZZP 97, S. 245 (270 ff.); *Stein/Jonas – Bork*, § 91a, Rn. 2, 5 (dort in Fn. 13), 10; *Zöller – Vollkommer*, § 91a, Rn. 12 m.w.N.; BGH NJW 2004, S. 506 (508).

A.A.: *BLAH – Hartmann*, § 91a, Rn. 24, 68.

²²³ Vgl. zur Geltung von § 269 Abs. 1 ZPO bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO unten, S. 96. Daran würde selbstverständlich auch die hier diskutierte Analogie nichts ändern. *Schur* KTS 2004, S. 391 scheint dies nicht ausreichend zu berücksichtigen.

²²⁴ Infrage kommt auch die Änderung in eine bezifferte Leistungsklage. Beide Klageänderungen sind stets zulässig, § 263 bzw. § 264 Nr. 2 ZPO, vgl. *Anders/Gehle*, Antrag und Entscheidung, Rn. 481; BGH WM 1981, S. 232 (234).

anspruch zusteht. Hier scheidet nämlich auch die Änderung in eine Kostenfeststellungsklage aus. Abgesehen davon, dass dies nicht besonders viele Fälle sein dürften, rechtfertigen sie auch sonst die Analogie nicht. Denn ihre Situation ist nicht mit der Situation vergleichbar, die § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO regeln soll: Wenn dem Beklagten kein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch zusteht, wird er schließlich von vorneherein nicht erwägen, einen Regressprozess anzustrengen, den die Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO dann überflüssig machen könnte.²²⁵ Vielmehr würde die Analogie zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO hier lediglich erstmals die Möglichkeit eröffnen, die Kosten auf den Beklagten abzuwälzen. Das ist aber nicht der Zweck von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO; er sollte hauptsächlich der Prozessökonomie dienen, indem er Regressprozesse entbehrlich macht.²²⁶ Dem würde es schlechterdings zuwider laufen, wenn man ihn analog anwendete, ohne dass dadurch Verfahrensaufwand erspart wird, sondern stattdessen erst entsteht, weil die Kostenfolge sich nicht mehr aus dem Gesetz ergibt (§ 269 Abs. 3 S. 2 ZPO), sondern einer gerichtlichen Entscheidung bedarf.²²⁷ Im Ergebnis bleibt keine Situation vorstellbar, in der unter dem Aspekt, die Kostenbelastung des Klägers im laufenden Verfahren zu vermeiden, Bedarf nach einer analogen Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bestünde.

2. Analogiebedarf zwecks Prozessbeschleunigung

Bedarf nach der Analogie könnte es allerdings unter dem Aspekt der Prozessbeschleunigung geben, denn der Kläger kann weder durch Erledigterklärung noch durch Klageänderung die weitere gerichtliche Sachverhaltsaufklärung *einseitig* abkürzen und die (schnellere) Kostenentscheidung nach billigem Ermessen

²²⁵ Dasselbe gilt, wenn dem Kläger trotz eines materiell-rechtlichen Erstattungsanspruchs das Risiko, bei einer Klageänderung vollständig zu unterliegen, größer scheint als das Risiko, bei der Billigkeitsentscheidung vollständig belastet zu werden.

²²⁶ Vgl. oben, S. 46 f.

²²⁷ Nicht verschwiegen sei, dass die hier vertretene Auffassung zu scheinbar unstimmgigen Ergebnissen führt, wenn schon vor Rechtshängigkeit objektiv kein Anlass zur Klage besteht. Erlangt der Kläger nämlich noch vor Rechtshängigkeit Kenntnis davon, ist § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO anwendbar mit der Folge, dass die Kostenabwälzung möglich wird. Erfährt er es jedoch erst danach, kann § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht (analog) angewandt werden.

Dadurch wird dem Kläger jedoch nicht die Möglichkeit versagt, einen bestehenden Kostenerstattungsanspruch geltend zu machen, vgl. soeben S. 74 (insbesondere Fn. 224). Lediglich, wenn ein solcher nicht besteht, hat er bei Kenntniserlangung nach Rechtshängigkeit keine Chance, die Kosten im Rahmen der Billigkeitsentscheidung (teilweise) abzuwälzen. Das stellt jedoch keinen Verstoß gegen Art. 3 GG dar. Der Eintritt der Rechtshängigkeit ist ein sachliches Differenzierungsmerkmal und nicht willkürlich.

herbeiführen.²²⁸ Lediglich die analoge Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO würde ihm dies ermöglichen.

Allerdings ist auch hier das praktische Bedürfnis nach der Analogie wegen §§ 93d, 626 Abs. 1 S. 2, 91a, 269 Abs. 1 ZPO zweifelhaft (vgl. dazu ausführlich soeben unter 1²²⁹). Man darf auch nicht hilfswise darauf abstellen, dass das Verfahren analog § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO insofern billiger wäre, als in der Regel keine Terminsgebühren²³⁰ oder Kosten für Beweisaufnahmen anfallen, was nach einer Klageänderung wahrscheinlich der Fall wäre. Denn diese Kosten treffen den Beklagten, wenn dem Kläger tatsächlich sein behaupteter materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch zusteht.

Nichtsdestotrotz mag es einige Fälle geben, in denen das Interesse des Klägers an einer *schnellen* Streitbeilegung analog § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO sein Interesse an einer *sicheren* Kostenvermeidung (durch Klageänderung) überwiegt, wie insbesondere die praktische Akzeptanz von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO beim Anlasswegfall vor Rechtshängigkeit zeigt. Insofern könnte man in der Tat von einem gewissen Bedarf nach der Analogie sprechen, wo der Kläger auf einseitiges Handeln angewiesen ist.

Dem Analogieschluss steht aber in diesen Fällen entgegen, dass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ausweislich der Gesetzesbegründung eine (vermeintliche) Lücke schließen sollte, die bei Anlasswegfall nach Rechtshängigkeit nicht besteht: Die Gesetzesverfasser waren davon ausgegangen, dass vor Rechtshängigkeit stets zwei Prozesse nötig seien, um die endgültige Kostenbelastung zu vermeiden. Für den Bereich nach Rechtshängigkeit wurde diese Lücke – zu Recht – nicht gesehen: Hier ermöglichen es die Erledigterklärung beziehungsweise die Änderung in eine Kostenfeststellungsklage dem Kläger, die Kostenbelastung in einem einzigen Prozess abzuwenden. Das mit § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO verfolgte Ziel der Prozessbeschleunigung muss man vor diesem Hintergrund einer vermeintlichen Lücke sehen. Man darf die Vorschrift nicht getrennt davon in jedem Fall zwecks Steigerung der Prozessökonomie anwenden. Auch die Tatsache, dass die diagnostizierte Lücke in Wirklichkeit gar nicht bestand,²³¹ kann daran nichts ändern. Insofern mag es sich bei der (bewussten) Beschrän-

²²⁸ Hierfür bedürfte es einer übereinstimmenden Erledigterklärung nach § 91a ZPO. Bei bloß einseitiger Erledigterklärung sind sowohl Zulässigkeit als auch Begründetheit sowie Eintritt des erledigenden Ereignisses vom Kläger zu beweisen, sofern sie vom Beklagten bestritten werden, vgl. Zöller – *Vollkommer*, § 91a, Rn. 44 m.w.N.

²²⁹ S. 73 f.

²³⁰ Eine Terminsgebühr wird meistens bis dahin nicht schon angefallen sein, wenn der Kläger noch einseitig nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vorgehen kann, weil das voraussetzt, dass der Beklagte noch nicht mündlich zur Hauptsache verhandelt hat, § 261 Abs. 1 ZPO.

²³¹ Vgl. bereits oben, Fn. 109 auf S. 47.

kung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auf die Fälle vor Rechtshängigkeit um einen rechtspolitischen Fehler handeln,²³² diesen darf man aber nicht mit einer Lücke im Gesetz verwechseln.²³³ Eine Analogie verbietet sich.²³⁴

3. Keine fehlende Bürgernähe

Schließlich kann die Analogie auch nicht unter dem Aspekt des dritten Zieles des ZPO-RG, der Bürgernähe, zulässig sein. Die Klagerücknahme ist nämlich schon nicht einfacher zu bewirken als eine Klageänderung (sei es im Wege der Erledigterklärung, sei es auf Kostenfeststellung), zumal die Klageänderung dadurch begünstigt wird, dass die Gerichte deutliche Hinweise geben²³⁵ und klägerische Anträge sehr entgegenkommend auslegen.²³⁶ Schließlich besteht für beide Vorgehensweisen unter den Voraussetzungen von § 78 ZPO gleichermaßen Anwaltszwang.²³⁷

4. Ergebnis

Im Ergebnis zeigt sich, dass die Analogie unter keinem tragfähigen Gesichtspunkt erforderlich ist. Es fehlt bereits an einer Regelungslücke.²³⁸ Die begrüßenswerten „Nebenwirkungen“, die die Analogie für die Handhabung des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO selbst haben könnte, vermögen seine Ausdehnung auf andere Fälle nicht zu rechtfertigen.

²³² *Deckenbrock/Dötsch* JurBüro 2003, S. 568 (569) sprechen von einer „gesetzgeberische(n) Fehleinschätzung“. Kritisch auch Schur KTS 2004, S. 373 (374 f.).

²³³ *Larenz*, S. 374.

²³⁴ *Luckey* ProzRB 2002, S. 24 (28).

²³⁵ Vgl. *Luckey* ProzRB 2002, S. 24 (25); *Thomas/Putzo – Reichold*, § 139, Rn. 10; *BLAH – Hartmann*, § 139, Rn. 61 (Stichwort: „Erledigung der Hauptsache“). AG Bremen, Beschluss v. 11.12.2002 (Az.: 11 C 143/02) hat beispielsweise durch Hinweis auf eine Klagerücknahme hingewirkt, weil eine Erledigterklärung aussichtslos war.

²³⁶ Vgl. *Luckey* ProzRB 2002, S. 24 (26); *BGH NJW* 1994, S. 2895 (2896). So hat beispielsweise OLG Köln, Beschluss v. 10.09.2003 (Az.: 2 W 85/03) eine einseitige Erledigterklärung als (Antrags-)Rücknahme i.S.d. § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ausgelegt; ebenso OLG Brandenburg, Beschluss v. 2.6.2004 (Az.: 9 WF 108/04).

²³⁷ Siehe hierzu auch unten S. 95.

²³⁸ So auch *Musielak* JuS 2002, S. 1203 (1205); *Luckey* ProzRB 2002, S. 24 (28); *Deckenbrock/Dötsch* JurBüro 2003, S. 568 (573, dort Fn. 63); *Tegeger* NJW 2003, S. 3327 f.; *Prütting/Wesser* ZJP 116, S. 267 (301). Im Ergebnis auch *Huber*, Rn. 93, der vor allem auf den „ingeschränkten Regelungswillen des Gesetzgebers“ abstellt.

Obendrein bestätigen der klare Wortlaut²³⁹ und die diesbezügliche Untätigkeit des Gesetzgebers beim JuMoG, dass die Analogie mit dem Willen des Gesetzgebers nicht vereinbar ist.

Daher ist der Vorschlag von *Bonifacio*²⁴⁰, *Schneider*²⁴¹ und *Lindacher*²⁴² letztlich abzulehnen: § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ist in Fällen des Anlasswegfalls (einschließlich der Erledigung) *nach* Rechtshängigkeit nicht analog anwendbar.²⁴³

E. Erfordernis förmlicher Zustellung der Klageschrift für eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO

Weit heftiger als um die soeben geklärte Frage stritt man vor Einfügung des § 269 Abs. 3 S. 3 *Hs. 2* ZPO durch das JuMoG darum, ob eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO eine vorherige Zustellung der Klageschrift voraussetzt²⁴⁴ oder ob sie entbehrlich ist.²⁴⁵ Dabei waren die Anhänger der erstgenannten Ansicht in zwei Lager zu teilen: die einen²⁴⁶ verlangten streng, die Zustellung müsse noch vor der *Rücknahmeerklärung* erfolgt sein, die anderen²⁴⁷

²³⁹ So auch *Musielak* JuS 2002, S. 1203 (1205) und *BLAH – Hartmann*, § 269, Rn. 38.

²⁴⁰ *Bonifacio* MDR 2002, S. 499 f.

²⁴¹ *Schneider* JurBüro 2002, S. 509 (510).

²⁴² *Lindacher* JR 2005, S. 92.

²⁴³ Eine andere Frage ist es, ob *der Gesetzgeber* § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auf Fälle des Anlasswegfalls nach Rechtshängigkeit ausdehnen sollte. Vgl. dazu unten, S. 185 f..

²⁴⁴ Vgl. die Nachweise in Fn. 246 und Fn. 247 (beide auf S. 78).

²⁴⁵ *Anders/Gehle*, Assessorexamen, Rn. 621a; *Deubner* JuS 2002, S. 899 (900) sowie *ders.* JuS 2003, S. 892 (893 f.) und JuS 2004, S. 484 (486); *Gottwald* FamRZ 2003, S. 1119 (1120); *Huber*, Rn. 93; *Jauernig*, S. 174 f.; *Musielak*, Rn. 275a; *Schilken* Rn. 619 (§ 269 Abs. 3 S. 3 ZPO „zumind. entsprechend“); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 128, Rn. 36; wohl auch *Hannich/Meyer-Seitz – Engers*, § 269, Rn. 1 und *MüKo (Akt.Bd.) – Lüke*, § 269, Rn. 4; *Musielak* (3. Aufl.) – *Foerste*, § 269, Rn. 6, 13; LG Düsseldorf NJW-RR 2003, S. 213 (214); OLG Dresden OLG-NL 2003, S. 164 (165, 166); OLG Köln NJW-RR 2003, S. 1151; OLG Köln, Beschluss v. 26.11.2002 (Az.: 14 UF 193/02); OLG Düsseldorf FPR 2004, S. 270; OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 6.1.2004 (Az.: 25 W 78/03); OLG Dresden OLGR 2004, S. 104; BGH NJW 2004, S. 1530; BGH NJOZ 2004, S. 1197. In diesem Sinne wohl auch die Stellungnahme der BRAK, S. 3.

²⁴⁶ Zustellung vor Rücknahmeerklärung erforderlich: *Hansens* RVGreport 2004, S. 262 (263); *BLAH* (62. Aufl.) – *Hartmann*, § 269, Rn. 5, 36 (anders aber wohl *ders.* bereits in NJW 2001, S. 2577 (2585)); wohl auch *Zimmermann*, § 269, Rn. 9, allerdings unklar wegen § 269, Rn. 18a; LG Bad Kreuznach NJW-RR 2003, S. 790; KG, Beschluss v. 29.11.2002 (Az.: 7 W 234/02); ebenfalls in diese Richtung, im Ergebnis allerdings offen OLG Nürnberg NJW-RR 2003, S. 646.

²⁴⁷ Nachträgliche Zustellung ließen genügen: *Deckenbrock/Dötsch* JurBüro 2003, S. 568 (569 f.); *Gehrlein* MDR 2003, S. 421; *ders.*, § 9, Rn. 18; *Greger* NJW 2002, S. 3049 (3050); *Knauer/Wolf* NJW 2004, S. 2857 (2858); *Tegeder* NJW 2003, S. 3327; *Schur*

ließen es vermittelnd genügen, wenn die Klageschrift nachträglich nach der Rücknahmeerklärung noch zugestellt wurde.

Der neue, zweite Halbsatz von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO hat diesen Streitpunkt so gut wie erledigt.²⁴⁸ Allgemein²⁴⁹ entnimmt man dieser Bestimmung nunmehr die gesetzgeberische Entscheidung, die Zustellung der Klageschrift sei für eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO nicht – auch nicht bloß nachträglich nach der Rücknahmeerklärung – erforderlich.

In der Tat wollte der Gesetzgeber dies mit § 269 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 ZPO zum Ausdruck bringen, wie die Gesetzesbegründung des JuMoG erkennen lässt: Dort heißt es: „Weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck noch der Entstehungsgeschichte der Vorschrift [gemeint ist § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO in der Fassung des ZPO-RG] ist zu entnehmen, dass sie voraussetzt, dass ein Prozessrechtsverhältnis durch Zustellung der bereits zurückgenommenen Klage noch

KTS 2004, S. 373 (397); *Wolf* ZZP 116, S. 523 (524 f.); wohl auch Thomas/Putzo (25. Aufl.) – *Reichold*, § 269, Rn 4, 5; *Zöllner* (24. Aufl.) – *Greger*, § 269, Rn. 8a, b; LG Münster NJW 2002, S. 1221 (1222); KG MDR 2003, S. 712; OLG Köln, Beschluss v. 24.01.2003 (Az.: 6 W 2/03); wohl auch OLG Hamm MDR 2004, S. 50.

Hiergegen entschieden: OLG Brandenburg, Beschluss v. 1.3.2005 (Az.: 6 W 171/04), wonach es bei gleichzeitiger Zustellung von Klageschrift und Rücknahme – wie sie die oben Genannten forderten – „im Zeitpunkt der Zustellung an einem für die Bewertung der zugestellten Schriftstücke als Klageschrift unverzichtbaren Element“ fehlt.

²⁴⁸ So haben sich mittlerweile auch *Deckenbrock/Dötsch* in MDR 2004, S. 1214 f., *Zöllner – Greger*, § 269, Rn. 18e und *Thomas/Putzo – Reichold*, § 269, Rn. 5 der Auffassung angeschlossen, die Zustellung sei entbehrlich. Widersprüchlich: *BLAH – Hartmann*, § 269, Rn. 39 a.E. wo er diese Auslegung ebenfalls hinzunehmen scheint und Rn. 41 a.E., wo er die Zustellung zwecks (teilweiser) Kostenbelastung des Beklagten fordert.

Des Weiteren haben sich für die Verzichtbarkeit der Zustellung nach dem JuMoG ausgesprochen: *Deubner* JuS 2004, S. 873 (874), *Elzer*, online-Skript Erledigung, Rn. 34; *Fölsch* MDR 2004, S. 1029 (1031), *Goebel* ProzRB 2004, S. 252 (254); *Goebel – Gottwald*, § 22, Rn. 11 sowie *Musielak – Foerste*, § 269, Rn 6, 13; *Onderka* AGS 2005, S. 170 (171). Aus der Rechtsprechung BGH, Beschluss v. 9.2.2005 (Az.: VII ZB 146/04).

²⁴⁹ Vgl. die Nachweise in der vorigen Fußnote sowie *Lange* NJW 2005, S. 958 (S. 959), der sich allerdings trotzdem für das Erfordernis förmlicher Zustellung ausspricht!

A.A. sind allerdings *Knauer/Wolf* NJW 2004, S. 2857 (2858), die sich damit gegen ihre eigene vorherige Stellungnahme im NJW-Editorial in NJW 2004, Heft 31 richten. Sie verlangen nunmehr wieder, die Klageschrift müsse für eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zumindest nach der Rücknahmeerklärung noch förmlich zugestellt werden. Ebenso: *Lange* NJW 2005, S. 958 (S. 959). Auch *BLAH – Hartmann*, § 269, Rn. 41 a.E. verlangt eine förmliche Zustellung, zumindest, wenn der Beklagte (teilweise) mit den Kosten belastet werden soll.)

OLG Brandenburg, Beschluss v. 1.3.2005 (Az.: 6 W 171/04) hält § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO aus begrifflichen Gründen für unbeachtlich (dazu unten, S. 85 f. unter III.). Nach dieser Entscheidung ist § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO allerdings ohnehin verfassungswidrig, wegen eines unauflösbaren Widerspruchs unanwendbar und geht ins Leere!

begründet wird. (...) Durch die vorgesehene Ergänzung [gemeint ist der neue zweite Halbsatz] wird daher im Wortlaut des § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO zweifelsfrei *klargestellt*, dass eine Zustellung der Klage nicht vorausgesetzt wird.²⁵⁰ Mit dieser Begründung beziehen die Verfasser deutlich Stellung in dem Streit um das Zustellungserfordernis: Nach ihrer Ansicht war § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bereits in der Fassung des ZPO-RG so auszulegen, dass die Zustellung entbehrlich ist.

Tatsächlich hatte diese Ansicht bereits vor dem JuMoG die besseren Argumente auf ihrer Seite. Sie ermöglichte größere Prozessökonomie, indem sie eine Beschleunigung des Verfahrens und eine Einsparung von Kosten²⁵¹ erlaubte.²⁵² Außerdem hatte bereits die Begründung zum ZPO-RG ausdrücklich darauf hingewiesen, dass förmliche „Zustellungen (...) gegenüber der formlosen Mitteilung erheblich arbeitsaufwändiger, bei Zustellung gegen Postzustellungsurkunde auch erheblich teurer (sind).“²⁵³ Daher sollte das ZPO-RG dazu beitragen „Zustellungen von Amts wegen auf das notwendige Maß zu reduzieren.“²⁵⁴ Nun hatten sich allerdings beide Lager der Verfechter des Zustellungserfordernisses vor dem JuMoG auf den Standpunkt gestellt, dogmatische Erwägungen *machten* die Zustellung notwendig. Dieser Argumentation soll hier in gebotener Kürze noch einmal nachgegangen werden, auch wenn der Schluss, den sie nahe legt (dass die Zustellung erforderlich ist), mittlerweile kaum noch²⁵⁵ vertreten wird, denn die aufgeworfene Frage nach der dogmatischen Vereinbarkeit von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO mit Grundgedanken der ZPO bleibt interessant. Und immerhin hält OLG Brandenburg in einer Entscheidung aus dem Jahr 2005²⁵⁶ für unanwendbar, weil sie nach seiner Ansicht „in unauflösllichem Widerspruch zu dem richtigen Verständnis des Tatbestandsmerkmals „Klagerücknahme“ (steht)“.

²⁵⁰ BT-Drs. 15/3482, S. 16 (Hervorhebung nicht im Original).

²⁵¹ Die Kosten der förmlichen Zustellung der Klageschrift treffen normalerweise die Staatskasse: Nr. 9002 KV GKG. (Die Ausnahme von Nr. 9002 letzter Satz KV GKG greift in der Regel nicht, da bei der Klagerücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO üblicherweise drei Gebühren anfallen, die sich nach dem Streitwert bemessen, §§ 3 Abs. 1, 34 GKG i.V.m. Nr. 1210, 1211 KV GKG. Gleichzeitig fallen in aller Regel nicht mehr als zehn Zustellungen an.)

²⁵² BLAH – *Hartmann*, § 497, Rn. 2 erkennt im Verzicht auf förmliche Zustellung ein erhebliches Potential zur „Verbilligung, Vereinfachung und Beschleunigung“ des Verfahrens.

²⁵³ BT-Drs. 14/4722, S. 81 (zu § 270 ZPO n.F.)

²⁵⁴ BT-Drs. 14/4722, S. 81 (zu § 270 ZPO n.F.)

²⁵⁵ Vgl. aber Fn. 249 auf S. 79.

²⁵⁶ OLG Brandenburg, Beschluss v. 1.3.2005 (Az.: 6 W 171/04).

I. Dogmatische Bedenken

Im Mittelpunkt der Bedenken, die gegen den Verzicht auf die Zustellung der Klageschrift angeführt wurden, stand die Figur des Prozessrechtsverhältnisses. Es sei, so argumentierte man, als Grundlage²⁵⁷ und Voraussetzung für die Kostenbelastung des Beklagten durch eine gerichtliche Entscheidung unverzichtbar, könne aber nur durch Zustellung begründet werden.²⁵⁸ Ohne Prozessrechtsverhältnis, so meinte man, gebe es überhaupt keinen Beklagten²⁵⁹ und daher erst recht keinen Rechtsstreit.²⁶⁰ Ohne Prozessrechtsverhältnis sei es also auch nicht denkbar, einem „Beklagten“ die „Kosten des Rechtsstreits“ aufzuerlegen.²⁶¹ Genauso wenig sei es möglich, einen bisherigen Sach- und Streitstand zu berücksichtigen,²⁶² denn vor Zustellung (und ohne Rechtsstreit) könne es notwendig nur einseitigen Klägervortrag geben.²⁶³ Auch eine Klagerücknahme komme nicht in Betracht.²⁶⁴

Weiter wurde auf den systematischen Zusammenhang hingewiesen, in dem § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO steht. Es ist nämlich anerkannt, dass die Zustellung der Klageschrift in § 269 ZPO, insbesondere in dessen Abs. 2 S. 2, vorausgesetzt wird.²⁶⁵ Nachdem nun § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO innerhalb § 269 ZPO steht und lediglich eine Konkretisierung des vorangehenden S. 2 Hs. 2 Alt. 2 darstellt, wurde angenommen, auch S. 3 setze eine Zustellung voraus.²⁶⁶

²⁵⁷ Vgl. *Fölsch* MDR 2004, S. 1029 (1031) m.w.N.; *Schur* KTS 2004, S. 373 (386); BLAH (62. Aufl.) – *Hartmann*, Übersicht § 91, Rn. 26 m.w.N. aus der Rechtsprechung; *MüKo – Belz*, Vor § 91, Rn. 5; OLG Düsseldorf NJW 1965, S. 766.

²⁵⁸ *Deckenbrock/Dötsch* ProZRB 2004, S. 47; *Gehrlein* MDR 2003, S. 421; *ders.*, § 9, Rn. 18; *Greger* NJW 2002, S. 3050; *Zöller* (24. Aufl.) – *Greger*, § 269, Rn. 8a; *Wolf* ZZP 116, S. 523 (524); BLAH (62. Aufl.) – *Hartmann*, § 269, Rn. 36; KG MDR 2003, S. 712; LG Münster NJW-RR 2002, S. 1221 (1222); KG, Beschluss v. 29.11.2002 (Az.: 7 W 234/02); LG Bad Kreuznach NJW-RR 2003, S. 790; OLG Köln, Beschluss v. 24.1.2003 (Az.: 6 W 2/03); So auch OLG Celle, Beschluss v. 13.8.2003 (Az.: 6 W 82/03); OLG Koblenz, Beschluss v. 12.12.2003 (Az.: 5 W 761/03); OLG Hamm MDR 2004, S. 50; OLG Brandenburg, Beschluss v. 1.3.2005 (Az.: 6 W 171/04).

Die Ansicht von *Blomeyer* NJW 1982, S. 2750, wonach „eine prozessuale Beziehung zwischen den Parteien“ (sprich: ein Prozessrechtsverhältnis) bereits mit Anhängigkeit entsteht, ist vereinzelt geblieben und hat sich nicht durchgesetzt.

²⁵⁹ *Greger* NJW 2002, S. 3049 (3050).

²⁶⁰ OLG Celle, Beschluss v. 13.8.2003 (Az.: 6 W 82/03).

²⁶¹ OLG Brandenburg, Beschluss v. 1.3.2005 (Az.: 6 W 171/04).

²⁶² *Deckenbrock/Dötsch* MDR 2004, S. 1214 (1215); OLG Brandenburg, Beschluss v. 1.3.2005 (Az.: 6 W 171/04).

²⁶³ KG, Beschluss v. 29.11.2002 (Az.: 7 W 234/02).

²⁶⁴ OLG Brandenburg, Beschluss v. 1.3.2005 (Az.: 6 W 171/04).

²⁶⁵ Ob dies wegen § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nunmehr anders zu bewerten ist, wird unten, S. 179 f. behandelt.

²⁶⁶ *Deckenbrock/Dötsch* ProZRB 2003, S. 152 (153).

II. Nachweis der dogmatischen Vereinbarkeit

Unterzieht man diese Bedenken einer kritischen Analyse, so zeigt sich, dass sie sich sämtlich zerstreuen lassen:

1. Prozessrechtsverhältnis und Verfahrensbeteiligung

Soweit sich die dogmatischen Bedenken gegen den Verzicht auf die Zustellung auf die Figur des Prozessrechtsverhältnisses stützen, setzen sie voraus, dass dieses Verhältnis nur durch Zustellung begründet werden kann. Diese Prämisse ist jedoch unzutreffend, wie ein Vergleich mit dem Verfahren bei einstweiligen Verfügungen zeigt. Dort entsteht das Prozessrechtsverhältnis bereits mit Einreichung des Antrags bei Gericht,²⁶⁷ weil das Gericht insofern die Funktion eines Prozesstreuhänders für den Beklagten übernimmt.²⁶⁸ Dementsprechend ist für dieses Verfahren auch anerkannt, dass eine Kostenentscheidung ohne vorherige Zustellung des Antrags ergehen kann.²⁶⁹

Die Entstehung eines Prozessrechtsverhältnisses setzt also keineswegs notwendig eine förmliche Zustellung voraus. Der Vergleich mit dem Verfügungsverfahren zeigt aber, was hinter der „Denkfigur“²⁷⁰ des Prozessrechtsverhältnisses und dem Beharren auf der Zustellung eigentlich steckt: Es geht im Kern darum, dass die Belange des Beklagten in einem für ihn potentiell nachteiligen Verfahren gewahrt bleiben müssen. Es versteht sich, dass der Beklagte grundsätzlich selbst für seine Belange streiten können muss, was eine Verfahrensbeteiligung und rechtliches Gehör voraussetzt. Beides hängt jedoch grundsätzlich nicht von einer bestimmten Form der Einbeziehung in das Verfahren ab. Vielmehr genügt es, wenn der potentiell mit den Kosten zu Belastende tatsächlich auf *irgendeine* Weise durch das erkennende Gericht in das Verfahren einbezogen wird, solange er dadurch die Möglichkeit erhält, zum Gegenstand des Verfahrens volles rechtliches Gehör zu finden. Dass dabei für die Einbeziehung ins Verfahren eine Übermittlungsart gewählt werden muss, die keinen vernünftigen Zweifel daran

²⁶⁷ Harte-Bavendamm – Brüning, § 12, Rn. 629 m.w.N.

²⁶⁸ So BLAH – Hartmann, Grundzüge § 128, Rn. 6, derselbe, der annimmt, das Prozessrechtsverhältnis könne (bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO) nur durch Zustellung begründet werden.

²⁶⁹ Zöller – Vollkommer, § 922, Rn. 8 (Kostenentscheidung *zulasten* des Antragsgegners selbst ohne dessen vorherige Anhörung, obwohl der Antragsgegner nach Ansicht *Vollkommers* vor seiner Beteiligung nicht einmal Partei des Verfahrens ist, Zöller – Vollkommer, Vor § 916, Rn. 5a) und Zöller – Vollkommer, § 920, Rn. 13 (Kostenentscheidung *zugunsten* des Antragsgegners ohne vorherige Zustellung); so auch BLAH – Hartmann, § 921, Rn. 6. Hartmann stützt dies wohl auf die Konstruktion, dass das Gericht als Prozesstreuhänder für den Antragsgegner das Prozessrechtsverhältnis begründe, vgl. BLAH – Hartmann, Grundzüge § 128, Rn. 6.

²⁷⁰ Lüke ZJP 108, S. 427 (435, 453) mit vorsichtiger Kritik hieran (insbesondere S. 453).

lässt, dass der Beklagten erreicht wird, folgt aus Art. 103 Abs. 1 GG²⁷¹ und gilt wegen des Gebots verfassungskonformer Auslegung auch bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO. Zwar mag die förmliche Zustellung die sicherste Methode sein, Art. 103 Abs. 1 GG zwingt jedoch keinesfalls pauschal zur förmlichen Zustellung.²⁷²

2. Exkurs: Zum Prozessrechtsverhältnis bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO

Der Verzicht auf die Zustellung muss nach dem Gesagten übrigens keineswegs den Verzicht auf die Denkfigur des Prozessrechtsverhältnisses bedeuten,²⁷³ denn indem das Gericht den Beklagten ordnungsgemäß ins Verfahren einbezieht, entsteht eine Situation, die alle Merkmale eines Prozessrechtsverhältnisses trägt. Mit der Beteiligung am Verfahren gehen bestimmte Lasten und Pflichten einher, die den Schutz der anderen Beteiligten und eine zweckmäßige Verfahrensgestaltung sicherstellen sollen.²⁷⁴ Der Unterschied zum normalen Erkenntnisverfahren besteht lediglich darin, dass die ordnungsgemäße Einbeziehung des Beklagten in das summarische Verfahren des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO keine *förmliche* Zustellung voraussetzt, da § 253 Abs. 1 ZPO insofern nicht gilt. Daher lässt sich auch daran festhalten, das Prozessrechtsverhältnis sei die Grundlage des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs. Diese Ansicht ist jedoch keineswegs unwidersprochen; wohl überwiegend²⁷⁵ hält man sogar ein eigenständiges gesetzliches Schuldverhältnis für die Grundlage der prozessualen Kostenerstattungsansprüche, nicht das Prozessrechtsverhältnis.

²⁷¹ Vgl. BVerfG NJW 1991, S. 2757 f.

²⁷² Stein/Jonas – *Leipold*, Vor § 128, Rn. 64.

Im *Einzelfall* kann die förmliche Zustellung allerdings erforderlich sein, vgl. etwa die Begründung des ZPO-RG (zu § 270 ZPO n.F.), BT-Drs. 14/4722, S. 81: „Der durch eine Zustellung entstehende Mehraufwand muss (...) hingenommen werden, wenn das rechtliche Gehör nur bei Bekanntmachung im Wege der Zustellung gewährleistet ist oder wenn wegen der Beweiskraft der Zustellungsurkunde keine weniger arbeitsaufwändige Mitteilungsform in Betracht kommt. Unter diesem Aspekt kann von der Zustellung dann nicht abgesehen werden, wenn zu befürchten ist, dass eine formlose Mitteilung einen zeitlichen Mehraufwand für das Gericht und den Gegner verursacht, weil der Empfänger ohne Rücksicht auf den Wahrheitsgehalt regelmäßig unwiderlegbar behaupten könnte, er habe die formlose Mitteilung nicht oder nicht vor einem bestimmten Zeitpunkt erhalten, was dann neue Termine oder Verzögerungen des Fristablaufs zur Folge haben kann.“

Deckenbrock/Dötsch MDR 2004, S. 526 (527), *Elzer*, online-Skript Erledigung, Rn. 34 und *Zöller – Greger*, § 269, Rn. 18e schlagen daher vor, freiwillig *immer* förmlich zuzustellen. In der Praxis scheint das in der Regel auch so gehandhabt zu werden.

²⁷³ In diesem Sinne auch *Knauer/Wolf* NJW 2004, S. 2857 (2858).

²⁷⁴ Vgl. *Lüke* ZZP 108, S. 427 (445).

²⁷⁵ Vgl. *Becker-Eberhard*, FamRZ 1986, S. 279 (280) m.w.N. auch zur a.A.

Für die Figur des Prozessrechtsverhältnisses, sofern man an ihr festhalten möchte,²⁷⁶ bleibt die allgemeine Erkenntnis, dass jenes durch *ordnungsgemäße* Einbeziehung der Parteien in ein gerichtliches Verfahren entsteht, dabei aber unabhängig von der Form dieser Einbeziehung im Einzelfall ist. Das bedeutet: Wenn in einem bestimmten Verfahren eine formlose Einbeziehung möglich ist, dann kann das Prozessrechtsverhältnis bereits durch sie begründet werden.

3. „Rechtsstreit“ und Bestimmung des Verfahrensgegners

Aus ähnlichen Erwägungen ist die Behauptung unhaltbar, ohne ein *durch Zustellung begründetes* Prozessrechtsverhältnis könne es keinen *Rechtsstreit* geben. Das Gesetz selbst beweist in § 486 Abs. 1 ZPO, dass von einem Rechtsstreit auch ohne Zustellung der Klageschrift gesprochen werden kann.

Auch zur Ermittlung des Verfahrensgegners muss man nicht an der förmlichen Zustellung festhalten. Die Klageschrift bestimmt ihn bereits hinreichend genau. Durch die Einbeziehung der bezeichneten Person in das Verfahren wird sie zum konkreten Verfahrensgegner, mit dem über die Kostenverteilung gestritten wird.

4. Der bisherige Sach- und Streitstand

Weiter kann aus der Anordnung, den bisherigen Sach- und Streitstand zu berücksichtigen, nicht geschlossen werden, § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO setze die Zustellung der Klageschrift voraus. Beides hat nichts miteinander zu tun, wie schon daran deutlich wird, dass es auch *nach* erfolgter Zustellung noch an einem Sach- und Streitstand fehlen kann (etwa vor schriftlicher Klageerwiderung (§ 275 Abs. 1 S. 1 ZPO) des Beklagten). Im Übrigen bleibt § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auch ohne bisherigen Sach- und Streitstand sinnvoll anwendbar. Zur Entscheidungsfindung kann das Gericht auf die Klageschrift, auf die Begründung des Antrags, dem Beklagten die Kosten aufzuerlegen und auf dessen – im Rahmen des notwendig zu gewährenden rechtlichen Gehörs²⁷⁷ abgegebene – Stellungnahme zurückgreifen. Überdies kann es unter Umständen weiteren Tatsachenvortrag der Parteien zulassen oder gar Beweis erheben.²⁷⁸ Die Anordnung, den bisherigen Sach- und Streitstand zu berücksichtigen, kann insofern nur von Bedeutung sein, *wenn* ein solcher Sach- und Streitstand vorhanden ist. Sie verhindert jedoch nicht die Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO, wenn er fehlt.

²⁷⁶ Für den Verzicht auf das Prozessrechtsverhältnis als Begründungsansatz wohl *Deubner* JuS 2002, S. 899 (900).

²⁷⁷ Hierzu sogleich, S. 86-88.

²⁷⁸ Das ist allerdings nicht unumstritten; ausführlich dazu unten, S. 111-117.

5. Der systematische Zusammenhang

Auch der systematische Zusammenhang von § 269 Abs. 3 S. 3 und S. 2 Hs. 2 ZPO zwingt aus dogmatischer Sicht nicht dazu, die Zustellung für erforderlich zu halten. Er legt zwar eine einheitliche Auslegung von § 269 ZPO nahe. Dem Gesetzgeber ist es aber unbenommen – und er bewegt sich, wenn er es tut, innerhalb der Regeln der Kunst – für bestimmte Sonderfälle Ausnahmen zuzulassen. Angesichts des deutlichen Willens des Gesetzgebers muss § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO als ein solcher „Sondertatbestand“²⁷⁹ begriffen werden, bei dem – trotz seiner Stellung innerhalb § 269 ZPO – die Zustellung der Klageschrift nicht erforderlich ist.

III. Exkurs: Terminologische Vereinbarkeit

Gegen den Verzicht auf die Zustellung wurden neben den genannten dogmatischen auch eher terminologisch geprägte Argumente vorgebracht. Auch in diesem Punkt erweist sich die Auslegung zugunsten des Zustellungsverzichts allerdings als unbedenklich: Von der Zurücknahme einer „Klage“ kann nämlich auch bei unterbliebener Zustellung der Klageschrift gesprochen werden, „ohne dem Sprachgebrauch Gewalt anzutun“.²⁸⁰ Dies belegt die gesetzliche Formulierung von § 12 Abs. 1 S. 1 GKG und Nr. 1211 Z. 1 KV GKG.²⁸¹

Des Weiteren bedingt die Formulierung „vor Rechtshängigkeit weggefallen“ grammatisch keineswegs, dass die (durch Zustellung zu begründende) Rechtshängigkeit der Klage dem Anlasswegfall tatsächlich noch nachfolgt.²⁸² Sie

²⁷⁹ MüKo – Lüke, § 269, Rn. 4; LG Hechingen, Beschluss v. 4.10.2002 (Az.: 3 O 66/02); OLG Dresden OLG-NL 2003, S. 164 (165); OLG Köln NJW-RR 2003, S. 1151 (1152); OLG Düsseldorf FPR 2004, S. 271; OLG Dresden OLGR 2004, S. 104. Mit der Bezeichnung „Ausnahmetatbestand“: LG Düsseldorf NJW-RR 2003, S. 213; BGH NJW 2004, S. 1530. Letztlich erkennt selbst BLAH (62. Aufl.) – Hartmann, § 269, Rn. 39 an, dass es dem Gesetzgeber möglich ist, diesen Anspruch einzuführen. Seiner Meinung nach hätte er in diesem Zusammenhang allerdings den Begriff der „Rücknahme des Rechtsschutzgesuchs“ wählen sollen und müssen.

²⁸⁰ Deubner JuS 2003, S. 892 (894).

Nach der Gegenansicht hätte der Gesetzgeber wegen § 253 Abs. 1 ZPO statt von einer „Klage“ von einem „Rechtsschutzgesuch“ sprechen müssen, vgl. BLAH (62. Aufl.) – Hartmann, § 269, Rn. 39; KG, Beschluss v. 29.11.2002 (Az.: 7 W 234/02). In diese Richtung auch Deckenbrock/Dötsch JurBüro 2003, S. 568 (570), LG Bad Kreuznach NJW-RR 2003, S. 790; OLG Nürnberg NJW-RR 2003, S. 646; OLG Brandenburg, Beschluss v. 1.3.2005 (Az.: 6 W 171/04).

²⁸¹ Vgl. Hartmann, Nr. 1211 KV GKG, Rn. 4; Markl/Meyer, Nr. 1211 KV, Rn. 14 m.w.N.. Hierauf weist auch OLG Köln, Beschluss v. 24.1.2003 (Az.: 6 W 2/03) hin.

²⁸² Anders aber LG Bad Kreuznach NJW-RR 2003, S. 790.

besagt nach allgemeinem Sprachgebrauch lediglich, dass die Zustellung im Zeitpunkt des Wegfalls noch nicht erfolgt sein darf.²⁸³

IV. Ergebnis

Sowohl dogmatisch wie auch systematisch und terminologisch ist es mit der ZPO vereinbar, bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vor Erlass der Kostenentscheidung auf die Zustellung der Klageschrift zu verzichten. Die Vorschrift war bereits vor dem JuMoG dahingehend auszulegen und ist es jedenfalls seither.²⁸⁴

F. Gewährung rechtlichen Gehörs

Mag man bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auch auf die förmliche Zustellung verzichten, unerlässlich ist es jedoch, dem Beklagten vor der Kostenentscheidung rechtliches Gehör zu gewähren. Das folgt aus Art. 103 Abs. 1 GG und hierüber sind sich alle Stimmen einig.²⁸⁵ Für die praktische Handhabung des rechtlichen Gehörs seien nachfolgende Hinweise gegeben:

Zunächst einmal kann der Kläger vor oder gemeinsam mit Abgabe der Rücknahmeerklärung die Gesichtspunkte darlegen, nach denen die Kostenbelastung des Beklagten billigem Ermessen entsprechen soll. Welche Gesichtspunkte hierfür in Frage kommen, wird weiter unten²⁸⁶ dargestellt. Für das anschließende Verfahren ist zu differenzieren:

I. Kostenbelastung des Beklagten scheint von vorneherein ausgeschlossen

In der Praxis ist zu beobachten, dass der Beklagte gar nicht mehr gehört wird, wenn bereits nach dem Vortrag des Klägers klar ist, dass die Entscheidung nur

²⁸³ Vgl. BGH NJW 2004, S. 1530.

²⁸⁴ Ebenso auch *Onderka* AGS 2005, S. 170 f.

²⁸⁵ Siehe nur *Anders/Gehle*, Assessorexamen, Rn. 621a; *Deckenbrock/Dötsch* MDR 2004, S. 526 (527); *dies.* MDR 2004, S. 1214 (1215, dort Fn. 10); *Deubner* JuS 2002, S. 899 (900); *Elzer* NJW 2002, S. 2006 (dort in Fn. 16); *Greger* NJW 2002, S. 3049 (3050); *Huber*, Rn. 93; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 128, Rn. 36; *Wolff* NJW 2003, S. 553 (554, dort Fn. 23); *Musielak – Foerste*, § 269, Rn. 13; LG Münster NJW-RR 2002, S. 1221 (1222); KG, Beschluss v. 29.11.2002 – (Az: 7 W 234/02); LG Bad Kreuznach NJW-RR 2003, S. 790; LG Düsseldorf NJW-RR 2003, S. 213 (114); OLG Dresden OLG-NL 2003, S. 164 (166); OLG Köln NJW-RR 2003, S. 1509; OLG Nürnberg NJW-RR 2003, S. 646 (647); OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 6.1.2004 (Az.: 25 W 78/03); OLG Düsseldorf FPR 2004, S. 270 (271); BGH, Beschluss v. 18.12.2003 (Az.: VII ZB 55/02).

²⁸⁶ S. 117-137.

zu dessen Lasten ausfallen wird.²⁸⁷ Hier weist das Gericht den Kläger lediglich auf seine Auffassung hin und gibt ihm Gelegenheit, sein Vorbringen zu ergänzen. Das gebietet § 139 ZPO.

Hat der Kläger die Rücknahme dabei vor Zustellung der Klageschrift erklärt, werden dem Beklagten nicht einmal Klageschrift, Rücknahmeerklärung oder der Antrag auf Kostenentscheidung zugesandt. Er bleibt also völlig unbehelligt. Das ist unbedenklich, da er in keinem seiner Rechte, insbesondere nicht in dem auf rechtliches Gehör; verletzt wird.²⁸⁸ Die Gerichte werden erheblich entlastet und das Verfahren deutlich beschleunigt. Davon profitiert letztlich auch der Kläger. Wird die Klage erst *nach* Rechtshängigkeit zurückgenommen, muss die Rücknahmeerklärung dem Beklagten allerdings zugeleitet werden, § 270 ZPO, selbst wenn er nicht mit den Kosten belastet werden soll.²⁸⁹ Nachdem der Beklagte begonnen hat, mündlich zur Hauptsache zu verhandeln, muss sogar zwingend förmlich zugestellt werden, § 269 Abs. 2 S. 3 ZPO. Hier muss der Beklagte allerdings auch in die Rücknahme einwilligen.²⁹⁰

II. Kostenbelastung des Beklagten ist nicht ausgeschlossen

1. Gehör des Beklagten

Wenn nach Stand der Dinge eine (teilweise) Kostenbelastung des Beklagten möglich scheint, dann ist jenem zuvor notwendig rechtliches Gehör zu gewähren.

Dafür sind ihm zunächst die Klageschrift samt Rücknahmeerklärung und Kostenantrag zuzuleiten. In der Praxis wird dafür in aller Regel freiwillig²⁹¹ die förmliche Zustellung gewählt; lediglich bei Versicherungen, Banken und ähnlichen besonders vertrauenswürdigen Empfängern übermittelt man formlos gegen Empfangsbekanntnis.

Gleichzeitig weist das Gericht den Beklagten auf die möglichen Rechtsfolgen des Beschlusses hin und teilt ihm mit, in welcher Form und Frist er Stellung

²⁸⁷ Das ist unbedenklich, vgl. BLAH – *Hartmann*, § 91a, Rn. 143 a.E. und § 128, Rn. 13.

²⁸⁸ Für das Arrestverfahren ordnet § 922 Abs. 3 ZPO das Unterbleiben der Mitteilung eines den Antragsteller abweisenden Beschlusses sogar an. Dieser Rechtsgedanke ist übertragbar.

²⁸⁹ Das erklärt sich daraus, dass die Klageschrift hier bereits zugestellt worden ist, der Beklagte also schon Partei eines gerichtlichen Verfahrens geworden ist. Über das Ende dieses Verfahrens muss er freilich in Kenntnis gesetzt werden.

²⁹⁰ Dazu unten S. 96.

²⁹¹ Durch den Nachweis des Zugangs will man vermeiden, dass Rechtsbehelfe wegen Gehörsverletzung eingelegt werden. Schließlich muss das Gericht davon überzeugt sein, dass rechtliches Gehör gewährt wurde, vgl. BayVerfGH NJW-RR 2001, S. 1647 zu § 497 Abs. 1 S. 1 ZPO.

nehmen kann. In der Regel wird rechtliches Gehör nicht in Form einer mündlichen Verhandlung gewährt,²⁹² sondern dadurch, dass dem Beklagten eine Frist von zwei,²⁹³ teilweise auch drei Wochen für eine schriftliche Stellungnahme eingeräumt wird. Schließlich macht das Gericht den Beklagten darauf aufmerksam, dass er sich durch einen Anwalt vertreten lassen kann beziehungsweise muss.²⁹⁴

2. Erneute Anhörung des Klägers

Fraglich ist, ob Art. 103 Abs. 1 GG dem Kläger das Recht gibt, sich noch einmal zum Vortrag des Beklagten zu äußern. Das ist zu verneinen, solange der Beklagte keine neuen Gesichtspunkte aufgeworfen hat. Alles andere wäre weder mit dem Ziel einer prozessökonomischen, schnellen Entscheidung, noch mit der Entscheidungsform des Beschlusses nach billigem Ermessen zu vereinbaren. Insbesondere die Maßgeblichkeit des *bisherigen* Sach- und Streitstandes lässt erkennen, dass nach der Rücknahmeerklärung grundsätzlich keine neuen Gesichtspunkte mehr ermittelt werden sollen.²⁹⁵ Außerdem müsste man andernfalls dem Beklagten auch noch einmal rechtliches Gehör gewähren, was letztlich in einen unendlichen Kreislauf zu münden drohte. Schließlich wird der Kläger nicht dadurch benachteiligt, dass er zeitlich zuerst die Dinge vortragen muss, die das Gericht in seine Billigkeitserwägungen einstellen soll.

Enthält die Stellungnahme des Beklagten allerdings neue Gesichtspunkte, dann gebietet Art. 103 Abs. 1 GG, dass der Kläger sich zu ihnen noch einmal äußern kann. Dabei darf er aber selbst keine neuen Gesichtspunkte mehr einführen.

G. Teilweise Klagerücknahme

§ 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ist auch bei lediglich teilweiser Klagerücknahme anwendbar.²⁹⁶

Beispiele: Nach Einreichung aber vor Zustellung der Klageschrift werden € 4000 der anhängig gemachten € 8000 gezahlt. Nach Einreichung aber vor Zustellung der Klageschrift wird die Hauptforderung beglichen, nicht jedoch die angefallenen und ebenfalls anhängig gemachten Verzugszinsen.

²⁹² Zur Entbehrlichkeit der mündlichen Verhandlung vgl. unten, S. 110.

²⁹³ Dies hält BLAH – *Hartmann*, § 269, Rn. 41 a.E. für regelmäßig ausreichend.

²⁹⁴ Zum Anwaltszwang siehe unten, S. 95.

²⁹⁵ Dazu und zu Ausnahmen vgl. unten, S. 111-117.

²⁹⁶ Vgl. nur *Anders/Gehle*, Assessorexamen, Rn. 621a a.E.; *Elzer*, online-Skript Erledigung, Rn. 33; *Huber JuS* 2002, S. 690 (692); OLG Brandenburg MDR 2003, S. 951 f.

Bezüglich der Rücknahmeerklärung ergeben sich dabei keine Besonderheiten. Wie die Kostenentscheidung in diesem Fall auszusehen hat, wird unten²⁹⁷ dargestellt.

Bezüglich des rechtlichen Gehörs gilt grundsätzlich das oben Gesagte. Allerdings muss zu solchen Punkten kein *gesondertes* Gehör gewährt werden, zu denen die Parteien im Rahmen der Verhandlung über die Hauptsache ohnehin noch Stellung nehmen können.²⁹⁸

Auf weitere Besonderheiten der teilweisen Klagerücknahme wird im Folgenden jeweils dort eingegangen, wo sie auftreten.

H. Gerichtskosten und Gerichtskostenvorauszahlung

I. Grundsatz: keine Gebührenreduktion

Der Kläger ist – unabhängig von der späteren Rücknahme – gemäß §§ 6 Abs. 1 Nr. 1, 22 Abs. 1 S. 1 GKG mit Einreichung der Klageschrift verpflichtet, die Gebühr nach §§ 3, 34 GKG, Nr. 1210 KV GKG zu zahlen. Die Höhe der Gerichtsgebühren berechnet sich aus dem Streitwert der in der Klageschrift bezeichneten (hypothetischen)²⁹⁹ Hauptsache.³⁰⁰ Durch die Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO verringert sich die Gebühr grundsätzlich³⁰¹ nicht (mehr)³⁰² auf den einfachen Satz, sofern nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO entschieden wird, vgl. Nr. 1211 Z. 1 Hs. 2 KV GKG. Sie verringert sich ebenso wenig dadurch, dass der Streitwert im Verfahren nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auf das Kosteninteresse des Klägers absinkt.³⁰³

Nicht einmal, wenn das Gericht dem Kläger die Kosten nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vollständig auferlegt, ohne den Beklagten überhaupt

²⁹⁷ S. 136.

²⁹⁸ *Huber*, Rn. 93; ausführlich dazu auch unten, S. 136.

²⁹⁹ Hypothetisch deshalb, weil es eventuell nicht mehr zur Zustellung der Klageschrift kommt und der in ihr genannte Antrag daher nie rechtshängig wird.

³⁰⁰ Der Streitwert ist eventuell nach § 63 Abs. 1 S. 1 GKG festzusetzen.

³⁰¹ Ausnahmen, in denen sich die Gebühr trotz einer Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ermäßigt: bei Entscheidung gemäß Anerkenntnis, Verzicht oder Vergleich, Nr. 1211 Z. 1 Hs. 2 KV GKG.

³⁰² Anders noch unter Geltung von Nr. 1211 KV GKG i.d.F. vor dem KostRMOG (Letzteres ist abgedruckt in BGBl. I 2004, S. 718-851, in Kraft seit 1.7.2004; zum zeitlichen Anwendungsbereich vgl. §§ 71 Abs. 1 S. 1, 72 GKG n.F.). Vgl. auch *Deckenbrock/Dötsch* JurBüro 2003, S. 568 (571).

Markl/Meyer, Nr. 1211 KV GKG, Rn. 14 (a.E.) wollten wegen der Vergleichbarkeit mit § 91a ZPO bereits vor dem KostRMOG die Ermäßigung nicht eintreten lassen.

³⁰³ *Hartmann*, Nr. 1210 KV GKG, Rn. 26.

Zum Streitwert des Verfahrens nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vgl. *Deckenbrock/Dötsch* JurBüro 2003, S. 568 (571); *Tegeder* NJW 2003 S. 3327 (dort in Fn. 14)

anzuhören, ermäßigen sich die Gerichtsgebühren auf 1,0. Denn auch in diesem Fall ist dem Gericht zusätzliche Arbeit angefallen: Es musste den Vortrag des Klägers daraufhin prüfen, ob er möglicherweise eine Kostenbelastung des Beklagten rechtfertigt. Die Kostenentscheidung ergibt sich also nicht mehr aus dem Gesetz, wie das bei § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 ZPO der Fall ist.

II. Ausnahmen: Ermäßigung auf 1,0 Gerichtsgebühren

Wenn der Kläger schlicht auf die Zustellung der Klageschrift verzichtet und keine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO beantragt,³⁰⁴ ermäßigen sich die Gerichtsgebühren gemäß Nr. 1211 Z. 1 Hs. 2 KV GKG von 3,0 auf 1,0.³⁰⁵ In diesem Fall ist dem Kläger der zuviel gezahlte Betrag zurückzuerstatten, während eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO endgültig ausgeschlossen ist: Durch den schlichten Verzicht auf das Rechtsschutzgesuch erlischt die Anhängigkeit der Klage, sodass der Kläger die formlose Übermittlung der Klageschrift nicht mehr begehren und keinen Antrag nach § 269 Abs. 4 ZPO mehr stellen kann. Das gebietet die Rechtssicherheit.³⁰⁶ Auch der „Beklagte“ kann in dieser Situation keine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO herbeiführen, weil ihm die Klageschrift weder förmlich zugestellt noch formlos übermittelt worden ist.³⁰⁷

Eine Ermäßigung auf 1,0 Gerichtsgebühren muss analog Nr. 1211 Z.2 KV GVG auch eintreten, wenn die Parteien entsprechend § 313a Abs. 2 ZPO³⁰⁸ auf Rechtsmittel verzichten.³⁰⁹ Dem steht nicht entgegen, dass Nr. 1211 Z. 2 KV GVG durch das KostRMoG nicht auf Beschlüsse ausgedehnt wurde, denn der Gesetzesbegründung³¹⁰ ist nicht zu entnehmen, dass es sich hierbei um eine bewusste

³⁰⁴ Zur Zulässigkeit des schlichten Verzichts auf Zustellung neben der Möglichkeit einer Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vgl. insbesondere unten, S. 166.

³⁰⁵ Zöller – Greger, § 269, Rn. 24; KG JurBüro 1998, S. 428. Zu den beiden weiteren Ausnahmen, die eher bei § 91a ZPO als bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO passen, siehe Nr. 1211 Z. 1 Hs. 2 Var. 2 und 3 KV GKG.

³⁰⁶ A.A. Goebel ProzRB 2004, S. 252 (254): Nach ihm soll „das weggelegte Ausgangsverfahren zur Erzielung einer Kostenentscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO wieder“ aufgerufen werden können.

³⁰⁷ Dazu ausführlicher unten, S. 105 f.

³⁰⁸ § 313a Abs. 2 ZPO ist auf Beschlüsse analog anwendbar, vgl. BLAH – Hartmann, § 313a, Rn. 3; Zöller – Vollkommer, § 313a, Rn. 2 (jeweils m.w.N. aus der Rechtsprechung).

³⁰⁹ Zöller – Vollkommer, § 91a, Rn. 59 (bereits zur Fassung von Nr. 1211 Z.2 KV GVG i.d.F. des KostRMoG und m.w.N. zur alten Gesetzeslage); LG Bonn MDR 2004, S. 476; OLG Brandenburg NJW-RR 1995, S. 1212; OLG München OLGR 2003, S. 352 (alle noch zur Gesetzeslage vor dem KostRMoG).

A.A.: Hartmann, KV 1211, Rn. 9 a.E.

³¹⁰ BT-Drs. 15/1971, S. 159 f.

Nichtregelung handelte, die eine Analogie ausschließen würde. Stattdessen dürfte dieses Problem dem Gesetzgeber entgangen und Nr. 1211 KV GVG a.F. insofern schlicht übernommen worden sein.³¹¹

III. Keine Verpflichtung zur Gebührenvorauszahlung

Neben der Pflicht zur Zahlung der Gerichtskosten nach §§ 6 Abs. 1 Nr. 1, 22 Abs. 1 S. 1 GKG wird dem Kläger regelmäßig eine Vorauszahlung der Gerichtsgebühr aufgegeben, ehe das Gericht die Klageschrift zustellt, § 12 Abs. 1 S. 1 GKG. Fraglich ist, ob das Gericht auch die formlose Übermittlung von Klageschrift samt Rücknahmeerklärung und Kostenantrag von einer Vorauszahlung abhängig machen darf, wenn der „Kläger“ die Rücknahme vor Zustellung der Klage erklärt hat. Zweifel ergeben sich daraus, dass § 12 Abs. 1 S. 1 GKG ausdrücklich von Zustellung spricht. Im Lichte von § 10 GKG muss man diesen Begriff eng auslegen.³¹² Daher kann ihm nur die Bedeutung der Legaldefinition von § 166 Abs. 1 ZPO zukommen; die formlose Übermittlung erfasst er darüber hinaus nicht. § 10 GKG verbietet allerdings auch, die Vorschrift im Wege der Analogie auszudehnen. Daher kann die formlose Übermittlung von Klageschrift, Rücknahmeerklärung und Kostenantrag nicht von der Vorauszahlung der Gerichtsgebühr abhängig gemacht werden.

Dieses Ergebnis führt nicht zu einer untragbaren Steigerung des Kostenrisikos der Staatskasse. Zum einen ist beim größten Teil aller Klagen der Gerichtskostenvorschuss bereits bei der Einreichung gezahlt. Zum anderen kann die Kostenforderung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1, 22 Abs. 1 S. 1 GKG sofort angesetzt (§ 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GKG) und beigetrieben werden, da sie bereits mit Einreichung der Klageschrift entsteht und fällig wird.³¹³ Notfalls muss der Gesetzgeber korrigierend tätig werden und den Anwendungsbereich von § 12 Abs. 1 S. 1 GKG erweitern.

³¹¹ Vgl. BT-Drs. 15/1971, S. 159: „Die vorgeschlagene Regelung entspricht im Wesentlichen Nummer 1211 KV GKG.“

³¹² Vgl. *Markl/Meyer* § 65, Rn. 1 zum nahezu wortgleichen § 65 Abs. 1 S. 1 GKG a.F.

³¹³ Vgl. *Markl/Meyer*, § 65, Rn. 6 zur ähnlichen Situation bei der Widerklage.

I. Anwaltskosten

I. Klägerischer Anwalt

1. Verfahrensgebühren

Für den Anwalt des Klägers entsteht mit Ausführung der ersten Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Klage eine Verfahrensgebühr,³¹⁴ Nr. 3100 VV RVG i.V.m. Vorbemerkungen 3 Abs. 2 und 3.1 Abs. 1 VV RVG. Die Höhe der Gebühr richtet sich nach dem Gegenstandswert, § 2 RVG, der grundsätzlich dem Wert des Streitgegenstands entspricht, § 23 RVG. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der Gebührenhöhe ist (nur) der Zeitpunkt der Entstehung der Gebühr,³¹⁵ daher bleiben die spätere Klagerücknahme und das damit verbundene Absinken des Streitwerts auf das Kosteninteresse irrelevant. Die aus dem ursprünglichen Streitwert der Klage angefallene Gebühr reduziert sich nicht.³¹⁶ Das gilt auch bei einer Teilrücknahme.

Für das Verfahren nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO fällt keine Verfahrensgebühr mehr an, § 15 Abs. 2 S. 1 RVG, da es Teil derselben Angelegenheit wie die klagweise Durchsetzung der Hauptsache ist.³¹⁷ Dadurch, dass jener Teil wegfällt und *nur noch* über die Kosten zu entscheiden ist, erlangt die Kostenentscheidung nicht die Eigenschaft einer neuen Angelegenheit.

2. Terminsgebühren

Wird die Klage vor Beginn eines Gerichtstermins vollständig zurückgenommen, kommt es in aller Regel nicht mehr zum Entstehen einer Terminsgebühr, da bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO üblicherweise keine mündliche Verhandlung durchgeführt wird.³¹⁸ Hierin liegt ein Vorteil von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO gegenüber einer Klageänderung oder Regressklage. Kommt es ausnahmsweise doch noch zur (erstmaligen) Wahrnehmung eines Termins, so berechnet sich die Terminsgebühr nur aus dem verminderten Gegenstandswert entsprechend dem Kosteninteresse.

Wird die Klagerücknahme erst *im* Termin zur mündlichen Verhandlung erklärt, dann ist bereits eine Terminsgebühr aus dem ursprünglichen Streitwert angefal-

³¹⁴ Mayer/Kroiß – Gierl, § 8, Rn. 1.

³¹⁵ Mayer/Kroiß – Mayer, § 22, Rn. 11.

³¹⁶ Enders JurBüro 2005, S. 113 (114).

³¹⁷ Vgl. § 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 RVG, Thomas/Putzo – Reichold, § 269, Rn. 21, Zöller – Greger, § 269, Rn. 24. Bei BLAH – Hartmann, § 269, Rn. 45 handelt es sich wohl um einen Druckfehler, wenn dort auf Nr. 3 von § 19 Abs. 1 S. 2 RVG verwiesen wird.

³¹⁸ Die Terminsgebühr fällt auch nicht nach Nr. 3104 Abs. 1 Z. 1 VV RVG an, da für das Verfahren nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO keine mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist, vgl. § 128 Abs. 4 ZPO.

len, Nr. 3104 i.V.m. Vorbemerkungen 3 Abs. 3, 3.1 Abs. 1 VV RVG.³¹⁹ Eine weitere Terminsgebühr (dann aus dem niedrigeren Kosteninteresse) entsteht nicht mehr, wenn im Rahmen des Verfahrens nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ausnahmsweise weitere Termine wahrgenommen werden, § 15 Abs. 2 S. 1 RVG. Fällt im Rahmen der Verhandlung über die Hauptsache nach einer teilweisen Rücknahme erstmalig eine Terminsgebühr an,³²⁰ so berechnet sich diese Gebühr nur noch aus dem erniedrigten Streitwert der rechtshängig gebliebenen Hauptsache.³²¹ Ist eine Terminsgebühr allerdings bereits vor der (Teil-)Rücknahme entstanden, dann bleibt es wiederum bei dieser Gebühr: Weder reduziert sie sich, noch fällt eine zusätzliche Terminsgebühr an.

II. Beklagtenanwalt

Wird für den Beklagten ein Anwalt tätig, bevor die Klage zurückgenommen wurde, dann errechnet sich seine Verfahrensgebühr wie die des klägerischen Anwalts aus einem Gegenstandswert, der dem Streitwert der Hauptsache entspricht.³²² Wird er aber erst nach dem Zeitpunkt der Rücknahme in dieser Angelegenheit tätig, so beläuft sich der Gegenstandswert nur noch auf das Kosteninteresse des Klägers.³²³ Dem Beklagtenanwalt entsteht in diesem Fall eine niedrigere Gebühr.

Hinsichtlich der Terminsgebühren gilt das oben³²⁴ zum klägerischen Anwalt Gesagte entsprechend.

³¹⁹ So auch *Enders* JurBüro 2005, S. 113 f m.w.N. zum vergleichbaren Fall der Erledigterklärung im Termin.

³²⁰ Nr. 3104 VV RVG i.V.m. Vorbemerkung 3 Abs. 3 und Vorbemerkung 3.1 Abs. 1 VV RVG.

³²¹ *Anders/Gehle*, Assessorexamen, Rn. 603 m.w.N. aus der Rechtsprechung (zu § 91a ZPO)

³²² Zum komplizierteren Fall, dass der Beklagtenanwalt zwar vor der Klagerücknahme in der Angelegenheit tätig wird, aber noch keinen Tatbestand von Nr. 3101 Z. 1 VV RVG verwirklicht hat (insbesondere keine Einreichung eines Schriftsatzes mit Sachanträgen), siehe Anmerkung 8 zu Anlage 1.

³²³ *Deckenbrock/Dötsch* JurBüro 2003, S. 569 (571); *Tegeuder* NJW 2003, S. 3327 (dort in Fn. 14).

³²⁴ S. 92 f..

Dritter Teil – Zulässigkeits- und Wirksamkeitsvoraussetzungen der Rücknahmeerklärung im Sinne des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO

A. Allgemeine Voraussetzungen

I. Grundsätzliches

§ 269 Abs. 3 S. 3 ZPO trifft (mit Ausnahme von Hs. 2) keine Regelung darüber, unter welchen Voraussetzungen die Klagerücknahmeerklärung wirksam ist. Stattdessen setzt er eine wirksame Klagerücknahme voraus³²⁵ und modifiziert lediglich die an sie geknüpften Rechtsfolgen in einem Punkt, der Kostentragungspflicht.

Daher ist die Klagerücknahmeerklärung auch im Falle des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO eine Prozesshandlung³²⁶ und es müssen zu ihrer Wirksamkeit sämtliche allgemeinen Prozesshandlungsvoraussetzungen vorliegen.³²⁷

Die Erklärung ist vom Kläger gegenüber dem Prozessgericht³²⁸ durch Einreichung eines Schriftsatzes oder mündlich (auch schlüssig)³²⁹ im Termin abzugeben, § 269 Abs. 2 S. 2 ZPO. *Tege*der erwägt,³³⁰ daneben – in entsprechender Anwendung von § 91a Abs. 1 S. 1 Var. 3 ZPO – auch die Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle zuzulassen. Das ist abzulehnen: Eine dahingehende Gleichstellung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO und § 91a ZPO hat der Gesetzgeber weder im ZPO-RG noch im JuMoG angedeutet. Daher muss man die eindeutige Regelung in § 269 Abs. 2 S. 2 ZPO als abschließend betrachten.

Daraus ergibt sich auch, dass nach Maßgabe des § 78 ZPO Anwaltszwang besteht.³³¹ Eine Befreiung nach § 78 Abs. 5 Alt. 2 ZPO³³² kommt nicht in Betracht.

³²⁵ *Althammer/Löhnig* NJW 2004, S. 3077 (3079); MüKo (Akt.Bd.) - *Lüke*, § 269, Rn. 4.

³²⁶ Das ist allgemeine Meinung, vgl. nur *Deckenbrock/Dötsch* ProZR 2004, S. 47 (48); *Hannich/Meyer-Seitz – Engers*, § 269, Rn. 2; *Zöller* (24. Aufl.) – *Greger*, § 269, Rn. 8a.

³²⁷ Zu den allgemeinen Prozesshandlungsvoraussetzungen vgl. *Thomas/Putzo – Putzo*, Einleitung III, Rn. 10 ff.

³²⁸ *BLAH – Hartmann*, § 269, Rn. 27; *Musielak – Foerste*, § 269, Rn. 7.

³²⁹ *Musielak – Foerste*, § 269, Rn. 7.

³³⁰ *Tege*der NJW 2003, S. 3327 (dort in Fn. 14).

³³¹ So ausdrücklich *Zöller* (24. Aufl.) – *Greger*, § 269, Rn. 8a. *Tege*der NJW 2003, S. 3327 (dort in Fn. 14) bezweifelt freilich auch dies.

³³² Zu § 91a ist umstritten, ob diese Befreiung getreu dem Wortlaut von § 78 Abs. 5 Alt. 2 ZPO generell, also für jede Form der Erledigterklärung, gilt (so *BLAH – Hartmann*, § 91a, Rn. 66 m.w.N.) oder ob sie entsprechend der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 11/3621, S. 34) nur für die Vornahme vor dem Urkundsbeamten gilt (so *Zöller – Vollkommer*, § 91a, Rn. 10 m.w.N.). Ließe man die von *Tege*der NJW 2003, S. 3327 (dort in Fn. 14) vorgeschlagene Analogie zu § 91a Abs. 1 S. 1 Var. 3 ZPO bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO entgegen der hier vertretenen Ansicht zu, dann würde sich dort das

II. Einwilligung des Beklagten in die Klagerücknahme

Auch im Falle von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ist Wirksamkeitsvoraussetzung der Klagerücknahme, dass der Beklagte in die Rücknahme einwilligt, wenn die Rücknahme erklärt wurde, nachdem er mit seiner mündlichen Verhandlung zur Hauptsache begonnen hat.³³³ Fehlt die Einwilligung, mag die Rücknahmeerklärung zwar zulässig sein, sie entfaltet aber keine Wirksamkeit.³³⁴ Allerdings ist die Fiktion des § 269 Abs. 2 S. 4 ZPO auch bei einer Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO anzuwenden (danach gilt die Einwilligung nach einer Notfrist von zwei Wochen als erteilt).

III. Bedingte Erklärung

Grundsätzlich ist man sich darüber einig, dass die Klagerücknahme als (Partei-) Prozesshandlung bedingungsfeindlich ist.³³⁵ Teilweise wird jedoch vorgeschlagen, dass der Kläger die Rücknahme im Fall von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ausnahmsweise darauf bedingen können soll, dass das Gericht den Anlasswegfall vor Rechtshängigkeit bejaht.³³⁶ Dadurch könnte der Kläger vermeiden, bei Verneinung des Anlasswegfalls mit den Kosten des Rechtsstreits nach § 269 Abs. 3 S. 2 Hs.1 ZPO belastet zu werden.

Dies ist allerdings gerade Teil des klägerischen Risikos, dessen jener sich genauso wenig entledigen kann, wie er die Erhebung der Klage auf deren Zulässigkeit bedingen darf. Dies gilt umso mehr, als der Kläger eine Alternative zur Klagerücknahme hat: er kann die Klage in eine Kostenfeststellungsklage wegen materiell-rechtlicher Erstattungsansprüche ändern, statt sie zurückzunehmen.³³⁷ Dadurch vermeidet er, dass wegen der Unsicherheiten bezüglich des *Anlasswegfalls* eine teure und zeitaufwändige Beweiserhebung erforderlich wird, die – ließe man die Bedingung zu – im negativen Falle ohnehin nur dazu führte, dass weiter über die eigentliche Hauptsache prozessiert wird. Stattdessen kann direkt über die Kostenbelastung verhandelt werden.

gleiche Problem stellen. Mit Verweis auf BVerfGE 54, 277 (298) wäre der wortlautgetreuen, weiten Auffassung der Vorzug zu geben.

³³³ *Althammer/Löhnig* NJW 2004, S. 3077 (3079); *Anders/Gehle*, Assessorexamen, Rn. 621a; *Deckenbrock/Dötsch* MDR 2004, S. 1214 (1217); *Huber* JuS 2002, S. 690 (691); *Löhnig* JA 2004, S. 122 (124); *Hannich/Meyer-Seitz – Engers*, § 269, Rn. 3; *Musielak*, Rn. 275a; *MüKo* (Akt.Bd.) – *Lüke*, § 269, Rn. 4.

³³⁴ *BLAH – Hartmann*, § 269, Rn. 9, 17, 28.

³³⁵ *BLAH – Hartmann*, § 269, Rn. 24; *Zimmermann*, § 269, Rn. 6.

³³⁶ *Elzer* NJW 2002, S. 2006 (2008, insbesondere Fn. 32); befürwortend auch *Schur* KTS 2004, S. 373 (394); offen bei *Luckey* ProZR 2002, S. 24 (28) und *Deckenbrock/Dötsch* ProZR 2003, S. 152 (154, dort in Fn. 26).

³³⁷ Das ist allerdings nicht unumstritten, vgl. unten, S. 161-173.

Daher ist der Vorschlag, der Kläger könne die Klagerücknahme auf die Bejahung des Anlasswegfalls bedingen, abzulehnen.

Erst recht ist es abzulehnen, dass der Kläger die Klagerücknahme auf die Berücksichtigung materiell-rechtlicher Ansprüche im Rahmen des billigen Ermessens bedingt.³³⁸ Denn die Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ist nur zugelassen, wenn feststeht, dass die Rücknahme wirksam ist. Ihre Wirksamkeit muss also zuerst feststehen, noch bevor im Rahmen der anschließenden Entscheidung geprüft wird, ob materiell-rechtliche Ansprüche berücksichtigt werden können. Außerdem hängt der Erfolg eines Antrags nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht notwendig von der Berücksichtigung eines materiell-rechtlichen Anspruchs ab. Kann über einen solchen Anspruch mangels Sachverhaltsaufklärung nicht entschieden werden, richtet sich die Entscheidung nach anderen Kriterien; lediglich *wenn* ein materiell-rechtlicher Anspruch festgestellt werden kann, bestimmt sich die Entscheidung insoweit nach ihm.³³⁹ Ließe man die Bedingung auf Berücksichtigung eines materiell-rechtlichen Anspruchs zu, dann käme eine Entscheidung nach anderweitigen Kriterien nicht in Betracht. Das würde den gesetzlich vorgesehenen Entscheidungsspielraum *nach billigem Ermessen* aushöhlen.³⁴⁰

IV. Widerruf

Auch ein (einseitiger) Widerruf der Klagerücknahme ist nicht zulässig.³⁴¹ Denkbar erscheint es allerdings, die Klagerücknahme aus Gründen der Prozessökonomie unberücksichtigt zu lassen und den Rechtsstreit fortzusetzen, wenn sich beide Parteien auf eine „Rücknahme der Rücknahme“ einigen.³⁴²

B. Zeitpunkt der Erklärung

Neue Fragen wirft § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auch im Zusammenhang mit dem Zeitpunkt auf, zu dem die Klagerücknahme erklärt werden kann.

³³⁸ So auch *Schur* KTS 2004, S. 373 (394, dort in Fn. 62).

³³⁹ Dazu ausführlich unten, S. 108-115.

³⁴⁰ Gegen die Zulässigkeit einer – auch innerprozessualen – Bedingung der Klagerücknahme auch *Oberheim*, § 28, Rn. 27.

³⁴¹ *Luckey* ProzRB 2002, S. 24 (27); *Pantle/Kreissl*, Rn. 534; *BLAH – Hartmann*, § 269, Rn. 24; *Zimmermann*, § 269, Rn. 6.

³⁴² So *BLAH – Hartmann*, § 269, Rn. 29 und *Thomas/Putzo – Reichold*, § 269, Rn. 8; auch *Musielak – Foerste*, § 269, Rn. 7 m.w.N., allerdings mit der Einschränkung, dass das Verfahren noch nicht zum völligen Stillstand gekommen sein dürfe.

A.A.: *Stein/Jonas – Bork*, § 91a, Rn. 22; *Zöller – Greger*, § 269, Rn. 12 m.w.N.

I. Erklärung vor oder mit Einreichung der Klageschrift

Es liegt auf der Hand, dass die Erklärung der Klagerücknahme vor oder gemeinsam mit der Klageeinreichung keine Rücknahme im Sinne des § 269 ZPO darstellen kann.³⁴³ In diesen Fällen liegt von vorneherein offensichtlich keine ernsthaftige Klageeinreichung vor. Nach dem Rechtsgedanken von § 130 Abs. 1 S. 1 BGB dürfen dem Kläger keine Gerichtsgebühren anfallen.³⁴⁴ Das ist sachlich gerechtfertigt, weil sich das Gericht überhaupt nicht erst mit der Klageschrift befassen muss. Eventuell verausgabte Kosten für die Vorbereitung der Klageschrift muss der Kläger direkt mit einer darauf gerichteten Leistungsklage erstattet verlangen.

In diesem Zusammenhang bietet es sich an, auf einen Grenzfall einzugehen, über den das OLG Frankfurt³⁴⁵ zu entscheiden hatte: Dort hatte der Kläger zwar Kenntnis von der „Erledigung“ erlangt, bevor die Klageschrift bei Gericht eingegangen war. Allerdings hatte er die Klageschrift bereits zur Post aufgegeben gehabt.

Das OLG hielt § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO für unanwendbar, weil der Kläger jedenfalls aufgrund seiner zwischenzeitlichen Kenntnis noch vor Anhängigkeit keinen Anlass mehr zur Klageeinreichung gehabt hatte. Um die angefallenen Kosten abzuwälzen, verwies das Gericht den Kläger auf einen neuen Prozess.

Diese Entscheidung steht auf den ersten Blick im Einklang mit den oben gefundenen Definitionen des Anlasses und seines Wegfalls. Allerdings scheint sie nicht sachgerecht: Der Kläger konnte hier nicht mehr verhindern,³⁴⁶ dass die Gerichtsgebühr Nr. 1210 KV GKG anfällt und die Klage anhängig wird. Daher ist kein Grund ersichtlich, warum über die Belastung mit diesen Kosten nicht im prozessökonomischen Verfahren nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO entschieden werden können sollte. Auch dieses Ergebnis lässt sich mit den oben angegebenen Definitionen vereinbaren: Bei der Einreichung der Klageschrift muss man dafür nicht auf das Ergebnis, den Eingang bei Gericht abstellen, sondern auf die Handlung, hier also die Aufgabe zur Post.

Stellt sich heraus, dass der Kläger nach Vornahme der Einreichungshandlung noch genug Zeit gehabt hätte, die Rücknahme vor oder gleichzeitig mit dem

³⁴³ Es dürfte auch gar keine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ergehen: Wenn der Kläger bereits vor Klageeinreichung davon ausgeht, dass die Umstände eine Klage nicht rechtfertigen, besteht eben schon kein Anlass zur Klageeinreichung, sodass ein solcher auch nicht wegfallen kann.

³⁴⁴ Dies schlägt *Wolff* NJW 2003, S. 553 (dort in Fn. 7) entsprechend für das Mahnverfahren vor.

³⁴⁵ OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 6.1.2004 (Az.: 25 W 78/03).

³⁴⁶ Etwa durch eine vorher oder gleichzeitig bei Gericht eingehende Zurücknahme des Rechtsschutzgesuchs.

Eingang der Klageschrift bei Gericht zu erklären, dann kann dies zu seinen Lasten bei der Kostenentscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO berücksichtigt werden. Ihm können dann die aufgrund der Einreichung unnötigerweise anfallenden Kosten auferlegt werden.³⁴⁷

II. Erklärung nach Anhängigkeit aber vor Zustellung

Vor dem JuMoG war umstritten, ob eine Klagerücknahmeerklärung im Sinne des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO überhaupt vor Zustellung der Klageschrift abgegeben werden konnte. Dies war eine gesondert diskutierte Vorfrage zu dem (oben³⁴⁸ bereits behandelten) Problem, ob die Kostenbelastung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO eine Zustellung voraussetzt.

1. Rechtslage vor dem JuMoG

Vereinzelt wurde vor dem JuMoG die Auffassung vertreten, die Klagerücknahme im Sinne des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO könne vor Zustellung der Klageschrift nicht erklärt werden,³⁴⁹ da es davor an einer zurücknehmbaren Klage fehle.³⁵⁰

³⁴⁷ Das sind alle Kosten, die diejenigen Kosten übersteigen, die angefallen wären, wenn der Kläger sofort nur auf Ersatz seiner bis dahin angefallenen Kosten (etwa Rechtsanwaltsgebühren für die Vorbereitung der rechtzeitig zurückgenommenen Klageschrift) geklagt hätte.

³⁴⁸ S. 78-86.

³⁴⁹ *Hansens RVGreport* 2004, S. 262 (263); *BLAH* (62. Aufl.) – *Hartmann*, § 269, Rn. 5, 36; wohl auch *Schellhammer*, Rn. 1696; KG, Beschluss v. 29.11.2002 (Az.: 7 W 234/02); in diese Richtung auch, aber im Ergebnis offen LG Bad Kreuznach NJW-RR 2003, S. 790; OLG Nürnberg NJW-RR 2003, S. 646.

³⁵⁰ Weitere Gründe nennt das KG, Beschluss v. 29.11.2002 (Az.: 7 W 234/02): Es geht davon aus, dass nur die Zustellung ein Prozessrechtsverhältnis begründen könne. Ohne Prozessrechtsverhältnis sei eine Kostenentscheidung aber ohnehin nicht möglich, sodass es durch nachträgliche Zustellung erst noch begründet werden müsste. Müsse aber ein Prozessrechtsverhältnis ohnehin erst neu begründet werden, dann könne dies auch im Rahmen einer eigenständigen Regressklage geschehen. Dies sei nicht weniger ökonomisch. Gleichzeitig verweist das KG auf jene Fälle der Klagerücknahme, in denen die Kostenentscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO zu treffen ist: Dort ist die Rechtshängigkeit unbestrittene Voraussetzung der Rücknahmeerklärung.

Diese Ansicht wurde bereits vor dem JuMoG ganz überwiegend abgelehnt.³⁵¹ Diejenigen, die eine (zumindest) nachträgliche Zustellung für die Kostenbelastung verlangten,³⁵² schlugen die Konstruktion einer auf die Zustellung aufschiebend bedingten Rücknahmeerklärung vor. Wer hingegen der Meinung war, bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO sei die Zustellung nicht einmal für die Kostenbelastung erforderlich,³⁵³ musste erst recht eine Rücknahmeerklärung vor Zustellung zulassen.³⁵⁴

2. Rechtslage nach dem JuMoG

Jedenfalls seit durch das JuMoG der zweite Halbsatz an § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO angefügt wurde,³⁵⁵ ist die Ansicht, die Rücknahme könne nicht vor Zustellung erklärt werden,³⁵⁶ unhaltbar. Daher haben auch *Knauer* und *Wolf* ihre gegenteili-

³⁵¹ *Deckenbrock/Dötsch* JurBüro 2003, S. 568 (569 f.); *dies.* MDR 2004, S. 526 (527); *Deubner* JuS 2002, S. 899 (900) sowie *ders.* JuS 2003, S. 892 (893 f.) und JuS 2004, S. 484 (486); *Gottwald* FamRZ 2003, S. 1119 f.; *Gehrlein* MDR 2003, S. 421; *Greger* NJW 2002, S. 3049 (3050); *Hannich/Meyer-Seitz – Engers*, § 269, Rn. 1 f.; *Harte-Bavendamm – Brüning*, Vor § 12, Rn. 40; *Hartmann* NJW 2001, S. 2577 (2585); *Jauernig*, S. 175; *Knauer/Wolf* NJW 2004, S. 2857 (2858); *MüKo* (Akt.Bd.) – *Lüke*, § 269, Rn. 4; *Musielak* (3. Aufl.) – *Foerste*, § 269, Rn. 6, 13; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 128, Rn. 36; *Schilken*, Rn. 619; *Tegeuder* NJW 2003, S. 3327; *Thomas/Putzo* (25. Aufl.) – *Reichhold*, § 269, Rn. 4, 16; *Wolf* ZZP 116, S. 523 (524); wohl auch *Wolff* NJW 2003, S. 553 (554), wenn auch in erster Linie für das Mahnverfahren; *Zöller* (24. Aufl.) – *Greger*, § 269, Rn. 8a; *LG Münster* NJW 2002, S. 1221; *LG Düsseldorf* NJW-RR 2003, S. 213 (214); *LG Darmstadt* MDR 2004, S. 57; *Schleswig-Holsteinisches OLG*, Beschluss v. 16.6.2003 (Az.: 13 WF 124/02); *KG* MDR 2003, S. 712; *OLG Köln* NJW-RR 2003, S. 1151; *OLG Frankfurt*, Beschluss v. 30.1.2003 (Az.: 6 W 137/02) für eine Löschungsklage; *OLG Köln*, Beschluss v. 24.1.2003 (Az.: 6 W 2/03); *OLG Dresden* OLG-NL 2003, S. 164 (165); *OLG Düsseldorf* FPR 2004, S. 270; wohl auch *OLG Hamm* MDR 2004, S. 50; *OLG Brandenburg*, Beschluss v. 8.11.2004 (Az.: 3 W 60/04); *BGH* NJW 2004, S. 1530; *BGH* NJOZ 2004, S. 1197

³⁵² *Deckenbrock/Dötsch* JurBüro 2003, S. 568 (571).

³⁵³ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 245 auf S. 78.

³⁵⁴ Das maßgebliche Argument hierfür war die Prozessökonomie. Durch eine Rücknahme möglichst noch vor Zustellung der Klageschrift konnten dem Gericht und dem Beklagten eine unnötige Befassung mit der ohnehin nicht mehr zur Entscheidung gelangenden Hauptsache erspart werden. Im Erfordernis der „unverzöglichen“ Klagerücknahme sah man den gesetzgeberischen Willen verankert, die Rücknahmeerklärung im Sinne des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bereits vor Zustellung der Klageschrift zuzulassen, vgl. *Musielak* (3. Aufl.) – *Foerste*, § 269, Rn. 13; *OLG Düsseldorf* FPR 2004, S. 270 (271).

³⁵⁵ § 269 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 ZPO gilt ohne Übergangsregelung für alle Rücknahmen, die ab dem 1. September 2004 erklärt werden, vgl. auch *Anders/Gehle*, online-Aktualisierung, Rn. 621a.

³⁵⁶ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 246 auf S. 78.

ge Auffassung aufgegeben, obwohl sie weiterhin darauf beharren, die Zustellung müsse für eine Kostenentscheidung zumindest nachträglich erfolgen.³⁵⁷

Im Ergebnis schreibt das JuMoG also nur fest, was schon zuvor (ganz) herrschende Ansicht war: Die Erklärung der Klagerücknahme kann für die Zwecke von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bereits vor Zustellung der Klageschrift wirksam erklärt werden.³⁵⁸

III. Erklärung nach Zustellung

Nach erfolgter Zustellung ist die Rücknahmeerklärung im Sinne des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ohne Zweifel zulässig.³⁵⁹ Das gilt auch, wenn der Beklagte bereits begonnen hat, mündlich zur Hauptsache zu verhandeln.

Die Erklärung kann spätestens bis zum Eintritt der formellen Rechtskraft erklärt werden,³⁶⁰ eine etwa erforderliche Einwilligung des Beklagten muss ebenfalls noch davor bei Gericht eingehen, damit die Rücknahme wirksam wird.³⁶¹

C. Unverzüglichkeit der Erklärung

1. Rechtslage für Fälle vor dem JuMoG

Vor dem JuMoG bestimmte § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO, dass die Rücknahme „unverzüglich“ erfolgen musste, wobei hierfür nach zutreffender Ansicht des BGH³⁶² an den Zeitpunkt der Kenntnis vom Anlasswegfall anzuknüpfen war.

³⁵⁷ *Knauer/Wolf* NJW 2004, S. 2857 (2858); ebenfalls umgeschwenkt hat *BLAH – Hartmann*, § 269, Rn. 39.

Zweifel an der Entbehrlichkeit der Zustellung für die Rücknahmeerklärung wirft neuerdings *Jungbauer* JurBüro 2005, S. 344 (346) auf; allerdings lässt *Jungbauer* nicht völlig eindeutig erkennen, ob die Zustellung doch nur eine Voraussetzung für eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO sein soll, nicht jedoch für eine Rücknahmeerklärung.

³⁵⁸ So auch *Anders/Gehle*, online-Aktualisierung, Rn. 621a; *Fölsch* MDR 2004, S. 1029 (1031).

³⁵⁹ *Deckenbrock/Dötsch* ProZR 2004, S. 151 (152); *Zöller – Greger*, § 269, Rn. 18d; OLG München, Beschluss v. 12.3.2004 (Az.: 29 W 2840/03); OLG München, Beschluss v. 10.12.2004 (Az.: 19 W 2836/04).

A.A.: LG München I, Beschluss v. 27.10.2003 (Az.: 17 HK O 9266/03) und möglicherweise noch *Thomas/Putzo – Reichold*, § 269, Rn. 15 f in der 25. Auflage sowie *Onderka* AGS 2005, S. 170.

³⁶⁰ Vgl. dazu auch unten, S. 103 f.

³⁶¹ *BLAH – Hartmann*, § 269, Rn. 12, 17.

³⁶² BGH, Beschluss v. 26.7.2004 (Az.: VIII ZB 44/03) m.w.N., sowie bestätigend BGH, Beschluss v. 23.11.2004 (Az.: VI ZB 42/04) und im Anschluss OLG Frankfurt NJOZ 2005, S. 58. Dies war ganz herrschende Meinung, anders nur LG Bremen, Beschluss

Ganz überwiegend war man der Auffassung, dass ansonsten eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO unzulässig sei.³⁶³ Anders konnte man das Gesetz bei einer grammatischen Auslegung auch nicht verstehen.³⁶⁴ Im Nachhinein kann sich diese Auffassung zudem auf die Aussagen der Bundesregierung zum JuMoG stützen.³⁶⁵

Diese Auffassung brachte allerdings einige Nachteile mit sich: Zunächst einmal war nicht einsichtig, warum die der Prozessökonomie dienende Vorschrift nicht mehr angewandt werden können sollte, wenn die Rücknahme nicht unverzüglich erklärt worden war; immerhin hätte sie ihren Zweck auch dann noch erfüllen können.³⁶⁶ Zum anderen stellte sich die Frage, ob die Klagerücknahme innerprozessual darauf bedingt werden konnte, dass das Gericht die Erklärung für unverzüglich hielt.³⁶⁷ Schließlich herrschten auch gewisse Zweifel über die Auslegung und vor allem über die Handhabung des Begriffs „unverzüglich“, wenn man sich auch im Wesentlichen einig war, dass er im Sinne von § 121 Abs. 1 S. 1 BGB zu verstehen war.³⁶⁸

v. 21.3.2003 (Az.: 1 T 166/03) (Vorinstanz von BGH, Beschluss v. 26.7.2004 (Az.: VIII ZB 44/03)).

³⁶³ *Deckenbrock/Dötsch* MDR 2004, S. 1214 (1216); Hannich/Meyer-Seitz – *Engers*, § 269, Rn. 11; *Schur* KTS 2004, S. 373 (388); *Lackmann/Wittschier*, Rn. 152; BLAH (62. Aufl.) – *Hartmann*, § 269, Rn. 40; Zöller (24. Aufl.) – *Greger*, § 269, Rn. 8c; *Wolf* ZP 116, S. 523 (524 f.); LG Bremen, Beschluss v. 21.3.2003 (Az.: 1 T 166/03); LG Berlin, Beschluss v. 27.11.2003 (Az.: 67 T 129/03); OLG Brandenburg MDR 2003, S. 951; OLG Saarbrücken, Beschluss v. 9.4.2003 (Az.: 6 WF 17/03); OLG München NJOZ 2004, S. 171 (für den Mahnantrag); BGH, Beschluss v. 26.7.2004 (Az.: VIII ZB 44/03).

³⁶⁴ Nach dem ersten Halbsatz von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO musste kumulativ („...und...“) zum Anlasswegfall vor Rechtshängigkeit die Rücknahme *unverzüglich* erfolgen, damit die im zweiten Halbsatz genannte Rechtsfolge („...zurückgenommen, so bestimmt sich...“) eintreten konnte. – (Hervorhebung nicht im Original).

³⁶⁵ Vgl. BT-Drs. 15/1508, S. 18.

³⁶⁶ Das sieht mittlerweile auch die Bundesregierung, vgl. BT-Drs. 15/1508, S. 18.

³⁶⁷ Dafür *Elzer* NJW 2002, S. 2006 (2008, dort in Fn. 32) sowie *Deckenbrock/Dötsch* ProZ-RB 2003, S. 152 (154, dort in Fn. 26), die allerdings leise Zweifel andeuten.

³⁶⁸ Vgl. *Deckenbrock/Dötsch* MDR 2004, S. 1214 (1216); Hannich/Meyer-Seitz – *Engers*, § 269, Rn. 11; MüKo (Akt.Bd.) – *Lüke*, § 269, Rn. 4; Musielak (3. Aufl.) – *Foerste*, § 269, Rn. 13; *Schneider* ZAP 2002, S. 1147 (1149); *N. Schneider* ZAP 2002, S. 1105 (1116); Thomas/Putzo – *Reichold*, § 269, Rn. 16; Zöller (24. Aufl.) – *Greger*, § 269, Rn. 8c; AG Wetzlar NJOZ 2003, S. 3017; AG Bielefeld NJOZ 2004, S. 685; LG Augsburg NJOZ 2003, S. 1265 (1266); LG Bremen, Beschluss v. 21.3.2003 (Az.: 1 T 166/03); LG Bonn NJOZ 2005, S. 59; OLG Brandenburg MDR 2003, S. 951; OLG Saarbrücken, Beschluss v. 9.4.2003 (Az.: 6 WF 17/03); OLG Düsseldorf NJOZ 2004, S. 2078 (2079); OLG Frankfurt NJOZ 2005, S. 58; BGH, Beschluss v. 26.7.2004 (Az.: VIII ZB 44/03); BGH, Beschluss v. 23.11.2004 (Az.: VI ZB 42/04).

Dem neigte auch BLAH (62. Aufl.) – *Hartmann*, § 269, Rn. 40 zu, schlägt aber vor, darüber hinaus die zu §§ 167, 693 ZPO entwickelten „Regeln des Schutzes nur vor unver-

Um diese Nachteile zu vermeiden, wollte *Tege*³⁶⁹ die Unverzüglichkeit der Erklärung nicht als Tatbestandsvoraussetzung auslegen, sondern als Kriterium der Kostenverteilung auf der Rechtsfolgenseite verorten. Dafür schlug er eine teleologische Reduktion vor.³⁷⁰ Dieser Vorschlag mag den Absichten des Gesetzgebers zwar am besten entsprochen haben; ihm konnte aber nicht gefolgt werden, da der Wortlaut die Unverzüglichkeit ganz klar als Zulässigkeitskriterium voraussetzte. Insofern handelte es sich um einen rechtspolitischen Fehler,³⁷¹ der nur vom Gesetzgeber selbst und nicht im Wege einer teleologischen Reduktion korrigiert werden konnte.³⁷²

2. Rechtslage für Fälle nach dem JuMoG

Der Gesetzgeber hat seinen Fehler denn auch mit dem JuMoG korrigiert und das Erfordernis der Unverzüglichkeit der Rücknahme aus dem Tatbestand von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO gestrichen. Künftig kann der Kläger daher mit der Rücknahmeerklärung bis zum letzten möglichen Zeitpunkt – also bis zum Eintritt der Rechtskraft³⁷³ – warten.³⁷⁴ Das gilt mangels Übergangsvorschrift auch bei Klagen, die vor dem 1. September 2004³⁷⁵ anhängig gemacht worden

schuldeter Verzögerung“ mitzubeachten. Inhaltlich an § 121 Abs. 1 S. 1 BGB angelehnt auch die Definition von *Gehrlein*, § 9, Rn. 18: „...im Rahmen des Zumutbaren und Möglichen schnellstmöglich nach der Kenntnis vom Wegfall...“.

A.A. war *Zimmermann*, § 269, Rn. 18a, der forderte, es dürften lediglich durch die Verzögerung keine neuen Kosten entstanden sein. Zweifel an der Maßgeblichkeit von § 121 Abs. 1 S. 1 BGB auch bei *Luckey* ProZRB 2002, S. 24 (27). Allgemein zu Zweifelsfragen um den Begriff „unverzüglich“ auch *Schneider*, Praxis der ZPO, Rn. 294.

³⁶⁹ *Tege*der NJW 2003, S. 3327 (3328).

³⁷⁰ *Tege*der NJW 2003, S. 3327 (3328). Auch *Schur* KTS 2004, S. 373 (389) denkt diese Lösung an, entscheidet sich aber weder dafür noch dagegen. *Schneider* ZAP 2003, S. 1221 schlägt vor, dass man „diese Einschränkung [gemeint ist »unverzüglich«] am besten ignoriert.“

³⁷¹ Vgl. die Kritik von *Bonifacio* MDR 2002, S. 499; *Elzer* NJW 2002, S. 2006 (2008); *Gottwald*, Reform der ZPO, S. A 107 (A 111); *Hannich/Meyer-Seitz – Engers*, § 269, Rn. 11; *Luckey* ProZRB 2002, S. 24 (27); *Schneider* MDR 2002, S. 509 f.; *ders.* ZAP 2002, S. 1147 (1149) und *ders.*, Praxis der ZPO, Rn. 307 a.E. („heiße Luft“); *Tege*der NJW 2003, S. 3327 (3328).

³⁷² Vgl. *Larenz*, S. 374.

³⁷³ *Zimmermann*, § 269, Rn. 9.

³⁷⁴ Es beruht daher wohl auf einem Versehen, dass es bei *Goebel – Gottwald*, § 22, Rn. 11 noch heißt: „Das Gericht muss nicht nur prüfen, ob die Rücknahme unverzüglich erfolgte sondern auch, ob ein erledigendes Ereignis vorliegt.“ (Ähnlich auch an anderer Stelle: *Goebel – Gottwald*, § 22, Rn. 50).

³⁷⁵ Tag des Inkrafttretens des JuMoG, vgl. o., Fn. 71 auf S. 38.

sind, und sogar dann, wenn die Rücknahme nach alter Rechtslage bereits nicht mehr unverzüglich hätte erklärt werden können.

D. Antrag des Klägers oder Beklagten

Nach gegenwärtigem Rechtsstand ist für eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO die Stellung eines dahingehenden Antrags (noch)³⁷⁶ unerlässlich. Das ergibt sich aus der pauschalen Formulierung von § 269 Abs. 4 ZPO, die den ganzen Absatz 3 in Bezug nimmt und damit zweifelsohne auch dessen Satz 3 einschließt. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die *Klagerücknahme* an sich bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen auch ohne einen solchen Antrag wirksam ist – es unterbleibt ohne den Antrag lediglich die Entscheidung über die Kosten. Ein Kostenantrag ist daher keine Voraussetzung für eine zulässige oder wirksame Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO. Er *ist* allerdings Voraussetzung für eine wirksame *Entscheidung* nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO.

In Anwaltsprozessen besteht für die Antragstellung Anwaltszwang.³⁷⁷ Seiner Natur nach handelt es sich bei diesem Antrag um einen *Sachantrag*,³⁷⁸ da er den Inhalt der begehrten Entscheidung bestimmt und begrenzt. Daher müsste er gemäß § 270 Abs. 1 S. 1 ZPO grundsätzlich der gegnerischen Partei zugestellt werden. Das kann jedoch bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ausnahmsweise nicht gelten, da ansonsten die prozessökonomischen Vorteile, die durch den Verzicht auf das Zustellungserfordernis von Klageschrift und Rücknahmeerklärung erzielt werden, wieder vollständig verloren gingen. Um die Erzielung dieser Vorteile sicherzustellen hat der Gesetzgeber gerade den zweiten Halbsatz an § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO angefügt. Das rechtliche Gehör der Partei, die den Antrag nicht gestellt hat, wird durch den Verzicht auf die Zustellung nicht verletzt;

³⁷⁶ Vgl. dazu aber unten, S. 183 f.

³⁷⁷ Musielak – Foerste, § 269, Rn. 14; Thomas/Putzo – Reichold, § 269, Rn. 19; Zöller – Greger, § 269, Rn. 19.

³⁷⁸ BLAH – Hartmann, § 297, Rn. 7 (Stichwort: „Klagerücknahme“) für den Antrag, die Kostentragungspflicht nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO auszusprechen. Das muss dann auch gelten, wenn die Kostentragungspflicht sich nach S. 3 richten soll; Gebauer/Schneider, Nr. 3101 VV RVG, Rn. 46. Wohl noch zu § 269 Abs. 3 ZPO a.F.: Göttlich/Mümmeler, Stichwort: „Sachantrag“ sowie Riedel/Sußbauer – Keller, VV, Teil 3, Abschnitt 1, Rn. 24 – dies muss erst recht für Anträge nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO gelten; jedenfalls noch zur a.F.: OLG Köln JurBüro 1989, S. 491.

Widersprüchlich allerdings Thomas/Putzo – Reichold, § 269, Rn. 19 (Prozessantrag) einerseits und § 297, Rn. 1 (Sachantrag) andererseits.

A.A. Kroiß, § 6, Rn. 27; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 128, Rn. 32 (Prozessantrag). Diese Ansicht kommt erst Recht zu dem Ergebnis, dass der Antrag nicht zugestellt werden muss, ändert also am hier vertretenen Ergebnis nichts.

insofern kann auf die Ausführungen zu Art. 103 Abs. 1 GG im zweiten Teil dieser Arbeit³⁷⁹ verwiesen werden, die hier entsprechend gelten.

I. Vollständige Klagerücknahme

1. Antragsberechtigung

Antragsberechtigt ist der Kläger, da die Regelung gerade ihn privilegieren sollte.³⁸⁰ Regelmäßig wird man die Erklärung des Klägers, er nehme die Klage wegen Anlasswegfalls vor Rechtshängigkeit zurück, dahin auslegen können, dass sie den Kostenantrag bereits enthalte. Denn wenn der Kläger den Anlasswegfall als Grund für seine Rücknahme angibt, impliziert das, dass er eine von § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO abweichende Kostenverteilung wünsche; andernfalls bräuchte er den Anlasswegfall nicht als Grund der Rücknahme anzugeben. Schließlich kann er frei zwischen der Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO und S. 2 wählen.³⁸¹

Auch der Beklagte ist berechtigt, eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zu beantragen.³⁸² Das gilt allerdings nur unter der Voraussetzung, dass der Kläger die Klage nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zurückgenommen hat. Der Beklagte ist also nicht antragsberechtigt, wenn der Kläger schlicht auf die Zustellung verzichtet oder aber mit der Kostenfolge von S. 2 zurücknimmt.

Für den Fall der Rücknahme nach S. 2 ergibt sich schon daraus, dass der Beklagte seine Kosten von Gesetzes wegen erstattet verlangen kann, dass er keinen Antrag auf eine Entscheidung nach S. 3 stellen darf. Dem Beklagten fehlt hier nämlich das Rechtsschutzbedürfnis für eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO.³⁸³

Schwieriger ist es, wenn der Kläger schlicht auf die Zustellung verzichtet. Da auch § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 ZPO in dieser Situation nicht anwendbar ist, hat der Beklagte gar keinen prozessualen Kostenerstattungsanspruch gegen den Kläger.³⁸⁴ Das ist allerdings systemgerecht: Mangels Einbeziehung in das Verfahren

³⁷⁹ S. 82 f.

³⁸⁰ Vgl. S. 167, insbesondere Fn. 634.

³⁸¹ Das ist nicht ganz unumstritten; ausführlich dazu unten, S. 161-176.

³⁸² *Schneider*, Praxis der ZPO, Rn. 303 a.E.; *Musielak – Foerste*, § 269, Rn. 14.

A.A. scheint *Goebel – Gottwald*, § 22, Rn. 11 (Antragsberechtigung nur für den Kläger).

³⁸³ Unbenommen ist ihm natürlich das Recht, eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO zu beantragen.

³⁸⁴ Dies ist h.M., vgl. etwa *Zöller* (24. Aufl.) – *Greger*, § 269, Rn. 8b; OLG Hamm NJW 1994, S. 63; OLG Nürnberg NJW-RR 2000, S. 1453 (1454); KG, Beschluss v. 29.11.2002 (Az.: 7 W 234/02).

A.A.: LG Heilbronn NJW-RR 1996, 382 m.w.N. zur h.M.

durch das Gericht ist dem Beklagten noch kein prozessualer Kostenerstattungsanspruch entstanden.³⁸⁵ Daran hat auch die Einführung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nichts geändert. Wenn dem Beklagten bereits Kosten entstanden sind, die im Falle einer Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 2 oder S. 3 ZPO erstattungsfähig gewesen wären, kann er diese nur aufgrund eines materiell-rechtlichen Ersatzanspruchs einfordern.³⁸⁶ Weiter spricht gegen ein Antragsrecht des Beklagten, dass dieser sonst dem Kläger die Gebührenprivilegierung von Nr. 1211 Z. 1 lit. a KV GVG aus der Hand schlagen könnte.³⁸⁷

2. Keine Antragsobliegenheit

Nach einer Entscheidung des OLG München³⁸⁸ muss, wenn die Klage nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zurückgenommen wurde, *jede* Partei einen *eigenen* Antrag stellen, sofern sie eine Kostenerstattung vom Gegner wünscht. Andernfalls soll lediglich ein entsprechender Antrag des Gegners abgewiesen werden können.

Diese Ansicht ist abzulehnen.³⁸⁹ Aus § 269 Abs. 3 S. 3 i.V.m. Abs. 4 ZPO ergibt sich, dass der Antrag darauf zu richten ist, über die Kostentragungspflicht gemäß § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zu entscheiden. Er lässt sich nicht darauf beschränken, die Kosten dem Gegner aufzuerlegen. Bereits *ein* Antrag begründet die Zuständigkeit des Gerichts, insgesamt über die Kostentragungspflicht zu entscheiden, also darüber zu befinden, wer die Kosten zu tragen hat. Das beinhaltet die Kompetenz, den Antragsteller mit den Kosten des Gegners (der keinen Antrag gestellt hat) zu belasten. Damit geht das Gericht nicht über den Antrag hinaus. Diese Auffassung findet eine Bestätigung darin, dass die Übernahme des Antragsersfordernis von der Klagerücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO auf die Fälle des S. 3 als Versehen begriffen werden kann:³⁹⁰ Eigentlich wäre wie bei

³⁸⁵ Vgl. ebenso OLG Koblenz, Beschluss v. 12.12.2003 (5 W 761/03), wenn das Gericht auch der hier abgelehnten Auffassung folgt, das Prozessrechtsverhältnis könne nur durch (förmliche) Zustellung der Klageschrift begründet werden.

³⁸⁶ Anders ist dies im Verfahren bei Erlass einer einstweiligen Verfügung zu beurteilen, weil dort das Prozessrechtsverhältnis bereits mit Einreichung des Antrags bei Gericht entsteht, vgl. OLG Köln GRUR 1988, S. 725; BGH GRUR 2003, S. 345.

³⁸⁷ Wegen des dann eingreifenden Nr. 1211 Z. 1 Hs. 2 KV GVG.

³⁸⁸ OLG München, Beschluss v. 12.03.2004 (Az. 29 W 2840/03).

³⁸⁹ So auch Zöller – Greger, § 269, Rn. 18e a.E.. Gleichwohl empfiehlt es sich in der Praxis, *vorsorglich* einen eigenen entsprechenden Antrag zu stellen, bis sich die hier vertretene Ansicht in der Rechtsprechung gefestigt hat.

³⁹⁰ In diese Richtung *Deckenbrock/Dötsch* MDR 2004, S. 1214 (1217 f.); *dies.* ProzRB 2004, S. 151 (153).

§ 91a ZPO eine Entscheidung von Amts wegen angebracht, da sich die Kostenfolge – anders als bei § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO – nicht regelmäßig aus dem Gesetz ergibt. Stattdessen bedarf es bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO – wie bei § 91a ZPO – stets eines originären Beschlusses (vgl. unten³⁹¹). In diesem Punkt ist eine Korrektur durch den Gesetzgeber in Betracht zu ziehen.³⁹²

Im Ergebnis genügt jedenfalls schon ein einziger Antrag, gleich von welcher Partei er gestellt wurde, um die Kosten der einen oder der anderen Partei aufzuerlegen.

II. Teilweise Klagerücknahme

Hat der Kläger die Klage nur teilweise zurückgenommen, dann kommt kein Antrag zwecks Kostenbeschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO in Betracht, denn über die Kosten des zurückgenommenen Teils ist von Amts wegen (§ 308 Abs. 2 ZPO) und *einheitlich* im Rahmen der Kostenentscheidung über die an- beziehungsweise rechtshängig gebliebene Klage zu entscheiden.³⁹³ Wie diese Entscheidung auszusehen hat, wird unten³⁹⁴ detailliert dargestellt.

Auf den ersten Blick mag es befremdlich erscheinen, dass die Kostenentscheidung einheitlich im Rahmen der Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits insgesamt ergehen soll, zumal die einzelnen Teile der Kostenentscheidung auf *verschiedenen* Rechtsgrundlagen beruhen (§ 269 Abs. 3 S. 3 einerseits und §§ 91 ff. ZPO andererseits) und sie mit *unterschiedlichen* Rechtsmitteln anzugreifen sind (Beschwerde für den auf § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO beruhenden Teil, Berufung für die sonstige Kostenentscheidung³⁹⁵).

Dennoch gilt der Grundsatz der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung³⁹⁶ auch bei der teilweisen Klagerücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO aus gutem Grund: Vor der Entscheidung über die restlichen Kosten des Rechtsstreits ist es nicht möglich, anzugeben, welche Quote der Kosten des Rechtsstreits jeweils auf welcher Partei entfällt.³⁹⁷ Insbesondere im Fall einer teilweisen Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO kommt hinzu, dass Prozessergebnisse, die im Laufe des weiteren Rechtsstreits gewonnen werden, unter Umständen im Rahmen der

Für die Abschaffung des Antragserfordernisses auch bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO: *Schneider* NJW 1964, S. 1055 (1056) (noch zu § 271 ZPO).

³⁹¹ S. 109.

³⁹² Siehe dazu S. 183.

³⁹³ *Elzer*, online-Skript Erledigung, Rn. 33; *BLAH – Hartmann*, § 269, Rn. 45; *Musielak – Foerste*, § 269, Rn. 15; *Zimmermann*, § 269, Rn. 14; *Zöllner – Greger*, § 269, Rn. 19a.

³⁹⁴ S. 137.

³⁹⁵ Ausführlich dazu noch unten, S. 142 f.

³⁹⁶ Vgl. dazu *Anders/Gehle*, Antrag und Entscheidung, Rn. 158.

³⁹⁷ Vgl. *Anders/Gehle*, Antrag und Entscheidung, Rn. 159; *Schneider* NJW 1964, S. 1055 (1057).

Entscheidung nach billigem Ermessen verwendet werden können.³⁹⁸ Würde man sofort nach der teilweisen Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO entscheiden, wäre das nicht möglich. Außerdem ergäbe sich die wenig prozessökonomische Konsequenz, dass eventuell zwei Kostenfestsetzungsverfahren durchgeführt werden müssen, eines wegen der Kosten des zurückgenommenen Teils, ein zweites wegen der restlichen Kosten.³⁹⁹

³⁹⁸ Dazu unten, S. 137.

³⁹⁹ *Schneider* NJW 1964, S. 1055 (1058) hält ein solches Teilkostenfestsetzungsverfahren für unzulässig. Schließt man sich dieser Auffassung an, dann ist die getrennte und vorweggenommene Entscheidung über die Kosten des zurückgenommenen Teils der Klage erst recht sinnlos, denn ein (vollstreckbarer) Kostenfestsetzungsbeschluss wäre dann ohnehin nicht zu erlangen, bevor nicht auch über die Kosten des restlichen Teils der Klage entschieden wurde.

Vierter Teil – Rechtsfolgen der Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO

A. Allgemeine Rechtsfolgen der Klagerücknahme

Wie bei jeder Klagerücknahme, so entfallen auch bei jener nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO mit ihrer wirksamen Erklärung die Rechtshängigkeit der Hauptsache sowie alle daran geknüpften Folgen rückwirkend, sofern die Klage bereits zugestellt worden war.⁴⁰⁰ Andernfalls verhindert die Rücknahme, dass die Hauptsache noch rechtshängig wird, selbst dann, wenn die Klageschrift dem Beklagten förmlich zugestellt wird. Über die Hauptsache darf nicht mehr entschieden werden. Ein bereits erlassenes Urteil wird ohne Weiteres wirkungslos, sofern es noch nicht in Rechtskraft erwachsen war.⁴⁰¹

B. Originärer Beschluss über die Kostenfolge

Anders als bei der Grundform der Klagerücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO hat bei S. 3 nicht automatisch der Kläger die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Die Besonderheit von S. 3 ist, dass (auf entsprechenden Antrag hin) über die Kosten „unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen“ zu entscheiden ist. Die Entscheidung ergeht in Form eines Beschlusses, wie § 269 Abs. 4 ZPO eindeutig bestimmt.⁴⁰²

Entgegen teils missverständlichen Äußerungen⁴⁰³ hat dieser Beschluss originären und nicht lediglich deklaratorischen Charakter.⁴⁰⁴ Die Kostenverteilung ergibt sich nämlich nicht bereits aus dem Gesetz;⁴⁰⁵ sie wird auch nicht in einer das Gesetz bloß nachvollziehenden Weise festgestellt. Ob die Entscheidung „nach billigem Ermessen“ aber eine (echte) Ermessensentscheidung ist, die dem erkennenden Gericht einen Entscheidungsspielraum lässt, oder ob in jedem einzelnen Fall jeweils nur *eine einzige* Entscheidung der Billigkeit entsprechen

⁴⁰⁰ Hannich/Meyer-Seitz – Engers, § 269, Rn. 8; Gehrlein, § 9, Rn. 16.

⁴⁰¹ Gehrlein, § 9, Rn. 16; Musielak – Foerste, § 269, Rn. 10 m.w.N.

⁴⁰² Kritik hieran übt Elzer JuS 2004, S. 36 (dort in Fn. 5); er plädiert für die Entscheidungsform des Urteils.

⁴⁰³ Gehrlein, § 9, Rn. 19; Jauernig, S. 175; Thomas/Putzo – Reichold, § 269, Rn. 19.

⁴⁰⁴ Hartmann, § 30 GKG, Rn. 2 und Nr. 1211 KV GKG, Rn. 4 a.E.; Knauer/Wolf NJW 2004, S. 2857 (2858); BLAH – Hartmann, § 269, Rn. 36; Stickelbrock, S. 430 (zu § 91a ZPO, was jedoch auf § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO übertragbar ist).

⁴⁰⁵ Dies nimmt man überwiegend bei § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO an, vgl. BLAH – Hartmann, § 269, Rn. 44, 45; Stein/Jonas (21. Aufl.) – Schumann, § 269, Rn. 61; Thomas/Putzo – Reichold, § 269, Rn. 19.

A.A.: MüKo – Lüke, § 269, Rn. 41 m.w.N. (auch Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO ist originär).

kann, ist umstritten.⁴⁰⁶ Da es sich dabei letztlich um einen rein theoretischen Streit handelt, wird hier auf eine Entscheidung verzichtet.⁴⁰⁷

Praktische Konsequenz der Entscheidung ist jedenfalls, dass durch sie die Kostenhaftung nach § 29 Nr. 1 Alt. 1 GKG begründet wird.

C. Freigestellte mündliche Verhandlung

Wie bereits mehrfach angesprochen steht es im Ermessen des Gerichts, ob zur Ermittlung der Gesichtspunkte, auf denen die Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 beruhen soll, eine mündliche Verhandlung durchgeführt wird oder nicht, § 128 Abs. 4 ZPO.⁴⁰⁸ Etwas anderes im Sinne von § 128 Abs. 4 a.E. ist für § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht bestimmt. In der Praxis wird fast immer auf eine mündliche Verhandlung verzichtet und den Parteien Gelegenheit gegeben, sich innerhalb einer angemessenen Frist schriftlich zu äußern.⁴⁰⁹ Dadurch kann insbesondere der Anfall von Terminsgebühren (Nr. 3104 VV RVG) vermieden werden.

D. Exkurs: Parallelität von § 91a und § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO

Bevor im Folgenden auf einzelne Probleme innerhalb der Rechtsfolge von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO eingegangen wird, muss darauf hingewiesen werden, dass insofern erhebliche Parallelen zum – teilweise wortgleichen – § 91a ZPO bestehen. Das erlaubt es (und zwingt gleichzeitig dazu), auf viele Probleme und Argumente einzugehen, die vom älteren und besser erforschten § 91a ZPO her bekannt sind.

Die Ähnlichkeiten zwischen § 269 Abs. 3 S. 3 und § 91a ZPO sind keineswegs zufällig. Im Gegenteil war laut Gesetzesbegründung die Angleichung der Rechtsfolge von § 269 Abs. 3 S. 3 an jene von § 91a ZPO gerade beabsichtigt.⁴¹⁰ Hieraus erklärt sich die teilweise Übereinstimmung des Wortlauts beider Normen. Sachlich rechtfertigt sich die Ähnlichkeit beider Normen daher, dass

⁴⁰⁶ Dieser Streit wird auch im Rahmen von § 91a ZPO geführt, vgl. die Nachweise dazu bei *Stichelbrock*, S. 314.

⁴⁰⁷ Es mag der Hinweis genügen, dass die h.M. sich für einen Ermessensspielraum entscheidet, vgl. *BLAH – Hartmann*, § 269, Rn. 41 i.V.m. § 91a, Rn. 125, 134 (Stichwort: „Schwieriger Fall“) und *Hartmann NJW 2001*, S. 2577 (2584); *Stichelbrock*, S. 314 (zu § 91a ZPO und m.w.N., dort in Fn. 375); *Zöller – Greger*, § 269, Rn. 18e.

⁴⁰⁸ *BLAH – Hartmann*, § 269, Rn. 45; *Mayer/Kroiß – Ebert*, § 19, Rn. 74; *Thomas/Putzo – Reichold*, § 128, Rn. 15.

⁴⁰⁹ Vgl. bereits oben, S. 87.

⁴¹⁰ *BT-Drs. 14/4722*, S. 81.

beiden ähnliche Situationen zugrunde liegen:⁴¹¹ Hier wie dort ist nur noch über die Kosten des Rechtsstreits zu entscheiden; an einer Entscheidung über die Hauptsache fehlt es. Die Kostenentscheidung ergeht bei beiden Vorschriften „unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen“, also aufgrund eines summarischen Verfahrens⁴¹² und in Form eines Beschlusses. Gegen beide ist das gleiche Rechtsmittel (die sofortige Beschwerde) gegeben.⁴¹³

Trotz großer Übereinstimmungen machen es der besondere Sinn und Zweck von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO und die Gesetzesbegründung zum ZPO-RG erforderlich, ein eigenständiges Konzept zu Verfahren und Entscheidungskriterien des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zu entwickeln. Ob dieses wiederum auf die Handhabung von § 91a ZPO ausstrahlt, wird weiter unten⁴¹⁴ untersucht.

E. Weiterer Tatsachenvortrag und Beweisaufnahmen

Bevor auf die Frage eingegangen wird, nach welchen Kriterien das billige Ermessen im Einzelnen auszuüben ist (dazu unter F.⁴¹⁵), muss zuerst untersucht werden, auf welcher Basis die Entscheidung nach billigem Ermessen überhaupt zu fassen ist. Die nachfolgende Erörterung bezieht sich zunächst nur auf das erstinstanzliche Verfahren. Das Verfahren in der Beschwerdeinstanz betreffend macht § 571 Abs. 2 ZPO eine eigene Diskussion erforderlich, die an geeigneter Stelle⁴¹⁶ geführt wird.

I. Vorweg: bisheriger Sach- und Streitstand

Aus dem Gesetz ergibt sich zweifelsfrei, dass der *bisherige* Sach- und Streitstand (also derjenige, der bis zur wirksamen Rücknahmeerklärung ermittelt wurde) ein beachtlicher Gesichtspunkt der Entscheidung nach billigem Ermessen zu sein hat. Das führt sogleich zu dem Problem, ob darüber hinaus auch *neuer* Tatsachenvortrag oder weitere Beweisaufnahmen zulässig sind.

⁴¹¹ In diesem Sinne auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/4722, S. 81, die von „der Sachnähe zur Interessenlage nach beidseitiger Erledigterklärung der Hauptsache“ spricht.

⁴¹² Dies ist einhellige Meinung, vgl. nur *Lindacher* JR 2005, S. 92; Stein/Jonas – *Bork*, § 91a, Rn. 31 (Letzterer zum insofern wortgleichen § 91a ZPO).

⁴¹³ Vgl. §§ 91a Abs. 2, 269 Abs. 5 ZPO.

⁴¹⁴ S. 177-179.

⁴¹⁵ S. 117-137.

⁴¹⁶ S. 140.

II. Sonderfall: erstmalige Gewährung rechtlichen Gehörs für den Beklagten

Ein Aspekt der Frage, ob neuer Tatsachenvortrag zu berücksichtigen ist, wurde bereits oben⁴¹⁷ behandelt und kann hier kurz wiedergegeben werden: Neuer Vortrag des Beklagten *muss* berücksichtigt werden, wenn dieser vor der Rücknahmeerklärung noch keine Gelegenheit gehabt hatte, zu einer ihm drohenden Kostenbelastung Stellung zu nehmen.⁴¹⁸ Das folgt aus dem Gebot, rechtliches Gehör zu gewähren (Art. 103 Abs. 1 GG).⁴¹⁹ Der Beklagte kann dann die Voraussetzungen für eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bestreiten oder Gesichtspunkte vorbringen, die gegen seine Kostenbelastung sprechen. Soweit im Rahmen von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO über die Zulässigkeit weiteren Tatsachenvortrags gestritten wird, kann es folglich nur um solchen Vortrag gehen, der über die *erstmalige* Gewährung rechtlichen Gehörs für den Beklagten hinausgeht.

III. Ansicht, wonach neuer Tatsachenvortrag und weitere Beweisaufnahmen unzulässig sind

Was nun den weiteren Tatsachenvortrag betrifft, wurde zu § 91a ZPO die Ansicht entwickelt, er sei stets unzulässig.⁴²⁰ Gleiches gelte erst recht für weitere Beweisaufnahmen.⁴²¹ Diese Ansicht wird damit begründet, dass ansonsten der *bisherige* Sach- und Streitstand verwischt würde und eine Grenze zur *vollständigen* Aufklärung nicht klar zu ziehen sei. Jede *beschränkte* Zulassung neuer Tatsachen und Beweise sei mangels bestimmter Grenze notwendig *willkürlich*, da sie ebenso wenig wie der bisherige Sach- und Streitstand geeignet wäre, eine sachgerechte Entscheidung zu gewährleisten. (Dies könne nur die *vollständige* Sachverhaltsaufklärung, welche jedenfalls nicht zulässig wäre.) Schließlich würde auch jede Zulassung neuen Vortrags (und erst recht neuer Beweise) das Verfahren aufwändiger machen und damit dem Zweck der Prozessbeschleunigung und Vereinfachung zuwider laufen.⁴²²

⁴¹⁷ S. 87.

⁴¹⁸ Dieser Sonderfall ist im Grunde nur bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vorstellbar, nicht jedoch bei § 91a ZPO; denn bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache ist dessen Einwilligung in die Klagerücknahme nicht erforderlich. Im Gegensatz dazu muss der Beklagte für eine Entscheidung nach § 91a ZPO stets mitwirken, sodass ihm vor der Entscheidung regelmäßig bereits rechtliches Gehör gewährt werden muss.

⁴¹⁹ Dazu bereits S. 86.

⁴²⁰ BLAH – Hartmann, § 269, Rn. 41 i.V.m. § 91a, Rn. 112, 114 f.; OLG Karlsruhe NJW-RR 1990, S. 978 (zu § 91a ZPO); weitere Nachweise zu § 91a ZPO bei *Stichelbrock*, S. 434 (dort in Fn. 355).

⁴²¹ Diese Ansicht überträgt OLG Frankfurt, Beschluss v. 30.1.2003 (Az.: 6 W 137/02) auf § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO.

⁴²² Vgl. *Stichelbrock*, S. 434 f. m.w.N.

IV. Ansicht, wonach neuer Tatsachenvortrag beschränkt zulässig ist

Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht, soweit sie neuen Tatsachenvortrag betrifft. Bereits aus dem Gebot, rechtliches Gehör zu gewähren,⁴²³ kann eine – auch von Vertretern der Gegenansicht anerkannte⁴²⁴ – Erweiterung des bisherigen Sach- und Streitstandes um neues Vorbringen resultieren.⁴²⁵ Eine noch weiter gehende Durchbrechung erfährt der bisherige Sach- und Streitstand im Falle einer bloß teilweisen Klagerücknahme: Prozessergebnisse, die aufgrund der Verhandlung über den nicht zurückgenommenen Teil gewonnen werden, müssen auch im Rahmen des Teils der Kostenentscheidung berücksichtigt werden, der sich nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO richtet.⁴²⁶ Damit ist die Ausschließlichkeit des *bisherigen* Sach- und Streitstandes bereits erschüttert.

Doch auch in anderen als diesen Sonderfällen beschränkt § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO die Entscheidung richtigerweise nicht ausschließlich auf den *bisherigen* Sach- und Streitstand. Denn § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ordnet zwar die „Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes“⁴²⁷ an; das impliziert aber gerade, dass der bisherige Sach- und Streitstand (nur) als *eines* von *mehreren* Kriterien des billigen Ermessens gewürdigt werden soll.⁴²⁸ Vor allem das inhaltliche Ziel der Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO – die Kostengerechtigkeit⁴²⁹ – kann es im Einzelfall erforderlich machen, über den bisherigen Sach- und Streitstand weiteren Tatsachenvortrag zuzulassen.⁴³⁰ Die Anordnung zur Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands mag das Gericht von der Pflicht freistellen, den Rechtsstreit stets nach den Regeln des ordentlichen Verfahrens bis zur Entscheidungsreife im Sinne des § 300 Abs. 1 ZPO zu führen.⁴³¹ Das Gericht muss von dieser Ermöglichung jedoch nur insoweit Gebrauch machen, wie es durch sie nicht daran gehindert wird, eine billige Entscheidung zu treffen.⁴³² Dies wird durch den Umstand belegt, dass die Anberaumung einer (weiteren) mündlichen Verhandlung nicht ausgeschlossen, sondern im Gegenteil ins Ermessen des Gerichts gestellt ist (§ 128 Abs. 4 ZPO). Die Klagerücknahme führt also in der Kostenfrage nicht automatisch zum Verhandlungsschluss.⁴³³ Daraus ergibt sich, dass das Gericht neuen Vortrag der Parteien zulassen können muss.

⁴²³ Dazu schon oben, S. 86.

⁴²⁴ Vgl. BLAH – Hartmann, § 91a, Rn. 113.

⁴²⁵ Siehe soeben unter II., S. 112 sowie oben, S. 87.

⁴²⁶ Vgl. dazu ausführlicher unten, S. 137.

⁴²⁷ Hervorhebung nicht im Original.

⁴²⁸ In diese Richtung auch *Stichelbrock*, S. 440 m.w.N. (zu § 91a ZPO).

⁴²⁹ BGH, Beschluss v. 18.11.2003 (Az.: VIII ZB 72/03).

⁴³⁰ So auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 4.4.2003 (Az.: I-9 W 12/03).

⁴³¹ Vgl. *Göppinger*, S. 205 (zu § 91a ZPO).

⁴³² Vgl. *Stichelbrock*, S. 440 m.w.N. (zu § 91a ZPO).

⁴³³ Vgl. *Stichelbrock*, S. 437.

V. Stellungnahme

In der Tat befindet sich das Gericht bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO in einem Spannungsfeld zwischen möglichst sachgerechter Entscheidung und möglichst großer Prozessökonomie. Auftretende Konflikte beider Belange hat es daher durch eine Abwägung zu bewältigen, die keinen der beiden Belange völlig in den Hintergrund treten lässt.⁴³⁴ Dabei wird es gegenüberstellen, ob einerseits die Zulassung neuen Vorbringens verspricht, die Entscheidungsbasis für den Billigkeitsbeschluss zu verbessern und ob diese erwartete Verbesserung andererseits angesichts des durch sie verursachten Aufwands und der (wirtschaftlichen) Bedeutung der Entscheidung gerechtfertigt ist. Die Waagschale ist dadurch zugunsten der Prozessökonomie (und gegen die Zulassung neuen Vortrags) vorbelastet, dass die Kostenentscheidung nach dem Gesetz den Charakter einer Nebenentscheidung hat und nach dem Grundsatz der Einfachheit des Kostenrechts weitere Sachverhaltsaufklärungen alleine um der Kosten willen vermieden werden sollen.⁴³⁵ Demgegenüber kann neuer Vortrag insbesondere dann zuzulassen sein, wenn er Aufschluss über Bestehen oder Umfang eines materiell-rechtlichen Erstattungsanspruchs erwarten lässt. Dessen Berücksichtigung sollte nämlich bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nach der Gesetzesbegründung⁴³⁶ ausdrücklich möglich sein. Hier kann die Beeinträchtigung der Verfahrensökonomie dadurch aufgewogen werden, dass der Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO durch Berücksichtigung materiell-rechtlicher Ansprüche Regressprozesse überflüssig macht und ausschließt.⁴³⁷

Angesichts dieser sachlichen Erwägungen, die den Richter bei der Ausübung des Ermessens, ob neuer Vortrag zuzulassen ist, zu leiten haben, ist die *beschränkte* Berücksichtigung neuen Vortrags keineswegs willkürlich. Im Gegenteil trägt jede Verbreiterung der Entscheidungsbasis dazu bei, dass eine möglichst zutreffende Beurteilung des wahren Sachverhalts umso wahrscheinlicher wird.

⁴³⁴ A.A.: Göppinger, S. 205 f. und Stichelbrock, S. 439, nach denen neues Vorbringen grundsätzlich zu berücksichtigen ist und dem Gericht diesbezüglich *kein* Ermessen zusteht.

Ebenfalls a.A.: Thomas/Putzo – Hüßtege, § 91a, Rn. 46a, nach dem neuer Vortrag nur zur Gewährung rechtlichen Gehörs abgewartet werden muss. In diese Richtung auch Schur KTS 2004, S. 373 (381 f.).

⁴³⁵ Becker-Eberhard, Grundlagen der Kostenerstattung, S. 301.

⁴³⁶ BT-Drs. 14/4722, S. 81.

⁴³⁷ Zur abschließenden Wirkung der Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO hinsichtlich einer auf einen materiell-rechtlichen Ersatzanspruch gestützten Regressklage vgl. unten, S. 143-154.

VI. Zulässigkeit weiterer Beweisaufnahmen

Die gleichen Erwägungen lassen sich auf die Frage weiterer Beweiserhebungen übertragen und sprechen dafür, auch sie nicht von vornherein auszuschließen.⁴³⁸ So sieht es auch die herrschende Meinung zu § 91a ZPO.⁴³⁹ Demnach steht es im Ermessen des Gerichts, ob weitere Beweise erhoben werden oder nicht.⁴⁴⁰ Der gleiche Gedanke ist in § 287 Abs. 1 S. 2 ZPO enthalten, der entsprechend herangezogen werden kann.⁴⁴¹ Eine Beschränkung auf präsente Beweismittel besteht dabei nicht, wenngleich die Verfahrensverzögerung, die nicht-präsente Beweismittel verursachen, gegen ihre Berücksichtigung sprechen wird. Überhaupt wird eine weitere Beweiserhebung vornehmlich nur dann in Betracht kommen, „wenn das Gericht der Auffassung ist, dass der Sach- und Streitstand unter Berücksichtigung [von bestimmten] Wahrscheinlichkeitserwägungen keine der Billigkeit entsprechende Entscheidung zulassen würde, (...).“⁴⁴² Außerdem kann eine Beweisaufnahme aus Gleichheitsgesichtspunkten geboten sein, wenn bislang nur Beweise der gegnerischen Partei erhoben wurden; diese Situation kann sich insbesondere hinsichtlich der Vernehmung von Zeugen stellen.⁴⁴³

VII. Exkurs: Pflicht zur Klärung schwieriger Rechtsfragen

Ein Streit, der ebenfalls von § 91a ZPO her bekannt ist, besteht darüber, ob das Gericht schwierige Rechtsfragen vollständig aufklären muss oder ob es hier einen Ermessensspielraum hat, der es ihm erlaubt, das wahrscheinliche Ergebnis ohne nähere Aufklärung anzunehmen.

Das Schrifttum zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO scheint sich (wie die Rechtsprechung) mehrheitlich der Ansicht anzuschließen, eine vollständige Aufklärung sei nicht geboten.⁴⁴⁴ Dies wird mit dem Gedanken der Prozessökonomie gerechtfertigt.

⁴³⁸ In diesem Sinne auch *Göppinger*, S. 209 (zu § 91a ZPO).

⁴³⁹ Vgl. *Stichelbrock*, S. 433 m.w.N.; BGH NJW 1954, S. 1038.

Dabei kann sich diese h.M. auch auf eine Äußerung aus dem Bundesjustizministerium stützen, die während des Gesetzgebungsverfahrens zum Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit (BGBl. I, 1950, S. 455) darauf hinwies, dass § 91a ZPO prozessökonomisch sinnvolle Beweisaufnahmen zulasse, vgl. *Smid ZJP* 97, S. 245 (270).

⁴⁴⁰ So auch *Stichelbrock*, S. 443 (zu § 91a ZPO).

⁴⁴¹ Vgl. *Göppinger*, S. 197 (zu § 91a ZPO).

⁴⁴² *Göppinger*, S. 209 (zu § 91a ZPO). Dort gibt er noch weitere Gesichtspunkte für die Abwägung an, die hier bereits bei der Frage weiteren Tatsachenvortrags erwähnt worden sind (beispielsweise die Höhe des Streitwerts, die Kosten der Beweiserhebung und ihr Verhältnis zum Streitwert, die Dauer der Verfahrensverzögerung).

⁴⁴³ Vgl. *Göppinger*, S. 211.

⁴⁴⁴ *Elzer* NJW 2002, S. 2006 (2007); *Musielak* NJW 2002, S. 1203 (1206); *Tegeder* NJW 2003, S. 3327 (3328); *Zöller – Vollkommer*, § 91a, Rn. 26a. Aus der Rechtsprechung: LG Berlin NJW-RR 2004, S. 647 (648).

Diese Ansicht überzeugt allerdings nicht: Durch den Hinweis auf den bisherigen Sach- und Streitstand soll das Gericht lediglich von der weiteren *Sachverhalts-*aufklärung befreit werden, nicht jedoch von der Aufklärung von *Rechtsfragen*.⁴⁴⁵ Das Gericht bleibt auch im summarischen Verfahren verpflichtet, Recht zu sprechen; mit einem Ermessen in Rechtsfragen ist das nicht vereinbar.⁴⁴⁶ Es gilt der Grundsatz: „*iura novit curia*“.⁴⁴⁷ Bedenken an der gegenteiligen Ansicht ergeben sich auch daraus, dass die Schwierigkeit einer Rechtsfrage nicht objektiv messbar ist; sie taugt daher nicht als Abgrenzungskriterium.⁴⁴⁸ Schließlich gibt es stets ein über den konkreten Fall hinausgehendes Interesse an der gerichtlichen Klärung von Rechtsfragen; eine Entscheidung kann weiteren Prozessen zuvorkommen.

Entgegen der überwiegenden Ansicht ist daher zu fordern, dass im Rahmen von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auch schwierige Rechtsfragen vollständig aufgeklärt werden.⁴⁴⁹

VIII. Zusammenfassung

Nach der hier vertretenen Ansicht ist weder neuer Tatsachenvortrag noch eine weitere Beweisaufnahme von vorneherein ausgeschlossen. Ob sie allerdings zugelassen werden, steht im pflichtgemäßen Ermessen des entscheidenden Gerichts.⁴⁵⁰

Nachdem das Gericht den Sachverhalt nach den genannten Richtlinien aufgeklärt hat, muss es die Erkenntnisse entsprechend § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO würdigen und, soweit erforderlich und konkrete Anhaltspunkte dies erlauben, durch „Wahrscheinlichkeitsberechnungen und –Erwägungen“⁴⁵¹ ergänzen. Der Sachverhalt muss nicht bis zur Entscheidungsreife aufgeklärt werden. „Vermu-

⁴⁴⁵ Vgl. *Göppinger*, S. 212 und *Stichelbrock*, S. 432 (beide zu § 91a ZPO).

⁴⁴⁶ Vgl. *Stichelbrock*, S. 433 m.w.N. (zu § 91a ZPO).

⁴⁴⁷ Mit diesem Ansatz auch *Kaufmann*, S. 61 f.

⁴⁴⁸ Anschaulich wird dies, wenn man die Ansicht von *Teplitzky*, Kap. 46, Rn. 46 betrachtet: „Bei dieser Prüfung darf auch schwierigen Rechtsfragen nicht ohne weiteres ausgewichen werden; nur in *wirklich* umfangreichen und komplexen Fällen braucht nicht jeder schwierigen Frage in allen Einzelheiten nachgegangen zu werden.“ (Hervorhebung nicht im Original) – Wann ist ein Rechtsfall nicht nur umfangreich und komplex, sondern *wirklich* umfangreich und komplex? Bis in welche Einzelheit muss auch in solchen Fällen einer schwierigen Rechtsfrage nachgegangen werden? Wie *Teplitzky* auch OLG Frankfurt GRUR 1979, S. 808 (809).

⁴⁴⁹ Im Ergebnis ebenso *Harte-Bavendamm – Brüning*, Vor § 12, Rn. 56; *Oberheim*, § 29, Rn. 9 m.w.N.; *MüKo – Lindacher*, § 91a, Rn. 55 m.w.N. (jeweils zu § 91a ZPO).

⁴⁵⁰ Im Ergebnis ebenso *Lindacher* JR 2005, S. 92; *Stein/Jonas – Bork*, § 91a, Rn. 31 f. (zu § 91a ZPO); *Zöller – Vollkommer*, § 91a, Rn. 26 (zu § 91a ZPO).

⁴⁵¹ *Göppinger*, S. 208.

tungen und Unterstellungen⁴⁴⁵² sind dem Gericht allerdings nicht gestattet. Ebenso wenig besteht in schwierigen Rechtsfragen ein Ermessensspielraum; sie sind vollständig zu klären.

Auf diese Weise ermittelt das Gericht die Basis, aufgrund derer anschließend nach billigem Ermessen über die Kostenlast entschieden wird.

F. Ermessensleitende Kriterien

Welche Kriterien schließlich das billige Ermessen zu leiten haben, soll nachfolgend untersucht werden. Dabei können hier nur Leitlinien und Grundzüge der Entscheidung dargestellt werden, da letztlich stets alle Umstände des konkreten Einzelfalls zu würdigen sind.⁴⁵³ Oberste Richtschnur der Entscheidung ist die Billigkeit, wobei »billig« diejenige Entscheidung ist, die der Anschauung aller billig und gerecht Denkenden entspricht.⁴⁵⁴ Letztlich geht es bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO also darum, dass eine (materiell) gerechte Kostenentscheidung getroffen wird.⁴⁵⁵ Dieses Ziel hat die Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO inhaltlich zu bestimmen.

In diesem Punkt gleicht § 269 Abs. 3 S. 3 dem § 91a ZPO, welcher ebenfalls Prozessökonomie und Kostengerechtigkeit bezweckt.⁴⁵⁶ Auf die Ähnlichkeit von § 269 Abs. 3 S. 3 und § 91a ZPO wurde bereits hingewiesen;⁴⁵⁷ sie rechtfertigt es, hinsichtlich der Kriterien für die Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 in weitem Umfang auf die zu § 91a ZPO entwickelten Grundsätze zurückzugreifen – was auch allgemein getan wird.⁴⁵⁸

⁴⁵² Göppinger, S. 208.

⁴⁵³ Vgl. auch v. Hoyningen-Huene, S. 14-26 (insbesondere S. 17, wo v. Hoyningen-Huene die „Billigkeit als Einzelfallgerechtigkeit“ bezeichnet).

⁴⁵⁴ Stickebrock, S. 300; inhaltlich ebenso v. Hoyningen-Huene, S. 17 m.w.N.

⁴⁵⁵ Musielak – Foerste, § 269, Rn. 13 i.V.m. Musielak – Wolst, § 91a, Rn. 1 (m.w.N.), 22; BGH, Beschluss v. 18.11.2003 (Az.: VIII ZB 72/03).

⁴⁵⁶ Musielak – Wolst, § 91a, Rn. 1 m.w.N., 22.

⁴⁵⁷ Vgl. oben, S. 97 f.

⁴⁵⁸ Vgl. z.B. Zöller – Greger, § 269, Rn. 18d, der zum billigen Ermessen auf die Ausführungen von Zöller – Vollkommer, § 91a, Rn. 24 ff. verweist; ebenso Musielak – Foerste, § 269, Rn. 13, der auf Musielak – Wolst, § 91a, Rn. 28 ff verweist und Anders/Gehle, Assessorexamen, Rn. 621a, die auf ihre eigenen Ausführungen zu § 91a ZPO in Anders/Gehle, Assessorexamen, Rn. 596 ff verweisen. Auch Zimmermann, § 269, Rn. 18a verweist für die Ausübung des billigen Ermessens im Rahmen von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO pauschal auf § 91a ZPO.

Für einen inhaltlichen Gleichlauf von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO und § 91a ZPO ferner: Bonifacio MDR 2002, S. 499; Deckenbrock/Dötsch ProZRB 2004, S. 47 (48); Goebel – Gottwald, § 22, Rn. 11; Harte-Bavendamm – Brüning, Vor § 12, Rn. 43 a.E.; Musielak NJW 2002, S. 1203 (1206); ders., Rn. 275a; Teplitzky, Kap. 46, Rn. 40; Zöller – Vollkommer, § 91a, Rn. 47 a.E.; LG Berlin NJW-RR 2004, S. 647; LG Bonn NJOZ 2005, S. 1567

I. Vereinbarung über die Kosten / Anerkenntnis der Kostentragungspflicht

1. Parteivereinbarungen / Anerkenntnisse der Parteien

Haben sich die Parteien außergerichtlich über die Verteilung der Kostenlast geeinigt, dann hat sich der Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO nach der Vereinbarung der Parteien zu richten.⁴⁵⁹ Dies steht im Zusammenhang mit der Parteiherrschaft und schließlich zeigt die Vereinbarung dem Gericht auf, was die an der Entscheidung Interessierten (die Parteien) für ihren Streitfall als gerecht erachten. Zudem bestünde andernfalls die Gefahr, dass ein neuer Rechtsstreit erforderlich wird, weil die außergerichtliche Vereinbarung nicht Grundlage der Kostenfestsetzung sein kann und in der Regel keinen vollstreckbaren Titel darstellt. Hinzu kommt, dass die Gebührenprivilegierung von Nr. 1211 Z.1 KV GVG, auf die die Parteien unter Umständen bauen, nur eintritt, wenn die Entscheidung der Mitteilung der Parteien folgt. Etwas anderes gilt nur, wenn die Unwirksamkeit der Vereinbarung für das Gericht offensichtlich ist. Die grundsätzliche Maßgeblichkeit einer (außergerichtlichen) Parteivereinbarung bestätigt auch der – im Rahmen von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zu beachtende⁴⁶⁰ – Rechtsgedanke von § 93 a Abs. 1 S. 3 ZPO.⁴⁶¹

Ist der Klaganlass aufgrund eines Vergleichs zur Hauptsache weggefallen, ohne dass darin eine Vereinbarung auch über die Kosten getroffen wurde, so kommt der Rechtsgedanke des § 98 S. 2 ZPO zur Anwendung.⁴⁶²

(1568); OLG Dresden OLGR 2004, S. 104; OLG Brandenburg, Beschluss v. 1.3.2005 (Az.: 6 W 171/04).

Noch weiter geht MüKo (Akt.Bd) – *Lüke*, § 269, Rn. 3: „Es greift also die Regelung des § 91a Abs. 1 ein.“ Vgl. auch Hannich/Meyer-Seitz – *Engers*, § 269, Rn. 11: „Damit hat das Gesetz (...) die Kostenregelung des § 91a übernommen, (...)“; AG Wetzlar NJOZ 2003, S. 3017, in dessen Leitsatz es heißt: „Eine Erstattung der Kosten der Rechtsverfolgung kann nach Klagerücknahme auf Antrag im laufenden Verfahren nach § 91a ZPO im Beschlusswege erfolgen“.

Vorsichtiger: *Fischer* MDR 2002, S. 1097, der lediglich davon spricht, dass sich die Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO „an den Kriterien des § 91a orientiert.“

⁴⁵⁹ Stein/Jonas – *Bork*, § 91a, Rn. 35 m.w.N. (zu § 91a ZPO); OVG Berlin NVwZ-RR 1997, S. 754 (zu § 161 Abs. 2 VwGO).

⁴⁶⁰ Dazu unten, S. 126.

⁴⁶¹ So lag der Fall bei OLG Düsseldorf, Beschluss v. 4.4.2003 (Az.: I-9 W 12/03): „Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand entspricht es billigem Ermessen, die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufzuheben (§ 269 Abs. 3 S. 3 ZPO). Insoweit berücksichtigt der Senat die Feststellungsübereinkunft der Parteien vom 5.9.2002, wonach jede Partei die aus diesem Vorgang bereits entstandenen oder künftig noch entstehenden Kosten selber tragen sollte. Der Senat versteht die Kostenregelung dahingehend, dass damit eine Kostenaufhebung i.S.d. § 92 Abs. 1 ZPO gemeint war. (...) Diese Regelung hat im Rahmen der zu treffenden Ermessensentscheidung Vorrang vor anderen Billigkeitserwägungen.“

⁴⁶² BGH NJW-RR 1997, S. 510 (zu § 91a ZPO).

Ebenso ist es jeder Partei möglich, die Kostentragungspflicht einseitig anzuerkennen. Dies zeigt § 307 S. 1 ZPO, der seinem Rechtsgedanken nach auch auf den Streit um die Kosten anwendbar ist. Auch einem solchen Anerkenntnis hat das Gericht ohne weiteres zu folgen.⁴⁶³

2. Sonderfall: gerichtlicher Vergleich über die Kosten

Haben sich die Parteien in einem gerichtlichen Vergleich über die Verteilung der Kostenlast geeinigt haben, so tritt gar die besondere Situation ein, dass das Gericht seine Befugnis, über die Kosten zu entscheiden, verliert. In diesem Fall darf also gar keine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO erlassen werden; stattdessen gilt die Parteivereinbarung, § 98 S. 1 ZPO.

II. Materiell-rechtliche Erstattungsansprüche

1. Ausschließliche Maßgeblichkeit materiell-rechtlicher Ansprüche

Fehlt es an einer Vereinbarung der Parteien über die Kosten (oder an einem einseitigen Anerkenntnis), dann hat das Gericht eigene Erwägungen darüber anzustellen, welche Kostenverteilung im konkreten Fall der Billigkeit entspricht. Oberstes Kriterium ist hierfür zunächst die materielle Rechtslage. Sofern sie die Prozesskosten *erkennbar* einer Partei zuweist (nämlich in Form von materiell-rechtlichen Kostenerstattungs- oder Freistellungsansprüchen⁴⁶⁴), *muss* die Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO dieser Kostenzuweisung entsprechen.

Die materielle Rechtslage gibt in diesem Fall nämlich vor, was in unserer Rechtsordnung als gerecht zu gelten hat. Aspekte, denen die Rechtsordnung im Rahmen des materiell-rechtlichen Anspruchs keine Bedeutung beimisst (die also nicht beispielsweise über § 242 oder § 254 BGB einfließen), dürfen auch bei der Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht berücksichtigt werden.⁴⁶⁵ Es ist nämlich nicht zulässig, dass sich ein einzelnes Gericht über das allgemein als gerecht geltende materielle Recht hinwegsetzt und an dessen Stelle eigene Billigkeitserwägungen setzt. Anders als die prozessrechtlichen Kostentragungsregeln orientiert sich das materielle Recht an der wahren Rechtslage und erlaubt eine differenzierende Würdigung des Einzelfalls. Außerdem wäre nicht einzusehen, warum der Kläger bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO der Gefahr ausgesetzt sein

⁴⁶³ Vgl. Stein/Jonas – Bork, § 91a, Rn. 36 m.w.N. (zu § 91a ZPO); BGH MDR 1985, S. 914; BGH MDR 2004, S. 699 (beide ebenfalls zu § 91a ZPO).

⁴⁶⁴ Vgl. Becker-Eberhard, Grundlagen der Kostenerstattung, S. 52- 120.

⁴⁶⁵ Aus diesem Grund spielt es beispielsweise keine Rolle, wer in der Hauptsache unterlegen wäre und die Kosten nach *prozessrechtlichen* Regeln zu tragen gehabt hätte. Der materiell-rechtliche Kostenerstattungsanspruch hat insofern Vorrang.

sollte, trotz eines vom Gericht erkannten materiell-rechtlichen Anspruchs mit Prozesskosten belastet zu werden, nicht aber bei einer (ebenso möglichen⁴⁶⁶) Änderung in eine Kostenfeststellungsklage.⁴⁶⁷ Das heißt: Ein Ermessensspielraum oder Raum für weitere Billigkeitserwägungen besteht neben der erkennbaren materiellen Anspruchslage nicht, sofern jene die Kosten einer Partei zuweist.⁴⁶⁸

Daraus folgt aber auch: Über die allgemein anerkannte⁴⁶⁹ und auch von der Gesetzesbegründung betonte⁴⁷⁰ *Möglichkeit* zur Berücksichtigung der materiellen Rechtslage hinaus besteht unter bestimmten Voraussetzungen sogar eine *Pflicht* hierzu.⁴⁷¹ Das Gericht hat also an erster Stelle zu prüfen, ob aufgrund der Basis für den Kostenbeschluss eine Entscheidung über materiell-rechtliche Erstattungsansprüche möglich ist und bejahendenfalls zu subsumieren, ob einer Partei tatsächlich ein solcher gegen die andere Partei zusteht. Der Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO stellt, wenn dies geschehen ist, zugleich eine abschließende Entscheidung über diese Ansprüche dar.⁴⁷²

⁴⁶⁶ Es ist allerdings nicht unbestritten, dass neben § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO weiterhin die Möglichkeit besteht, die Klage zu ändern; ausführlich zu diesem Streit unten, S. 161-173.

⁴⁶⁷ Immerhin schließt der Beschluss (nach hier vertretener Ansicht) die erneute Geltendmachung des materiell-rechtlichen Anspruchs aus, wenn in ihm (dem Beschluss) über den materiell-rechtlichen Anspruch entschieden wurde, wie weiter unten (S. 145-154) ausführlich dargelegt wird.

⁴⁶⁸ Unhaltbar wäre daher nach dieser Auffassung die Entscheidung, die das LG Göttingen NdsRpfl. 1949, S. 10 zu § 91a ZPO erlassen hat: Dort war der Beklagte offenbar im Verzug mit seiner Zahlung und erbrachte sie erst im Laufe des Verfahrens. Das LG belastete dennoch den *Kläger* (!) mit den Kosten des Rechtsstreits, weil der Verzug des Beklagten nur „geringfügig und durch die Währungsreform hervorgerufen worden sei (...)“! (zitiert nach *Habscheid* Rpfl. 1955, S. 33 (34)) Eine – auch im Rahmen von § 91a ZPO – unverständliche Entscheidung.

⁴⁶⁹ Vgl. *Deckenbrock/Dötsch* ProzRB 2004, S. 151 (152); *Elzer*, online-Skript Erledigung, Rn. 6, Goebel – *Gottwald*, § 22, Rn. 11; *Hansens* AnwBl. 2002, S. 125 (136); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 128, Rn. 36; *Schneider* ZAP 2001, S. 1063 (1068); *N. Schneider* ZAP 2002, S. 1105 (1116); *Tegeuder* NJW 2003, S. 3327; Musielak – *Foerste*, § 269, Rn. 13; Zöller – *Herget*, Vor § 91, Rn. 12; BGH, Beschluss v. 18.11.2003 (Az.: VIII ZB 72/03); BGH NJW 2005, S. 512 (513).

Zur gegenläufigen Ansicht, die namentlich in der Entscheidung des OLG Hamm FamRZ 1998, S. 444 zu § 91a ZPO vertreten wurde vgl. unten, S. 124.

⁴⁷⁰ BT-Drs. 14/4722, S. 81.

⁴⁷¹ Andeutungen in diese Richtung finden sich auch bei *Elzer* NJW 2002, S. 2006 (2007, dort auch in Fn. 21) sowie *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 128, Rn. 36.

Die Frage ist jedoch umstritten. Sie wird auf S. 121-125 ausführlich behandelt. Hier sei lediglich bereits erwähnt, dass die h.M. (zumindest zu § 91a ZPO) eine Pflicht zur Berücksichtigung materiell-rechtlicher Ansprüche nicht anerkennt, vgl. unten, Fn. 478 auf S. 122

⁴⁷² Dies ist nicht unumstritten; ausführlich dazu unten, S. 143-154.

2. Exkurs: Wann muss und wann darf nicht über materiell-rechtliche Ansprüche entschieden werden?

Aus dem oben Gesagten ergibt sich, dass einerseits materiell-rechtliche Ansprüche von erheblicher Bedeutung für den Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO sein können, dass aber andererseits dieser Beschluss wiederum von erheblicher Bedeutung für die gerichtliche Durchsetzung eben jener Ansprüche sein kann. Darum muss eine Regel dafür gefunden werden, wann genau die materielle Rechtslage mit den aufgezeigten Konsequenzen zu berücksichtigen ist, unter welchen Bedingungen also über materiell-rechtliche Ansprüche entschieden werden *muss* und unter welchen *nicht* über sie entschieden werden *darf*.

a) Pflicht zur Entscheidung über materiell-rechtliche Ansprüche

Über einen materiell-rechtlichen Anspruch *muss* entschieden werden, wenn der Sach- und Streitstand im maßgeblichen Zeitpunkt eine solche Entscheidung zulässt und keine vernünftigen Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass in einem (hypothetischen) Regressprozess neue Tatsachen oder Beweise zu einer abweichenden Beurteilung führen würden. Hiervon muss das Gericht voll überzeugt sein; insofern sind an das Maß der Überzeugung die gleichen Anforderungen wie bei § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO zu stellen. Die Entscheidung kann sowohl im Sinne des Bestehens wie auch des Nichtbestehens des materiell-rechtlichen Anspruchs mit abschließender Wirkung⁴⁷³ ergehen.

Beispiel: Der Beklagte erfüllt nach Klageeinreichung die behauptete und tatsächlich bestehende Kaufpreisforderung des Klägers (§ 433 Abs. 2 BGB), woraufhin dieser die Klage nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zurücknimmt. Der Kläger hatte der Klageschrift eine Kopie des Kaufvertrags beigelegt, in dem für die Leistung unstreitig eine Zeit nach dem Kalender bestimmt war (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB), die bei Klageeinreichung bereits verstrichen war. Der Beklagte äußert sich trotz Gewährung rechtlichen Gehörs überhaupt nicht beziehungsweise nur mit dem Hinweis, die Kaufpreisforderung sei doch inzwischen gezahlt.

In diesem Fall ist nicht ersichtlich, warum ein Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB möglicherweise nicht bestehen sollte. Das Gericht muss den Ersatzanspruch des Klägers aus Verzug daher bei seiner Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO berücksichtigen.

In dieser Pflicht zur Berücksichtigung des materiell-rechtlichen Anspruchs liegt keine Verletzung der Ermessensfreiheit des Gerichts (wenn man ein Ermessen des Gerichts überhaupt bejaht⁴⁷⁴); im Gegenteil, es würde einen Ermessensfehler darstellen, den Anspruch in der Entscheidung unberücksichtigt zu lassen, obwohl aus Sicht des Gerichts eine Entscheidung darüber möglich ist. Denn das

⁴⁷³ Dazu unten, S. 143-154, insbesondere S. 151.

⁴⁷⁴ Vgl. dazu oben, S. 110 mit Nachweisen in Fn. 407.

Bestehen oder Nichtbestehen eines materiell-rechtlichen Ersatzanspruchs ist ein bestimmender Gesichtspunkt der Ermessenserwägungen, wie oben⁴⁷⁵ ausgeführt wurde. Zugleich gebietet die Prozessökonomie, nach Möglichkeit über die materielle Rechtslage zu entscheiden und dadurch Regressklagen zu verhindern.⁴⁷⁶ Das ist sowohl im Interesse des Klägers wie des Beklagten.⁴⁷⁷

aa) Gegenläufige Ansicht der herrschenden Meinung

Anders sieht dies die herrschende Meinung, zumindest bezüglich § 91a ZPO.⁴⁷⁸ Sie sieht zwar die *Möglichkeit*, erkennt jedoch *keine Pflicht* materiell-rechtliche Ansprüche zu berücksichtigen; speziell für § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO kann man als Argument gegen eine Pflicht zur Berücksichtigung materiell-rechtlicher Ansprüche anführen, dass auch die Gesetzesbegründung zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nur von einer *Möglichkeit*, materiell-rechtliche Ansprüche zu berücksichtigen, spricht.⁴⁷⁹

Diese Ansicht überzeugt aber nicht. Das Ziel, eine materiell gerechte Entscheidung zu treffen, kann schlicht dadurch am besten erreicht werden, dass die materielle Rechtslage berücksichtigt wird. Andernfalls wird eine Regressklage erforderlich, um die materielle Rechtslage gegen die prozessuale Kostenentscheidung durchzusetzen.⁴⁸⁰ Vor diesem Hintergrund wäre es ein Verstoß gegen

⁴⁷⁵ S. 119-121.

⁴⁷⁶ In diese Richtung auch *Elzer* NJW 2002, S. 2006 (2007): „...ist zu beachten...“ (Hervorhebung nicht im Original); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 128, Rn. 36: „...ist sogleich mit zu berücksichtigen.“ (Hervorhebung nicht im Original); *Schneider* ZAP 2001, S. 1063 (1068). Nach BGH NJW 2002, S. 680 a.E. ist auch die Entscheidung des OLG Dresden, Urteil v. 22.9.2000 (Az.: 5 U 1008/00) so zu verstehen, dass materiell-rechtliche Ansprüche (stets) zu berücksichtigen sind. Allerdings bleiben Zweifel, ob das OLG Dresden tatsächlich so weit gehen wollte. In seiner Entscheidung heißt es lediglich: „Den Gerichten obliegt es (...), dafür Sorge zu tragen, dass die Kostengrundentscheidung nach § 91a ZPO auf hinreichend tragfähiger Grundlage ergeht und keine der Parteien unbillig benachteiligt. Die materielle Rechtskraft der Kostengrundentscheidung nach § 91a ZPO führt dazu, dass die beschwerte Partei (...) eine nachträgliche Korrektur mit einer späteren Schadensersatzklage nach § 286 Abs. 1 BGB nicht mehr erreichen kann (...).“

⁴⁷⁷ Letzteren Aspekt erkennt auch *Melullis*, Rn. 708 (zu § 91a ZPO).

⁴⁷⁸ *Stein/Jonas – Bork*, § 91a, Rn. 34; *Thomas/Putzo – Hüßtege*, § 91a, Rn. 48 a.E.; *Zöller – Vollkommer*, § 91a, Rn. 24, 28; BGH NJW 2002, S. 680.

Zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO: *Elzer*, online-Skript Erledigung, Rn. 6.

⁴⁷⁹ BT-Drs. 14/4722, S. 81.

⁴⁸⁰ Vgl. BGH NJW 2002, S. 680: „Es ist in der Rechtsprechung des BGH anerkannt, dass eine prozessuale Kostenentscheidung nicht erschöpfend ist, sondern Raum lässt für die Durchsetzung materiell-rechtlicher Ansprüche auf Kostenerstattung, wie sie hier aus Verzug mit der Leistungspflicht aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis geltend gemacht werden (...). Dieser materiell-rechtliche Anspruch kann je nach Sachlage neben die prozessuale

die Prozessökonomie und gegen den Auftrag von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO, Kostengerechtigkeit zu schaffen, wenn nicht sofort über materiell-rechtliche Ansprüche entschieden würde, die auf der Hand liegen.⁴⁸¹

Die Auslegung im Sinne einer unter Umständen bestehenden *Pflicht* zur Berücksichtigung materiell-rechtlicher Ansprüche lässt sich auch mit der Gesetzesbegründung vereinbaren. Deren Anliegen war es nämlich, gerade durch § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zu verhindern, dass Regressprozesse aufgrund materiell-rechtlicher Ansprüche nötig würden.⁴⁸² Dies ist nur gewährleistet, wenn über materiell-rechtliche Ansprüche bereits in der Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO befunden wird. Unter diesem Blickwinkel betrachtet bedeutet die nach der Begründung vorgesehene *Möglichkeit* zur Berücksichtigung materiell-rechtlicher Ansprüche nur, dass dies (unter bestimmten Umständen) rechtlich zulässig sein soll (was bei § 91a ZPO nicht unumstritten ist, vgl. sogleich⁴⁸³) – sie räumt dem Gericht aber kein freies Wahlrecht diesbezüglich ein.⁴⁸⁴

Kostenregelung treten, er kann ihr sogar entgegengerichtet sein, (...).“ Dass dies *immer* gelten muss, führt *Becker-Eberhard* JZ 1995, S. 814 (817) aus.

⁴⁸¹ Ein letzter Einwand sei hier nur am Rande behandelt: Man mag einwenden, die Entscheidung aufgrund eines summarischen Verfahrens könne nie das gleiche Maß an Sicherheit bezüglich ihrer Richtigkeit haben, wie eine Entscheidung aufgrund eines normalen Erkenntnisverfahrens. Daher müsse dem Gericht freigestellt bleiben, von einer (abschließenden) Entscheidung aufgrund des summarischen Verfahrens Abstand zu nehmen.

Allerdings überzeugt auch dies nicht – aus zwei Gründen: Zum einen muss darauf hingewiesen werden, dass vor der Klagerücknahme bereits im Rahmen der Verhandlung zur Hauptsache alles erforderliche für die Beurteilung eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs vorgetragen und bewiesen worden sein kann. Dann besteht kein Unterschied zum normalen Erkenntnisverfahren. Zum anderen garantiert auch das normale Erkenntnisverfahren nicht mit letzter Gewissheit die Richtigkeit der Entscheidung. Auch hier ergeht die Entscheidung nur aufgrund der Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit, § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO. Das gleiche Maß an Überzeugung ist nun aber auch hinsichtlich der gerichtlichen Beurteilung erforderlich, dass das normale Erkenntnisverfahren in Bezug auf den materiell-rechtlichen Anspruch kein anderes Ergebnis bringen würde. Damit ist die Frage der Überzeugtheit vom Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs lediglich vorverlagert – eventuell mit einer vorweggenommenen Beweiswürdigung. Aus subjektiver Sicht des Gerichts spielt es keine Rolle, dass das der Entscheidung zugrunde liegende Verfahren nicht alle Erkenntnismöglichkeiten ausgeschöpft hat, da es (das Gericht) davon überzeugt ist, dass auch das normale Erkenntnisverfahren kein anderes Ergebnis bringen würde. Daher muss es dem Gericht auch nicht freigestellt bleiben, auf eine Berücksichtigung des materiell-rechtlichen Anspruchs zu verzichten.

⁴⁸² Vgl. bereits oben, S. 52 f.

⁴⁸³ Nächste Seite unter bb).

⁴⁸⁴ In diese Richtung auch *Elzer* NJW 2002, S. 2006 (2007, dort in Fn. 21).

bb) Gegenläufige Ansicht des OLG Hamm

Noch weniger überzeugt die Ansicht, die vor allem das OLG Hamm⁴⁸⁵ zu § 91a ZPO vertreten hat und wonach materiell-rechtliche Ansprüche unter keinen Umständen berücksichtigt werden dürfen. Diese Ansicht begründet das OLG damit, dass „eine Vermengung mit materiellrechtlichen Überlegungen (...) zu Zufallsergebnissen führen, nämlich davon abhängen (würde), inwieweit dem Gericht der Streitstoff auch zu Beurteilung eines etwaigen Verzugsschadens bekannt ist.“⁴⁸⁶

Gegen das OLG Hamm ist darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung anhand der Prognose über das wahrscheinliche Unterliegen in der Hauptsache (das das OLG für maßgeblich hält) nicht weniger zufällig ist. Im Gegenteil wird die gerichtliche Entscheidung nach billigem Ermessen umso sicherer und umso weniger zufällig materiell gerecht sein, wenn sie einen eindeutig feststellbaren materiell-rechtlichen Anspruch berücksichtigt. Dies ist prozessökonomisch und dient den Parteien wie dem Gericht gleichermaßen. Nachteile entstehen dadurch nicht.⁴⁸⁷ Es ist daher kein Grund ersichtlich, warum die Vorteile, die die Berücksichtigung materiell-rechtlicher Ansprüche bringt, nicht wahrgenommen werden sollten, wenn dies ohne weiteres möglich ist.

Zumindest für die Möglichkeit, materiell-rechtliche Ansprüche zu berücksichtigen, spricht schließlich auch die Gesetzesbegründung zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO.⁴⁸⁸

Alleine der missliche Umstand, dass die Vorteile, die die Berücksichtigung der materiellen Rechtslage bringt, nicht immer wahrgenommen werden können, rechtfertigt das vom OLG Hamm postulierte generelle Verbot zur Berücksichtigung materiell-rechtlicher Ansprüche nicht.⁴⁸⁹

b) Verbot einer Entscheidung über materiell-rechtliche Ansprüche

Über einen materiell-rechtlichen Anspruch darf jedoch tatsächlich *nicht* entschieden werden, wenn das Gericht nicht davon überzeugt ist, dass in einem (hypothetischen) Regressprozess keine neue Tatsachen oder Beweismittel

⁴⁸⁵ OLG Hamm FamRZ 1998, S. 444; sehr kritisch aber auch MüKo – *Lindacher*, § 91a, Rn. 61 m.w.N.

⁴⁸⁶ OLG Hamm FamRZ 1998, S. 444.

⁴⁸⁷ Die Tatsache, dass über den materiell-rechtlichen Anspruch in einem summarischen Verfahren entschieden wurde, ist schon deshalb kein Nachteil, weil nach oben Gesagten (S. 121; 125) eine Entscheidung über den Anspruch nur dann ergehen darf, wenn hinreichend wahrscheinlich ist, dass ein normales Erkenntnisverfahren kein anderes Ergebnis bringen würde.

⁴⁸⁸ Vgl. bereits oben, S. 120.

⁴⁸⁹ Im Ergebnis ebenso: *Schur* KTS 2004, S. 373 (383).

vorgebracht würden, die zu einer von der bisherigen Beurteilung abweichenden Entscheidung führen würden. Die Gefahr, den Anspruch zu Unrecht zu bejahen oder zu verneinen und dadurch Rechte der jeweils beschwerten Partei zu verletzen, ist in diesem Fall zu groß, als dass sie durch die Prozessökonomie gerechtfertigt werden könnte.⁴⁹⁰

Immerhin kann beispielsweise der Beklagte eine zu Unrecht aufgrund eines nur vermeintlich bestehenden materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs des Klägers bejahte Kostentragungspflicht nicht im Wege einer Regressklage korrigieren, wenn ihm nicht ausnahmsweise ein eigener Kostenerstattungsanspruch gegen den Kläger zusteht. Aber auch der Kläger kann einen tatsächlich bestehenden Erstattungsanspruch nicht mehr ohne weiteres durchsetzen, wenn er im Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zu Unrecht verneint wurde, weil dieser Beschluss insofern abschließend wirkt.⁴⁹¹

Es sei an dieser Stelle jedoch noch einmal daran erinnert, dass es im Ermessen des Gerichts steht, im laufenden Verfahren neuen Vortrag und weitere Beweisaufnahmen zuzulassen.⁴⁹² Auf diese Weise kann es versuchen, seine Zweifel am Bestehen oder Nichtbestehen eines materiell-rechtlichen Anspruchs auszuräumen, um über den Anspruch entscheiden zu können. Allerdings muss es dabei immer abwägen, inwieweit hierdurch die Prozessökonomie des laufenden Verfahrens beeinträchtigt wird.⁴⁹³ Das gewährleistet, dass der Zweck des summarischen Verfahrens nicht konterkariert wird. Es soll ja (in der Regel) gerade kein vollständiges Erkenntnisverfahren bezüglich materiell-rechtlicher Kostenerstattungsansprüche darstellen. Die Befürchtung von *Elzer*,⁴⁹⁴ § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO könne das Gericht verpflichten, in *jedem* Falle über materiell-rechtliche Ansprüche zu entscheiden und zu diesem Zweck den Sachverhalt weiter aufzuklären, trifft daher nicht zu.

III. Hypothetische prozessrechtliche Kostentragungspflicht

Kommt nach dem soeben Gesagten eine Berücksichtigung materiell-rechtlicher Ansprüche nicht in Betracht oder stellt das Gericht fest, dass solche Ansprüche nicht bestehen, dann müssen andere Erwägungen das Ermessen leiten. Welche

⁴⁹⁰ Zumal die Belange der Prozessökonomie auch bei Ausklammerung der Entscheidung über materiell-rechtliche Ansprüche nicht völlig in den Hintergrund treten: Schließlich ergeht die Entscheidung nach einem nur summarischen Verfahren, das trotzdem Streitbeendend wirken kann, nämlich, wenn sich die Parteien mit der Entscheidung zufrieden geben.

Im Ergebnis wie hier: *Anders/Gehle*, Assessorexamen, Rn. 598 (zu § 91a ZPO).

⁴⁹¹ Dazu ausführlich unten, S. 143-154.

⁴⁹² Vgl. oben, S. 111-114.

⁴⁹³ Auch hierzu bereits oben, S. 111-114.

⁴⁹⁴ *Elzer* NJW 2002, S. 2006 (2007, dort in Fn. 21).

dies sind, beruht zum Teil auf allgemein Überlegungen (dazu nachfolgend unter IV.⁴⁹⁵); Zum Teil lassen sie sich der Zivilprozessordnung unmittelbar entnehmen: die §§ 91–101,⁴⁹⁶ 281 Abs. 3 S. 2, 344 ZPO enthalten gesetzgeberische Grundprinzipien der prozessualen Kostenverteilung und sind mithin auch bei den Erwägungen zur Kostenverteilung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO beachtlich.⁴⁹⁷ Mit den (etwas engeren) Worten von *Stickelbrock*⁴⁹⁸: „Sowohl § 93 ZPO, als auch die §§ 95 ff. ZPO (...) sind damit gesetzliche [sic!] normierte „Billigkeitsgrundsätze“ zur Erzielung einer gerechten Kostenentscheidung.“ Sie spiegeln das bestimmende Prinzip der Kostenverteilung wider: die Frage nach der (vorwerfbaren) Kostenveranlassung.⁴⁹⁹ Die Heranziehung der prozessualen Kostentragungsregeln ist im Rahmen von § 91a ZPO allgemein anerkannt.⁵⁰⁰ Ihre Maßgeblichkeit bringt der Wortlaut des Gesetzes dadurch zum Ausdruck, dass es die Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes anordnet.⁵⁰¹ Kläger und Beklagter sollen gegenüber einem streitigen Urteil durch die Klagerücknahme weder begünstigt noch benachteiligt werden.⁵⁰² Das bedeutet: Es ist zunächst aufgrund des (eventuell erweiterten) bisherigen Sach- und Streitstandes eine Wahrscheinlichkeitsbetrachtung darüber anzustellen, wer welche Kosten zu tragen gehabt hätte, wenn nach Durchführung des regulären Erkenntnisverfahrens streitig über die Hauptsache entschieden worden wäre.⁵⁰³ Ein eventuell erledigendes Ereignis als Ursache des Anlasswegfalls ist hierbei freilich außer Betracht zu lassen. Nach dem gefundenen Ergebnis hat sich – vorbehaltlich der unter IV.⁵⁰⁴ genannten Kriterien – auch die Kostenverteilung nach billigem Ermessen zu richten.

⁴⁹⁵ S. 129-135.

⁴⁹⁶ Ausgenommen § 91a ZPO, bei dem eine Entscheidung über die Hauptsache gerade nicht ergeht und § 99 ZPO, der lediglich die Anfechtung von Kostenentscheidungen regelt, ohne Aussagen zur Kostenverteilung zu machen.

⁴⁹⁷ Pantle/Kreissl, Rn. 534.

Speziell für § 281 Abs. 3 S. 2 ZPO: OLG Hamm, Beschluss v. 26.8.1985 (Az.: 4 W 91/85) (zu § 91a ZPO).

Speziell für § 344 ZPO: *Deckenbrock/Dötsch* ProZR 2004, S. 151 (152); OLG München, ProZR 2004, S. 151.

⁴⁹⁸ *Stickelbrock*, S. 431.

⁴⁹⁹ Vgl. *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung, S. 291.

⁵⁰⁰ Vgl. nur Musielak – *Wolst*, § 91a, Rn. 23; *Pape/Notthoff* JuS 1995, S. 1016 (1017); Stein/Jonas – *Bork*, § 91a, Rn. 33 m.w.N.; Thomas/Putzo – *Hüßtege*, § 91a, Rn. 48; OLG Hamm FamRZ 1991, S. 830.

⁵⁰¹ *Göppinger*, S. 138 (zu § 91a ZPO).

⁵⁰² In diese Richtung auch *Anders/Gehle*, Assessorexamen, Rn. 596 (zu § 91a ZPO).

⁵⁰³ Stein/Jonas – *Bork*, § 91a, Rn. 33 m.w.N. (zu § 91a ZPO).

⁵⁰⁴ S. 129-135.

1. Insbesondere der Gedanke des § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO

Nach dem Gedanken von § 91 ZPO hat daher grundsätzlich diejenige Partei die Kosten zu tragen, die in der Hauptsache wahrscheinlich unterlegen wäre, wäre der Anlass nicht weggefallen und die Klage nicht zurückgenommen worden.⁵⁰⁵ Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass derjenige in vorwerfbarer Weise Anlass für den Rechtsstreit gegeben hat, der in ihm unterliegt beziehungsweise unterlegen wäre.⁵⁰⁶

2. Exkurs: Klage vor unzuständigem Gericht

Der soeben dargestellte Grundsatz steht allerdings in Frage, wenn sich ergibt, dass der Kläger hypothetisch (nur) deshalb unterlegen wäre, weil er die Klage bei einem unzuständigen Gericht erhoben hat. Diese Fallgestaltung ist von § 91a ZPO her bekannt, ihre Behandlung ist umstritten.

Zum Teil⁵⁰⁷ spricht man sich dafür aus, den Kläger einfach als hypothetisch Unterliegenden zu behandeln und daher mit den Kosten zu belasten.

Diese Auffassung überzeugt jedoch nicht. Schließlich hat das Gericht den bisherigen Sach- und Streitstand durch Wahrscheinlichkeitsüberlegungen zu ergänzen. Daher muss es auch erwägen, ob der Kläger einen Verweisungsantrag hätte stellen können und dies noch getan hätte oder ob die Zuständigkeit noch nach § 38 (durch Gerichtsstandsvereinbarung) beziehungsweise nach § 39 S. 1 ZPO (infolge rügeloser Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache) begründet worden wäre. Hält das Gericht einen dieser Fälle für wahrscheinlich, muss es die Unzuständigkeit für die Zwecke der Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO außer Betracht lassen.⁵⁰⁸ Allerdings hat der Kläger solche Mehrkosten, die ausschließlich aufgrund der Klageerhebung vor einem unzuständigen Gericht angefallen sind, nach dem Rechtsgedanken von § 281 Abs. 3 S. 2 ZPO (und von

⁵⁰⁵ *Elzer* NJW 2002, S. 2006 f.; *BLAH – Hartmann*, § 269, Rn. 41 i.V.m. § 91a, Rn. 112 (dort m.w.N. zu § 91a ZPO); *Zöller – Greger*, § 269, Rn. 18d i.V.m. § 91a, Rn. 24; AG Bremen, Beschluss v. 5.9.2003 (Az.: 7 C 145/2003).

⁵⁰⁶ Vgl. *BLAH – Hartmann*, Übersicht § 91, Rn. 27; *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung, S. 292.

⁵⁰⁷ *Stein/Jonas – Bork*, § 91a, Rn. 30 m.w.N.; OLG Brandenburg NJW-RR 1996, S. 955 m.w.N. (jeweils zu § 91a ZPO).

⁵⁰⁸ Dies stellt gegenüber dem eventuell mit Prozesskosten zu belastenden Beklagten keinen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (gesetzlicher Richter) dar, da das erkennende Gericht nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO der gesetzliche Richter für die zu treffende Kostenentscheidung ist.

Wie hier: *Emde* MDR 1995, S. 239; *MüKo – Lindacher*, § 91a, Rn. 57; OLG Stuttgart MDR 1989, S. 1000 (beide zu § 91a ZPO).

§ 17b Abs. 2 S. 2 GVG) zu tragen, der ebenfalls eine Ausprägung des Veranlassungsprinzips ist.⁵⁰⁹

Eine Verweisung der bereits zurückgenommenen Klage an das für die Hauptsache eigentlich zuständige Gericht, damit dieses über die Kosten entscheide, kommt nicht in Betracht,⁵¹⁰ das Gericht, bei welchem die zurückgenommene Klage anhängig war, ist schließlich für die Entscheidung über die Kosten dieses Rechtsstreits zuständig. Auch eine Verweisung zwecks anschließender Rücknahme verbietet sich, da dies bloß zusätzlichen Aufwand und Kosten verursachen würde.

IV. Weitere Erwägungen

Anders als in den unter I. und II.⁵¹¹ behandelten Fällen (Vereinbarung über die Kostentragung, Anerkenntnis der Kostentragungspflicht, Zuweisung der Prozesskosten an eine Partei durch die materiell-rechtliche Anspruchslage) ist neben der Anwendung der prozessrechtlichen Regeln auf den hypothetisch zu Ende gedachten Rechtsstreit in der Hauptsache Raum für weitere sachliche Erwägungen. Solche weiteren Erwägungen können auch dann eine Rolle spielen, wenn der hypothetische Prozessausgang nicht mit einem so hohen Maß an Wahrscheinlichkeit prognostiziert werden kann, dass es für sich danach richtende Kostenbelastung ausreichen würde.

Das ergibt sich daraus, dass das Gericht „nach billigem Ermessen“ zu entscheiden hat. Darin ist der Auftrag enthalten, den konkreten Einzelfall in seiner Gesamtheit unter *allen* sachlich bedeutsamen Gesichtspunkten zu würdigen.⁵¹² Die typisierten prozessrechtlichen Kostentragungsregeln erlauben dies alleine nicht. Die in ihnen zum Ausdruck kommenden Prinzipien erfordern es, noch weitere Aspekte des Sachverhalts zu berücksichtigen. So spielt es allgemein eine Rolle, ob eine Partei bestimmte Kosten (in vorwerfbarer Weise) verursacht hat, sodass sie ihr zurechenbar sind.

Ein abschließender Katalog von Kriterien lässt sich allerdings nicht angeben, da es immer auf die Umstände des konkreten Einzelfalls ankommt. Daher können

⁵⁰⁹ So auch *Emde* MDR 1995, S. 239 (dort in Fn. 12); *Harte-Bavendamm – Brüning*, Vor § 12, Rn. 63; *Shen*, S. 150; *Musielak – Wolst*, § 91a, Rn. 11 (alle zu § 91a ZPO).

⁵¹⁰ In diesem Punkt mit gleichem Ergebnis: *Stein/Jonas – Bork*, § 91a, Rn. 30 m.w.N. auch zur Gegenauffassung (jeweils zu § 91a ZPO).

⁵¹¹ S. 117 ff. und S. 119-125.

⁵¹² Vgl. *Göppinger*, S. 214 (zu § 91a ZPO).

neben den nachfolgend aufgezeigten, typischen Aspekten auch andere, hier nicht behandelte, entscheidungserheblich werden.⁵¹³

1. Klageveranlassung durch den Beklagten

Hat etwa der Beklagte in vorwerfbarer Weise Anlass zur Einreichung der Klage gegeben, so spricht dies dafür, ihn mit den Kosten zu belasten. Das lässt sich auf das Veranlassungsprinzip zurückführen und findet auch in den Rechtsgedanken der §§ 93, 93d ZPO eine Entsprechung. Es gilt auch unabhängig davon, ob die Klage in der Hauptsache begründet gewesen wäre.⁵¹⁴ Dem Beklagten kann auch bei unbegründeter Hauptsache eine Mitverantwortlichkeit an der Kostenentstehung zukommen, wenn er sich im Vorfeld der Klageeinreichung zweideutig verhalten oder zumutbare Anstrengungen zur Vermeidung der Klage unterlassen hat.

2. Kennen-müssen des Anlasswegfalls

Wenn andererseits der Kläger den Anlasswegfall schon vor Einreichung der Klage hätte kennen müssen (sei es, dass der Anlass schon vor der Einreichung weggefallen war, sei es, dass der Wegfall noch vor der Zustellung an den Beklagten zu erwarten war⁵¹⁵), so trägt er spätestens ab dem Zeitpunkt des Kennen-müssens eine (Mit)Verantwortung an der Entstehung danach anfallender Kosten. Dies rechtfertigt eine (teilweise) Kostenbelastung des Klägers, da ihm vorwerfbar ist, dass er die Kostenentstehung nicht verhindert hat oder anders gewendet: in vorwerfbarer Weise (mit-)veranlasst hat.

Beispiel: Der Beklagte befindet sich im Verzug, weshalb der Kläger einen Rechtsanwalt mit der Klageerhebung beauftragt. Der vom Beklagten zu zahlende Betrag wird danach dem Konto des Klägers zwei Tage vor Klageeinreichung gutgeschrieben, was der Kläger jedoch nicht bemerkt, weil er seine Kontoauszüge nicht durchsieht. Daher reicht sein Anwalt die Klage noch ein.

Hier wird der Kläger mit den Kosten zu belasten sein, ausgenommen der 0,8fachen Verfahrensgebühr nach Nr. 3100, 3101 Nr. 1 VV RVG für seinen Anwalt, die bereits mit dessen Beauftragung angefallen ist und durch Verhinderung der Klageeinreichung nicht entfallen

⁵¹³ Eine detaillierte Darstellung zu berücksichtigender Gesichtspunkte findet sich bei *Göppinger*, S. 219-243 (zu § 91a ZPO).

⁵¹⁴ A.A. scheint *Gehrlein*, online-Skript Intensivkurs, S. 7 der eine Kostenbelastung des Beklagten nur bei ursprünglich begründetem Hauptsacheanspruch für möglich hält – er spricht nur von Fällen der „Erledigung“ – allerdings ohne nähere Begründung.

⁵¹⁵ Für einen solchen Fall vgl. BGH NJW 1982, S. 1598, wenn man unterstellt, dass vorauszusehen war, dass Rechte in Abteilungen II und III des Grundbuches nicht bestehen bleiben würden.

wäre. Insoweit steht dem Kläger nämlich ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB zu.

Hierher rechnet auch der Fall der mutwillig erscheinenden Klage, deren Zwecklosigkeit oder Überflüssigkeit der Kläger von Anfang an hätte kennen müssen; auch in diesen Fällen sind die Kosten des Rechtsstreits grundsätzlich dem Kläger aufzuerlegen.

3. Kosten wegen nicht unverzüglicher Abgabe der Rücknahmeerklärung

Oben⁵¹⁶ war bereits dargelegt worden, dass die Rücknahmeerklärung seit dem 1. September 2004 nicht mehr *unverzüglich* abgegeben werden muss, damit eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zulässig ist. Auch im Rahmen der Billigkeitserwägungen ist es zunächst unbeachtlich, wenn die Rücknahme verspätet erklärt wird. Etwas anderes gilt nur, wenn ursächlich wegen der Verspätung zusätzliche, vermeidbare Kosten angefallen sind. Diese Kosten dürfen nicht automatisch dem hypothetisch Unterliegenden auferlegt werden; sie hat ihr Verursacher, also stets der Kläger, zu tragen.⁵¹⁷ Das ergibt sich aus einer konsequenten Anwendung des Veranlassungsprinzips und lässt sich dem Rechtsgedanken von § 344 ZPO entnehmen.

Beispiel: Der klägerische Anwalt gibt die Rücknahmeerklärung erst in der (ersten) mündlichen Verhandlung ab, obwohl er sie ebenso schriftsätzlich unmittelbar vor dem Aufruf der Sache im Sitzungsraum (= Entstehungszeitpunkt der Terminsgebühr nach Nr. 3104 VV RVG)⁵¹⁸ hätte abgeben können. Infolgedessen fällt sowohl beim Kläger als auch beim Beklagten eine Gebühr nach Nr. 3104 VV RVG, berechnet aus dem Streitwert der Hauptsache, an.

Diese Kosten sind dem Kläger aufzuerlegen. Wenn allerdings ohnehin wegen der Kostenverteilung noch mündlich verhandelt wird, dann gilt das nur insoweit, wie die bereits entstandenen Terminsgebühren jene übersteigen, welche die mündliche Verhandlung über die Kosten verursacht hätte, wenn der Gebührentatbestand von Nr. 3104 VV RVG durch diese Verhandlung erstmalig verwirklicht worden wäre. Denn der Teil der Terminsgebühren, welcher auch bei rechtzeitiger Rücknahme jedenfalls aufgrund der Verhandlung über den Kostenpunkt angefallen wäre, kann dem Kläger nicht aufgrund seiner verspäteten Rücknahme zugerechnet werden.

Konkret: wegen verspäteter Rücknahme der Klage (Streitwert: € 10000) kommt es noch zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache. Daher fallen insgesamt € 1353,02 Terminsgebühren an. Nach der Rücknahme wird im Rahmen des Verfahrens nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO

⁵¹⁶ S. 103.

⁵¹⁷ So ausdrücklich die Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des JuMoG, BT-Drs 15/1508, S. 18; *Deckenbrock/Dötsch* JurBüro 2003, S. 568 (571); *Jungbauer* JurBüro 2005, S. 344 (346); *Knauer/Wolf* NJW 2004, S. 2857 (2858); bereits vor dem JuMoG für diese Lösung: *Tegeger* NJW 2003, S. 3327 (3328).

⁵¹⁸ *Hartmann*, Nr. 3104 VV RVG, Rn. 4.

ebenfalls noch einmal mündlich verhandelt. Dafür fallen (wegen § 15 Abs. 2 S. 1 RVG) keine weiteren Terminsgebühren an. – Hier können dem Kläger *wegen* seiner *verspäteten* Rücknahme nur € 904,80 auferlegt werden. Denn € 448,22 Terminsgebühr wären auch bei rechtzeitiger Rücknahme vor der mündlichen Verhandlung über die Hauptsache angefallen und zwar für die mündliche Verhandlung über die Kosten.

Ein Sonderfall liegt vor, wenn der Kläger es versäumt hat, die Rücknahme der Klageeinreichung noch vor oder gleichzeitig mit Eingang der Klageschrift bei Gericht zu erklären, obwohl ihm dies möglich gewesen wäre. Wie oben⁵¹⁹ ausgeführt wurde, wären keine Gerichtskosten für die eingereichte Klage angefallen, wenn der Kläger rechtzeitig gehandelt hätte. Die wegen der Verzögerung der Rücknahmeerklärung angefallenen Gerichtskosten dürfen dem Beklagten dann nur insoweit auferlegt werden, wie sie ihm auch aufzuerlegen gewesen wären, wenn der Kläger von vorneherein auf Ersatz seiner bisherigen außergerichtlichen Kosten geklagt hätte. Darüber hinausgehende Gerichtskosten hat der Kläger selbst zu tragen.

4. Verursachung des Anlasswegfalls

Grundsätzlich ist unbeachtlich, aus wessen Sphäre die Ursache des Anlasswegfalls stammt,⁵²⁰ da die Kosten des Rechtsstreits nicht durch den Anlasswegfall verursacht worden sind. Allerdings kann die Verursachung des Anlasswegfalls ausnahmsweise insofern Bedeutung für die Kostenverteilung erlangen, als (indirekt) wegen des Anlasswegfalls keine vollständige Sachverhaltsaufklärung mehr erfolgt. Hat eine Partei diese Situation *willkürlich* herbeigeführt, so ist sie hinsichtlich der Kostenbelastung weniger schutzwürdig als die Gegenpartei. Daher kann es gerechtfertigt sein, ihr die Kosten aufzuerlegen.⁵²¹

5. Nicht: soziale, wirtschaftliche, verwandtschaftliche oder persönliche Merkmale

Keine Rolle dürfen hingegen soziale, wirtschaftliche, verwandtschaftliche oder persönliche Merkmale der Parteien spielen.⁵²² Diese Kriterien sind nach den

⁵¹⁹ S. 98 f.

⁵²⁰ So auch Thomas/Putzo – *Hüßtege*, § 91a, Rn. 48 (zu § 91a ZPO).

⁵²¹ Musielak – *Wolst*, § 91a, Rn. 23 (zu § 91a ZPO) für den Kläger; ebenso MüKo – *Lindacher*, § 91a, Rn. 40 (zu § 91a ZPO) m.w.N.

⁵²² So auch *Göppinger*, S. 214 (zu § 91a ZPO); *Schneider* MDR 1962, S. 827 f.; *Stickelbrock* S. 431 (dort in Fn. 336).

A.A.: LG Traunstein MDR 1962, S. 827 (für Berücksichtigung der wirtschaftlichen Stellung der Parteien); AG Wittlich, Beschluss v. 24.3.1954 (Az.: 4 C 34/54) [unveröffentlicht,

Prinzipien der ZPO grundsätzlich sowohl für die Hauptsacheentscheidung als auch für die Kostenentscheidung unbedeutend.

Eine Ausnahme ist allerdings bei der Rücknahme eines Scheidungsantrags zu machen. Hier kann berücksichtigt werden, ob die Kostenverteilung eine der Parteien in ihrer Lebensführung unverhältnismäßig beeinträchtigen würde (Rechtsgedanke des § 93a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 ZPO).⁵²³ Es ist nämlich kein Grund ersichtlich, warum das Gesetz die wirtschaftliche Situation im Falle der (erfolgreichen) Scheidung für ein beachtliches Billigkeitskriterium halten sollte, nicht aber bei einer Rücknahme des Scheidungsantrags.⁵²⁴ Freilich dürfte es sich hierbei um einen praktisch sehr selten vorkommenden Ausnahmefall handeln.

6. Ausgelassene Kostenminderung

Aus dem Veranlassungsprinzip lässt sich allgemein herleiten, dass jeder Partei die Kosten auferlegt werden können, deren zusätzliche Entstehung sie hätte vermeiden müssen.

Beispiel: Wenn der Kläger eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO herbeiführt, können ihm die Mehrkosten gegenüber einer Rücknahme nach S. 2 (das sind mindestens zwei Gerichtsgebühren, vgl. Nr. 1211 Z. 1 KV RVG) auferlegt werden, wenn der Beklagte fest zugesichert hatte, die Kosten, die den Kläger bei einer Rücknahme nach S. 2 getroffen hätten, zu übernehmen.⁵²⁵

7. Kein Grundsatz der Belastung des Klägers

Aus dem Grundsatz von § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 ZPO wird zum Teil hergeleitet, dass bei S. 3 im Zweifel der Kläger die Kosten zu tragen habe,⁵²⁶ weil S. 3 nur eine Ausnahme von S. 2 Hs. 1 sei. Der Kläger steht immerhin als Veranlasser

zitiert nach *Habscheid* RpfL 1955, S. 33 (34)] (für Berücksichtigung verwandtschaftlicher Beziehungen der Parteien) – beide Entscheidungen zu § 91a ZPO.

⁵²³ So auch *Zöllner – Vollkommer*, § 91a, Rn. 25 a.E. (zu § 91a ZPO).

⁵²⁴ Der Grund, aus dem *BLAH – Hartmann*, § 93a, Rn. 5 die Anwendung von § 93a Abs. 1 S. 2 bei der Rücknahme eines Scheidungsantrags nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO ablehnt, ist nicht auf die Anwendung im Rahmen von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO übertragbar. *Hartmann* meint, um den klaren Wortlaut von § 93a Abs. 1 ZPO nicht umhin zu können, der den Fall der Rücknahme nicht nennt. Dieses Problem stellt sich jedoch nicht, wenn man die Wertung von § 93 a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 ZPO im Rahmen der Entscheidung nach billigem Ermessen heranzieht, da dieser Ausdruck von vorneherein der Ausfüllung mit konkreteren Maßstäben bedarf.

⁵²⁵ *Musielak – Wolst*, § 91a, Rn. 23 (zu § 91a ZPO); vgl. auch LG Hamburg MDR 2002, S. 540.

⁵²⁶ *Zöllner – Greger*, § 269, Rn. 18e; mit dieser Tendenz auch LG Bonn NJOZ 2005, S. 59 und ähnlich OLG Frankfurt, Beschluss v. 30.01.2003 (Az.: 6 W 137-02).

der Kosten des Rechtsstreits sicher fest, weil er die Klage nun einmal eingereicht hat. Zum Teil wird auch angeführt, im Zweifel sei der Kläger zu belasten, weil der Beklagte nicht verhindern könne, dass über die Kosten im summarischen Verfahren entschieden wird. Daraus folge, dass Zweifel, die sich aus diesem Verfahren ergeben, nicht zu seinen Lasten gehen dürfen.

Dem ist jedoch richtigerweise nicht zu folgen. Was das Argument aus § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 ZPO anbelangt, ist Folgendes entgegenzuhalten: § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bezweckt eine *materiell* gerechte Einzelfallentscheidung; die Akte der Klageeinreichung und der Klagerücknahme sind rein *formaler* Natur. Allein aus ihrer Vornahme kann dem Kläger kein Vorwurf für die Entstehung der Kosten des Rechtsstreits gemacht werden. Dafür müssten weitere Umstände wie etwa die Unbegründetheit der Klage hinzukommen. Ohne solche Umstände bleibt die Klageeinreichung neutral. Sie taugt nicht als Kriterium für die Kostenbelastung innerhalb der an materieller Gerechtigkeit auszurichtenden Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO. Das zeigt sich auch daran, dass die Tatsache der Klageeinreichung kein Kriterium innerhalb der prozessrechtlichen Kostentragungsregeln der §§ 91 ff ZPO ist. § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 ZPO knüpft die Kostentragungspflicht an die formale Klageeinreichung,⁵²⁷ weil dies dort von vorneherein der einzige mögliche Anknüpfungspunkt ist; eine Bewertung des Einzelfalls unter Billigkeitsgesichtspunkten findet ebenso wenig wie eine Entscheidung beziehungsweise Prognose über die (hypothetische) prozessrechtliche Kostentragungspflicht nach §§ 91 ff ZPO statt. Wegen dieser Unterschiede schon *in der Natur der Entscheidung* von § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 und Abs. 3 S. 3 ZPO ist im Rahmen von S. 3 kein Rekurs auf den Grundsatz von S. 2 Hs. 1 zulässig.

Dafür spricht des Weiteren, dass ein Rekurs auf § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 den beabsichtigten Gleichlauf von § 269 Abs. 3 S. 3 und § 91a ZPO stören würde. Schließlich vertritt im Rahmen von § 91a ZPO niemand, im Zweifel seien die Kosten dem Kläger aufzuerlegen.⁵²⁸ Ein solcher Grundsatz ließe sich im Rahmen von § 91a ZPO auch gar nicht rechtfertigen.

Auch das Argument aus der Machtlosigkeit des Beklagten, das summarische Verfahren zu verhindern, überzeugt nicht. Zunächst einmal kann es nur bei der Rücknahme vor Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache gelten. Aber auch hier würde man den Kläger aus rein formalen Gründen belasten, wenn man im Zweifel gegen ihn entscheiden wollte. Eine solche Belas-

⁵²⁷ Musielak – Foerste, § 269, Rn. 11.

⁵²⁸ Im Gegenteil vertritt Smid ZJP 97, S. 245 (301-305) die Ansicht, im Zweifel habe der Beklagte die Kosten zu tragen, dazu sogleich ausführlich, S. 134-136.

tung der Waagschale zu Ungunsten einer Partei lässt sich nicht mit einer billigen Entscheidung vereinbaren, denn das setzt voraus, dass keine Partei bevorzugt wird. Zwar hat es der Kläger tatsächlich in der Hand, das summarische Verfahren herbeizuführen; dieses Mittel ist ihm jedoch aus Gründen der Prozessökonomie gegeben, welche nicht alleine in seinem Interesse liegt, sondern auch im Interesse des Beklagten und der Allgemeinheit. Entscheidet sich der Kläger für die im Interesse aller liegende Prozessökonomie, dann darf das nicht zu seinen Lasten gehen.

Im Ergebnis lässt sich daher für § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO keine Regel aufstellen, wonach die Kosten des Rechtsstreits im Zweifel dem Kläger aufzuerlegen wären.

8. Kein Grundsatz der Belastung des Beklagten

Ebenso wenig gibt es einen Grundsatz, wonach im Zweifel der Beklagte mit den Kosten zu belasten sei. Die Ansicht von *Smid*,⁵²⁹ wonach dies bei § 91a ZPO der Fall ist, wird dort zu Recht abgelehnt.⁵³⁰ Noch weniger überzeugt sie bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO:

Smid begründet seine Auffassung damit, dass der Kläger keine Alternative zur Erledigterklärung habe, während der Beklagte nicht gezwungen sei, für erledigt zu erklären, weil ihm ein Erledigungsstreit oder § 93 ZPO zu Gebote stünden.⁵³¹ Schließt sich der Beklagte trotz seiner Alternativen dem Kläger an, so sei dies als „*Abstandnahme von der ihm möglichen weiteren Verteidigung*“ zu interpretieren⁵³² und gehe im Zweifel zu seinen Lasten.

Die von *Smid* im Zweifelsfalle befürwortete Entscheidung gegen den Beklagten beruht auf einer unzulässigen Unterstellung. *Smid* meint, die Erledigterklärung des Beklagten (beziehungsweise auf § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO übertragen: die Einwilligung in die Klagerücknahme) bringe im Zweifel zum Ausdruck, dass er die Kosten in vorwerfbarer Weise verursacht habe. Für diese Unterstellung gibt es aber in den Fällen, in denen die Vermutung angewandt werden soll, naturgemäß keine weiteren Anhaltspunkte außer der bloßen Erledigterklärung (respektive Einwilligung) – andernfalls läge kein Zweifelsfall vor, sondern ließe sich eine Kostenbelastung des Beklagten bereits direkt an diese Anhaltspunkte anknüpfen. *Smid* verkennt, dass hinter der Prozesshandlung des Beklagten mindestens eben-

⁵²⁹ *Smid* ZZP 97, S. 245 (301-305).

⁵³⁰ Vgl. etwa *Shen*, S. 147 f.

⁵³¹ *Smid* ZZP 97, S. 245 (301).

⁵³² *Smid* ZZP 97, S. 245 (301).

so gut die Motivation stehen kann Zeit oder Kosten zu sparen.⁵³³ Immerhin ist ja der Kläger bereit, seine Klage gegen den Beklagten fallen zu lassen – warum sollte man den Beklagten zwingen, an ihr festzuhalten (ihn quasi in die Rolle des Klägers zwingen), indem man ihm bei einer Entscheidung nur noch über die Kosten mit einem tendenziellen Unterliegen droht? Das würde letztlich dazu führen, dass sich der Beklagte der Erledigterklärung des Klägers kaum noch anschließen beziehungsweise seine Einwilligung in die Klagerücknahme stets verweigern würde – und das wäre weder im Interesse des Klägers noch der Gerichte.

Speziell im Fall von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO kommt hinzu, dass dem Beklagten zumindest dann keine alternativen Handlungsweisen zu Gebote stehen, wenn die Rücknahme erklärt wird, ehe er mit seiner mündlichen Verhandlung zur Hauptsache begonnen hat. Denn dann ist die Rücknahme einseitig durch den Kläger möglich, ohne dass der Beklagte eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO durch Verweigerung seiner Zustimmung verhindern könnte. Für diese Situation bricht die Argumentation von *Smid* zusammen. Da es aber nach Wegfall des Erfordernisses *unverzögerlicher* Klagerücknahme nur vom Kläger abhängt, ob der Beklagte bereits mit der Verhandlung zur Hauptsache begonnen hat oder nicht, darf die Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht zu Lasten des Beklagten gehandhabt werden. Andernfalls wäre der Beklagte, hat er einmal mit der mündlichen Verhandlung begonnen, schlechter gestellt als davor: Die Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO wäre nun gefährlicher für ihn, was einen faktischen Zwang bedeuten könnte, sich auf eine längere und vor allem teurere Kostenfeststellungsklage einzulassen.

Aus diesen Gründen gibt es bei § 269 Abs. 3 S. 3 (ebenso wie bei § 91a ZPO) keine Regel, wonach im Zweifel dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits vollständig aufzuerlegen wären. Wie in einer prozessualen „Pattsituation“ stattdessen über die Kosten zu entscheiden ist, wird im nachfolgenden Punkt erörtert.

V. Abwägung

Erkennt das Gericht Gründe sowohl für eine Kostenbelastung des Klägers wie für eine Kostenbelastung des Beklagten, dann müssen die einzelnen Aspekte gegeneinander gewichtet und abgewogen werden. Allgemein lässt sich zu dieser Gewichtung nur sagen, dass ein Aspekt der Kostenverursachung umso schwerer wiegt, je stärker damit ein Vorwurf verknüpft werden kann. So wird es sich beispielsweise in der Regel ungünstiger für den Kläger auswirken, wenn seine

⁵³³ So auch *Shen*, S. 148 (zu § 91a ZPO).

Unkenntnis vom Anlasswegfall das Maß grober Fahrlässigkeit erreicht, als wenn sie sich nur als leicht fahrlässig darstellt.

Meistens wird sich eine Kostenteilung im Verhältnis der Verursachungsbeiträge anbieten. Infrage kommt auch die Aufhebung der Kosten gegeneinander. Insofern kommt der Rechtsgedanke des § 92 Abs. 1 ZPO zum Tragen. Nach dem Gedanken von § 92 Abs. 2 ZPO können die Kosten aber auch einer Partei alleine auferlegt werden, wenn die Gesichtspunkte, die für eine Belastung der anderen Partei sprechen, dagegen völlig in den Hintergrund treten.⁵³⁴

Erkennt das Gericht eine prozessuale „Pattsituation“, weil eine Prognose über den wahrscheinlichen Prozessausgang aufgrund des Sach- und Streitstands nicht möglich ist und weil auch ansonsten keine Kriterien dafür sprechen, eine Partei mit einem größeren (oder dem ganzen) Teil der Kosten zu belasten, dann empfiehlt sich eine Aufhebung der Kosten gegeneinander oder eine Kostenteilung (Rechtsgedanke des § 92 Abs. 1 ZPO).⁵³⁵

G. Kostenentscheidung bei teilweiser Klagerücknahme

Bei teilweiser Klagerücknahme ist über die Kosten des zurückgenommenen Teils erst im Endurteil zu entscheiden.⁵³⁶ Inhaltlich richtet sich die Entscheidung über diese Kosten dennoch nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO.⁵³⁷ Die Ausführungen, die oben⁵³⁸ dazu gemacht wurden, gelten daher hier entsprechend.

Unterschiede können sich aber hinsichtlich der Basis ergeben, aufgrund derer die Entscheidung zu fällen ist. Soweit im Rahmen der Verhandlung zur aufrechterhaltenen Hauptsache nämlich noch Parteivortrag gemacht wird oder Beweise aufgenommen werden, die zugleich hinsichtlich des zurückgenommenen Teils aufschlussreich sind, ist dieser neue Prozessstoff zusätzlich zum (bisherigen)

⁵³⁴ Auch, wenn dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits vollständig auferlegt werden, ändert sich nichts daran, dass die Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ergangen ist und nicht nach S. 2 Hs. 1. Das ist für Nr. 1211 Z.1 KV GVG bedeutsam, denn (nur) bei einer Entscheidung nach S. 2 tritt die Gebührenreduktion um zwei Gerichtsgebühren ein! Anders OLG Düsseldorf, Beschluss v. 29.8.2003 (Az. I-26 Sch 7-03, 26 Sch 7-03).

⁵³⁵ *Pantle/Kreissl*, Rn. 534 (Kostenaufhebung); zu § 91a ZPO: *Anders/Gehle*, Assessorexamen, Rn. 597; *Harte-Bavendamm – Brüning*, Vor § 12, Rn. 60 (Kostenaufhebung); *Tepitzky*, Kap. 46, Rn. 47; *Pape/Notthoff* JuS 1995, S. 1016 (1017); LG Hannover ZMR 1974, S. 177 (Kostenteilung); LG Mannheim ZMR 1977, S. 64 (Kostenaufhebung); AG Hamburg WuM 1993, S. 458; OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss v. 31.1.1997 (Az.: 9 W 57/96) (Kostenaufhebung); LG Hannover JurBüro 1998, S. 98 (Kostenaufhebung).

⁵³⁶ Vgl. bereits oben, S. 107 f.

⁵³⁷ *Huber*, Rn. 253; *Smid* ZJP 97, S. 245 (304) (zu § 91a ZPO).

⁵³⁸ Unter F., S. 117-136.

Sach- und Streitstand zum Zeitpunkt der Teilrücknahme zu berücksichtigen.⁵³⁹ Hierdurch wird die Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO weder verzögert noch entstehen zusätzliche Kosten.

Bezüglich der Kosten, die auf den nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zurückgenommenen Teil entfallen, ist das Urteil bereits vor Eintritt der Rechtskraft vollstreckbar. Dies ergibt sich aus §§ 794 I 1 Nr. 3 Hs. 1, 269 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 ZPO. Eine Sicherheitsleistung nach § 709 ZPO darf hierfür nicht angeordnet werden.⁵⁴⁰

H. Zustellung des Kostenbeschlusses

Hat das Gericht einen Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO gefasst, so ist dieser gemäß § 329 Abs. 3 Var. 1 ZPO förmlich zuzustellen, da er einen Vollstreckungstitel darstellt (§ 794 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 1 ZPO).⁵⁴¹ Das gilt auch, wenn er im konkreten Fall nicht durch Beschwerde angegriffen werden kann,⁵⁴² denn für § 794 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 1 ZPO kommt es nur auf die abstrakte Zulassung der Beschwerde an und die ist in § 269 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 ZPO angeordnet.⁵⁴³

⁵³⁹ Göppinger, S. 211; Smid ZZP 97, S. 245 (305) (jeweils zu § 91a ZPO); in diese Richtung auch Huber, Rn. 93.

⁵⁴⁰ Vgl. Anders/Gehle, Assessorexamen, Rn. 603 (zu § 91 ZPO).

⁵⁴¹ BLAH – Hartmann, § 269, Rn. 45.

⁵⁴² Dazu unten, S. 140.

⁵⁴³ Vgl. Musielak – Lackmann, § 794, Rn. 44.

Fünfter Teil – Korrekturmöglichkeiten

Ist ein Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ergangen, dann kommen grundsätzlich zwei unterschiedliche Wege in Betracht diese Entscheidung dahingehend zu korrigieren, dass am Ende der materiell-rechtlich Verpflichtete auch wirtschaftlich mit den Kosten des Rechtsstreits belastet wird. Zunächst einmal bietet sich eine sofortige Beschwerde gegen den Beschluss an (dazu sogleich unter A.). Denkbar ist aber auch eine Regressklage, um unberücksichtigte Kostenersatzansprüche durchzusetzen (dazu nachfolgend B.⁵⁴⁴).

A. Rechtsbehelfe

I. Nach vollständiger Klagerücknahme

1. Sofortige Beschwerde

Statthaftes Rechtsmittel gegen eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ist die sofortige Beschwerde (§ 567 Abs. 1 Nr. 1), wie § 269 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 ZPO anordnet. Beschwerdeberechtigt kann sowohl der Kläger als auch der Beklagte sein. Im Vergleich zur Berufung ist die sofortige Beschwerde das einfachere und weitaus günstigere Rechtsmittel.⁵⁴⁵ Dies stellt einen Anreiz dar,⁵⁴⁶ nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vorzugehen, statt die Klage in eine Kostenfeststellungsklage zu ändern, denn die Kostenentscheidung nach einer Klageänderung kann nur durch Einlegung der Berufung gegen die Hauptsache korrigiert werden, wie sich aus § 99 Abs. 1 ZPO ergibt.

⁵⁴⁴ S. 143.

⁵⁴⁵ Unter anderem wegen § 571 Abs. 4 ZPO; vgl. auch *Anders/Gehle*, Assessorexamen, Rn. 625b.

Bei der Beschwerde fällt für das gerichtliche Verfahren pauschal eine Gebühr in Höhe von: € 75 an (Nr. 1810 Var. 4 KV GVG), während bei der Berufung eine vierfache Gerichtsgebühr berechnet aus dem Streitwert fällig wird (Nr. 1220 KV GVG i.V.m. §§ 34, 47 GVG = mindestens € 100).

Auch hinsichtlich der Anwaltsgebühren kommt die Beschwerde deutlich billiger als die Berufung. Bei der Beschwerde entsteht lediglich eine 0,5fache Verfahrensgebühr (Nr. 3500 VV RVG), eventuell auch eine 0,5fache Terminsgebühr (Nr. 3513 VV RVG), jeweils berechnet aus dem Gegenstandswert. Bei der Berufung fällt im Gegensatz dazu eine 1,6fache Verfahrensgebühr (Nr. 3200 VV RVG) sowie eventuell eine 1,2fache Terminsgebühr (Nr. 3202 VV RVG) an.

⁵⁴⁶ Ein weiterer, wenn auch nur geringer Anreiz ist, dass die Kostenentscheidung bei der Beschwerde von *zwei* Instanzen noch einmal überprüft wird (nämlich vom Ausgangsgericht und bei Nichtabhilfe vom Beschwerdegericht), statt nur von einer Instanz, wie bei der Berufung.

a) Zulässigkeit

Die ausnahmsweise Möglichkeit, den Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 entgegen § 99 Abs. 1 ZPO anzufechten, beruht auf der grundsätzlichen Zulassung der sofortigen Beschwerde in § 269 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 ZPO. Andernfalls wäre die Kostenentscheidung mangels Entscheidung in der Hauptsache nie anfechtbar. Allerdings bestehen mehrere Einschränkungen der Anfechtbarkeit: Zunächst bestimmt § 269 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 ZPO, dass der Streitwert der (hypothetischen) Hauptsache im Beschlusszeitpunkt über dem in § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO genannten Betrag liegen muss (derzeit € 600). Sodann ist wegen § 567 Abs. 2 ZPO erforderlich, dass die Beschwer über € 200 liegt. Das kann nur der Fall sein, wenn das Kosteninteresse bereits höher als € 200 war.

Auch in zeitlicher Hinsicht sind zwei Grenzen gesetzt: Nach § 269 Abs. 5 S. 2 ZPO scheidet die Beschwerde aus, wenn sie auch gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss (§ 104 ZPO) nicht mehr zulässig ist. Diese Einschränkung spielt jedoch keine Rolle, da sie praktisch leer läuft, wie *Schneider*⁵⁴⁷ ausführlich nachgewiesen hat. Von Bedeutung ist daher nur das weitere einschränkende Erfordernis von § 569 Abs. 1 S. 1, 2 ZPO, wonach die sofortige Beschwerde binnen zwei Wochen nach Zustellung der Entscheidung einzulegen ist.

b) Prüfungsumfang

Hinsichtlich des Prüfungsumfangs der sofortigen Beschwerde stellen sich die gleichen Fragen wie bei § 91a ZPO:

aa) Überprüfung auf Ermessensfehler oder neue, eigene Entscheidung

Zur Entscheidung nach § 91a ZPO ist umstritten, ob das Beschwerdegericht die erstinstanzliche Entscheidung nur auf Ermessensfehler überprüfen darf⁵⁴⁸ oder ob es eine neue, völlig eigene Entscheidung zu treffen hat.⁵⁴⁹ Diese Frage ist neuerdings auch für § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zu klären.

Für die Beschränkung auf die Ermessensüberprüfung wird zumeist auf § 114 VwGO verwiesen.⁵⁵⁰ Ihn auf die Beschwerde analog anzuwenden würde

⁵⁴⁷ *Schneider*, Praxis der ZPO, Rn. 305-308. Dort wie auch in JurBüro 2002, S. 509 (510) übt er daher heftige Kritik. So heißt es in JurBüro 2002, S. 509 (510): „Diese Regelung ist nur durch völlige Ahnungslosigkeit der sachbearbeitenden Ministerialbeamten von der gerichtlichen Praxis zu erklären. (...) § 269 Abs. 5 S. 2 ZPO ist daher aus praktischer Sicht völlig sinnlos.“ Ähnlich auch *Hansens AnwBl.* 2002, S. 125 (136).

⁵⁴⁸ Stein/Jonas (21. Aufl.) – *Grunsky*, § 567, Rn. 16 m.w.N.

⁵⁴⁹ *Stickelbrock*, S. 265 f. m.w.N.; *BLAH – Hartmann*, § 572, Rn. 13 m.w.N.

⁵⁵⁰ Stein/Jonas (21. Aufl.) – *Grunsky*, § 567, Rn. 16.

deren Zweck aber nicht entsprechen: Ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien soll die Beschwerde den Parteien Zugang zu einem neuen Judizium durch ein zweites Gericht gewähren.⁵⁵¹ Dies spiegelt sich im Gesetz in § 571 Abs. 2 ZPO wider:⁵⁵² Ohne eigenständige Entscheidung ist eine Berücksichtigung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel von vorneherein ausgeschlossen. Schließlich begründet sich § 114 VwGO aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung;⁵⁵³ es geht dort um die gerichtliche Überprüfung der Entscheidung einer Verwaltungsbehörde. Die Situation bei der sofortigen Beschwerde im Zivilprozessrecht ist eine andere: Hier wird eine *richterliche* Entscheidung vor einem anderen Gericht angegriffen, der Gewaltenteilungsgrundsatz spielt keine Rolle. Mithin kann § 114 VwGO nicht dem Rechtsgedanken nach oder analog angewandt werden. Das Beschwerdegericht ist nicht darauf beschränkt, die erstinstanzliche Entscheidung auf Ermessensfehler zu überprüfen. Stattdessen hat es den erstinstanzlichen Beschluss durch eine eigene Billigkeitsentscheidung zu ersetzen, muss also selbst alle erforderlichen Erwägungen anstellen. Auf diese Weise kann unter anderem eine zu Unrecht unterbliebene Berücksichtigung materiell-rechtlicher Ansprüche nachgeholt werden oder andererseits eine fälschlicherweise erfolgte Berücksichtigung rückgängig gemacht werden.

bb) Berücksichtigung neuer Tatsachen und Beweismittel

Problematisch ist auch das Verhältnis der von grundsätzlicher Beschränkung auf ein summarisches Verfahren (§ 269 Abs. 3 S. 3) und § 571 Abs. 2 S. 1 ZPO. Zwar hat das Beschwerdegericht eine eigenständige Entscheidung zu treffen, trotz § 571 Abs. 2 S. 1 ZPO bedeutet dies aber nicht, dass der Sachverhalt nunmehr vollständig aufzuklären ist. Andernfalls würden nicht nur die Vorteile des summarischen Verfahrens in erster Instanz aufgehoben; es wäre darüber hinaus sogar zu befürchten, dass sich der gerichtliche Aufwand vermehrt, weil nach der summarischen Entscheidung in erster Instanz noch zusätzlich ein zweites Gericht bemüht wird, um den Sachverhalt nachträglich erstmals vollständig aufzuklären. Andererseits muss es dem Beschwerdegericht wegen § 571 Abs. 2 S. 1 ZPO grundsätzlich gestattet sein, neuen Vortrag und neue Beweismittel zu berücksichtigen. Um den Sinn des summarischen Verfahrens dabei nicht zu unterlaufen, muss im Rahmen der Beschwerde bezüglich neuer

⁵⁵¹ *Stickelbrock*, S. 266, unter Verweis auf *Hahn/Mugdan*, Materialien zur ZPO; Band 2, 1. Abteilung, S. 139, 358.

⁵⁵² § 571 Abs. 2 ZPO zeigt die allgemeine Natur der sofortigen Beschwerde auf; das Argument ist daher auch gültig, wenn § 571 Abs. 2 ZPO bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht anwendbar sein sollte. (Ähnlich: *Stickelbrock*, S. 266).

⁵⁵³ *Kopp/Schenke* § 114, Rn. 1.

Angriffs- und Verteidigungsmittel die gleiche Abwägung mit der Prozessökonomie stattfinden wie im Rahmen der Entscheidung in erster Instanz.⁵⁵⁴

2. Gehörsrüge

Seit dem 1. Januar 2005⁵⁵⁵ gilt eine Neuerung, die auch unanfechtbare Beschlüsse nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO erfasst: Sie können nunmehr bei entscheidungserheblichen Verletzungen des rechtlichen Gehörs mit dem Rechtsbehelf der Gehörsrüge (§ 321a ZPO) angegriffen werden, gleich ob die Unanfechtbarkeit durch sofortige Beschwerde auf Unterschreiten der Wertgrenzen oder auf Zeitablauf beruht. Als Rechtsbehelf kommt der Gehörsrüge im Gegensatz zur sofortigen Beschwerde allerdings kein Devolutiveffekt zu.

II. Nach teilweiser Klagerücknahme

Problematisch ist, ob § 269 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 ZPO auch im Falle einer nur teilweisen Klagerücknahme gilt – ob also die einheitliche Kostenentscheidung im Endurteil bezüglich des Teils der Kosten, über den nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO entschieden wurde, ebenfalls durch sofortige Beschwerde angefochten werden kann⁵⁵⁶ – oder ob hier § 99 Abs. 1 ZPO mit der Folge gilt, dass die Entscheidung insgesamt nur durch Rechtsmittel gegen das Endurteil (Berufung) angegriffen werden kann.⁵⁵⁷

Gegen die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde ist angeführt worden, dass sie einen Konflikt mit dem Grundsatz der Einheit der Kostenentscheidung darstellen würde, weil das Beschwerdegericht die Kostenentscheidung nach ihren Rechtsgrundlagen aufteilen müsste.⁵⁵⁸

Die besseren Argumente sprechen aber dafür, die sofortige Beschwerde auch bei einer nur teilweisen Rücknahme zuzulassen. Zum einen ist dies prozessökonomischer, weil die isolierte Überprüfung nur eines Teils der Kostenentscheidung weniger Aufwand verursacht als die Überprüfung der gesamten Hauptsache- und Kostenentscheidung. Die isolierte Überprüfung ist zugelassen, weil die Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht (direkt) von einer Entscheidung über die Hauptsache abhängt; dies gilt auch im Falle einer nur teilweisen Rücknahme.

⁵⁵⁴ Musielak – Wolst, § 91a, Rn. 25 a.E. (zu § 91a ZPO).

⁵⁵⁵ An diesem Tag ist das Anhörungsrügensgesetz vom 9.12.2004 (abgedruckt in BGBl. I 2004, S. 3220- 3230) in Kraft getreten, vgl. Art. 21 S. 2 des Gesetzes.

⁵⁵⁶ BLAH – Hartmann, § 269, Rn. 47; Musielak (2. Aufl.) – Foerste, § 269, Rn. 16; Zimmermann, § 269, Rn. 20; Zöllner – Vollkommer, § 91a, Rn. 56 (zu § 91a ZPO); BGH NJW-RR 2003, S. 1504.

⁵⁵⁷ Hierfür seit der 3. Aufl.: Musielak – Foerste, § 269, Rn. 16 a.E.

⁵⁵⁸ Vgl. die Nachweise bei LG Freiburg NJW 1977, S. 2217 (2218) (zu § 91a ZPO).

Zum anderen würde es eine unzulässige Verkürzung des Rechtsschutzes darstellen, den Beschwerden im Falle einer nur teilweisen Rücknahme zur Einlegung der aufwändigeren und teureren Berufung zu zwingen.⁵⁵⁹

Folgt man dieser Ansicht, so stellt sich allerdings die weitere Frage, ob der Teil der Kostenentscheidung, der auf § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO beruht, statt durch sofortige Beschwerde *auch* mit der Berufung gegen die Hauptsache korrigiert werden kann.⁵⁶⁰ Das ist aus prozessökonomischen Gründen zu bejahen: Andernfalls müssten zwei Gerichte beschäftigt werden, wenn der Beschwerdeführer sowohl gegen die Hauptsache, als auch gegen die Kostenentscheidung, vorgehen will.⁵⁶¹

B. Selbstständige Regressklage

Führt der Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht zur vollen Befriedigung materiell-rechtlicher Erstattungsansprüche, dann stellt sich die Frage, ob diese Ansprüche noch mittels einer selbstständigen Regressklage durchgesetzt werden können. Da sowohl dem Kläger als auch dem Beklagten materiell-rechtliche Erstattungsansprüche zustehen können,⁵⁶² kommt eine selbstständige Regressklage – ihre Zulässigkeit vorausgesetzt – für beide Parteien in Betracht. Im Erfolgsfalle würde sie zu einer vom Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO abweichenden Verteilung der wirtschaftlichen Kostentragungspflicht führen und damit letztlich ebenfalls eine Korrektur dieses Beschlusses darstellen.

Eine selbstständige Regressklage kann, wenn ein Beschluss gemäß § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO ergangen ist, aber überhaupt nur zulässig sein, wenn dieser Beschluss insoweit nicht abschließend wirkt.⁵⁶³ Ob das der Fall ist, soll nachfolgend untersucht werden.⁵⁶⁴ Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass die hier in Frage stehende Ausschlusswirkung sich in jedem Fall

⁵⁵⁹ Vgl. auch LG Freiburg NJW 1977, S. 2217 (2218) (zu § 91a ZPO).

⁵⁶⁰ Dafür: Thomas/Putzo – *Hüßtege*, § 91a, Rn. 55; Zöller – *Vollkommer*, § 91a, Rn. 56 m.w.N. auch zur Gegenansicht; OLG Rostock OLGR 2003, S. 388 m.w.N. (alle zu § 91a ZPO).

⁵⁶¹ Im Ergebnis ebenso *Zimmermann*, § 91a, Rn. 20 m.w.N.; Zöller – *Vollkommer*, § 91a, Rn. 56 m.w.N.; Zöller – *Herget*, § 99, Rn. 7, 13; OLG Rostock OLGR 2003, S. 388 (jeweils zu § 91a ZPO).

Werden Beschwerde *und* Berufung eingelegt, sind beide zu einem einheitlichen Berufungsverfahren zu verbinden, vgl. Harte-Bavendamm – *Brüning*, Vor § 12, Rn. 69 a.E. (zu § 91a ZPO).

⁵⁶² Vgl. *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung, S. 65 f.; Beispiele aus der Rechtsprechung: OLG Düsseldorf AnwBl. 1969, S. 446; AG Herford JurBüro 1981, S. 425.

⁵⁶³ Für diese abschließende Wirkung: *Schneider*, Praxis der ZPO, Rn. 300; *ders.* ZAP 2001, S. 1063 (1068).

⁵⁶⁴ Eine eingehende Beschäftigung mit dieser Frage fehlt in Schrifttum und Rechtsprechung noch.

nur auf solche Positionen beziehen kann, die bereits von der Kostenentscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO erfasst sein können, also nur auf die *Kosten des Rechtsstreits*.⁵⁶⁵

Folgendes Beispiel möge dies verdeutlichen: Der Schuldner ist mit der Lieferung von speziellen Düngemitteln im Verzug und hat auf nachdrückliche Aufforderung nicht geliefert. Der Gläubiger erhebt durch seinen Anwalt Klage auf Lieferung des Düngemittels. Noch vor Zustellung der Klageschrift an den Schuldner liefert jener das Düngemittel, woraufhin der Gläubiger seine Klage zurücknimmt (§ 269 Abs. 3 S. 3 ZPO). Aufgrund der Verzögerung der Lieferung sind die Pflanzen jedoch bereits irreversibel geschädigt und gehen in der Folge ein. Von einer Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO wären hier nur die klägerischen Anwaltskosten sowie die Gerichtskosten umfasst. Der Anspruch auf Ersatz für die Pflanzen gründet sich materiell-rechtlich zwar ebenfalls auf §§ 280 Abs. 1, 2, 286 ZPO; da es sich hierbei aber nicht um Kosten des Rechtsstreits handelt, kann der Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO in keinem Fall abschließend hinsichtlich einer Klage auf Ersatz dieses Schadens wirken.

I. Ansicht *Schneiders*

*Schneider*⁵⁶⁶ ist der Auffassung, die Geltendmachung eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs in einem Regressprozess scheitere an der entgegengesetzten Rechtskraft eines Beschlusses nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO, sofern ein solcher ergangen ist. Nach ihm hat der Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO also abschließende Wirkung.

II. Überwiegende Ansicht

Überwiegend⁵⁶⁷ ist man gegenteiliger Auffassung und misst der Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO keine abschließende Wirkung bezüglich materiell-rechtlicher Ansprüche bei. Sie sollen noch Gegenstand eines Regressprozesses sein können. Zur Begründung wird angeführt, dass der Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO bloß auf einem summarischen Verfahren beruht, weshalb möglich ist, dass der zur Entscheidung stehende Sachverhalt nicht vollständig aufgeklärt wurde. Dieser Entscheidung dennoch abschließende Wirkung beizumessen, kann daher einen Konflikt mit dem Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs und dem Grundsatz effizienten Rechtsschutzes darstellen. Des Weiteren wird befürchtet, ein pauschaler Ausschluss der Geltendmachung materiell-rechtlicher Ansprüche in einem Prozess mit normalem Erkenntnisver-

⁵⁶⁵ Zu diesem Begriff ausführlich BLAH – *Hartmann*, Übersicht § 91, Rn. 14-25.

⁵⁶⁶ *Schneider*, Praxis der ZPO, Rn. 300; *ders.* ZAP 2001, S. 1063 (1068).

⁵⁶⁷ *Zöllner – Greger*, § 269, Rn. 18c; LG Bonn NJOZ 2005, S. 59; OLG Frankfurt OLGR 2003, S. 127; zu § 91a ZPO: *Becker-Eberhard* LM § 91a ZPO, Nr. 74.

fahren würde dazu führen, dass sich kein Kläger auf einen Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO einließe, wodurch die angestrebte Prozessökonomie verfehlt würde.⁵⁶⁸

III. Eigener Ansatz

Bei der Beurteilung der aufgeworfenen Frage geht es im Kern um folgenden Punkt: *ist* – und wenn ja, *inwieweit* ist – der Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO rechtskraftfähig? Die nachfolgenden Untersuchungen hierzu werden in Bezug auf die Erstreckung der Rechtskraft auf materiell-rechtliche Kostenerstattungsansprüche eine differenzierende Antwort ergeben.

1. Voraussetzungen der Rechtskraft

Zunächst ist also zu klären, ob ein Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO der materiellen Rechtskraft überhaupt fähig ist. Als Voraussetzungen dafür nennt *Leipold*⁵⁶⁹: (1) die Möglichkeit des Eintritts *formeller* Rechtskraft; (2) einen Entscheidungsinhalt, „der sich nicht lediglich auf das anhängige Verfahren bezieht, sondern eine Wirkung über diesen Prozeß hinaus entfalten kann“⁵⁷⁰ und (3), dass die Entscheidung nach Zweck und Ausgestaltung des ihr vorausgehenden Verfahrens als endgültig anzusehen ist.

Die ersten beiden Voraussetzungen erfüllt ein jeder Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO: Der Eintritt *formeller* Rechtskraft wird durch mehrere Vorschriften⁵⁷¹ gewährleistet; die Bestimmung der Kostentragungspflicht wirkt nicht lediglich verfahrenintern.

Problematisch ist allerdings, ob die Beschlüsse nach Zweck und Ausgestaltung ihres Verfahrens endgültig wirken sollen.

2. Problem: summarischer Charakter des Verfahrens

Zweifel an der dritten Voraussetzung der materiellen Rechtskraft bestehen vor allem wegen des lediglich *summarischen* Verfahrens.

a) Rechtskraft bezüglich des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs

Dessen ungeachtet lässt sich ohne weiteres annehmen, die Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO erwachse zumindest hinsichtlich des *prozessua-*

⁵⁶⁸ *Schur* KTS 2004, S. 373 (384).

⁵⁶⁹ Stein/Jonas (21. Aufl.) – *Leipold*, § 322, Rn. 52-54.

⁵⁷⁰ Stein/Jonas (21. Aufl.) – *Leipold*, § 322, Rn. 54.

⁵⁷¹ Im Einzelnen sind dies je nach Lage des Falls: § 269 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 i.V.m. §§ 511 Abs. 2 Nr. 1, 567 Abs. 2, 269 Abs. 5 S. 2, 569 Abs. 1 S. 1, 2 ZPO.

len Kostenerstattungsanspruchs in materielle Rechtskraft.⁵⁷² Denn auch im Fall von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO kann über den prozessualen Kostenerstattungsanspruch nur im bereits laufenden Verfahren entschieden werden, der Anspruch jedoch nicht zum Gegenstand einer eigenständigen Klage gemacht werden.

b) Rechtskraft bezüglich des materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs

Die hier eigentlich interessierende Frage ist jedoch, ob Zweck und Verfahren von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO es rechtfertigen, eine Entscheidung über *materiell-rechtliche* Ansprüche als abschließend anzusehen.

aa) Beschluss enthält keine Entscheidung über materiell-rechtliche Ansprüche

Es liegt auf der Hand, dass ein Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO keine Rechtskraft bezüglich materiell-rechtlicher Ansprüche haben kann, wenn in ihm nicht über diese Ansprüche entschieden werden durfte⁵⁷³ und daher auch nicht entschieden wurde. Denn es kann nicht in Rechtskraft erwachsen, was nicht Gegenstand der rechtskräftigen Entscheidung sein konnte.⁵⁷⁴ Der Zweck der Rechtskraft, eine *zweite* Entscheidung zu verhindern, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Vielmehr wäre andernfalls der Rechtsschutz in nicht hinnehmbarer Weise beeinträchtigt; schließlich könnte der Inhaber eines materiell-rechtlichen Anspruchs diesen Anspruch sonst überhaupt nicht gerichtlich durchsetzen.

Wollte man einen Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO dennoch – auch bei fehlender Entscheidung über die materiell-rechtliche Rechtslage – gegenüber einer Regressklage für abschließend halten,⁵⁷⁵ so ließe sich das nur darauf stützen, der Gesetzgeber habe dem Beschluss eine solche Wirkung beimessen wollen.

Ein solcher gesetzgeberischer Wille ist tatsächlich jedoch nicht feststellbar. Zunächst einmal wäre der Ausschluss unberücksichtigter materiell-rechtlicher Ansprüche eine so ungewöhnliche Konsequenz, dass eine deutliche dahingehende Äußerung des Gesetzgebers zu erwarten gewesen wäre – sie fehlt jedoch. Der Gesetzesbegründung zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO lässt sich nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber die Entscheidung nach billigem Ermessen über die materielle

⁵⁷² Für die Kostenentscheidung allgemein dahingehend *Loritz*, S. 82; *MüKo – Belz*, Vor § 91, Rn. 10.

⁵⁷³ Vgl. oben, S. 125 f.

⁵⁷⁴ Vgl. *Loritz*, S. 81.

⁵⁷⁵ So ist *Schneider ZAP* 2001, S. 1063 (1068) möglicherweise zu verstehen.

Rechtslage stellen wollte. Das Gegenteil trifft eher zu: § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO sollte nach der Begründung vor allem dazu dienen, die materielle Rechtslage prozessökonomisch durchzusetzen.⁵⁷⁶ Durch diese Steigerung der Prozessökonomie sollte vor allem der Kläger begünstigt werden,⁵⁷⁷ dessen materiell-rechtliche Erstattungsansprüche man im Auge hatte. Die Durchsetzung dieser Ansprüche auszuschließen, obwohl der Kläger nicht nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO befriedigt werden konnte, passt dazu nicht.

Daher kann ein Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO jedenfalls dann keine auf materiell-rechtliche Erstattungsansprüche gestützte Klage ausschließen, wenn in dem Beschluss nicht über solche Ansprüche entschieden wurde.⁵⁷⁸

bb) Beschluss enthält Entscheidung über materiell-rechtliche Ansprüche

Selbst wenn der Beschluss eine Entscheidung über materiell-rechtliche Ansprüche enthält, spricht vor der Hand die Tatsache, dass ein *summarisches* Verfahren Basis der Entscheidung ist, gegen die Annahme materieller Rechtskraft bezüglich der materiell-rechtlichen Ansprüche. Schließlich begründet sich das Institut der Rechtskraft unter anderem darauf, dass ein Gericht den Parteien einmal volles rechtliches Gehör zum Streitgegenstand gewährt hat; (nur) eine *zweite* Entscheidung soll ausgeschlossen werden. Die Grundsätze der Gewährung (vollen) rechtlichen Gehörs und effizienten Rechtsschutzes sprechen scheinbar bei summarischen Entscheidungen gegen die Annahme materieller Rechtskraft.

(1) Bei voller Sachverhaltsaufklärung

Allerdings ist zu bedenken, dass die Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO im Einzelfall trotz des summarischen Verfahrens auf einen vollständig aufgeklärten Sachverhalt gestützt sein kann. Dieser Fall liegt etwa vor, wenn vor Erklärung der Klagerücknahme im normalen Erkenntnisverfahren alles vorgebracht wurde und alle Beweise erhoben worden sind, die für eine Entscheidung über die materiell-rechtliche Kostenerstattungspflicht erforderlich sind.⁵⁷⁹ Die gleiche Situation besteht, wenn das Gericht *im* summarischen Verfahren sämtlichen weiteren Vortrag und alle erforderlichen Beweiserhebungen zugelassen hat.

⁵⁷⁶ Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 81.

⁵⁷⁷ So auch AG Hersbruck NJOZ 2004, S. 3394; LG Berlin NJW-RR 2004, S. 647 (648).

⁵⁷⁸ So auch *Schur* KTS 2004, S. 373 (384); OLG Frankfurt, Beschluss v. 30.01.2003 (Az.: 6 W 137-02).

⁵⁷⁹ Dieser Fall ist nicht ganz unwahrscheinlich, nachdem das Erfordernis, die Rücknahme unverzüglich zu erklären, entfallen ist, vgl. oben, S. 103.

Beide Mal unterscheidet sich der Grad der Sachverhaltsaufklärung des summarischen Verfahrens überhaupt nicht von dem eines normalen Erkenntnisverfahrens.⁵⁸⁰ Daher liegt es nahe, dass sich auch die Wirkung der Entscheidung nicht von der eines normalen Urteils unterscheidet, das heißt, dass auch der Beschluss durch die Rechtskraft geschützt wird, was eine zweite Verhandlung und Entscheidung ausschließt. Dies entspricht dem, was der BGH durch mehrere Entscheidungen zu § 91a ZPO⁵⁸¹ vorgezeichnet hat: Danach soll eine prozessuale Kostenentscheidung nicht durch eine Klage auf den materiell-rechtlichen Anspruch korrigiert werden können, wenn „der Sachverhalt, der zu [der] abschließenden Kostenentscheidung geführt hat, unverändert (bleibt) und (...) keine selbständigen Umstände (hinzutreten).“⁵⁸²

Zwar ist namentlich *Becker-Eberhard*⁵⁸³ der Ansicht, der zu beurteilende Sachverhalt sei bei prozessuaalem und materiell-rechtlichem Kostenerstattungsanspruch stets ein anderer, sodass immer eine Korrektur der prozessualen Entscheidung durch den materiell-rechtlichen Anspruch möglich sein müsse. Das trifft jedoch bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht in dieser Pauschalität zu, denn nach hier vertretener Ansicht richtet sich die prozessuale Kostenentscheidung unter bestimmten Umständen nach der materiell-rechtlichen Anspruchslage,⁵⁸⁴ was bedeutet, dass die Gesichtspunkte der materiell-rechtlichen Anspruchslage unter bestimmten Umständen im Rahmen der prozessualen Kostenentscheidung berücksichtigt werden.

In den geschilderten Fällen rechtfertigt es das vorausgegangene Verfahren daher durchaus, die im Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO enthaltene Entscheidung über den materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch als abschließend anzusehen und mit der Rechtskraft zu schützen.⁵⁸⁵

(2) Ohne volle Sachverhaltsaufklärung

Nach oben⁵⁸⁶ Gesagtem ist eine Entscheidung über materiell-rechtliche Kostenerstattungsansprüche aber nicht nur zulässig, wenn die Sachverhaltsaufklärung

⁵⁸⁰ Auch der Grad an rechtlicher Aufklärung ist in beiden Fällen (stets) gleich, da das Gericht – nach hier vertretener Ansicht – stets allen Rechtsfragen nachzugehen hat, vgl. oben, S. 115 f.

⁵⁸¹ BGH JZ 1995, S. 840; bestätigt für § 91a ZPO durch BGH NJW 2002, S. 680.

⁵⁸² BGH JZ 1995, S. 840.

⁵⁸³ *Becker-Eberhard* LM § 91a ZPO, Nr. 74 (zu § 91a ZPO)

⁵⁸⁴ Vgl. oben, S. 119-121.

⁵⁸⁵ Dahingehend auch *Loritz*, S. 84: „Berücksichtigt das Gericht alle materiellrechtlichen Gesichtspunkte, dann liegt es nahe, die Kostenentscheidung zwischen den Parteien als »abschließend« zu betrachten und nicht mehr die Überprüfung durch gesonderte Klage zu gestatten.“

⁵⁸⁶ S. 121 f.

ebenso verlief, wie im normalen Erkenntnisverfahren, sondern schon dann, wenn das Gericht voll überzeugt ist, dass das normale Erkenntnisverfahren zu keiner abweichenden Beurteilung der materiell-rechtlichen Rechtslage führen würde. Das bedeutet, dass das Gericht in gewissem Umfang von einer Beweiserhebung absehen und stattdessen das Ergebnis der Beweisaufnahme vorweg würdigen darf.

In diesen Fällen steht die Entscheidung aufgrund summarischen Verfahrens tatsächlich der Entscheidung aufgrund normalen Erkenntnisverfahrens hinsichtlich des Grades der Gewährung rechtlichen Gehörs nach. Fraglich ist daher, ob es dennoch gerechtfertigt ist, der Entscheidung abschließende Wirkung beizumessen.

Dabei ist im Auge zu behalten, dass die Beeinträchtigung des rechtlichen Gehörs (und des effizienten Rechtsschutzes) *des Klägers* schon deswegen unbedenklich, weil er nicht nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vorzugehen braucht, sondern stattdessen die Klage ändern kann. Er hat also die Wahl, ob es überhaupt zu einer Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO kommt. Dasselbe gilt für den Beklagten, sofern dessen Einwilligung in die Klagerücknahme erforderlich ist. Lediglich, wenn der Kläger die Rücknahme ohne Mitwirkung des Beklagten bewirken kann, stellt sich das Problem der Beeinträchtigung von dessen rechtlichem Gehör, allerdings auch dann nur, wenn der Beklagte einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch gegen den Kläger innehat, den er ohne die Rechtskraftwirkung in einem Regressprozess geltend machen könnte.

Ein solcher Fall wird schon nur in äußerst seltenen Ausnahmefällen vorliegen, da der *Beklagte* in aller Regel keine materiell-rechtlichen Kostenerstattungsansprüche gegen den Kläger hat. Doch selbst wenn ein solcher Fall aber einmal vorliegen sollte, fällt die Beeinträchtigung des rechtlichen Gehörs (und effizienten Rechtsschutzes) des Beklagten nur gering aus: Denn an die Zulässigkeit der vorweggenommenen Beweiswürdigung sind hohe Anforderungen zu stellen: Das Gericht muss voll davon überzeugt sein, dass seine Annahme richtig ist. Diese Überzeugung muss sich sachlich begründen lassen. Letztlich entfallen damit vor allem die Beweiserhebungen, deren Beantragung sich als reine Schutzbehauptung zur Vermeidung der Kostentragungspflicht darstellt.

In diesem geringen Umfang ist die Beeinträchtigung des rechtlichen Gehörs und effizienten Rechtsschutzes des Beklagten, die mit der abschließenden Wirkung der Entscheidung einhergeht, hinzunehmen. Die Prozessökonomie überwiegt das Interesse des Beklagten, in einem Regressverfahren noch einmal Gehör zu finden zu einem Anspruch, über den bereits entschieden wurde.⁵⁸⁷ Immerhin

⁵⁸⁷ Die materielle Rechtskraft dient unter anderem auch der Prozessökonomie (vgl. Goebel – Gottwald, § 23, Rn 12), was bei der Bestimmung des Umfangs der materiellen Rechtskraft nicht außer Betracht bleiben darf (vgl. Loritz, S. 77).

sollte § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO die Erhebung von zwei Klagen gerade überflüssig machen. Überdies entspricht es einer grundlegenden gesetzgeberischen Wertung, den Sachverhalt um der Kostenentscheidung willen nicht mehr mit der gleichen Intensität aufzuklären wie bezüglich der Hauptsache.⁵⁸⁸ Diese Wertung schlägt auf die materiell-rechtlichen Kostenerstattungsansprüche durch, die zu einem maßgeblichen Teil der prozessualen Kostenentscheidung geworden sind, was der Fall ist, wenn im Rahmen von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO über sie entschieden wird.⁵⁸⁹

3. Dogmatische Absicherung

Das hier gefundene Ergebnis lässt sich gegen weitere dogmatische Einwände absichern:

a) Berücksichtigung materiell-rechtlicher Gesichtspunkte

Ein erster Punkt ist bereits oben⁵⁹⁰ behandelt worden, nämlich die Ansicht *Becker-Eberhards*, bei der prozessualen Kostenentscheidung blieben Gesichtspunkte der materiellen Rechtslage stets außer Betracht, sodass die materielle Rechtslage nie Gegenstand der prozessualen Kostenentscheidung sei, welche folglich auch nicht abschließend hinsichtlich der materiell-rechtlichen Ansprüche wirken könne.⁵⁹¹ Dazu ist bereits ausgeführt worden, dass dies bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht zutrifft, wenn die materielle Rechtslage im Rahmen der Entscheidung nach billigem Ermessen beurteilt wird. Nur für diese Fälle wird hier aber eine abschließende Wirkung des Beschlusses befürwortet.

b) Entscheidung über prozessuale Kostentragungspflicht

Eng mit dem eben angeführten Punkt ist ein zweiter Einwand gegen die abschließende Wirkung verbunden. Diese Wirkung könnte sich schon deshalb verbieten, weil der Beschluss letztendlich nur die *prozessuale* Kostenerstattungspflicht regelt – selbst wenn er dabei die materielle Rechtslage berücksichtigt.

⁵⁸⁸ So auch BGH JZ 1995, S. 840 (841).

⁵⁸⁹ Das wird vor dem Hintergrund folgender Überlegung deutlich: Letztlich handelt es sich auch bei dem prozessualen Kostenerstattungsanspruch um einen materiell-rechtlichen Anspruch, vgl. *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung, S. 11 m.w.N. Dennoch hat sich der Anspruchsinhaber im Falle von § 269 Abs. 3 S. 3 und § 91a ZPO damit zu begnügen, dass über diesen Anspruch summarisch entschieden wird.

⁵⁹⁰ S. 148.

⁵⁹¹ Vgl. *Becker-Eberhard* LM § 91a ZPO, Nr. 74 (zu § 91a ZPO).

Nach *Becker-Eberhard*⁵⁹² kann der Beschluss daher höchstens präjudizielle Wirkung hinsichtlich der *materiell-rechtlichen* Kostenerstattungspflicht haben. Allerdings müsste auch *Becker-Eberhard* zu dem Ergebnis kommen, dass eine zweite Klage (gestützt auf den materiell-rechtlichen Erstattungsanspruch) *unzulässig* ist. Dies würde bloß nicht aus der entgegenstehenden Rechtskraft, sondern aus dem fehlenden Rechtsschutzbedürfnis folgen, denn die Entscheidung über den materiell-rechtlichen Erstattungsanspruch müsste sich vollständig darin erschöpfen, die diesbezüglich im Beschluss getroffene Beurteilung zu wiederholen.

Tatsächlich ist es aber doch die Rechtskraft, die einer zweiten Entscheidung entgegensteht. Denn auch wenn der Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO direkt nur eine *prozessuale* Kostenerstattungspflicht zur Folge hat, ist die materielle Rechtslage doch Gegenstand des Verfahrens und Teil des Entscheidungsinhalts, nimmt daher teil an der Rechtskraft. Ganz deutlich ist das, wenn ein materiell-rechtlicher Erstattungsanspruch bejaht wird, denn in diesem Fall sind prozessuale und materiell-rechtliche Kostenerstattungspflicht untrennbar miteinander verknüpft, insofern die prozessuale der materiell-rechtlichen inhaltlich unbedingt folgt.⁵⁹³ Und auch wenn ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch verneint wird, ist dieser Anspruch Gegenstand von Verfahren und Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO und untrennbar mit der prozessualen Kostentragungspflicht verknüpft: Erst die Verneinung des Bestehens des materiell-rechtlichen Anspruchs macht den Weg frei für die billige Ermessensausübung durch das Gericht.

Dass die Entscheidung über die materiell-rechtliche Kostenerstattungspflicht mit in Rechtskraft erwachsen muss, ist auch ein Gebot der Waffengleichheit: Bei Verneinung des Eintritts der Rechtskraft wäre eine Regressklage möglich, in welcher der Anspruchsinhaber seinen materiell-rechtlichen Anspruch doch noch durchsetzen könnte. Darin läge eine Verletzung der Waffengleichheit, da beide Seiten zunächst ein gleich großes Risiko trifft, dass das Gericht die materielle Rechtslage (bei nicht vollständiger Sachverhaltsaufklärung) falsch beurteilt. Hätte die Entscheidung keine Rechtskraftwirkung diesbezüglich, hätte aber nur *eine* Partei die Möglichkeit, diese Entscheidung durch eine Regressklage zu korrigieren, nämlich nur diejenige, die einen materiell-rechtlichen Anspruch innehat. Verschärft würde diese Verletzung der Waffengleichheit dadurch, dass es in aller Regel der Kläger wäre, dem eine Regressklage offen stünde. Er hat

⁵⁹² *Becker-Eberhard* LM § 91a ZPO, Nr. 74 (zu § 91a ZPO).

⁵⁹³ *Becker-Eberhard* LM § 91a ZPO, Nr. 74 (zu § 91a ZPO) selbst erkennt das indirekt an: „Der mat. KEA wäre, selbst wenn er berücksichtigt worden wäre oder mit dem BerGer. Gar hätte berücksichtigt werden müssen (so dass sich immerhin sagen ließe, über ihn sei i.S. des § 322 ZPO *entschieden*) ...“ [mat. KA = materielle Kostenerstattungsanspruch; BerGer = Berufungsgericht; i.S. = im Sinne].

aber – im Gegensatz zum Beklagten – immer die Wahl, nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vorzugehen oder nicht.

c) § 322 Abs. 1 ZPO

Als dritten Einwand gegen die Annahme, die Entscheidung über den materiell-rechtlichen Erstattungsanspruch habe Rechtskraftwirkung, macht *Becker-Eberhard*⁵⁹⁴ geltend, dies verstoße gegen § 322 Abs. 1 ZPO, weil materiell-rechtliche Kostenerstattungsansprüche nicht „durch die Klage oder durch die Widerklage“ erhoben seien. Dieses Argument greift jedoch nicht durch, da § 322 Abs. 1 ZPO bei der Kostenentscheidung nicht passt. Das wird daran deutlich, dass über die Kostentragungspflicht grundsätzlich von Amts wegen zu entscheiden ist (§ 308 Abs. 2 ZPO), es einer Klageerhebung durch ausdrücklichen Kostenantrag also nicht bedarf. Das Antragserfordernis bei § 269 Abs. 3 S. 3 ändert nichts am Charakter der Kostenentscheidung als Nebenentscheidung,⁵⁹⁵ weshalb § 322 Abs. 1 auch auf § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht passt.

d) Vergleich mit dem Verfügungsverfahren (§§ 935, 936 ZPO)

Trotz aller hier vorgebrachten Erwägungen mag es befremdlich anmuten, einer *summarischen* Entscheidung Rechtskraft bezüglich eines *materiell-rechtlichen* Anspruchs beizulegen. Der Vergleich mit dem Verfügungsverfahren liegt nahe, für welches allgemein anerkannt ist, dass die (summarische) Entscheidung keine Rechtskraft bezüglich des zu sichernden Anspruchs hat.⁵⁹⁶ Allerdings bestehen zwischen dem Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 und dem Beschluss nach §§ 935 ff. ZPO wesentliche Unterschiede, die den Schluss vom einen auf das andere Verfahren verbieten. Zunächst einmal ist der Grund, warum die Entscheidung auf einem summarischen Verfahren beruht, jeweils ein anderer: Bei §§ 935 ff. ZPO ist es die Eilbedürftigkeit, also vor allem das Interesse des Antragstellers an effizientem Rechtsschutz; bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO hingegen ist es die Prozessökonomie. Sodann unterscheiden sich beide Entscheidungen hinsichtlich ihres Charakters: Bei §§ 935 ff. soll der zu sichernde Anspruch gerade noch Gegenstand eines Hauptsacheverfahrens sein können,⁵⁹⁷ bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO handelt es sich dagegen um eine Nebenentscheidung, die

⁵⁹⁴ *Becker-Eberhard* LM § 91a ZPO, Nr. 74 (zu § 91a ZPO).

⁵⁹⁵ Vgl. *Tegeder* NJW 2003, S. 3327 (3328 m.w.N., dort in Fn. 31). Ohnehin muss das Antragserfordernis bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO als verfehlt angesehen werden, vgl. oben, S. 114.

⁵⁹⁶ Vgl. Stein/Jonas – *Grunsky*, Vor § 916, Rn. 13 m.w.N.

⁵⁹⁷ Vgl. § 926 Abs. 1 i.V.m. § 936 ZPO.

darauf gerichtet ist, den Streit zwischen den Parteien abzuschließen und ein weiteres Verfahren zu verhindern.

e) Vergleich mit dem Urkundsverfahren

Auch von dem Vorbehaltsurteil, das im Urkundsverfahren⁵⁹⁸ ergeht, unterscheidet sich der Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO wesentlich: Die beschränkte Bindungswirkung des Vorbehaltsurteils im Urkundsverfahren⁵⁹⁹ ergibt sich daraus, dass die möglichen Beweismittel im Urkundsverfahren *zwingend* beschränkt sind (vgl. § 595 Abs. 2, 3 ZPO). Eine solche Beschränkung der Beweismittel kennt § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht. Noch einen weiteren Unterschied gibt es: Während Urkunds- und anschließendes Erkenntnisverfahren konstruktiv nur zwei Abschnitte *eines* Verfahrens sind,⁶⁰⁰ stellen das Verfahren nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO und ein anschließender Regressprozess *zwei* eigenständige Verfahren dar.

f) Besonderheit des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO

Letztlich ergibt sich die Problematik der abschließenden Wirkung bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO daraus, dass nach dem Willen des Gesetzgebers zwar *materiell-rechtliche* Kostenerstattungsansprüche berücksichtigt werden sollen, dennoch aber in einem *summarischen* Verfahren über die Kostentragung zu entscheiden ist. Die hier entwickelte Lösung, wonach materiell-rechtliche Ansprüche zwar berücksichtigt werden können, dafür aber bestimmte Voraussetzungen vorliegen müssen, stellt einen Kompromiss aus Prozessökonomie und effizientem Rechtsschutz sowie dem Grundsatz rechtlichen Gehörs dar. Dass diese Entscheidung dann auch hinsichtlich der materiell-rechtlichen Erstattungsansprüche in Rechtskraft erwächst, stellt lediglich die konsequente Fortentwicklung dieses Lösungsansatzes dar. Andernfalls wäre dem Belang der Prozessökonomie kaum gedient und andererseits die Waffengleichheit der Parteien verletzt. Gleichzeitig ist auf Basis der hier vorgeschlagenen Lösung gewährleistet, dass der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs und effizienten Rechtsschutzes nicht unzumutbar beeinträchtigt wird. Dafür sorgen die restriktiven Kriterien, nach denen überhaupt über materiell-rechtliche Kostenerstattungsansprüche mitentschieden werden darf.

⁵⁹⁸ §§ 592-600 ZPO.

⁵⁹⁹ Vgl. dazu *Schellhammer*, Rn. 942; das Gleiche gilt für den Wechsel- und den Scheckprozess (§§ 602-605, 605a ZPO).

⁶⁰⁰ Vgl. § 600 Abs. 1 ZPO; *Schellhammer*, Rn. 1825 a.E.

4. Klarstellung im Beschluss

Damit eindeutig feststellbar ist, ob der Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO eine Regressklage ausschließt oder nicht, muss das Gericht in der Begründung des Beschlusses klar zum Ausdruck bringen, ob es über materiell-rechtliche Ansprüche mitentschieden hat oder nicht.⁶⁰¹

5. Sonderfall: Beschluss ohne Gründe (§ 313a Abs. 2 ZPO)

Die Frage des Umfangs der Rechtskraft könnte daher problematisch werden, wenn der Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 entsprechend § 313a Abs. 2 ZPO⁶⁰² ohne Gründe gefasst wird. Das ist der Fall, wenn beide Parteien wirksam auf Rechtsmittel verzichten. Praktisch stellt dies allerdings kein Problem dar, weil der Rechtsmittelverzicht sich in diesem Fall auch auf eine Regressklage erstrecken muss. Letztere ist schließlich im weiteren Sinne ein Rechtsmittel gegen den Beschluss, da sie einzig der Korrektur von dessen wirtschaftlichem Ergebnis dient. Mit dem Verzicht auf Rechtsmittel bringen die Parteien aber zum Ausdruck, dass sie eine solche Korrektur nicht mehr durchführen wollen.

Da bereits der Rechtsmittelverzicht zur Unzulässigkeit einer Regressklage führt, kommt es auf den Umfang der Rechtskraft des Beschlusses nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO nicht mehr an, sodass er nicht erkennen lassen muss, ob materiell-rechtliche Ansprüche abschließend berücksichtigt wurden. Daher ist es unschädlich, wenn der Beschluss entsprechend § 313a Abs. 2 ZPO ohne Gründe ergeht.

IV. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Ein Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO schließt Regressklagen, die auf materiell-rechtliche Kostenerstattungsansprüche gestützt sind, dann – aber auch nur dann – kraft entgegenstehender Rechtskraft aus, wenn über diese Ansprüche bereits in dem Beschluss entschieden wurde. Um dies erkennbar zu machen, muss in der Begründung des Beschlusses ausgeführt werden, ob die materiell-rechtliche Anspruchslage bei der Entscheidung bereits berücksichtigt wurde oder nicht.⁶⁰³

⁶⁰¹ Vgl. auch Stein/Jonas – Bork, § 91a, Rn. 34 (zu § 91a ZPO); ähnlich: Zöllner – Vollkommer, Vor § 322, Rn. 43.

⁶⁰² Dass § 313a Abs. 2 ZPO auf § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO analog anwendbar ist, wurde oben, S. 90 a.E. bereits ausgeführt.

⁶⁰³ Zum gleichen Ergebnis gelangt Loritz, S. 85. Er weist jedoch darauf hin, dass „ein solcher Fall (praktisch) kaum vorkommen (wird).“ (Loritz, S. 85).

C. Verhältnis von sofortiger Beschwerde und selbstständiger Regressklage

Wie dargelegt, gibt es (unter Umständen) zwei Möglichkeiten, einen Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO zu korrigieren: die sofortige Beschwerde und eine Regressklage. Grundsätzlich unterscheiden sich beide nach der Art, wie der Beschluss korrigiert werden soll: Durch die Beschwerde soll die Ermessensausübung überprüft und gegebenenfalls durch das Beschwerdegericht wiederholt, durch die Regressklage ein materiell-rechtlicher Anspruch durchgesetzt werden.

Die Frage nach dem Verhältnis der beiden Korrekturmöglichkeiten zueinander stellt sich daher nur in zwei Konstellationen: Erstens, wenn eine Partei den Beschluss mittels Regressklage, die andere zugleich mittels sofortiger Beschwerde angreifen möchte (dazu II.2.⁶⁰⁴) und zweitens, wenn *einer* Partei beide Wege zu Gebote stehen, weil sie auf das Gleiche hinauslaufen (dazu II.1.⁶⁰⁵). Beide Fälle können nur eintreten, wenn im Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO *nicht* bereits über materiell-rechtliche Ansprüche entschieden wurde. Der Einfachheit halber soll aber zunächst angenommen werden, *dass* der Beschluss eine

Auf die Möglichkeit, dass die hier vorgeschlagene Lösung sich künftig durchsetzen könnte, weist auch *Becker-Eberhard* LM § 91a ZPO, Nr. 74 (zu § 91a ZPO) hin: „Im Ergebnis hat der *BGH* zu Recht eine Bindungswirkung der Kostenentscheidung nach § 91a ZPO im Hinblick auf gegenläufige mat. KEAe verneint. Dies gilt nach hier vertretener Ansicht selbst dann, wenn diese Ansprüche bei der Kostenentscheidung hätten berücksichtigt werden müssen oder gar berücksichtigt wurden. **Im letztgenannten, vorliegend nicht mit entschiedenen Punkt scheint jedoch eine abweichende künftige Meinungsbildung des *BGH* nicht ausgeschlossen.**“ (Fettdruck nicht im Original) – Diese Einschätzung *Becker-Eberhards* beruht auf der Entscheidung *BGH NJW* 2002, S. 680.

Undeutlich bleibt, ob auch *Tegeder* einer differenzierenden Betrachtung zur abschließenden Wirkung des Beschlusses nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO zuneigt. In *NJW* 2003, S. 3327 (3328) führt er aus: „(...) die Rechtskraft eines prozessualen Kostentitels steht einer Klage *jedenfalls insoweit nicht entgegen*, als in dem früheren Verfahren von einer Entscheidung über den Klageanspruch abgesehen wurde.“ – (Hervorhebung nicht im Original).

Ähnlich: *Stein/Jonas – Bork*, § 91a, Rn. 34 a.E. (zu § 91a ZPO), wo es heißt: „Die Entscheidung muß aber klar erkennen lassen, ob sie nur die prozessuale Erstattungspflicht behandelt, so daß u.U. noch über die materiell-rechtliche Pflicht prozessiert werden könnte, oder ob sie auch über diese abschließend erkennt.“ [u.U. = unter Umständen].

Vorsichtig in Richtung der hier entwickelten Lösung auch *Zöller – Vollkommer*, § 91a, Rn. 28 a.E. (zu § 91a ZPO): „... ist ein materiell-rechtl Erstattungsanspruch durch die Rechtskraft des Beschlusses gem § 91a nicht ausgeschlossen (...), jedenfalls dann nicht, wenn das Gericht eine Prüfung ausdrückl abgelehnt hat (...).“ [rechtl = rechtlicher; gem= gemäß; ausdrückl = ausdrücklich].

⁶⁰⁴ S. 158 f.

⁶⁰⁵ S. 156 f.

Entscheidung über die materiell-rechtlichen Ansprüche enthält, denn das Verhältnis der beiden Korrekturmöglichkeiten ist in diesem Fall unproblematisch.

I. Beschluss enthält abschließende Entscheidung

Wenn im Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO bereits über den materiell-rechtlichen Anspruch entschieden wurde – und sei es auch zu Unrecht – ist eine Regressklage schon wegen der abschließenden Wirkung dieses Beschlusses unzulässig.⁶⁰⁶ Vor Erhebung der Regressklage muss daher die abschließende Wirkung des Beschlusses ausgeräumt werden, was mit der sofortigen Beschwerde möglich ist.

Beispiel: Das Gericht verneint im Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO die Voraussetzungen eines Ersatzanspruchs aus Verzug (§§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB) weil es dem Kläger darin nicht folgt, dass der Schuldner die Leistung tatsächlich ernsthaft und endgültig verweigert hat (§ 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB). Es erlegt die Kosten des Rechtsstreits, die sich auf € 1000 belaufen, hälftig je dem Kläger und dem Beklagten auf. Der Kläger hatte allerdings vorgetragen, einen Zeugen für die Leistungsverweigerung des Beklagten benennen zu können. Dieser Zeuge war aus Gründen der Prozessökonomie nicht vernommen worden, da hierfür ein neuer Termin hätte angesetzt werden müssen.

Ehe der Kläger die ihn treffenden Prozesskosten (€ 500) nun in einem Regressprozess als Verzugsschaden einklagen kann (wo der Zeuge vernommen werden müsste), muss er die abschließende Wirkung des Beschlusses nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO beseitigen. Mittels Beschwerde muss er rügen, dass im Beschluss zu Unrecht über die Voraussetzungen des Verzugsanspruchs entschieden worden ist, da ein Beweismittel (die Zeugenvernehmung) nicht berücksichtigt wurde, welches möglicherweise ergeben hätte, dass der Beklagte sich doch im Verzug befand und die Kosten daher vollständig zu tragen hat. Die Beschwerde des Klägers beläuft sich demnach auf € 500, da dieser Betrag dem Interesse des Klägers an einer Regressklage (gestützt auf den Anspruch aus Verzug) entspricht.

Das Beschwerdegericht wird dem Rechtsmittel insoweit stattgeben, als es nicht mehr abschließend über den Anspruch aus Verzug entscheidet. Die Kostenentscheidung wird ansonsten aber gleich bleiben, weil im Falle einer Pattsituation eine Kostenteilung billig ist. Der Kläger kann allerdings jetzt die € 500, zu deren Tragung er nach wie vor verpflichtet ist, mit einer Regressklage, gestützt auf den Ersatzanspruch wegen Verzugs, einklagen.

Man mag kritisieren, dieser Weg sei umständlich; das ist zuzugeben. Dennoch kann auf Basis der hier vertretenen Ansicht zur abschließenden Wirkung des Beschlusses nicht zugelassen werden, dass der Kläger sofort eine Regressklage erhebt. Zur Rechtfertigung der umständlich anmutenden Notwendigkeit, zuvor Beschwerde einzulegen, sei angemerkt, dass sich diese Situation praktisch nur selten stellen dürfte, setzt sie doch voraus, dass das Ausgangsgericht einen ganz bestimmten Fehler macht, nämlich den materiell-rechtlichen Anspruch zu

⁶⁰⁶ Vgl. oben, S. 145-154.

Unrecht verneint und gleichzeitig die Entscheidung nach billigem Ermessen den Beschwerdeführer mit einem so großen Teil der Kosten belastet, dass jener noch bereit ist, seinen Anspruch mithilfe einer Regressklage durchzusetzen.

Und selbst wenn das der Fall ist, ist der hier aufgezeigte Weg keineswegs so unökonomisch, wie er zunächst anmutet. Wenn der Beschwerde nämlich irrt und sein Anspruch in dem Beschluss *zu Recht* verneint wurde, dann ist es für ihn deutlich billiger, mit der Beschwerde statt mit einer (sofort zugelassenen Regressklage) zu unterliegen.⁶⁰⁷

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass ein echtes Nebeneinander der beiden Korrekturmöglichkeiten (Beschwerde und Regressklage) ausgeschlossen ist, wenn der Beschluss eine abschließende Entscheidung über die materiell-rechtlichen Ansprüche enthält. Hier kommt nur ein *Nacheinander* in Betracht. Das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde hat insofern Vorrang vor der Regressklage.

II. Beschluss enthält keine abschließende Entscheidung

Damit kann sich die Untersuchung jenen Fällen zuwenden, in denen ein *Nebeneinander* beider Korrekturmöglichkeiten denkbar ist, weil materiell-rechtliche Ansprüche im Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht berücksichtigt wurden.

1. Beide Wege führen zum selben Ziel

Eine echte Alternativität von sofortiger Beschwerde und Regressklage besteht, wenn über einen (bestehenden) materiell-rechtlichen Anspruch zu Unrecht nicht entschieden wurde und dies einen Ermessensfehler darstellt. Denn im Rahmen der sofortigen Beschwerde des Anspruchsinhabers bliebe dem Beschwerdegericht keine andere Wahl, als über den Anspruch zu entscheiden. In diesem Fall wäre die Beschwerde also, genau wie die Regressklage, auf Durchsetzung des materiell-rechtlichen Anspruchs gerichtet. Im Gegensatz zur Regressklage bedarf es bei der Beschwerde aber keines ordentlichen Verfahrens mehr. Daher drängt sich die Frage auf, ob einer Regressklage das Rechtsschutzbedürfnis fehlen würde.

Dies könnte aber – wenn überhaupt – nur vorübergehend der Fall sein, nämlich nur solange, wie die Beschwerde tatsächlich zulässig ist (also bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Zustellung des Beschlusses, § 569 Abs. 1 S. 1, 2 ZPO). Würde man das Rechtsschutzbedürfnis für eine Regressklage auch danach noch

⁶⁰⁷ Zu den Kosten der Beschwerde vgl. oben, Fn. 545 auf S. 139.

verneinen, dann würde dies einen endgültigen Ausschluss der materiell-rechtlichen Ansprüche bedeuten; dem Beschluss käme, obwohl in ihm gar nicht über diese Ansprüche entschieden wurde, doch abschließende Wirkung zu. Überdies hätte die Annahme, die Regressklage sei trotz Verfristung der Beschwerde unzulässig, die widersinnige Konsequenz, dass dieser Ausschluss nur in wirtschaftlich bedeutenden Fällen drohen würde, nicht hingegen in unbedeutenden, wo die Beschwerde von vorneherein mangels Erreichen der Wertgrenzen⁶⁰⁸ unzulässig ist.

Abgesehen von diesen Bedenken bleibt noch ein allgemeiner Einwand gegen einen Vorrang der Beschwerde: Ob sich das Beschwerdegericht tatsächlich der Auffassung des Beschwerdewertens anschließen wird, dass der materiell-rechtliche Anspruch zu Unrecht nicht berücksichtigt wurde, lässt sich nicht mit Sicherheit prognostizieren. Gewissheit, dass über den materiell-rechtlichen Anspruch entschieden wird, bietet lediglich die Regressklage. Um den Anspruchsinhaber nicht mit diesen Unsicherheiten zu belasten und eventuell zu zwei Verfahren zu zwingen, muss er die Wahl haben, gleich eine Regressklage einzureichen.⁶⁰⁹

2. Eine Partei legt Beschwerde ein, die andere erhebt Regressklage

Nachdem soeben gezeigt wurde, dass Beschwerde und Regressklage alternativ zueinander stehen, stellt sich sofort die Frage, ob beide Wege auch kumulativ beschritten werden können.

Beispiel: Es ist eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ergangen, in der die Kosten geteilt werden. Der Kläger fühlt sich dadurch benachteiligt, weil er der Auffassung ist, einen materiell-rechtlichen Anspruch auf vollen Ersatz zu haben, der hätte berücksichtigt werden müssen. Auch der Beklagte fühlt sich zu Unrecht belastet; er greift den Beschluss mit der Beschwerde an, während der Kläger seinen vermeintlichen Ersatzanspruch im Wege einer Regressklage durchsetzen möchte.

Hier tritt die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen über die Erstattungs-fähigkeit der Kosten aufgrund des materiellen Rechts auf. Daher kann es nicht zulässig sein, den Beschluss gleichzeitig mit einer Beschwerde und einer Regressklage anzugreifen. Ein Rechtsmittel muss insofern Vorrang genießen, und das ist die Beschwerde. Denn diejenige Partei, der kein materiell-rechtlicher Erstattungsanspruch zusteht, kann den Beschluss nicht anders als durch Beschwerde angreifen. Andererseits kann schon die Beschwerde den Inhaber

⁶⁰⁸ Dazu oben, S. 140.

⁶⁰⁹ Diesem Ergebnis neigt auch *Becker-Eberhard* LM § 91a ZPO, Nr. 74 zu; er empfiehlt für die Praxis gleichwohl, zunächst Beschwerde einzulegen, da die Gerichte die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses anders beantworten könnten.

eines materiell-rechtlichen Anspruchs zum Ziel (Entscheidung über materiell-rechtliche Ansprüche) führen, wenn er sich der Beschwerde anschließt (§ 567 Abs. 3 ZPO). Falls nicht, kann er die Regressklage immer noch erheben; eine prozessuale Frist gibt es hierfür – anders als für die Beschwerde – nicht. Daher beeinträchtigt ein Vorrang der Beschwerde den Rechtsschutz des Inhabers eines materiell-rechtlichen Anspruchs nicht, wohingegen der Vorrang der Regressklage denjenigen beeinträchtigen würde, dem nur die Beschwerde zu Gebote steht.

Das Verhältnis von Beschwerde und Regressklage ist in diesem Fall also zugunsten der Beschwerde zu lösen. Wenn sie eingelegt wird, wird eine ebenfalls eingelegte Regressklage unzulässig, um widersprüchliche Entscheidungen auszuschließen. Die Regressklage wird aber wieder zulässig, wenn im Beschluss des Beschwerdegerichts nicht abschließend über den materiell-rechtlichen Erstattungsanspruch entschieden wurde.⁶¹⁰

D. Zusammenfassung

Der Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO kann mittels sofortiger Beschwerde angegriffen werden und zwar auch, wenn er nach einer teilweisen Rücknahme in der Kostenentscheidung des Urteils über den verbliebenen Teil enthalten ist. Alternativ können *bislang unberücksichtigt gebliebene* materiell-rechtliche Ansprüche auch durch eine Regressklage geltend gemacht werden. Treffen Beschwerde und Regressklage zusammen, so ist die Regressklage (vorübergehend) unzulässig.

⁶¹⁰ Sollte ausnahmsweise bereits über die Regressklage entschieden worden sein, bevor eine Beschwerde eingelegt wird, dann wirkt diese Entscheidung präjudiziell.

Sechster Teil – Alternativen zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO

Die Frage nach der abschließenden Wirkung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO stellt sich noch in einer anderen Gestalt als in der, ob eine *nachträgliche* Regressklage zulässig sein kann. Der hier angesprochene zweite Aspekt dieser Frage geht dahin, ob man *im laufenden Verfahren* alternativ zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO noch immer nach den zur früheren Rechtslage entwickelten Lösungswegen vorgehen kann. Dies lässt sich auch unter dem Schlagwort der »Vorrangwirkung« von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO diskutieren.⁶¹¹

Für die teilweise bejahte reziproke Anwendung von § 93 ZPO⁶¹² ist in den Fällen des Anlasswegfalls vor Rechtshängigkeit jedenfalls seit Einführung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO kein Raum mehr. Letzterer schließt die zuvor angenommene Regelungslücke. Etwas anderes wird nicht vertreten;⁶¹³ seit Einführung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO sind auch keine Entscheidungen mehr bekannt geworden, in denen bei Anlasswegfall vor Rechtshängigkeit eine reziproke Anwendung von § 93 ZPO diskutiert worden wäre.⁶¹⁴

Wenn es hier um die Frage geht, welche der früheren Lösungswege alternativ neben § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bestehen bleiben, kann es daher nur um folgende prozessuale Vorgehensweisen gehen: (1) Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO (eventuell mit anschließender Erhebung einer Leistungsklage auf Ersatz der Kosten der zurückgenommenen Klage) und (2) Änderung der ursprünglichen Klage in eine bezifferte Leistungsklage oder in eine unbezifferte Kostenfeststellungsklage.

Vor allem hinsichtlich des Rechtsschutzbedürfnisses für diese alternativen Lösungswege gehen die Meinungen auseinander. Das ist ein Streit um die *mittelbare* Vorrangwirkung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO (dazu B⁶¹⁵). Ehe jedoch hierauf eingegangen werden kann, muss zuerst einmal geklärt werden, ob § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht schon selbst die prozessualen Handlungsmöglichkeiten abschließend regelt und damit *unmittelbare* Vorrangwirkung entfaltet (sogleich unter A., auf der nächsten Seite).

⁶¹¹ Begriffsbildung in Anlehnung an *Schur* KTS 2004, S. 373 (384).

⁶¹² Vgl. oben, S. 34.

⁶¹³ Die Frage einer reziproken Anwendbarkeit von § 93 ZPO hält Zöllner – Herget, § 93, Rn. 2 a.E. ebenfalls für erledigt.

⁶¹⁴ Für einen Fall des Anlasswegfalls *nach* Rechtshängigkeit schließt OLG Dresden OLG-NL 2003, S. 282 die reziproke Anwendung von § 93 ZPO auf § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO nach wie vor aus.

⁶¹⁵ S. 169-173.

A. Kein direkter Ausschluss durch § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO

I. Argumente für eine unmittelbar abschließende Wirkung

Folgende Argumente lassen sich für einen ausschließenden Vorrang von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vor sämtlichen eben genannten Alternativen anführen:⁶¹⁶

1. Prozessökonomie

Wie in der Frage, ob eine Regressklage nach einem Beschluss gemäß § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 zulässig ist, so ist auch in der Frage des Vorrangs von § 269 Abs. 3 S. 3 vor alternativen Lösungen die Prozessökonomie das wichtigste Argument für die Ausschließlichkeit von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO. Insbesondere *Lindacher*⁶¹⁷ betont, dass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO an § 91a ZPO angelehnt ist und daher ebenfalls im Lichte „der Schonung knapper Rechtsressourcen“⁶¹⁸ auszulegen sei. Daraus folge, dass das summarische Verfahren als das ausschließliche angesehen werden muss, um einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch durchzusetzen.

⁶¹⁶ Für einen unmittelbaren Vorrang von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vor der Geltendmachung der Prozesskosten als Verzugsschaden: *Gehrlein*, § 9, Rn. 49, der jedoch etwas unverständlich einschränkt, der Kläger könne den Verzugsschaden „beanspruchen, wenn er von einem **vor Anhängigkeit** eingetretenen erledigenden Ereignis schuldlos keine Kenntnis erlangt hat.“

Zöller – Vollkommer, § 91a, Rn. 42, 29 hält die Änderung in eine *unbezifferte* Kostenfeststellungsklage für ausgeschlossen, seiner Argumentation nach (Waffengleichheit verbietet Wahlfreiheit bezüglich des Verfahrens) müsste auch die Änderung in eine *bezifferte* Leistungsklage ausgeschlossen sein. So weit geht *Vollkommer* aber nicht, vgl. *Zöller – Vollkommer*, § 91a, Rn. 29. Damit eröffnet er dem Kläger doch die Wahlfreiheit, die er eigentlich kritisiert.

Lindacher JR 2005, S. 92 (93) befürwortet (zumindest) einen Ausschluss der Änderung in eine Kostenfeststellungsklage durch § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO. Widersprüchlich ist vor diesem Hintergrund allerdings seine Erwägung, die Klageänderung könne „bei Vorliegen eines *besonderen* einschlägigen Feststellungsinteresses“ doch zulässig sein.

Nach Ansicht von *Schur* KTS 2004, S. 373 (380, dort in Fn. 22) sieht auch das LG Düsseldorf NJW-RR 2003, S. 213 (214) in § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO eine abschließende Regelung. Genauer besehen ist das allerdings zweifelhaft: Das Gericht setzt sich mit den *Tatbestandsvoraussetzungen* der Norm auseinander (im Einzelnen geht es um die Frage, ob die Zustellung der Klageschrift vor der Rücknahmeerklärung erfolgt sein muss). Die Feststellung des abschließenden Charakters bezieht sich zumindest direkt nur auf *diese* Frage. Hinweise darauf, dass der abschließende Charakter auch für die Frage alternativen Vorgehens festgestellt werden sollte, finden sich nicht – das Gericht hatte sich damit auch gar nicht auseinander zu setzen.

⁶¹⁷ *Lindacher* JR 2005, S. 92 (93).

⁶¹⁸ *Lindacher* JR 2005, S. 92 (93).

2. Waffengleichheit

Daneben spielt auch der Grundsatz der Waffengleichheit eine Rolle. Nach *Vollkommer*⁶¹⁹ wäre dieser Prozessrechtsgrundsatz verletzt, wenn der Kläger die Wahl zwischen summarischem und ordentlichem Verfahren hätte, weil der *Beklagte* diese Wahl *nicht* hat. Folgt man dem, muss man dem Kläger konsequenter Weise alle alternativen Vorgehensweisen versagen und ihn allein auf § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO verweisen.⁶²⁰

II. Argumente gegen die unmittelbar abschließende Wirkung

Diese Argumente für eine Ausschlusswirkung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO stoßen allerdings auf erhebliche Bedenken:

1. Die Prozessökonomie betreffend

Wie schon in Bezug auf den Ausschluss einer nachträglichen Regressklage erweist sich der Verweis auf die Prozessökonomie auch hier als zu pauschal. Zwar trifft es durchaus zu, dass das summarische Verfahren nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO prozessökonomischer ist als ein ordentliches Verfahren nach einer Klageänderung beziehungsweise Erhebung einer selbstständigen Regressklage. Allerdings darf man nicht außer Acht lassen, dass auch nach dem Beschluss gemäß § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO eine Regressklage zulässig sein kann.⁶²¹ Wird sie erforderlich, dann muss über die Regressansprüche zusätzlich zur summarischen Entscheidung nun außerdem noch in einem ordentlichen Verfahren entschieden werden. Dass diese *doppelte* Inanspruchnahme der Gerichte weniger prozessökonomisch ist, als wenn von vorneherein *nur* einmal, im ordentlichen Verfahren, entschieden wird, liegt auf der Hand. Daher ist es aus Gründen der Prozessökonomie besser, die alternativen Lösungen neben § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zuzulassen, wenn abzusehen ist, dass materiell-rechtliche Ansprüche keine Berücksichtigung in der summarischen Entscheidung finden würden.

Allerdings kann dem Kläger nicht zugemutet werden, eine Prognose darüber anzustellen, ob das Gericht materiell-rechtliche Ansprüche in einer hypotheti-

⁶¹⁹ Zöller – *Vollkommer*, § 91a, Rn. 42.

⁶²⁰ Nicht ganz konsequent ist es, dass Zöller – *Vollkommer*, § 91a, Rn. 29 a.E. es gestatten will, die Klage in eine bezifferte Leistungsklage auf Ersatz der Kosten zu ändern. Damit eröffnet er dem Kläger doch die Wahl, die Ansprüche im normalen Erkenntnisverfahren geltend zu machen.

⁶²¹ Dies ist zwar umstritten, nach hier vertretener Ansicht aber der Fall, wenn im Beschluss materiell-rechtliche Ansprüche nicht berücksichtigt wurden. Ausführlich dazu bereits oben, S. 146 f.

schen summarischen Entscheidung berücksichtigen würde oder nicht. Daher muss es ihm stets überlassen bleiben, frei darüber zu entscheiden, ob er nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO oder über einen alternativen Weg vorgehen will.⁶²² Diese Wahlfreiheit harmoniert auch besser mit dem Grundsatz der Parteiherrschaft als es eine (teilweise) Vorrangwirkung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO tun würde.

Dabei ist keineswegs zu befürchten, dass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO seine praktische Bedeutung verliert. Er bleibt aufgrund seiner vielen Vorzüge⁶²³ selbst dann interessant, wenn die Berücksichtigung materiell-rechtlicher Ansprüche fraglich ist, zumal im Negativfall immer noch eine Regressklage in Betracht kommt. Erst recht empfiehlt er sich von selbst, wenn die Berücksichtigung (weitgehend) sicher scheint.

Ein absoluter Vorrang von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO wäre auch aus anderen Gründen nicht prozessökonomisch. Wenn etwa der Beklagte den Anlasswegfall vor Rechtshängigkeit bestreitet, dann muss diese Frage vor Erlass der summarischen Entscheidung im ordentlichen Verfahren aufgeklärt werden. Dies kann unter Umständen schwieriger sein als die Prüfung eines materiell-rechtlichen Erstattungsanspruchs. In diesen Fällen ist es sinnvoller, sofort über einen solchen Anspruch zu streiten (was eine Klageänderung voraussetzt).

2. Weitere Erwägungen

Ein *genereller* Vorrang von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO verbietet sich noch aus weiteren Überlegungen, wie sogleich gezeigt wird. Übrig bliebe nur ein Vorrang mit etlichen, teils willkürlichen Lücken:

Beispielsweise ist es dem Kläger nach dem klaren Wortlaut von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO und ganz entsprechend der Dispositionsmaxime freigestellt, die Klage trotz Anlasswegfalls überhaupt nicht zurückzunehmen. Dann ergeht eine Kostenentscheidung nach §§ 91 ff. ZPO. Diese kann er durch eine Regressklage (wirtschaftlich) korrigieren.⁶²⁴

⁶²² Ebenso *Löhnig* JA 2004, S. 122 (124 f). Einschränkungen können sich allenfalls aus dem Institut des Rechtsschutzbedürfnisses ergeben; dies wird unten, S. 169-173 behandelt.

⁶²³ 1.) Häufig ist ein Vorgehen nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO erheblich billiger; 2.) Meist ist es schneller; 3.) Rechtsbehelf gegen eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ist die sofortige Beschwerde, nicht die Berufung.;4.) Eine Chance auf (teilweise) Kostenabwälzung gibt es auch dort, wo ein materiell-rechtlicher Anspruch eventuell doch nicht besteht oder nicht bewiesen werden könnte.

⁶²⁴ *Becker-Eberhard* JZ 1995, S. 814 (817); einschränkend BGH 2002, S. 68: danach müssen „zusätzliche Umstände hinzukommen, die bei der prozessualen Kostenentscheidung nicht berücksichtigt werden konnten.“ Dem folgend BLAH – *Hartmann*, Übersicht § 91, Rn. 49.

Aus prozessökonomischer Sicht ist es beinahe zwingend, statt dieses Vorgehens eine Rücknahme nach S. 2 mit anschließender Regressklage⁶²⁵ oder gleich eine Klageänderung zuzulassen.⁶²⁶

Auch aus dem Wortlaut von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ergibt sich, dass jener keinen Vorrang vor der Rücknahme nach S. 2 haben soll. S. 3 verlangt, die Klage müsse „daraufhin“ (gemeint ist der Anlasswegfall vor Rechtshängigkeit) zurückgenommen werden und erfordert damit eine kausale Beziehung zwischen Anlasswegfall und Rücknahme.⁶²⁷ Das bedeutet, dass sich der Kläger gerade den Anlasswegfall zum Anlass für die Rücknahme genommen haben muss, damit die Rechtsfolge von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO eintreten kann. Andernfalls bleibt es selbst bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen von S. 3 bei der Rechtsfolge von S. 2. Da dar wahre, im Kläger liegende Beweggrund der Rücknahme letztlich nicht ermittelt werden kann, aber auch gar nicht einzusehen ist, weshalb er in diesem Zusammenhang einen Differenzierungsgrund darstellen sollte, muss man dem Kläger die Rechtsfolge von S. 2 schon dann (ungeachtet eines objektiven Anlasswegfalls) „gewähren“, wenn er nur angibt, nicht „daraufhin“ zurückgenommen zu haben, also letztlich schon dann, wenn der Kläger deutlich macht, dass er die Rechtsfolge von S. 2 statt von S. 3 wünscht.⁶²⁸

Noch größeres Gewicht dürfte folgende Erwägung haben: Eine Rücknahme nach S. 2 bedeutet für die Gerichte eine noch größere Entlastung als eine Rücknahme nach S. 3, da die Kostenverteilung sich aus dem Gesetz ergibt.⁶²⁹ Damit unterläuft die Alternativität der Rücknahme nach S. 2 oder S. 3 nicht die vom Gesetzgeber intendierte Prozessökonomie. Für den Kläger bietet diese Art der Rücknahme die Möglichkeit, in den Genuss der Gebührenreduktion von

⁶²⁵ Für die weiter bestehende Zulässigkeit dieses Vorgehens: Goebel – *Gottwald*, § 22, Rn. 12.

⁶²⁶ So auch *Schellhammer*, Arbeitsmethode, Rn. 407; Goebel – *Gottwald*, § 22, Rn. 12.

⁶²⁷ So gibt etwa Duden, S. 750 (Stichwort: „daraufhin“) die Bedeutung des Worts „daraufhin“ folgendermaßen an: „1. aus diesem Grund, Anlass; infolgedessen“.

⁶²⁸ Im Ergebnis ebenso *Schneider*, Praxis der ZPO, Rn. 299 sowie BGH NJW 2005, S. 512 (513); dahingehend sind wohl auch *Greger* NJW 2002, S. 3049 (3050) sowie LG Bonn NJOZ 2005, S. 1567 (1568) zu verstehen; für ein Wahlrecht des Klägers zur Rücknahme nach S. 2 und anschließender Regressklage auch AG Hersbruck NJOZ 2004, S. 3394; ähnlich auch OLG München NJW-RR 2002, S. 1722: „Die Kostentragungspflicht ergibt sich bereits aus dem Gesetz, nämlich aus § 269 II 2 ZPO n.F. Der Sonderfall des § 269 III 3 ZPO n.F. ist von der Bf. im Beschwerdeverfahren nicht geltend gemacht und dargelegt worden.“

Auch *Gehrlein*, § 9, Rn. 18 erkennt (zumindest vor Zustellung der Klage) ein Wahlrecht des Klägers an.

⁶²⁹ Das gilt zumindest, wenn der Kläger keine Regressklage mehr erhebt. An dieser Stelle sei noch einmal darauf hingewiesen, dass § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 Alt. 2 ZPO kein Einfallstor für materiell-rechtliche Ausgleichsansprüche des Klägers darstellt, vgl. die Nachweise oben, Fn. 12 auf S. 26.

Nr. 1211 Z. 1 KV GVG zu kommen. Es wäre nicht ersichtlich, warum er sich im Falle des Anlasswegfalls nicht für diese sichere Kostenersparnis entscheiden können sollte, sondern gezwungen ist, auf eine günstige Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zu hoffen. Immerhin erleidet der Beklagte durch eine Rücknahme nach S. 2 keine Nachteile, sondern erfährt im Gegenteil den Vorteil, dass der Kläger grundsätzlich die gesamten Kosten von Gesetzes wegen zu tragen hat.

Steht es dem Kläger schon frei, nach S. 2 zurückzunehmen, um die Kosten in einem Regressprozess einzuklagen, so muss es ihm aus denselben Gründen erst recht gestattet sein, vor der Zustellung schlicht auf jene zu verzichten und statt nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO über eine eigenständige Regressklage vorzugehen.⁶³⁰

Auch gegenüber der Klageänderung muss aus prozessökonomischen Erwägungen eine Ausschließlichkeit von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO jedenfalls dort ausscheiden, wo der Kläger für eine Rücknahme auf die Einwilligung des Beklagten angewiesen ist und der sie verweigert. Andernfalls wäre der Kläger eventuell gezwungen, beide Verfahren (summarisches und Regressklage) zu durchlaufen.

Hinzu kommt noch folgende weitere Überlegung: Bis zum 1. September 2004 war eine Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht mehr möglich, wenn die Rücknahmeerklärung nicht *unverzüglich* abgegeben wurde. Die verspätete Rücknahmeerklärung mit dem Ausschluss der Geltendmachung materiell-rechtlicher Erstattungsansprüche zu sanktionieren, wäre eine überharte Konsequenz gewesen, welche die Gesetzesbegründung nirgends andeutete.⁶³¹ Zumindest bis zum Inkrafttreten des JuMoG hätte der Kläger den Vorrang von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO also auch dadurch unterlaufen können, dass er die Rücknahme nicht unverzüglich erklärt. Der Wegfall des Unverzüglichkeitserfordernisses hat aber nichts daran geändert, dass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO die alternativen Vorgehensweisen nicht ausschließen sollte.

3. Die Waffengleichheit betreffend

Auch die Waffengleichheit spricht bei genauerer Betrachtung nicht gegen ein Wahlrecht des Klägers zwischen § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO und den alternativen Lösungswegen. Zunächst einmal muss man bedenken, dass der Kläger überhaupt nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache eine echte Wahlfreiheit hat; danach muss der Beklagte nämlich in

⁶³⁰ Dies setzt *Goebel* ProzRB 2004, S. 252 (254) stillschweigend voraus.

⁶³¹ *Deckenbrock/Dötsch* ProzRB 2003, S. 152 (156, dort in Fn. 41); *Luckey* ProzRB 2002, S. 24 (28).

die Klagerücknahme einwilligen. Insofern ist die Diskussion um die Waffengleichheit bereits entschärft.

Abgesehen davon gilt ohnehin, dass sowohl das normale wie auch das summarische Verfahren rechtsstaatlichen Anforderungen genügt. Weder das eine noch das andere verletzt für sich Rechte des Beklagten. Die Waffengleichheit könnte also wirklich nur dadurch verletzt sein, dass der Kläger die *Wahl* zwischen beiden Verfahren hat. In der *Sache* ist durch die Wahl zwischen zwei rechtsstaatlichen Verfahren aber kein Belang des Beklagten verletzt. Es entspringt der Parteiherrschaft, dass der Kläger wählen kann, ob und in welchem von mehreren Verfahren er gegen den Beklagten vorgeht.⁶³² Die Situation ist insofern jener beim Urkundenprozess (§ 592 ff. ZPO) vergleichbar. Im Übrigen erblickt man auch bei § 91a ZPO keine Verletzung der Waffengleichheit darin, dass der Beklagte sich der Erledigterklärung des Klägers anschließen und dadurch (auch gegen den Willen des Klägers) ein summarisches Verfahren herbeiführen kann.⁶³³

4. Gesetzesbegründung

Zuletzt kann auch die Gesetzesbegründung dafür herangezogen werden, dass es nicht im Willen des Gesetzgebers lag, die bisherigen Wege durch § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auszuschließen. Die Begründung zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO erweckt den Eindruck, als sei die Vorschrift als *zusätzliche* prozessuale Möglichkeit des Klägers konzipiert, nicht als ausschließliche.⁶³⁴ Hierfür spricht insbesondere die folgende Passage: "Die Neuregelung in Absatz 3 Satz 3 *ermöglicht* es, einem materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch Rechnung zu tragen, ohne dass ein neues Verfahren *erforderlich* wird. Der Kläger *kann* die bisherige Kostenautomatik vermeiden, wenn der Anlass zur Klageerhebung vor Rechtshängigkeit weggefallen ist und er daraufhin unverzüglich seine Klage zurücknimmt."⁶³⁵

Die Annahme, in der Begründung sei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ausschließende Wirkung beigemessen worden, liegt übrigens auch deswegen fern, weil die Klageänderung nach Auffassung der Gesetzesbegründung ohnehin keine nennens-

⁶³² *Schur* KTS 2004, S. 373 (379 f.).

⁶³³ Hingewiesen sei noch einmal darauf, dass *Vollkommer*, der das Argument der Waffengleichheit ja angeführt hat, selbst die Änderung in eine bezifferte Leistungsklage für zulässig erachtet (*Zöller – Vollkommer*, § 91a, Rn. 29), vgl. bereits Fn. 620 auf S. 163. Damit räumt er dem Kläger doch die Wahl zwischen summarischem und normalem Verfahren ein.

⁶³⁴ Eine *Begünstigung* des Klägers sehen in § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auch *Schur* KTS 2004, S. 373 (384); AG Hersbruck NJOZ 2004, S. 3394; LG Berlin NJW-RR 2004, S. 647 (648)

⁶³⁵ BT-Drs. 14/4722, S. 81 – Hervorhebungen nicht im Original.

werte praktische Bedeutung hatte.⁶³⁶ Warum hätte man sie also ausschließen sollen?

5. Antragserfordernis

Ein weiteres Argument gegen einen Ausschluss der früheren Lösungswege durch § 269 Abs. 3 S. 3 sieht *Schneider*⁶³⁷ im Antragserfordernis, § 269 Abs. 4 ZPO. Daraus leitet er her, der Gesetzgeber habe es ins Belieben des Klägers gestellt, die Kostenentscheidung nach billigem Ermessen zu vermeiden. Dieses Argument überzeugt nicht. Denn die Übernahme des Antragserfordernisses für § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO beruht wohl auf einem Versehen des Gesetzgebers, nicht auf einer bewussten Entscheidung.⁶³⁸ Abgesehen davon hat, *wenn* die Klage nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zurückgenommen wurde, nicht nur der Kläger ein Antragsrecht, sondern auch der Beklagte.⁶³⁹ Aus dem Antragserfordernis kann daher nicht hergeleitet werden, der Kläger habe die Wahl zwischen § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO und den früheren Lösungswegen.

III. Ergebnis

Die reziproke Anwendung von § 93 ZPO ist jedenfalls seit Einführung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO in Fällen des Anlasswegfalls vor Rechtshängigkeit nicht mehr zulässig. Die anderen früher vorgeschlagenen Lösungsmöglichkeiten sind dagegen aus systematischen sowie vor allem aus Gründen der Prozessökonomie nicht unmittelbar ausgeschlossen. Ihre weiterhin bestehende grundsätzliche Zulässigkeit ist mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbar und verletzt den Grundsatz der Waffengleichheit nicht.⁶⁴⁰ Letztlich sprechen sich nicht einmal die

⁶³⁶ Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 81.

⁶³⁷ *Schneider*, Praxis der ZPO, Rn. 299.

⁶³⁸ Vgl. bereits oben, S. 106 f.

⁶³⁹ Das erkennt *Schneider*, Praxis der ZPO, Rn. 303 a.E. selbst an! Vgl. auch oben, S. 105 A.A. scheint allerdings Goebel – *Gottwald*, § 22, Rn. 11 (Antragsbefugnis nur des Klägers).

⁶⁴⁰ Im Ergebnis ebenso: *Deckenbrock/Dötsch* JurBüro 2003, S. 569 (572); *Elzer*, online-Skript Erledigung, Rn. 35; *Fischer* MDR 2002, S. 1097 (1099 f.) (zu § 91a ZPO, dies ist jedoch übertragbar, wie die Argumentation von *Fischer* zeigt); Goebel – *Gottwald*, § 22, Rn. 12, 50; *Löhnig* JA 2004, S. 122 (124 f.); *Luckey* ProZRB 2002, S. 24 (27 f.); *Musielak – Voit*, § 690, Rn. 13 (für den Mahnantrag); *N. Schneider* ZAP 2002, S. 1105 (1117); (implizit) *Schellhammer*, Rn. 1727; *Wolff* NJW 2003, S. 553 (557) (für das Mahnverfahren); *Zöller – Greger*, § 269, Rn. 18d; *Zöller – Herget*, Vor § 91a, Rn. 12 a.E.; AG Spandau ZMR 2003, S. 584 (585); LG Berlin NJW-RR 2004 647 (648); wohl auch *Schneider/van den Hövel*, Rn. 575, 578; auch *BLAH – Hartmann*, § 91a, Rn. 36 a.E. verneint

als Vertreter der Gegenansicht genannten *Lindacher* und *Vollkommer* für einen konsequenten Ausschluss der früheren Lösungswege aus.⁶⁴¹

B. Kein mittelbarer Vorrang wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses

Ein *mittelbarer* Vorrang von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vor der Klageänderung würde sich dann ergeben, wenn einer geänderten Klage beziehungsweise einer Regressklage aufgrund seiner Einführung das Rechtsschutzbedürfnis fehlen würde. Das wäre in der Tat der Fall, „wenn dem Kläger [mit § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO] ein einfacherer prozessualer Weg zur Verfügung steht, sein Ziel zu erreichen“,⁶⁴² nämlich die (endgültige) Belastung mit den Prozesskosten zu vermeiden.

Ob § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO (stets) einen solchen einfacheren Weg darstellt, wird unterschiedlich beurteilt. Drei Ansichten haben sich herausgebildet:

I. Rechtsschutzbedürfnis bleibt (stets) bestehen

Nach der Ansicht, die die meisten Stimmen hinter sich vereint,⁶⁴³ bleibt das Rechtsschutzbedürfnis für eine geänderte Klage beziehungsweise eine Regressklage stets bestehen. § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO stellt nach dieser Auffassung keinen *einfacheren* Weg zur Vermeidung der Kostenbelastung dar, sondern schlicht einen fundamental *anderen*. Wegen mangelnder Vergleichbarkeit habe § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO keine Auswirkungen auf das Rechtsschutzbedürfnis der Alternativen.

einen absoluten Vorrang von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vor der Geltendmachung des materiell-rechtlichen Ersatzanspruchs durch eine neue Klage.

⁶⁴¹ *Lindacher* JR 2005, S. 92 (93) hält die Änderung in eine Feststellungsklage „bei Vorliegen eines *besonderen* einschlägigen Feststellungsinteresses“ für zulässig.

Vollkommer hält die Änderung in eine Leistungsklage für zulässig, siehe *Zöller – Vollkommer*, § 91a, Rn. 29.

⁶⁴² *Elzer* NJW 2002, S. 2006 m.w.N.

⁶⁴³ Namentlich: *Anders/Gehle*, Assessorexamen, Rn. 623; *Bonifacio* MDR 2002, S. 499; *Deckenbrock/Dötsch* MDR 2004, S. 1214 (1217); *Fischer* MDR 2002, S. 1097 (1099 f.); *Goebel – Gottwald*, § 22, Rn. 12; *Löhnig* JA 2004, S. 122 (125); *Musielak* JuS 2002, S. 1203 (1206); *Schellhammer*, Rn. 1727; *Schneider*, Praxis der ZPO, Rn. 301 f. und *ders.* ZAP 2003, S. 1221 (1222); *Musielak – Foerste*, § 269, Rn. 13; *Zöller – Greger*, § 269, Rn. 18d; LG Berlin NJW-RR 2004 647 f.; schließlich auch LG Berlin, Urteil v. 2.12.2003 (Az.: 64 S 354/03) sowie LG Berlin NJOZ 2003, S. 2294, beide allerdings nur für die Änderung in eine *bezahlte* Leistungsklage, nicht für die Änderung in eine unbezahlte Kostenfeststellungsklage.

Der entscheidende Unterschied zur Klageänderung oder Regressklage wird darin gesehen, dass bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nur nach *billigem Ermessen*, also summarisch, über einen *prozessualen* Kostenerstattungsanspruch entschieden wird (und sei es auch unter Berücksichtigung materiell-rechtlicher Ansprüche). Im Vergleich dazu wird bei einer Klageänderung oder Regressklage im *streitigen* Verfahren notwendig über das Bestehen eines *materiell-rechtlichen* Kostenerstattungsanspruchs befunden. Die summarische Entscheidung über den prozessualen Kostenerstattungsanspruch biete dem Kläger von vorneherein *keine vergleichbare Sicherheit*, die Kostenbelastung zu vermeiden, wie eine reguläre streitige Entscheidung über den materiell-rechtlichen Anspruch, zumal letzterer bei der summarischen Entscheidung nicht notwendigerweise berücksichtigt wird.

Weil sich nichts daran geändert hat, dass die Bezifferung des Kostenerstattungsanspruchs erhebliche Schwierigkeiten bereitet,⁶⁴⁴ muss es dabei bleiben, dass neben der Änderung in eine bezifferte Leistungsklage auch die Änderung in eine unbezifferte Kostenfeststellungsklage zulässig ist.⁶⁴⁵

II. Rechtsschutzbedürfnis entfällt stets aufgrund § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO

Die Gegenposition⁶⁴⁶ erblickt dagegen in § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO stets einen einfacheren Weg, um die Kostenbelastung zu vermeiden. Daher soll nach ihr eine geänderte Klage genauso wie eine Regressklage immer am fehlenden Rechtsschutzbedürfnis scheitern.

Die Unsicherheit, die das summarische Verfahren mit sich bringt, müsse bei der Beurteilung des Rechtsschutzbedürfnisses außer Betracht bleiben; dies folge schon daraus, dass der Beklagte eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht verhindern könne, mithin keine Wahl zwischen summarischem und ordentlichem Verfahren hat.⁶⁴⁷ Außerdem müssten die Parteien ohnehin immer mit einer Billigkeitsentscheidung über die Kosten rechnen, wie §§ 92, 93b, 96, 100 Abs. 2 ZPO zeigten. Überdies weisen die Vertreter dieser Auffassung darauf hin, dass eine anschließende Regressklage möglich ist, wenn materiell-rechtliche Erstattungsansprüche bei der Billigkeitsentscheidung

⁶⁴⁴ Vgl. dazu bereits oben, S. 33 mit Nachweisen in Fn. 51.

⁶⁴⁵ A.A.: Zöller – Vollkommer, § 91a, Rn. 42; LG Berlin NJOZ 2004, S. 440; LG Berlin NJOZ 2003, S. 2294.

⁶⁴⁶ Tegeger NJW 2003, S. 3327 (3328); ähnlich zunächst auch Schneider ZAP 2001, S. 1063 (1068) (anders aber später, vgl. Fn. 643 auf S. 165); AG Wetzlar NJOZ 2003, S. 3017. LG Berlin, Urteil v. 2.12.2003 – (Az.: 64 S 354/03) verneint lediglich nach einer Änderung in eine Kostenfeststellungsklage das Feststellungsinteresse, nicht jedoch bei Änderung in eine bezifferte Leistungsklage.

⁶⁴⁷ Tegeger NJW 2003, S. 3327 (3328).

unberücksichtigt geblieben sind.⁶⁴⁸ Durch den behaupteten Vorrang von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO droht demnach kein Rechtsverlust.

III. Differenzierende Ansichten

Im Gegensatz zu den beiden soeben dargestellten Auffassungen möchte *Elzer*⁶⁴⁹ die Frage nach dem Rechtsschutzbedürfnis differenzierend beantworten: Das Rechtsschutzbedürfnis soll nach ihm *regelmäßig* gegeben sein und nur *ausnahmsweise nicht*, nämlich dann nicht, wenn der Kläger prognostiziert, dass eine Billigkeitsentscheidung „relativ sicher“⁶⁵⁰ für ihn günstig ausfallen würde.

Wiederum andere⁶⁵¹ differenzieren mit genau umgekehrten Vorzeichen: Nach ihnen soll das Rechtsschutzbedürfnis in der Regel *nicht* gegeben sein und nur *ausnahmsweise* doch vorliegen.

IV. Stellungnahme

1. Kritik an den differenzierenden Ansichten

Beiden differenzierenden Ansichten ist entgegenzuhalten, dass sie praktisch schwer handhabbar sind. Dementsprechend gibt lediglich *Elzer* einen Maßstab dafür an, wann der Ausnahmefall gegeben sein soll, dass das Rechtsschutzbedürfnis fehlt: nämlich bei der klägerischen Prognose, dass die Billigkeitsentscheidung „relativ sicher“⁶⁵² zu seinen Gunsten ausfallen würde. Die anderen Vertreter der differenzierenden Ansichten bleiben eine Konkretisierung ihrer jeweiligen Regel schuldig.

Am Differenzierungsmaßstab von *Elzer* ist im Besonderen folgende Kritik zu üben: Nicht die Prognose des Klägers kann für das Rechtsschutzbedürfnis entscheidend sein. Maßgeblich muss sein, wie das Gericht, das über die geänderte Klage (beziehungsweise die Regressklage) zu entscheiden hat, die Aussichten einschätzt, die der Kläger bei einer summarischen Entscheidung auf ein ihm günstiges Ergebnis gehabt hätte. Schließlich muss dieses Gericht über das Bestehen des Rechtsschutzbedürfnisses für die geänderte beziehungsweise die Regressklage urteilen.

⁶⁴⁸ *Tegeder* NJW 2003, S. 3327 (3328); *Zöller – Vollkommer*, § 91a, Rn. 42, 28 a.E.

⁶⁴⁹ *Elzer* NJW 2002, S. 2006 (2007) sowie *ders.*, online-Skript Erledigung, Rn. 36 f.; ähnlich wohl auch *Luckey* ProZRB 2004, S. 24 (28).

⁶⁵⁰ *Elzer* NJW 2002, S. 2006 (2007).

⁶⁵¹ *Thomas/Putzo – Hüßtege*, § 91a, Rn. 36; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 130, Rn. 26.

⁶⁵² *Elzer* NJW 2002, S. 2006 (2007).

Hier setzt die Kritik an, die allgemein für alle differenzierenden Ansichten gilt: Wie soll der Kläger zuverlässig voraussehen können, ob das Gericht annimmt, dass die Billigkeitsentscheidung „relativ sicher“ zu seinen, des Klägers, Gunsten ausgefallen wäre? Diese unsichere Prognose ist ihm nicht zumutbar.⁶⁵³

Der Kläger wird sich aufgrund der Vorteile⁶⁵⁴ ohnehin freiwillig für § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO entscheiden, wenn er diesen Weg für hinreichend Erfolg versprechend hält; eine zusätzliche Regulierung über das Rechtsschutzbedürfnis scheint daher nicht nötig.

Überdies müssten die Gerichte nach den differenzierenden Ansätzen im Rahmen der Zulässigkeit der (geänderten) Klage beurteilen, wie die Entscheidung im summarischen Verfahren ausgefallen wäre. Dafür müssten sie diese Entscheidung im Grunde selbst hypothetisch treffen. Eine Entlastung der Gerichte, die mit dem Institut des Rechtsschutzbedürfnisses gerade angestrebt wird, erscheint vor diesem Hintergrund zumindest fraglich.

Daher sind die differenzierenden Ansichten abzulehnen;⁶⁵⁵ den Vorzug verdient eine der pauschalen Antworten auf die Frage, ob trotz § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO noch ein Rechtsschutzbedürfnis für eine geänderte Klage oder eine Regressklage besteht.

2. Entscheidung dafür, dass das Rechtsschutzbedürfnis (stets) bestehen bleibt

Richtigerweise ist anzunehmen, dass das Rechtsschutzbedürfnis stets zu bejahen ist.⁶⁵⁶ *Tege*der (der dies verneint) erkennt selbst, dass seine ausnahmslose Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses in prozessökonomischer Hinsicht nachteilig wäre.⁶⁵⁷ Schließlich würde sie in vielen Fällen doch wieder zwei Verfahren erforderlich machen, bis der Streit endgültig beigelegt ist: ein summarisches und ein anschließendes ordentliches Verfahren (den Regressprozess).

Überdies darf man die Unsicherheit über den Ausgang des summarischen Verfahrens entgegen der Auffassung *Tege*ders⁶⁵⁸ bei der Beurteilung des

⁶⁵³ So auch *Schneider*, Praxis der ZPO, Rn. 301; *Schur* KTS 2004, S. 373 (376); LG Berlin NJW-RR 2004, 647 f.

⁶⁵⁴ Erinnert sei vor allem an die Zeit- und Kostenersparnis sowie den Rechtsbehelf der sofortigen Beschwerde.

⁶⁵⁵ Gegen den differenzierenden Ansatz *Elzers* auch *Deckenbrock/Dötsch* ProZRB 2003, S. 152 (155); *Fischer* MDR 2002, S. 1097 (1099 f.); *Musielak* JuS 2002, S. 1203 (1206); *Schneider* ZAP 2003, S. 1221 (1222) *Schur* KTS 2004, S. 373 (376); LG Berlin NJW-RR 2004 647 f.

⁶⁵⁶ Dieser Ansicht hat sich *Schneider* (der in ZAP 2001, S. 1063 (1068) noch das Gegenteil vertrat) in ZAP 2003, S. 1221 (1222) angeschlossen.

⁶⁵⁷ *Tege*der NJW 2003, S. 3327 (3328).

⁶⁵⁸ *Tege*der NJW 2003, S. 3327 (3328).

Rechtsschutzbedürfnisses keineswegs außer Acht lassen, denn die Wahlmöglichkeit des Klägers verletzt die Waffengleichheit nicht.⁶⁵⁹

V. Ergebnis

Weder unmittelbar noch mittelbar über das Rechtsschutzbedürfnis hat § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO einen Vorrang vor einer Klageänderung zur Vermeidung der Kostenlast oder einer Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO mit anschließender Regressklage. Der Kläger kann daher frei zwischen diesen Vorgehensweisen wählen.

C. Mitverschulden (§ 254 Abs. 2 BGB) bei alternativem Vorgehen statt Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO?

Wählt der Kläger eine Regressklage oder eine Klageänderung zur Durchsetzung seines materiell-rechtlichen Ersatzanspruchs, dann fallen in der Regel höhere Kosten an als bei einer Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO.⁶⁶⁰ Es stellt sich daher die Frage, ob er diese Mehrkosten zu tragen hat (indem sein materiell-rechtlicher Anspruch nach § 254 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB um den entsprechenden Betrag gekürzt wird) oder ob auch sie dem Beklagten auferlegt werden können.

I. Keine Belastung mit den vollen Kosten

Abzulehnen ist jedenfalls die Ansicht von *Goebel*⁶⁶¹, wonach dem Kläger *sämtliche* Kosten des neuen Verfahrens aufzuerlegen sind, also nicht nur die im Vergleich zu einem Verfahren nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO entstehenden *Mehrkosten*. Der Beklagte würde hierbei nämlich besser gestellt und nicht lediglich neutral. Daraus folgt, dass es nur um die im Vergleich zu einem Vorgehen nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO entstehenden *Mehrkosten* gehen kann; nur in Bezug auf sie kommt eine Belastung des Klägers wegen Nicht-vorgehens nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO in Betracht.⁶⁶²

II. Keine Belastung mit den Mehrkosten

Allerdings sprechen gewichtige Erwägungen gegen eine solche Belastung des Klägers mit den Mehrkosten: Man kann ihm schließlich keinen Schuldvorwurf dafür machen, dass er den sicheren Weg einer vollen Sachverhaltsaufklärung

⁶⁵⁹ Vgl. bereits S. 167.

⁶⁶⁰ Vgl. Anlage 1.

⁶⁶¹ *Goebel* ProZRB 2004, S. 252 (254).

⁶⁶² So auch *Deckenbrock/Dötsch* JurBüro 2003, S. 568 (572).

statt des unsicheren Wegs einer summarischen Entscheidung wählt.⁶⁶³ Vor allem aber kann der Beklagte die Belastung mit den Kosten der geänderten Klage durch sofortiges Anerkenntnis (§ 93ZPO) abwenden und hat dann nur die Kosten zu tragen, welche er auch bei einem Vorgehen nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zu tragen gehabt hätte.⁶⁶⁴ Der Anwendung von § 254 BGB bedarf es in diesem Fall nicht. Erkennt der Beklagte jedoch nicht an, dann rechtfertigt schon dies, dass der Kläger sich für einen prozessualen Weg entschieden hat, der geeignet ist, alle Zweifel am Bestehen seines Anspruchs auszuräumen.⁶⁶⁵

Daher ist der eigens eingeklagte materiell-rechtliche Anspruch des Klägers nicht um die gegenüber § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO entstehenden Mehrkosten zu kürzen.

III. Anwendung von § 254 BGB auf den materiell-rechtlichen Erstattungsanspruch

Abgesehen vom soeben Gesagten bleibt es dabei, dass § 254 BGB (oder eine entsprechende Spezialvorschrift) auf den materiell-rechtlichen Erstattungsanspruch nach den allgemeinen Grundsätzen Anwendung findet.⁶⁶⁶

Beispiel: Obwohl der Kläger bereits vor der ersten mündlichen Verhandlung erfahren hat, dass der Anlass zur Einreichung der Klage weggefallen ist, ändert er die Klage erst nach Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache (Streitwert: € 10000). Deswegen ist je eine Terminsgebühr⁶⁶⁷ für den klägerischen und für den Beklagtenanwalt angefallen, die aus dem Gegenstandswert von € 10000 berechnet wird. Insgesamt sind das Terminsgebühren in Höhe von € 1353,02.⁶⁶⁸ Hätte der Kläger die Klageänderung vor Beginn der mündlichen Verhandlung erklärt, dann wäre die Terminsgebühr für eine anschließende, erstmalige mündliche Verhandlung lediglich aus dem niedrigeren Gegenstandswert (entsprechend dem Kosteninteresse des Klägers)⁶⁶⁹ zu berechnen gewesen. Sie hätte also lediglich € 448,22 betragen. Wegen § 254 Abs. 2 BGB umfasst der materiell-rechtliche Kostenerstattungsanspruch des Klägers die Differenz zwischen diesen beiden Beträgen (= € 904,80) nicht.

⁶⁶³ *Deckenbrock/Dötsch* ProZRB 2003, S. 152 (156).

⁶⁶⁴ AG Hersbruck NJOZ 2004, S. 3394.

⁶⁶⁵ Abgesehen davon wäre es praktisch sehr schwierig, die Mehrkosten zu beziffern; dafür müsste man die hypothetischen Kosten eines Verfahrens nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bestimmen, zu welchem Zweck beispielsweise eine Prognose darüber anzustellen wäre, ob der Beklagte den Anlasswegfall vor Rechtshängigkeit bestritten hätte und es noch zu weiteren Beweisaufnahmen gekommen wäre.

⁶⁶⁶ Vgl. beispielsweise OLG Köln NJW 1978, S. 111; OLG Köln JurBüro 1989, S. 217 f. (beide zu § 91a ZPO).

⁶⁶⁷ Nr. 3104 VV RVG.

⁶⁶⁸ Berechnung: $2 * [(1,2 * 486) + (16 \% * 1,2 * 486)]$.

⁶⁶⁹ Das Kosteninteresse hätte € 2053,78 betragen.

[Berechnung: € 588 Gerichtskosten + $(2 * € 723,89)$ anwaltliche Verfahrenskosten].

Dies muss der Kläger bei seiner Klageänderung berücksichtigen, will er nicht teilweise unterliegen. Von den tatsächlich angefallenen Kosten der ursprünglichen Klage kann er nur einen um € 904,80 verminderten Betrag einklagen (also statt € 3406,80 nur € 2502,00).

D. Wechsel zwischen verschiedenen Vorgehensweisen

I. Klageänderung statt Klagerücknahme

Durch die wirksame Klagerücknahme endet die Rechtshängigkeit der Hauptsache (sofern die Klageschrift bereits zugestellt worden war), der Rechtsstreit ist als nicht anhängig geworden anzusehen (§ 269 Abs. 3 S. 1 Hs. 1 ZPO). Eine Änderung dieser Klage kommt nach der Rücknahme daher naturgemäß nicht mehr in Betracht. Lässt man es allerdings zu, dass die Klage mit Einverständnis des Beklagten als nicht zurückgenommen gilt,⁶⁷⁰ dann muss man dem Kläger auch eine anschließende Klageänderung gestatten. Dieser Fall dürfte jedoch kaum praktische Relevanz aufweisen.

II. Klagerücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nach Klageänderung

Hat der Kläger hingegen die Klage in eine Kostenfeststellungsklage geändert, so kann er nicht mehr nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zurücknehmen. Schließlich ist nicht der Anlass für die Einreichung der Kostenfeststellungsklage weggefallen, sondern der Anlass für die ursprüngliche, später abgeänderte Klage.

Zu überlegen ist lediglich, ob der Kläger die Klage wieder auf seinen ursprünglichen Antrag zurück ändern kann, um sie anschließend doch noch mit der Folge von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zurückzunehmen. Auch in dieser Situation liegt jedoch kein Fall von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vor: Die erneut geänderte, dem ursprünglichen Antrag entsprechende Klage wird streng genommen mit dem Gesuch auf Klageänderung eingereicht. Zu diesem Zeitpunkt wusste der Kläger aber bereits, dass kein Anlass für die Klage besteht, sodass auch kein Anlass mehr wegfallen kann. § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ist daher unanwendbar. Man kann die Vorschrift auch nicht um der Ermöglichung einer summarischen Entscheidung willen analog anwenden: Dies zuzulassen würde nämlich bedeuten, dass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO eine Klageänderung erforderlich statt entbehrlich macht, was schwerlich mit der ihm zugrunde liegenden Regelungsabsicht vereinbar wäre.⁶⁷¹

Allerdings dürfte auch dieser Fall kaum je praktisch bedeutsam sein. Am ehesten ist er vorstellbar, wenn der Kläger (insgeheim) fürchtet, mit der geänderten Klage zu unterliegen. In dieser Situation ist er jedoch mit einer Rücknahme der

⁶⁷⁰ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 342 auf S. 97.

⁶⁷¹ In diese Richtung auch *Schur* KTS 2004, S. 373 (395).

Kostenfeststellungsklage nach § 269 Abs. 3 S. 2 oder mit einem Verzicht nach § 306 ZPO besser beraten. Dadurch kommt er nämlich – im Gegensatz einer Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO – in den Genuss der Gebührenreduktion nach Nr. 1211 Z. 1 respektive Z. 2 Var. 1 KV GKG.

Siebenter Teil – Auswirkungen auf das übrige Zivilprozessrecht

A. Verhältnis zu und Auswirkungen auf § 91a ZPO

Nicht allzu schwer fällt die Feststellung, dass § 91a durch § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO keineswegs seines Anwendungsbereiches beraubt wurde. § 91a ZPO setzt nämlich nicht voraus, dass der Anlass zur Einreichung der Klage *vor* Rechtshängigkeit oder auch nur überhaupt weggefallen ist. Insofern ist sein Anwendungsbereich deutlich weiter als der von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO. Gleichzeitig überschneiden sich die Anwendungsbereiche beider Normen teilweise durchaus, da zumindest nach Zustellung der Klageschrift statt einer Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auch eine übereinstimmende Erledigterklärung möglich ist. Hält man eine übereinstimmende Erledigterklärung schon *vor* Rechtshängigkeit für möglich,⁶⁷² dann erfasst § 91a sogar alle Fälle von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO. Allein – der Kläger ist bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vor Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache nicht auf dessen Mitwirkung angewiesen. Dies ist die Besonderheit von § 269 Abs. 3 S. 3 gegenüber § 91a ZPO.

I. Kann sich der Beklagte der Klagerücknahme „anschießen“?

Wegen der eben dargestellten Überschneidungen zwischen beiden Normen kann im Einzelfall fraglich sein, welche von beiden anwendbar ist. Entscheidend ist hierfür die Auslegung der Erklärungen der Parteien.

Eine Klagerücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO kann zumindest dann nicht als Erklärung nach § 91a ZPO ausgelegt werden, wenn der Kläger die von ihm beabsichtigte Rechtsfolge (Entscheidung nur noch über die Kosten nach billigem Ermessen) schon ohne Mitwirkung des Beklagten herbeiführen kann. Es ist in diesem Falle auch nicht möglich, dass sich der Beklagte der Rücknahmeerklärung anschließt und dadurch § 91a ZPO zur Anwendung bringt.⁶⁷³ Denn nach einer wirksamen Klagerücknahme ist kein Rechtsstreit in der Hauptsache mehr rechtshängig (oder bei Rücknahme vor Zustellung: kann er es nicht mehr werden). Eine Erledigterklärung des Beklagten kann in dieser Situation aber dahin ausgelegt werden, dass er weder den Anlasswegfall an sich noch dessen Zeitpunkt vor Rechtshängigkeit bestreitet und mit einer Kostenentscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO statt nach S. 2 einverstanden ist.

Ist für die Wirksamkeit der Klagerücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO allerdings die Einwilligung des Beklagten erforderlich, dann kann in der Erklärung

⁶⁷² Vgl. MüKo – Lindacher, § 91a, Rn. 30 m.w.N.; dazu auch nachfolgend, S. 179.

⁶⁷³ A.A.: Zöller – Vollkommer, § 91a, Rn. 42; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 4.4.2003 (Az.: I-9 W 12/03).

des Klägers auch eine Erledigterklärung im Sinne des § 91a ZPO gesehen werden. Welche von beiden Normen dann Rechtsgrundlage der Kostenentscheidung ist, hängt von der Erklärung des Beklagten ab (Einwilligung oder Erledigterklärung). Im Zweifel kann es aber offen bleiben, da § 91a und § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO in Bezug auf die Kostenentscheidung identisch zu handhaben sind⁶⁷⁴ und die Rechtsmittel gegen beide Entscheidungen sich nicht unterscheiden. Auch die Gebührenreduktion von Nr. 1211 KV GVG bleibt so oder so versagt.

II. Pflicht zur Berücksichtigung materiell-rechtlicher Ansprüche

Wegen der sachlichen Nähe von § 91a und § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO, wegen des insofern gleichen Wortlauts, wegen der laut Gesetzesbegründung beabsichtigten Angleichung,⁶⁷⁵ vor allem aber, weil im Einzelfall unklar bleiben kann, ob die Situation von § 91a oder von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vorliegt, müssen beide Vorschriften in Bezug auf ihre Rechtsfolge identisch gehandhabt werden. Das heißt, dass das summarische Verfahren in beiden Fällen gleich zu handhaben und die Kostenentscheidung bei beiden Vorschriften nach den gleichen Kriterien zu treffen ist.

Das ergibt sich größtenteils zwanglos schon daraus, dass für § 269 Abs. 3 S. 3 weitestgehend die zu § 91a ZPO entwickelten Grundsätze übernommen wurden. Einzig abweichend von § 91a ZPO wurde hier für bestimmte Situationen eine Pflicht, für andere ein Verbot aufgestellt, materiell-rechtliche Ausgleichsansprüche zu berücksichtigen. Diese Grundsätze – insbesondere die Pflicht zur Berücksichtigung – ist im Rahmen von § 91a ZPO bisher nicht anerkannt. Allerdings lassen sich die sie tragenden Erwägungen (Prozessökonomie und Kostengerechtigkeit) ohne Modifikationen auf § 91a ZPO übertragen. Aus diesem Grund sollte die herrschende Meinung von ihrem bisherigen Standpunkt abrücken und auch bei § 91a ZPO für oben genannte Fälle eine Pflicht zur Berücksichtigung und ausschließlichen Maßgeblichkeit materiell-rechtlicher Ansprüche anerkennen.⁶⁷⁶

⁶⁷⁴ Dazu ausführlich sogleich unter II.

⁶⁷⁵ BT-Drs. 14/4722, S. 81.

⁶⁷⁶ Feststehen dürfte seit dem ZPO-RG jedenfalls, dass materiell-rechtliche Ansprüche im Rahmen von § 91a ZPO berücksichtigt werden *dürfen*. Die Gesetzesbegründung des ZPO-RG geht ganz selbstverständlich davon aus, dass dies im Rahmen der Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO der Fall ist, wobei sie damit nur zu übernehmen glaubt, was im Rahmen von § 91a ZPO ohnehin schon gilt (vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 81). Dies erschüttert die gegenteilige Ansicht von MüKo – *Lindacher*, § 91a, Rn. 61, der sich bisher darauf stützte, es fehle bei § 91a ZPO der Wille des Gesetzgebers, die Berücksichtigung materiell-rechtlicher Ansprüche zu erlauben.

Auch die hier⁶⁷⁷ angestellten Erwägungen über die abschließende Wirkung des Beschlusses sind auf § 91a ZPO übertragbar.

III. Übereinstimmende Erledigterklärung vor Rechtshängigkeit

Durch § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO, insbesondere durch dessen zweiten Halbsatz dürfte auch Bewegung in die Diskussion kommen, ob eine übereinstimmende Erledigterklärung und daraufhin eine Kostenentscheidung nach § 91a ZPO bereits vor Rechtshängigkeit möglich ist.⁶⁷⁸ § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO legt dies immerhin insofern nahe, als die ZPO aufgrund seiner Einführung neuerdings im Amts- und Landgerichtlichen Erkenntnisverfahren eine Kostenentscheidung vor (förmlicher) Klagezustellung anerkennt. Eines durch Zustellung begründeten Prozessrechtsverhältnisses bedarf es zumindest in diesem Fall nicht – warum sollte die Zustellung dann bei § 91a ZPO erforderlich sein, wo doch dessen Rechtsfolge der von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO gleicht und der Beklagte überdies sogar besser geschützt ist, weil er sich der Erklärung anschließen muss?⁶⁷⁹

B. Auswirkungen auf die Klagerücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO

I. Rücknahme vor Zustellung auch bei § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO?

Ähnliche Probleme stellen sich auch bei § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO. Ist auch hier künftig auf die Zustellung der Klageschrift zu verzichten?⁶⁸⁰ Das ist grundsätzlich zu verneinen⁶⁸¹ – es besteht aus Klägersicht schon gar kein Bedürfnis hierfür: Vor Zustellung kann er schlicht auf Zustellung und Terminbestimmung verzichten. Dann muss er – mangels Anwendbarkeit von § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO nicht einmal etwaige, in Erwartung der Klage getätigte Kosten des Beklagten ersetzen (jedenfalls nicht aufgrund eines *prozessualen* Kostenerstattungsanspruchs, eventuell aber freilich aufgrund eines *materiell-rechtlichen* Ersatzanspruchs!). § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO erweist sich in diesem Zusammenhang als eng auszulegende Ausnahmenvorschrift: in den übrigen Fällen der Klagerücknahme bleibt es bei dem Grundsatz, dass der Beklagte durch *Zustellung* der Klageschrift in das Verfahren einzubeziehen ist. Vor Einbeziehung in das Verfahren hat er

⁶⁷⁷ S. 145-154.

⁶⁷⁸ Zu diesem Streit vgl. MüKo – Lindacher, § 91a, Rn. 30.

⁶⁷⁹ Die Argumentation von Musielak – Wolst, § 91a, Rn. 15 gegen eine Entscheidung gemäß § 91a ZPO vor Zustellung erscheint daher überholt. Nach wie vor ablehnend dennoch auch BLAH – Hartmann, § 91a, Rn. 70.

⁶⁸⁰ Scheinbar dafür: BLAH – Hartmann, § 269, Rn. 5, aber insbesondere angesichts Rn. 39 a.E. ist Hartmann wohl doch so zu verstehen, dass das in Rn. 5 pauschal geäußerte nur auf § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bezogen ist.

⁶⁸¹ So auch Musielak – Foerste, § 269, Rn. 6.

keinen *prozessualen* Kostenerstattungsanspruch. Die Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO vor Zustellung der Klageschrift scheidet daher auch zukünftig aus.⁶⁸²

Schwieriger ist die Situation zu beurteilen, wenn der Kläger die Klage nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zurücknehmen will, das Gericht dem Beklagten rechtliches Gehör gewährt und sich dabei herausstellt, dass kein Anlass zur Klage bestand (beziehungsweise der Anlass nicht weggefallen ist). Aufgrund der hier vorgeschlagenen weiten Auslegung des Anlasswegfalls dürfte diese Situation zwar praktisch kaum vorkommen; dennoch bedarf sie einer theoretischen Klärung. Nach dem eben Gesagten ist es nicht möglich, die Rücknahme als eine nach S. 2 auszulegen, da es dafür der Zustellung bedarf. Zwar kann man die Erklärung als einen Verzicht auf Zustellung und Terminbestimmung umdeuten,⁶⁸³ in dieser Situation kann es aber nicht dabei bleiben, dass der Beklagte keinen prozessualen Kostenerstattungsanspruch hat. Schließlich wurde er durch das Gericht in das Verfahren einbezogen. Daher sind ihm in entsprechender Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 ZPO seine Kosten zu erstatten.⁶⁸⁴ Das Gericht hat auf Antrag (entsprechend § 269 Abs. 4 ZPO) einen entsprechenden Beschluss zu erlassen, der als Titel für die Kostenfestsetzung (§§ 104 ff ZPO) dient.

II. Verbleibender Anwendungsbereich von § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 ZPO

§ 269 Abs. 3 S. 3 ZPO beraubt S. 2 seines Anwendungsbereichs nicht. Immerhin ist eine Rücknahme nach S. 3 nicht möglich, wenn der Anlass zur Klageeinreichung erst nach Rechtshängigkeit wegfällt.⁶⁸⁵ Aber auch dort, wo eine Alternativität von S. 3 und S. 2 besteht,⁶⁸⁶ kann es im Einzelfall sinnvoller sein, nach S. 2 vorzugehen. Seine pauschale Kostenfolge rechtfertigt nämlich eine Reduktion der Gerichtsgebühren nach Nr. 1211 Z. 1 KV GVG.

⁶⁸² Eine Ausnahme besteht nach umstrittener Ansicht allerdings dann, wenn eine trotz Rücknahmeerklärung verfügte Zustellung noch vollzogen wird, vgl. OLG Köln MDR 1994, S. 618 m.w.N.

⁶⁸³ Mit der Folge, dass sich die Gerichtsgebühren nach Nr. 1211 Z. 1 KV GVG reduzieren.

⁶⁸⁴ Welche Kosten erfasst sind, bestimmt sich wie bei einer Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vor Zustellung durch die Hypothese, die Klage sei zugestellt worden. Was danach notwendige Kosten des Rechtsstreits wären, ist erstattungsfähig.

⁶⁸⁵ Vgl. oben, S. 71-78.

⁶⁸⁶ Der Kläger kann frei zwischen beiden wählen, wie im Sechsten Teil auf S. 161-173 erarbeitet wurde.

C. Auswirkungen auf die Konstruktion der Erledigterklärung

I. Bestätigung der Erledigterklärung

Durch § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ist die Konstruktion der Erledigterklärung als einer Klageänderung auf Feststellung von Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglich erhobenen Klage bis zum Eintritt eines erledigenden Ereignisses nicht obsolet geworden.⁶⁸⁷ § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO regelt ja nur Fälle des Anlasswegfalls *vor* Rechtshängigkeit, die Erledigterklärung setzt den Eintritt eines erledigenden Ereignisses *nach* Rechtshängigkeit voraus. Auf letztere Fälle kann § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht analog angewandt werden.⁶⁸⁸

Hinzu kommt, dass die Erledigterklärung eine über § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO hinausgehende Bedeutung hat, insofern sie dazu führt, dass – nach Durchführung eines normalen Erkenntnisverfahrens – ein Sachurteil ergeht, welches rechtskräftig feststellt, dass die ursprüngliche Klage zulässig und begründet war, es aber *nicht mehr* ist. Demgegenüber enthält eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO keine rechtskräftige Aussage zu den Erfolgsaussichten der ursprünglichen Klage. Aus dem bisher Gesagten erklärt sich, dass nach wie vor ein praktisches Bedürfnis nach der Erledigterklärung besteht.

Darüber hinaus hat diese Konstruktion aber auch eine Bestätigung durch die Gesetzesbegründung zum ZPO-RG erfahren,⁶⁸⁹ womit zugleich der Auffassung eine (indirekte) Absage erteilt wurde, auf eine Erledigterklärung hin sei analog § 91a ZPO zu entscheiden,⁶⁹⁰ denn die Gesetzesbegründung macht sich die Ansicht zu Eigen, es sei bei der Erledigterklärung gemäß § 91 ZPO zu entscheiden.⁶⁹¹ Folgerichtig wurde auch der dem § 91a nachempfundene § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht auf die Fälle der Erledigung *nach* Rechtshängigkeit ausgedehnt. Dies festigt die von der herrschenden Meinung vorgeschlagene Konstruktion zur prozessualen Bewältigung der Erledigung nach Rechtshängigkeit noch.

⁶⁸⁷ A.A. wohl *Bonifacio* MDR 2002, S. 499, der allerdings auch die analoge Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bei Anlasswegfall *nach* Rechtshängigkeit befürwortet (vgl. dazu ausführlich oben, S. 71-78).

⁶⁸⁸ Siehe oben, S. 71-78.

⁶⁸⁹ Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 81: „Der Kläger hat nach geltendem Recht (...) die Möglichkeit, den Rechtsstreit für erledigt zu erklären.“

⁶⁹⁰ So *El-Gayar*, S. 219 f.; *Jost/Sundermann* ZZP 105, S. 261 (285); *Stahnecker*, S. 168; *Wieser*, Rn. 95.

⁶⁹¹ Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 81: „Zu einer Entscheidung nach § 91a, die eine Kostenverteilung nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des Sach- und Streitstandes ermöglicht, kann es jedoch nur dann kommen, wenn der Beklagte ebenso eine Erledigungserklärung abgibt. Stimmt der Beklagte einer Erledigungserklärung nicht zu, wird der Kläger nach § 91 die Kosten des Rechtsstreites zu tragen haben, (...).“

II. Absage an den „weiten“ Erledigungsbegriff

Das gilt insbesondere für die Ablehnung des so genannten „weiten Erledigungsbegriffs“. ⁶⁹² Da § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO die „Erledigung“ zwischen An- und Rechtshängigkeit erfasst, besteht kein echtes Bedürfnis mehr für den „weiten Erledigungsbegriff“. ⁶⁹³ Er wird auch – soweit ersichtlich – nicht mehr vertreten. ⁶⁹⁴

⁶⁹² Vgl. zum „weiten Erledigungsbegriff“ oben, Fn. 49 auf S. 33.

⁶⁹³ Zwar müssten unter Annahme des weiten Erledigungsbegriffs im Gegensatz zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO Zulässigkeit, Begründetheit und Erledigung zwischen An- und Rechtshängigkeit im normalen Erkenntnisverfahren, also unter voller Beweiserhebung, geklärt werden. Außerdem soll die Erledigterklärung (als Klageänderung) stets ohne Mitwirkung des Beklagten möglich sein und zu einer Kostenentscheidung nach § 91 ff. ZPO führen. Es liegt aber doch eher fern anzunehmen, dass – neben § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO – ein Bedürfnis für den „weiten Erledigungsbegriff“ bestünde.

⁶⁹⁴ So hat etwa Zöller – *Vollkommer*, § 91a, Rn. 42 seine Auffassung seit Einführung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO (das heißt: ab der 23. Auflage des Kommentars von Zöller) fallen gelassen. Auch *Althammer/Löhnig* NJW 2004, S. 3077 (3080, dort in Fn. 39) sehen in § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO eine gesetzgeberische Absage an den „weiten Erledigungsbegriff“. Nach *Wieser*, Nachtrag, Rn. 95 ist der Streit um den weiten Erledigungsbegriff „gegenstandslos geworden“. *Teplitzky*, Kap. 46, Rn. 40 (dort in Fn. 101) schließt sich der Einschätzung an, die Streitfrage sei erledigt. Ebenso OLG Brandenburg, Beschluss v. 2.6.2004 (Az.: 9 WF 108/04).

Lediglich Goebel – *Gottwald*, § 22, Rn. 49 gibt an, um den „weiten“ Erledigungsbegriff werde noch immer gestritten, zitiert dafür aber nur Zöller – *Vollkommer*, § 91a, Rn. 41, 42, obwohl dort der „weite“ Erledigungsbegriff nicht mehr vertreten wird. Im nächsten Absatz (Goebel – *Gottwald*, § 22, Rn. 50) äußert auch *Gottwald* die Ansicht, der Streit dürfte sich durch § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO erledigt haben.

Achter Teil – Verbesserungsvorschläge an den Gesetzgeber

Zum Abschluss dieser Arbeit – nachdem § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO in seiner derzeit geltenden Fassung untersucht wurde – sollen noch einige Überlegungen dazu angestellt werden, ob und gegebenenfalls welche Änderungen dem Gesetzgeber bezüglich dieser Norm vorgeschlagen werden können. Natürlich darf nicht unerwähnt bleiben, dass der Gesetzgeber bereits in einigen Punkten nachkorrigiert hat. (Im Einzelnen: Streichung des Tatbestandsmerkmals „unverzüglich“;⁶⁹⁵ Klarstellung des Anwendungsbereichs durch Anfügung eines zweiten Halbsatzes an § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO;⁶⁹⁶ Abschaffung der kostenrechtlichen Schlechterbehandlung von § 91a ZPO gegenüber § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO⁶⁹⁷).

A. Beseitigung des Antragserfordernisses

Oben⁶⁹⁸ wurde bereits auf die Ansicht von *Deckenbrock* und *Dötsch* eingegangen, die Erstreckung des Antragserfordernisses für eine Kostenentscheidung (§ 269 Abs. 4 ZPO) auf § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO sei ein Versehen.⁶⁹⁹ Tatsächlich spricht für eine Entscheidung von Amts wegen, dass sich die Kostenfolge bei S. 3 – anders als bei § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO – nicht aus dem Gesetz ergibt.⁷⁰⁰ Außerdem treffen die Kosten – anders als bei S. 2 – nicht *regelmäßig* den Kläger, der die Gerichtskosten ohnehin schon nach § 22 Abs. 1 S. 1 GKG schuldet. Durch eine Kostenentscheidung kann im Fall von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO daher weit häufiger als im Fall von S. 2 ein zusätzlicher Kostenschuldner gewonnen werden (wegen § 29 Nr. 1 Alt. 1 GKG).⁷⁰¹

Da in der Erklärung, die Klage werde wegen Anlasswegfalls vor Rechtshängigkeit zurückgenommen, jedoch regelmäßig bereits ein Antrag nach

⁶⁹⁵ Durch Art. 1 Nr. 8 lit. a JuMoG.

⁶⁹⁶ Durch Art. 1 Nr. 8 lit. b JuMoG.

⁶⁹⁷ Durch Anlage 1 zu Artikel 1 Abschnitt 1 § 3 Abs. 2 KostRMoG – Zur Erläuterung: Nr. 1211 KV GVG sah i.d.F. vor dem KostRMoG bei einer übereinstimmenden Erledigterklärung in keinem Fall eine Gerichtsgebührenreduktion vor, selbst wenn die Kostenentscheidung einer dem Gericht zuvor mitgeteilten Einigung der Parteien in der Kostenfrage bzw. der Erklärung einer Partei, die Kosten zu übernehmen, folgte oder eine Entscheidung über die Kosten überhaupt nicht erging, weil die Parteien übereinstimmend auf eine Kostenentscheidung verzichteten. Dagegen sollte eine Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO selbst dann die Reduktion auf eine Gerichtsgebühr auslösen, wenn eine Entscheidung durch das Gericht zu treffen war.

⁶⁹⁸ S. 106 f.

⁶⁹⁹ *Deckenbrock/Dötsch* MDR 2004, S. 1214 (1217 f.); *dies.* ProZRB 2004, S. 151 (153).

⁷⁰⁰ Vgl. S. 109 f.

⁷⁰¹ Auch im Fall der Klagerücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO können dem Beklagten die Kosten (teilweise) aufzuerlegen seien, vgl. oben, Fn. 173 auf S. 62.

§ 269 Abs. 4 ZPO enthalten ist,⁷⁰² besteht kein großes praktisches Bedürfnis nach einer Änderung.

B. Klarstellung der Verzichtbarkeit der Zustellung

Ähnlich verhält es sich mit der Verzichtbarkeit der Zustellung der Klageschrift und des Antrags nach § 269 Abs. 4 für eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO. Sie kann der Norm bereits durch Auslegung entnommen werden.⁷⁰³ Es wäre jedoch nichts dagegen einzuwenden, wenn der Gesetzgeber dies bei Gelegenheit noch klarer formulieren würde. Dafür bietet sich folgende Fassung des § 269 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 ZPO an: „den Beschluss hierüber kann das Gericht auch fassen, wenn die Klageschrift und der Antrag nach Abs. 4 nicht zugestellt wurden.“

C. Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle

*Tegeder*⁷⁰⁴ hat die Erwägung angestellt, § 91a Abs. 1 S. 1 Var. 3 ZPO entsprechend auf § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO anzuwenden und dadurch den Anwaltszwang auch in Verfahren vor dem Landgericht zu vermeiden (wegen § 78 Abs. 5 Alt. 2 ZPO). Dass dies nicht im Wege der Analogie möglich ist, wurde oben⁷⁰⁵ bereits dargelegt. Zu erwägen bleibt aber eine entsprechende Korrektur durch den Gesetzgeber.

Eine solche Korrektur müsste sich dann aber auch auf die Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO erstrecken, da andernfalls quasi über die Hintertüre die Möglichkeit eingeführt würde, die Wirksamkeit der Rücknahme auf einen Anlasswegfall vor Rechtshängigkeit zu bedingen. Dem wurde bereits eine Absage erteilt.⁷⁰⁶ Auch um der Einfachheit willen sollten die tatbestandlichen Voraussetzungen der Rücknahme nach S. 2 und S. 3 möglichst einheitlich sein. Allerdings wäre bei Befreiung der Klagerücknahme vom Anwaltszwang nicht mehr gewährleistet, dass der Kläger über das prozessual günstigste Vorgehen hinreichend informiert wird. Mit der Erledigterklärung und der Klageänderung gibt es immerhin zwei eventuell günstigere Vorgehensweisen, die nicht auf der Hand liegen. Vor allem aber bestünde die Gefahr, dass der Kläger seine Klage ohne anwaltlichen Rat zurücknimmt, um eine Kostenverteilung nach billigem Ermessen zu erreichen, während in Wirklichkeit S. 2 Hs. 1 anwendbar ist und er die Kosten vollständig zu tragen hat. Hierin unterscheidet sich § 91a ZPO von

⁷⁰² Vgl. oben, S. 105.

⁷⁰³ Siehe oben, S. 78-86 bzw. S. 105.

⁷⁰⁴ *Tegeder* NJW 2003, S. 3327 (dort in Fn. 14).

⁷⁰⁵ S. 95.

⁷⁰⁶ Siehe oben, S. 96 f.

§ 269 Abs. 3 S. 3 ZPO: Bei ersterem ist die Kostenverteilung nach billigem Ermessen zwingende Rechtsfolge einer wirksamen übereinstimmenden Erledigterklärung; andernfalls bleibt die Erklärung ohne Folgen, wenn der Kläger nicht anwaltlich vertreten war.⁷⁰⁷

Wegen der im Vergleich zu § 91a ZPO schwieriger zu kalkulierenden Risiken und der größeren Unübersichtlichkeit über das richtige prozessuale Verhalten ist der Vorschlag abzulehnen, die Klagerücknahme entsprechend § 91a ZPO vom Anwaltszwang zu befreien.

D. Ausdehnung auf Anlasswegfall nach Rechtshängigkeit

Oben⁷⁰⁸ ist bereits erörtert worden, ob § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO analog bei Anlasswegfall nach Rechtshängigkeit anwendbar sein kann. Das wurde abgelehnt. Dabei hat sich allerdings gezeigt, dass es in seltenen Fällen sinnvoll sein kann, dem Kläger bei einem Anlasswegfall nach Rechtshängigkeit bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache die Möglichkeit einzuräumen, einseitig eine Kostenentscheidung nach billigem Ermessen herbeizuführen. § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO müsste dafür folgendermaßen modifiziert werden: „Ist der Anlass zur Einreichung der Klage vor dem in [§ 269] Abs. 1 genannten Zeitpunkt weggefallen“ Damit würde § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO teilweise in den Bereich der Erledigterklärung hineinreichen. Das ist allerdings insofern unbedenklich, als § 269 Abs. 1 ZPO zeigt, dass der Beklagte erst ab dann einen geschützten Anspruch auf eine streitige Entscheidung hat, wenn er begonnen hat, mündlich zur Hauptsache zu verhandeln. Daher spricht nichts gegen diese Ausdehnung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO; die Vorschrift sollte entsprechend geändert werden.⁷⁰⁹

Fraglich ist aber, ob man die Rechtsfolge von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO noch weiter ausdehnen sollte. *Tege*⁷¹⁰ möchte sie beispielsweise bei jedem Anlasswegfall anwenden, völlig *ungeachtet des Zeitpunkts*, zu dem der Anlass wegge-

⁷⁰⁷ Die Erklärung des Klägers zu Protokoll der Geschäftsstelle kann nicht als Erledigterklärung (im Sinne einer Klageänderung) wirken, denn für die Klageänderung bleibt der Anwaltszwang nach Maßgabe des § 78 ZPO ungeachtet § 91a Abs. 1 S. 1 Var. 3 ZPO bestehen.

⁷⁰⁸ S. 71-78.

⁷⁰⁹ Dafür auch *Tege* NJW 2003, S. 3327 (3328 a.E.), der jedoch noch weiter geht, vgl. sogleich und die folgende Fußnote.

⁷¹⁰ *Tege* NJW 2003, S. 3327 (3328 a.E.): „De lege ferenda sollte deshalb § 269 III 3 ZPO wie folgt gefasst werden: „Ist der Anlass zur Klage weggefallen und wird die Klage daraufhin wirksam zurückgenommen, so bestimmt sich die Kostentragungspflicht nach billigem Ermessen; (...).“

fallen ist.⁷¹¹ Das wirft allerdings etliche Fragen auf, die in diesem Rahmen nicht geklärt werden können. Hier können lediglich einige Aspekte der Problematik genannt werden: Durch die Ausdehnung auf den Anlasswegfall nach Rechtshängigkeit würde die weitere Berechtigung der einseitigen Erledigterklärung fraglich.⁷¹² Von Bedeutung ist hier unter anderem das Interesse des Beklagten an einer Sachentscheidung. Auch die Zulässigkeit der zwecks Durchsetzung materiell-rechtlicher Ansprüche geänderten Klage ist dann erneut auf den Prüfstand zu stellen. Für eine Klagerücknahme nach S. 2 bliebe aufgrund der weiten Bedeutung des Anlasswegfalls kaum noch Raum und es müsste untersucht werden, ob § 91a ZPO obsolet würde.⁷¹³ Letztlich müsste das gesamte Kostenrecht auf den Prüfstand gestellt werden und erwogen werden, ob die Kostenentscheidung dann nicht *stets* nach billigem Ermessen zu treffen sein sollte.

E. Stellung bei § 91a ZPO?

Verschiedentlich⁷¹⁴ wurde an § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO kritisiert, dass er bei der Klagerücknahme (§ 269 ZPO) eingefügt wurde. *Luckey*⁷¹⁵ hätte erwartet, die

⁷¹¹ Ähnlich: *Gottwald*, Wirkungskontrolle, S. A 107 (A 127); hier sind auch diejenigen zu nennen, die sich bereits jetzt für eine analoge Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auf Fälle der Erledigung nach Rechtshängigkeit aussprechen (vgl. Fn. 208-210 auf S. 71).

⁷¹² Der einseitigen Erledigterklärung kommt allerdings eine eigenständige Funktion zu, die weder eine Entscheidung nach billigem Ermessen noch eine Klageänderung in eine Kostenfeststellungsklage wahrnehmen kann: Sie schützt den Kläger ab Rechtshängigkeit *sicher* (Unterschied zur Entscheidung nach billigem Ermessen) vor der Belastung mit den Kosten des Rechtsstreits, und zwar auch dann, wenn er *keinen* materiell-rechtlichen Erstattungsanspruch hat (Unterschied zur Kostenfeststellungsklage). Daher gäbe es durchaus einen Grund, an dieser Konstruktion festzuhalten, auch wenn § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO auf die Erledigung nach Rechtshängigkeit ausgedehnt wird. A.A. wohl *Bonifacio* MDR 2002, S. 499.

⁷¹³ Davon geht *Tegeder* NJW 2003, S. 3327 (3328 a.E.) aus.

Nicht unterschlagen sei der Hinweis auf die Ansicht von *Bonifacio* MDR 2002, S. 499 (500): Er plädiert nicht für eine Ausweitung der Rechtsfolge von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO, sondern für eine Ausdehnung der Erledigterklärung im Sinne des „weiten Erledigungsbegriffs“. Ähnlich *Schur* KTS 2004, S. 373 (392), der für den Anlasswegfall vor Rechtshängigkeit statt der Anlehnung an § 91a ZPO eine Anlehnung an die Erledigterklärung für sinnvoll hält. Diese Vorschläge gehen freilich zu Lasten der Prozessökonomie. Mit ihrer Umsetzung ist nicht zu rechnen.

⁷¹⁴ *Bonifacio* MDR 2002, S. 499 „...grob systemwidrig...“; *Luckey* ProZRB 2002, S. 24 (27) „...systemfremd angesiedelte Norm...“; ähnlich: *Gottwald*, Wirkungskontrolle, S. A 107 (A 111); *Knauer/Wolf* NJW 2004, S. 2857 (2858) und *Schur* KTS 2004, S. 373 (391).

⁷¹⁵ *Luckey* ProZRB 2002, S. 24 (27).

Regelung „im Umfeld des § 91a ZPO angesiedelt zu finden.“⁷¹⁶ Dafür hätte der Umstand gesprochen, dass die Materie der Prozesskosten grundsätzlich in den §§ 91-107 ZPO geregelt ist.

Sofern eine bestimmte Kostenfolge allerdings an eine besondere prozessuale Situation anknüpft, findet sich die entsprechende Kostenvorschrift nicht selten dort, wo diese prozessuale Situation geregelt ist. Als Beispiele seien §§ 269 Abs. 3 S. 2, 281 Abs. 3, 344, 626 Abs. 1 S. 2 ZPO genannt. Auch bei § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO handelt es sich nun einmal nicht um ein allgemeines kostenrechtliches Prinzip, sondern lediglich um eine Ausnahmvorschrift. Daher entspricht seine Stellung bei § 269 ZPO durchaus dem System.

Vielmehr wäre eine Stellung bei § 91a ZPO eher befremdlich gewesen, wie folgende Überlegungen zeigen: § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO knüpft nicht nur an eine Klagerücknahme an, er regelt die Voraussetzungen hierfür sogar (im zweiten Halbsatz) teilweise eigenständig, indem er die Zustellung für entbehrlich erklärt. Und: Liegen die Voraussetzungen von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht vor, so kann dennoch eine wirksame Klagerücknahme vorliegen, für die dann § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO gilt. Beides begründet einen direkten Sachzusammenhang zu § 269 ZPO und rechtfertigt die Entscheidung, die Regel dort zu verorten.

F. Exkurs: Anpassung des GKG

Im Rahmen des GKG ist zu erwägen, ob auch die *formlose* Übermittlung der Klageschrift, die für eine Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO vor Zustellung der Klage erforderlich ist, von einer Vorauszahlung der Gerichtsgebühren abhängig gemacht werden können soll. Bejahendenfalls empfiehlt sich folgende Fassung von § 12 Abs. 1 S. 1 GKG (die Änderungen sind hier *kursiv* gedruckt): „In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten soll die Klageschrift erst nach Zahlung der Gebühr für das Verfahren im Allgemeinen zugestellt *oder zwecks Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO sonst übermittelt werden.*“

G. Ergebnis

§ 269 Abs. 3 S. 3 ZPO sollte de lege ferenda folgende Fassung erhalten:

„Ist der Anlass zur Einreichung der Klage vor dem in Abs. 1 genannten Zeitpunkt weggefallen und wird die Klage daraufhin zurückgenommen, so bestimmt sich die Kostentragungspflicht unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen; den Beschluss hierüber kann das Gericht

⁷¹⁶ Ähnlich *Bonifacio* MDR 2002, S. 499 (500): „Weit überzeugender wäre es gewesen, die einseitige Erledigungserklärung etwa in einem neuen § 91b ZPO (...) zu normieren (...).“; *Gottwald*, Wirkungskontrolle, S. A 107 (A. 111).

auch fassen, wenn die Klageschrift und der Antrag nach Abs. 4 nicht zugestellt wurden.“

Zusammenfassung der Ergebnisse

Ziel der vorstehenden Arbeit war es, aktuelle Probleme des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zu untersuchen. Sämtliche Lösungen, die vorgeschlagen wurden, stehen unter beherrschender Bestimmung der Prozessökonomie. Dieser Topos ist das Leitmotiv für die Auslegung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO. Insofern scheinen alle unterbreiteten Vorschläge zur Auslegung und Handhabung der untersuchten Vorschrift dazu geeignet, zweckdienliche praktische Ergebnisse zu liefern. Bei entsprechender Anwendung ist zu erwarten, dass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO eine feste Bedeutung innerhalb des Prozessrechts erlangt, insbesondere von den Parteien gerne angenommen werden wird, denn gegenüber der bisherigen Rechtslage erlaubt er es, die Kostenfrage nach Anlasswegfall vor Rechtshängigkeit schnell und günstig zu klären.

Es ist davon auszugehen, dass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO mit einer Klärung der bisher offenen Zweifelsfragen durch eine gefestigte Rechtsprechung noch an Bedeutung gewinnen wird. Schließlich dürften die Unsicherheiten über die Handhabung der Norm viele Parteien von ihrer Inanspruchnahme abgehalten haben. Diese Unsicherheiten zu beseitigen möchte auch die vorliegende Arbeit einen Beitrag leisten.

Dass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO in der Tat eine interessante prozessuale Alternative ist, beweisen die bereits jetzt in nicht geringer Zahl veröffentlichten einschlägigen Entscheidungen. Dabei ist zu bedenken, dass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO im anfänglichen Wirbel der vielen Neuerungen des ZPO-RG teils untergegangen sein dürfte und die durch ihn eröffnete Möglichkeit zunächst gar nicht in das Bewusstsein aller Anwälte gedrungen sein wird. Mittlerweile sind die Änderungen des ZPO-RG aber verdaut und dürfte sich auch die Kenntnis von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO verbreitet haben.

Trotz der Vorteile, die die Einführung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO gebracht hat, bleibt die Erledigung jedoch – gleich, ob vor oder nach Rechtshängigkeit – eine prozessual schwierig zu bewältigende Situation. § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO regelt nur einen Ausschnitt davon – und selbst diesen nicht abschließend. Mit § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO ist der Stein der Weisen daher noch nicht gefunden; der Gesetzgeber bleibt aufgefordert, ein umfassendes Regelungskonzept zu kodifizieren. Mit baldigen Ergebnissen ist jedoch nicht zu rechnen, zumal sich die Aufmerksamkeit, die der neue § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO anfangs auf das Problem gezogen hat, schon wieder gelegt hat. Es erscheinen kaum noch wissenschaftliche Veröffentlichungen zu diesem Thema.

Dem kann aber auch etwas Positives abgewonnen werden: Daran zeigt sich, dass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO entgegen allen Befürchtungen letztlich doch ohne größere Probleme in das bisherige System integriert werden kann.

Die Arbeit sollte zeigen, dass § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vor allem aus folgenden Gründen attraktiv ist: Den Parteien bietet er die Möglichkeit, ihren Streit schnell

und endgültig gerichtlich beizulegen und dabei außerdem noch Kosten zu sparen. Schnell, weil regelmäßig keine weitere mündliche Verhandlung oder Beweisaufnahme durchgeführt wird. Kostengünstig, weil durch den Verzicht auf weitere mündliche Verhandlungen eventuell Terminsgebühren gespart werden. Für die Gerichte entsteht dabei regelmäßig ein geringerer Aufwand, da zum einen eventuell die Zustellung der Klageschrift unterbleiben kann, zum anderen regelmäßig weitere Verhandlungs- oder Beweistermine entfallen. Hierdurch können auch Kosten der Staatskasse gespart werden.

Eine thesenartige Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse soll diese Arbeit beschließen:

1. § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO gilt bei Anlasswegfall vor Rechtshängigkeit und damit **auch** bei Anlasswegfall **vor Anhängigkeit**.
2. § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO kann **nicht** auf Fälle des Anlasswegfalls **nach Rechtshängigkeit** ausgedehnt werden.
3. Der Anlass zur Einreichung der Klage ist weggefallen, wenn diejenigen Umstände nicht mehr gegeben sind, aufgrund deren Vorliegen die Klage aus Sicht des Klägers aussichtsreich und geboten schien und die ihn daher zur Einreichung bewegt hatten.
4. Die Klagerücknahme im Sinne des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO kann bereits **vor Zustellung** der Klageschrift an den Beklagten **erklärt** werden.
5. Der **Beschluss** nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO kann ergehen, **ohne** dass die Klageschrift dem Beklagten **zugestellt** wurde. Dem Beklagten muss vor der Entscheidung jedoch rechtliches Gehör gewährt worden sein.
6. Für einen Beschluss über die Kosten ist **ein Antrag** nach § 269 Abs. 4 ZPO erforderlich, aber auch ausreichend. Dieser Antrag muss entgegen § 270 S. 1 ZPO nicht zugestellt werden.
7. Sowohl das **Verfahren** für den Beschluss als auch die Kriterien für die **Kostenverteilung** sind **bei § 269 Abs. 3 S. 3 und § 91a ZPO gleich** zu handhaben.
8. Im Rahmen der Entscheidung nach billigem Ermessen sind **materiell-rechtliche Erstattungsansprüche maßgeblich**, soweit eine Entscheidung über sie möglich ist und Anhaltspunkte dafür fehlen, dass die Frage ihres Bestehens oder Umfangs in einem Regressprozess abweichend zu beurteilen wäre.

9. Soweit im Beschluss nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO über materiell-rechtliche Ansprüche entschieden wird, wirkt diese Entscheidung abschließend.

10. § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO **schließt keine der früher vorgeschlagenen Konstruktionen** zur Vermeidung der Kostenbelastung **aus**. Die reziproke Anwendung von § 93 ZPO scheidet nunmehr jedenfalls aus.

Anlage 1

Die nachfolgende Tabelle zeigt eine detaillierte Aufstellung der Kosten, die typischerweise bei den verschiedenen möglichen Reaktionen des Klägers auf den Anlasswegfall vor Rechtshängigkeit anfallen. Dabei wird jeweils eine eingeklagte Forderung von € 10000 zugrunde gelegt. Die Berechnung der einzelnen Werte mitsamt den Rechtsgrundlagen wird in den jeweiligen Anmerkungen wiedergegeben:

1. Der Kläger nimmt seine ursprüngliche Klage noch vor der mündlichen Verhandlung nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO zurück, wobei jedoch der Beklagtenanwalt bereits einen Klagabweisungsantrag eingereicht hat. Anschließend erhebt er eine zweite Klage (Regressklage) gerichtet auf Ersatz der Kosten für die ursprüngliche Klage, die er nach § 269 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 ZPO (zunächst) zu tragen hatte. Im Rahmen dieser Regressklage wird unter beidseitiger anwaltlicher Vertretung mündlich verhandelt.
2. Der Kläger ändert seine ursprüngliche Klage in eine Kostenfeststellungsklage, nachdem der Beklagtenanwalt einen Klagabweisungsantrag eingereicht hat, aber noch bevor mündlich verhandelt wird. Erst über die geänderte Klage wird mündlich verhandelt.
3. Der Kläger nimmt seine Klage nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zurück, noch bevor der bereits beauftragte Beklagtenanwalt einen Klagabweisungsantrag eingereicht hat. Für das anschließende Verfahren sieht das Gericht gemäß § 128 Abs. 4 ZPO von einer mündlichen Verhandlung ab.

Hinweis:

Der Übersichtlichkeit halber wurde davon abgesehen, die Auslagen nach Nr. 7002 VV RVG zu berücksichtigen. Unterstellt man, jeder Anwalt würde sie zulässigerweise in jedem Verfahren zum Pauschbetrag von € 20 zuzüglich € 3,20 USt. geltend machen, dann würden sich die Gesamtkosten bei Weg 1 um € 92,80, bei Weg 2 und Weg 3 um jeweils € 46,40 erhöhen. Auf die Gebühren hat dies in keinem Fall Auswirkungen, weil nirgendwo die nächste Progressionsstufe erreicht wird.

	1.) Klagerücknahme und Regressklage	2.) Klageänderung in unbezahlten Fest- stellungsantrag	3.) § 269 III S. 3 ZPO
Gericht	€ 415	€ 588 ¹	€ 588 ¹
davon:	Ursprüngliche Klage € 196 ²		
	Regressklage € 219 ³		
Klägerischer Anwalt	€ 1118,59	€ 957	€ 732,89
davon:	Ursprüngliche Klage € 732,89 ⁴	Vor Klageänderung € 732,89 ⁵	Vor Rücknahme € 732,89 ⁶
	Verfahrensgebühr	Verfahrensgebühr	Verfahrensgebühr
	Regressklage € 385,70 ⁷	Nach Klageänderung € 224,11 ⁸	Nach Rücknahme —
	Verfahrens- und Terminsgebühr	Terminsgebühr	
Beklagten- anwalt	€ 1118,59	€ 957	€ 651,57
davon:	Ursprüngliche Klage € 732,89 ⁹	Vor Klageänderung € 732,89 ⁹	Vor Rücknahme € 451,01 ¹⁰
	Verfahrensgebühr	Verfahrensgebühr	Verfahrensgebühr
	Regressklage € 385,70	Nach Klageänderung € 224,11	Nach Rücknahme € 200,56 ¹¹
	Verfahrens- und Terminsgebühr	Terminsgebühr	Verfahrensgebühr
Gesamtkosten	€ 2652,18 ¹²	€ 2502 ¹³	€ 1972,46 ¹⁴

Anmerkungen zur Tabelle Anlage 1:

¹ Berechnung:

Streitwert nach §§ 2, 3 ZPO i.V.m. § 3 Abs. 1 GKG: € 10000
Höhe der Gebühr für das Verfahren im Allgemeinen nach § 34 GKG: € 196
Gebührensatz nach § 3 Abs. 2 GKG i.V.m. Nr. 1210 KV GVG: 3,0
Daraus folgt: $3,0 * € 196 = € 588$

² Vorausgesetzt, dass der Kläger die ursprüngliche Klage nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO zurücknimmt. (Wird er hingegen erfolglos abgewiesen, dann bleibt es bei der 3fachen Gebühr in Höhe von insgesamt € 588.) Zur Berechnung:

Streitwert nach §§ 2, 3 ZPO i.V.m. § 3 Abs. 1 GKG: € 10000
Höhe der Gebühr für das Verfahren im Allgemeinen nach § 34 GKG: € 196
Gebührensatz nach § 3 Abs. 2 GKG i.V.m. Nr. 1210, Nr. 1211 – Z. 1 lit. a KV GVG: 1,0
Daraus folgt: $1,0 * € 196 = € 196$

³ Berechnung:

Streitwert nach §§ 2, 3 ZPO i.V.m. § 3 Abs. 1 GKG (entsprechend dem Kosteninteresse des Klägers*): € 1661,78
Höhe der Gebühr für das Verfahren im Allgemeinen nach § 34 GKG: € 73
Gebührensatz nach § 3 Abs. 2 GKG i.V.m. Nr. 1210 KV GVG: 3,0
Daraus folgt: $3,0 * € 73 = € 219$

Wenn die Kosten der ursprünglichen Klage* nur € 1379,90 betragen haben, weil dem Beklagtenanwalt lediglich eine 0,8fache Verfahrensgebühr entstanden war, dann belaufen sich die Gerichtsgebühren im Regressprozess auf $3,0 * € 65 = € 195$. Die gesamten Gerichtskosten betragen dann € 391.

Wenn die Kosten der zurückgenommenen Klage* sogar nur € 928,89 betragen haben, weil dem Beklagtenanwalt noch gar keine Verfahrensgebühr entstanden war, dann fallen im Regressprozess nur Gerichtsgebühren i.H.v. $3,0 * € 55 = € 165$. Die gesamten Gerichtskosten betragen dann € 361.

*: Das Kosteninteresse des Klägers beläuft sich auf die Kosten der ursprünglichen Klage, welche sich als Summe der Gerichtskosten und der Gebühren beider Anwälte für die ursprüngliche Klage berechnen.

⁴ Berechnung:

Gegenstandswert nach §§ 2, 23 Abs. 1 S. 1 RVG, §§ 2, 3 ZPO, § 3 Abs. 1 GKG: € 10000
Höhe der Gebühr nach §§ 2 Abs. 1, 13 RVG: € 486
Gebührensatz nach § 2 Abs. 2 S. 1 RVG i.V.m. Nr. 3100 VV RVG: 1,3
Zuzüglich Umsatzsteuer (16 %), vgl. Nr. 7008 VV RVG

Daraus folgt:

$$(1,3 * € 486) + (0,16 * 1,3 * € 486) = € 631,8 + € 101,09 = € 732,89$$

⁵ Ohne mündliche Verhandlung; wenn vor der Klageänderung eine mündliche Verhandlung durchgeführt wird, dann fällt dafür noch eine Terminsgebühr von € 676,51 an. Die Kosten für den klägerischen Anwalt belaufen sich vor Klageänderung dann auf **€ 1409,40**.

⁶ Wenn vor der Klageänderung eine mündliche Verhandlung durchgeführt wird, dann fällt dafür noch eine Terminsgebühr von € 676,51 an. Die Kosten für den Beklagtenanwalt belaufen sich vor Klageänderung dann auf **€ 1409,40**.

⁷ Berechnung:

Gegenstandswert nach §§ 2, 23 Abs. 1 S. 1 RVG, §§ 2, 3 ZPO, § 3 Abs. 1 GKG, entsprechend dem Kosteninteresse: € 1661,78

Höhe der Gebühr nach §§ 2 Abs. 1, 13 RVG: € 133

Gebührensatz nach § 2 Abs. 2 S. 1 RVG i.V.m. Nr. 3100 VV RVG: 1,3

Gebührensatz nach § 2 Abs. 2 S. 1 RVG i.V.m. Nr. 3104 VV RVG: 1,2

Jeweils zuzüglich Umsatzsteuer (16 %), vgl. Nr. 7008 VV RVG

Daraus folgt: $[(1,3 * € 133) + (0,16 * 1,3 * € 133)] + [(1,2 * € 133)$

$+ (0,16 * 1,2 * € 133)] = (€ 172,90 + € 27,66) + (€ 159,60 + € 25,54) = € 385,70$

⁸ Berechnung:

Gegenstandswert nach §§ 2, 23 Abs. 1 S. 1 RVG, §§ 2, 3 ZPO, § 3 Abs. 1 GKG, entsprechend dem Kosteninteresse: € 2053,78

Höhe der Gebühr nach §§ 2 Abs. 1, 13 RVG: € 161

Gebührensatz nach § 2 Abs. 2 S. 1 RVG i.V.m. Nr. 3104 VV RVG: 1,2

Zuzüglich Umsatzsteuer (16 %), vgl. Nr. 7008 VV RVG

Daraus folgt:

$$(1,2 * € 161) + (0,16 * 1,2 * € 161) = € 193,20 + € 30,91 = € 224,11$$

Wenn dem Anwalt des Beklagten bereits die volle Gebühr Nr. 3100 VV RVG entstanden ist. Wenn ihm nur eine 0,8fache Gebühr nach Nr. 3100, 3101 VV RVG entstanden ist, dann beträgt die Terminsgebühr aufgrund des niedrigeren Wertes des Kosteninteresses nur **€ 185,14** und in dem Fall, dass für den Beklagtenanwalt noch gar keine Gebühr angefallen ist, gar nur **€ 146,16**.

⁹ Vorausgesetzt, dass dem Beklagtenanwalt die 1,3fache Verfahrensgebühr entstanden ist. (Zur Berechnung vgl. Anmerkung 4.) Ist ihm die Verfahrensgebühr nur zum Satz von 0,8 entstanden, so belaufen sich seine Kosten nur auf **€ 451,01** (dazu Anmerkung 10).

¹⁰ Vorausgesetzt, dem Beklagtenanwalt ist die Verfahrensgebühr nur in 0,8facher Höhe entstanden, weil Nr. 3101 VV RVG eingreift. Zur Berechnung:

Gegenstandswert nach §§ 2, 23 Abs. 1 S. 1 RVG, §§ 2, 3 ZPO, § 3 Abs. 1 GKG:
€ 10000

Höhe der Gebühr nach §§ 2 Abs. 1, 13 RVG: € 486

Gebührensatz nach § 2 Abs. 2 S. 1 RVG i.V.m.

Nr. 3100, Nr. 3101 Z. 1 VV RVG: 0,8

Zuzüglich Umsatzsteuer (16 %), vgl. Nr. 7008 VV RVG

Daraus folgt:

$(0,8 * € 486) + (0,16 * 0,8 * € 486) = € 388,80 + € 62,21 = € 451,01$

Wenn beim Beklagtenanwalt die Gebühr bereits in 1,3facher Höhe entstanden ist, dann beträgt sie für ihn ebenfalls **€ 732,89** (vgl. Anmerkung 4), fällt aber im anschließenden Verfahren nicht mehr an (§ 15 Abs. 2 RVG). Sollte er dagegen vor der Rücknahme überhaupt noch keine Tätigkeit in Bezug auf das Verfahren entwickelt haben, dann ist ihm die Verfahrensgebühr auch noch gar nicht entstanden, vgl. Vorbemerkung 3 Abs. 2 VV RVG. Sie entsteht dann erst nach der Rücknahme in Höhe von **€ 158,34** (siehe auch Anmerkung 11).

¹¹ Wegen § 15 Abs. 3 Hs.1 RVG. Zur Berechnung:

Gegenstandswert nach §§ 2, 23 Abs. 1 S. 1 RVG, §§ 2, 3 ZPO, § 3 Abs. 1 GKG, entsprechend dem Kosteninteresse: € 1771,90

Höhe der Gebühr nach §§ 2 Abs. 1, 13 RVG: € 133

Gebührensatz nach § 2 Abs. 2 S. 1 RVG i.V.m. Nr. 3100 VV RVG: 1,3

Zuzüglich Umsatzsteuer (16 %), vgl. Nr. 7008 VV RVG

Daraus folgt:

$(1,3 * € 133) + (0,16 * 1,3 * € 133) = € 172,90 + € 27,66 = € 200,56$

(Die Verfahrensgebühr beträgt damit insgesamt € 651,57 (= 451,01 + 200,56)

und liegt entsprechend § 15 Abs. 3 Hs. 2 RVG unter dem Betrag, der sich bei

einer 1,3fachen Gebühr aus dem ursprünglichen Gegenstandswert (€ 10000)

ergeben hätte (das wären € 732,89 gewesen, vgl. Anmerkung 5).

Ist dem Beklagtenanwalt vor der Rücknahme bereits die 1,3fache Verfahrensgebühr entstanden, dann fällt nach der Rücknahme keine weitere Gebühr mehr an (§ 15 Abs. 2 S 1 RVG). Ist hingegen zuvor keine Gebühr angefallen, so entsteht sie jetzt in voller Höhe aus dem (deswegen nochmals niedrigeren) Kosteninteresse (€ 588 + € 732,89 = € 1320,89), beläuft sich also auf € 158,34.

¹² Bzw. **€ 2183,90**, wenn beim Beklagtenanwalt vor der Klagerücknahme lediglich eine 0,8fache Verfahrensgebühr angefallen ist und nur **€ 1586,89**, wenn vor der Rücknahme bei ihm noch gar keine Anwaltskosten angefallen sind.

¹³ Bzw. **€ 2342,74**, wenn dem Beklagtenanwalt vor der Klageänderung lediglich eine 0,8fache Gebühr entstanden war und nur **€ 1771,55**, wenn ihm davor noch gar keine Gebühr entstanden war.

¹⁴ Bzw. € **2053,78** wenn dem Beklagtenanwalt vor der Rücknahme bereits eine 1,3fache Verhandlungsgebühr angefallen war und nur € **1479,23**, wenn ihm davor noch gar keine Gebühr entstanden war.

Anlage 2

Übersicht über die nach den verschiedenen Vorgehensweisen entstehenden Gesamtkosten, wobei eine Forderung von € 10000 zugrunde gelegt wurde:

Vorneweg zum Vergleich: Wenn der Kläger schlicht auf die Zustellung der Klageschrift verzichtet und er seinen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch überhaupt nicht gerichtlich geltend macht, dann hat er Kosten in folgender Höhe zu tragen:

€ 928,89¹

Allein unter dem Aspekt der insgesamt anfallenden Kosten ist selbstverständlich dies die günstigste Variante.

Klagerücknahme nach Anfall jeweils einer Terminsgebühr und Regressklage mit beiderseitiger anwaltlicher Vertretung und erneutem Anfall jeweils einer Terminsgebühr:

€ 4370,40

Klagerücknahme nach Anfall jeweils einer Terminsgebühr und Regressklage, in der nur noch eine Partei anwaltlich vertreten ist² und nur eine Terminsgebühr anfällt:

€ 3741,10

Klageänderung nach Anfall jeweils einer Terminsgebühr, wobei beide Parteien im anschließenden Verfahren weiterhin anwaltlich vertreten sind:

€ 3406,80

Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nach Anfall jeweils einer Terminsgebühr, wobei beide Parteien weiterhin anwaltlich vertreten sind:

€ 3406,80

Klagerücknahme nach Anfall jeweils einer Terminsgebühr und Regressklage, in der keine Partei anwaltlich vertreten ist:

€ 3111,80

Klagerücknahme vor Anfall von Terminsgebühren und Regressklage mit beiderseitiger anwaltlicher Vertretung und (erstmaligem) Anfall jeweils einer Terminsgebühr:

€ 2652,18

Klageänderung vor Anfall von Terminsgebühren, wobei beide Parteien weiterhin anwaltlich vertreten sind und noch jeweils eine Terminsgebühr (erstmalig) anfällt:
€ 2502

Klagerücknahme bevor der Beklagtenanwalt einen der Tatbestände von Nr. 3101 Z. 1 VV RVG verwirklicht hat und Regressklage mit beiderseitiger anwaltlicher Vertretung und (erstmaligem) Anfall jeweils einer Terminsgebühr:
€ 2183,90

Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO vor Anfall von Terminsgebühren, wobei beide Parteien weiterhin anwaltlich vertreten sind, aber nicht mehr mündlich verhandelt wird:
€ 2053,78

Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO, bevor der Beklagtenanwalt einen der Tatbestände von Nr. 3101 Z. 1 VV RVG verwirklicht hat, wobei beide Parteien weiterhin anwaltlich vertreten sind, aber nicht mehr mündlich verhandelt wird:
€ 1972,46

Klagerücknahme bevor der Beklagtenanwalt einen der Tatbestände von Nr. 3101 Z. 1 VV RVG verwirklicht hat, und Regressklage, in der nur noch eine Partei anwaltlich vertreten ist und nur eine Terminsgebühr anfällt:
€ 1879,40

Klagerücknahme vor Anfall von Terminsgebühren und Regressklage ohne Anwälte:
€ 1880,78

Klagerücknahme bevor für den Beklagtenanwalt eine Verfahrensgebühr angefallen ist und Regressklage mit zwei Anwälten und (erstmaligem) Anfall jeweils einer Terminsgebühr:
€ 1586,89

Klagerücknahme bevor der Beklagtenanwalt einen der Tatbestände von Nr. 3101 Z. 1 VV RVG verwirklicht hat und Regressklage, in der keine Partei anwaltlich vertreten ist:
€ 1574,90

Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO, bevor für den Beklagtenanwalt eine Verfahrensgebühr angefallen ist, bei anwaltlicher Vertretung beider Parteien im anschließenden Verfahren, welches ohne mündliche Verhandlung durchgeführt wird:

€ 1479,23

Klagerücknahme, bevor für den Beklagtenanwalt eine Verfahrensgebühr angefallen ist, und Regressklage, in der nur noch eine Partei anwaltlich vertreten ist und nur eine Terminsgebühr anfällt²:

€ 1340,39

Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO, bevor für den Beklagtenanwalt eine Verfahrensgebühr angefallen ist und ohne anwaltliche Vertretung des Beklagten im anschließenden Verfahren³:

€ 1320,89

Klagerücknahme, bevor für den Beklagtenanwalt eine Verfahrensgebühr angefallen ist, und Regressklage, in der keine Partei anwaltlich vertreten ist:

€ 1093,89

Erläuterungen zu Anlage 2:

¹ Beispielhafte Berechnungen einiger der nachfolgend aufgeführten Werte gibt die Anlage 1 im Einzelnen wieder.

² Weil der Kläger keinen Einfluss darauf hat, ob der Beklagte einen Anwalt bestellt oder nicht, wird er es selbst sein, der auf die anwaltliche Vertretung verzichtet, um sicher zu gehen, dass höchstens einmal Verfahrens- und Terminsgebühren anfallen. Aufgrund des Streitwerts von nicht über € 5000 ist der Verzicht auf einen Anwalt möglich.

³ Dem Kläger fallen grundsätzlich keine weiteren Kosten dadurch an, dass er den Anwalt beibehält: Das Verfahren, das sich an eine Rücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO anschließt, stellt keinen neuen Gegenstand dar, sodass sich weder der Gegenstandswert erhöht noch (mangels neuer Angelegenheit) eine neue Verfahrensgebühr anfällt. Da es außerdem (in aller Regel) nicht mehr zu einer mündlichen Verhandlung kommt, entsteht auch keine Terminsgebühr.

Anlage 3

Auszug der zitierten Stellen aus den Internetquellen

Anders/Gehle, online-Aktualisierung, Rn. 621a:

Rd.Ziff. 621a

In der Fassung von Art. 1 Nr. 8 des JustizModG (BGBl I vom 30.8.2004, S. 2198) ist das Wort „unverzüglich“ in § 269 Abs. 3 Satz 3 entfallen; die von uns behandelten Probleme mit nicht unverzüglichen Rücknahmen dürften also entfallen. Darüber hinaus ergibt sich die von uns vertretene Ansicht, die Rücknahme könne auch vor Zustellung erklärt werden, nunmehr ebenfalls aus dem Gesetz. Auf diese Weise wird der in Rechtsprechung und Literatur hierum entstandene Streit aus der Welt geschafft (vgl. z.B. B/L § 269, Rdn. 39; Zöller, Rdn. 8b; MüKo, Aktualisierungsband, § 269, Rn. 4). Das bedeutet indes nicht, daß ohne rechtliches Gehör gegen den Beklagten entschieden werden kann (vgl. BGH NJOZ 04, 1197; OLG Düsseldorf FamRZ 04, 1661). Da § 29 EGZPO keine Übergangsregelung vorsieht, gilt die Regelung für Rücknahmen, die ab dem 1.9.2004 erklärt werden.

Überblick bei: Deckenbrock/Dötsch, JuMoG – Aktuelle Änderungen bei der Klagerücknahme gem. § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO, MDR 2004, S. 1214

Elzer, online-Skript Erledigung, Rn. 6:

- 6 Ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch ist im Rahmen der nach § 91a ZPO zu treffenden Billigkeitsentscheidung – dies muss **mE** auch für die Billigkeitsentscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO gelten – **allenfalls dann beachtlich**, wenn sein Bestehen sich ohne besondere Schwierigkeiten, insbesondere ohne Beweisaufnahme, feststellen lässt⁸. Billigkeitsentscheidung

⁸ BGH, NJW 2002, 680.

Nimmt der Kläger nur **einen Teil zurück**, 33
weil sich auch nur ein Teil erledigt hat, ist
über den erledigten Teil im Rahmen der
Kostenentscheidung des weiter verfolgten
Anspruchs zu entscheiden. Ein Isolierter
Kostenbeschluss nach § 269 ZPO ist dann
nicht zu fassen.

Bis vor kurzem war **streitig**, ob § 269 Abs. 3 34
Satz 3 ZPO nur anwendbar ist, wenn die
Klage, sei es auch nachträglich, zu irgend
einem Zeitpunkt **zugestellt worden ist** und
mit der dadurch eingetretenen Rechts-
hängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis zwi-
schen den Parteien begründet worden ist⁶⁸.
Nachdem der **BGH**⁶⁹ diese Frage
entschieden hatte, hat der Gesetzgeber dies
in § 269 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 ZPO auch
klargestellt. **ME** sollte auch nach Änderung
des Gesetzes jedenfalls die Rücknahme der
Klage – und als ihre Anlage die
beabsichtigte Klage – förmlich zugestellt
werden. Da dem Beklagten stets rechtlichen
Gehör zu gewähren ist, kann allenfalls
streitig sein, ob die Zustellung förmlich sein
muss. Ich bejahe das, um in den Akten
sicher feststellen zu können, ob dem
Beklagten vor einer ihn ggf. belastenden
Kostenentscheidung rechtliches Gehör
gewährt wurde.

⁶⁸ Eine Zustellung verlangt etwa KG, MDR 2003,
712 oder OLG Nürnberg, NJW-RR 2003, 646 mit
ablehnender Anm. von Deubner, JuS 2003, 892,
893. **Keine Zustellung** verlangt OLG Dresden,
OLG NL 2003, 164, 165. Siehe dazu vor allem
Tegeder, NJW 2003, 3327.

⁶⁹ MDR 2004, 525.

35 Noch sehr Streitig ist außerdem, ob eine Feststellungsklage
vom Kläger erhobene Feststellungsklage im

Hinblick auf die Neuregelung des § 269 ZPO mangels **Rechtsschutzbedürfnis** unzulässig wäre⁷⁰. **Vollkommer**⁷¹ etwa ist der Auffassung, dass durch § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO einer Feststellungsklage „der Weg versperrt sei“⁷². Die **hier** vertretene Ansicht hält Vollkommer für falsch. Ich – und andere – hätte das Problem „*verkant*“ und eine „*falsche Fragestellung*“ gewählt: **Starke Worte**. Richtig sei es zu fragen, ob die Neuregelung einer Kostenfeststellungsklage den Weg versperre. Dies bejaht Vollkommer – mE zu Unrecht⁷³.

⁷⁰ Vgl. bereits soeben bb. Ferner Fischer, MDR 2002, 1097, 1099, und Musielak, JuS 2002, 1203, 1206, mit **Kritik** an meiner Auffassung und Anders/Gehle, Rdnr. 628, die meinen Vorschlag für wenig praktikabel oder unzumutbar halten. Dogmatisch natürlich zu Unrecht. Wenn man an einem **überprüfbaren** Feststellungsinteresse festhalten will, darf die Definitionsmacht hierfür nicht dem Kläger überlassen bleiben, so aber Musielak, JuS 2002, 1203, 1206 und Schur, KTS 2004 372, 377.

⁷¹ In: Zöller, 24. Aufl. 2004, § 91a ZPO Rdnr. 42.

⁷² So auch im Ergebnis Tegeeder, NJW 2003, 3327, 3328: Kaum überzeugend.

⁷³ Wie hier Schur, KTS 2004, 372, 378: Wolff, NJW 2003, 553, 557.

- 36 Im Hinblick auf den vom prozessualen Kostenerstattungsanspruch regelmäßig nicht erfassten materiellen Kostenerstattungsanspruch ist **mE** nämlich *regelmäßig* ein Feststellungsinteresse zu bejahen⁷⁴: **Der Kläger kann** – und sollte, wenn die Kostenentscheidung unklar ist und z. B. eine Beweisaufnahme erforderlich macht – auch nach der Neuregelung weiterhin seinen **materiellen Kostenerstattungsanspruch** im Wege der **Kostenfeststellungsklage** verfolgen, str. Ein Feststellungsinteresse ist ausnahmsweise und nur dann zu verneinen,

wenn eine Klagerücknahme prozessökonomischer wäre⁷⁵.

⁷⁴ Im Einzelnen Elzer, NJW 2002, 2006, 2007 f. Im Ergebnis so auch Fischer, MDR 2002, 1097, 1099 und Anders/Gehle, Rdnr. 628. Ferner LG Berlin, ZK 29, GE 2004, 51; a. A. LG Berlin, ZK 64, GE 2004, 108: Es fehle an einer planwidrigen Lücke. Es sei Aufgabe des Gesetzgebers, ein mögliche Lücke zu schließen.

⁷⁵ A. A. LG Berlin, GE 2004 ZK 29 (Einzelrichter), 51, 52.

Dazu muss der Kläger nach meiner Ansicht 36a (aA die ganz hM⁷⁶) prognostizieren, ob ihm eine Billigkeitsentscheidung über die Kosten günstig wäre. Ist das zu bejahen, muss er umstellen. Fällt die Prognose hingegen sicher zu seinen Gunsten aus oder ist sie nur unsicher zu stellen, besteht ein Feststellungsinteresse.

⁶⁸ Sie für diese etwa Schur, KTS 2004, 372, 376: Zur Recht abgelehnt wird die von Elzer vorgenommene Differenzierung.

Elzer, online-Skript Erledigung, Rn. 39:

Nimmt der Kläger **nach** Rechtshängigkeit 39 die Klage zurück, ist § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO nicht anwendbar⁷⁹.

⁷⁹ BGH, NJW 2004, 223, 224; LG Berlin, GE 2002, 1494; AG Berlin-Neukölln, MDR 2003, 112; Musielak, JuS 2002, 1203, 1205; a. A. Bonifacio, MDR 2002, 499.

Gehrlein, online-Skript Intensivkurs, S. 7:

2. Erledigung zwischen Einreichen und Zustellung der Klage

Für Fälle, in denen sich der Rechtsstreit zwischen Einreichen und Zustellung der Klage erledigt, hat die ZPO-Novelle in § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO eine eigenständige Kostenregelung getroffen. Bestand Anlaß zur Klageerhebung

und nimmt der Kläger die Klage unverzüglich zurück, so kann das Gericht über

die Kosten nach billigem Ermessen entscheiden und sie dem Beklagten aufbürden, falls der erledigte Klageanspruch begründet war.

Stellungnahme der BRAK, S. 3

2.

Kostenregelung bei Klagerücknahme (§ 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO)

Der Gesetzgeber wollte eine Möglichkeit schaffen, dass dem Beklagten die Kosten auch dann auferlegt werden, wenn er die Zahlungsfrist versäumt hat und deshalb Klage erhoben werden musste, die dann zurückgenommen wird: Die Rechtsprechung und vielfach die Literatur (vgl. Zöller § 269 ZPO, 8 a; Thomas-Putzo § 269 ZPO, 5; Baumbach-Lauterbach § 269 ZPO, 5, 39; anderes nur Musielak sehen die neue Vorschrift nur dann als anwendbar, wenn die Klage bereits zugestellt wurde und der Rechtsstreit deshalb rechtshängig geworden ist: Der Gesetzgeber sollte klarstellen, dass eine Kostenregelung zu Lasten des Beklagten bereits dann möglich ist, wenn er nach Einreichung der Klage erst gezahlt hat.

Literaturverzeichnis

Althammer, Christoph / Löhnig, Martin

Billige Kostentragung bei Erledigung der Hauptsache nach Aufrechnung durch den Beklagten, in: NJW 2004, S. 3077-3080

zitiert: Althammer/Löhnig NJW 2004, S. 3077 (betreffende Seite)

Anders, Monika / Gehle, Burkhard

Antrag und Entscheidung im Zivilprozess mit Kosten und Vollstreckbarkeit, 3. Auflage; Düsseldorf 2000

zitiert: Anders/Gehle, Antrag und Entscheidung, Rn.

Anders, Monika / Gehle, Burkhard

Das Assessorexamen im Zivilrecht, 7. Auflage; Düsseldorf 2002

zitiert: Anders/Gehle, Assessorexamen, Rn.

Bassermann

Erstattung der Kosten bei Zahlung der Streitsumme nach Einreichung der Klage vor Zustellung derselben, in: JW 1884, S. 244-245

zitiert: Bassermann JW 1884, S. 244 (betreffende Seite)

Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang / Albers, Jan / Hartmann, Peter (Hrsg.)

Zivilprozeßordnung, 59. Auflage; München 2001

zitiert: BLAH (59. Aufl.) – Bearbeiter, § , Rn.

Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang / Albers, Jan / Hartmann, Peter (Hrsg.)

Zivilprozeßordnung, 60. Auflage; München 2002

zitiert: BLAH (60. Aufl.) – Bearbeiter, § , Rn.

Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang / Albers, Jan / Hartmann, Peter (Hrsg.)

Zivilprozessordnung, 62. Auflage; München 2004

zitiert: BLAH (62. Aufl.) – Bearbeiter, § , Rn.

Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang / Albers, Jan / Hartmann, Peter (Hrsg.)

Zivilprozessordnung, 63. Auflage; München 2005

zitiert: BLAH – Bearbeiter, § , Rn.

Becker-Eberhard, Ekkehard

Anmerkung zu OLG Köln FamRZ 1986, S. 278, in: FamRZ 1986, S. 279-284

zitiert: Becker-Eberhard FamRZ 1986, S. 279 (betreffende Seite)

Becker-Eberhard, Ekkehard

Anmerkung zu BGH ZZZ 101. Band (1988), S. 298, in: ZZZ 101. Band (1988), S. 303-320

zitiert: Becker-Eberhard ZZZ 101, S. 303 (betreffende Seite)

Becker-Eberhard, Ekkehard

Anmerkung zu BGH NJW 2002, S. 680, in: LM H. 4/2002, Blatt 683-684 = § 91a, Nr. 74 (Blatt 2-3)

zitiert: Becker-Eberhard LM § 91a ZPO, Nr. 74

Becker-Eberhard, Ekkehard

Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Erledigung der Hauptsache im Zivilprozeß, in: Canaris, C.-W./Heldrich, A./Hopt, K. J. u.a (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe der Wissenschaft – Band III: Zivilprozeß, Insolvenz, Öffentliches Recht; München 2000; S. 273-307

zitiert: Becker-Eberhard, FS BGH, S. 273 (betreffende Seite)

Becker-Eberhard, Ekkehard

Grundlagen der Kostenerstattung bei der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche – Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis zwischen materiell-rechtlichem und prozessualen Kostenerstattungsanspruch (Diss. jur. Bonn); Bielefeld 1985

zitiert: Becker-Eberhard, Grundlagen der Kostenerstattung, S.

Becker-Eberhard, Ekkehard

Zum Neben- und Gegeneinander von materiell-rechtlicher und prozessualer Kostenhaftung, in: JZ 1995, S. 814-818

zitiert: Becker-Eberhard JZ 1995, S. 814 (betreffende Seite)

Bergerfurth, Bruno

Erledigung der Hauptsache im Zivilprozeß, in: NJW 1992, S. 1655-1661

zitiert: Bergerfurt NJW 1992, S. 1655 (betreffende Seite)

Bernreuther, Jörn

Die Stufenklage und ihre Erledigung, in: JA 2001, S. 490-494

zitiert: Bernreuther JA 2001, S. 490 (betreffende Seite)

Beuermann, Rudolf

Kostentragungspflicht bei Erfüllung vor Zustellung, in: GE 2003, S. 850-851

zitiert: Beuermann GE 2003, S. 850 (betreffende Seite)

Blomeyer, Jürgen

Die Schuldtilgung durch den Beklagten nach Einreichung der Klage als Kostenproblem,

in: NJW 1982, S. 2750-2753

zitiert: Blomeyer NJW 1982, S. 2750 (betreffende Seite)

Bonifacio, Michael

Klagerücknahme und Erledigungserklärung nach der Zivilprozessreform, in: MDR 2002, S. 499-500

zitiert: Bonifacio MDR 2002, S. 499 (betreffende Seite)

Bonifacio, Michael

Freiwilliges Unterliegen und Prozesskosten nach Erledigung des Rechtsstreits,

in: MDR 2004, S. 1094-1096

zitiert: Bonifacio MDR 2004, S. 1094 (betreffende Seite)

Brüchert, Rudolf

Erledigung eines Rechtsstreits vor Eintritt der Rechtshängigkeit, in: AnwBl. 1989, S. 80-83

zitiert: Brüchert AnwBl. 1989, S. 80 (betreffende Seite)

Bücking, Hans-Jörg

Zur Möglichkeit der Erledigung der Hauptsache vor Anhängigkeit des Verfahrens, in ZZZP 88. Band (1975), S. 307-317

zitiert: Bücking ZZZP 88, S. 307 (betreffende Seite)

Bundesjustizministerium (Hrsg.)

Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit; Bonn 1961

zitiert: Kommissionsbericht 1961, S.

Canaris, Claus-Wilhelm

Die Feststellung von Lücken im Gesetz – Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung *praeter legem*; Berlin 1964

zitiert: Canaris, S.

Deckenbrock, Christian

Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 9.2.2005 (Az.: XII ZB 146/04), in: *ProzRB* 2005, S. 117

zitiert: Deckenbrock *ProzRB* 2005, S. 117

Deckenbrock, Christian / Dötsch, Wolfgang

Anmerkung zu OLG München, Beschluss v. 12.3.2004 (Az.: 29 W 2840/03), in: *ProzRB* 2004, S. 151-153

zitiert: Deckenbrock/Dötsch *ProzRB* 2004, S. 151 (betreffende Seite)

Deckenbrock, Christian / Dötsch, Wolfgang

Anmerkung zu BGH MDR 2004, S. 525, in: MDR 2004, S. 526-527

zitiert: Deckenbrock/Dötsch MDR 2004, S. 526 (betreffende Seite)

Deckenbrock, Christian / Dötsch, Wolfgang

Das Ende der übereinstimmenden Erledigungserklärung bei Erledigung vor Rechtshängigkeit, in: *ProzRB* 2004, S. 47-50

zitiert: Deckenbrock/Dötsch *ProzRB* 2004, S. 47 (betreffende Seite)

Deckenbrock, Christian / Dötsch, Wolfgang

Die Erledigung in der Hauptsache im Verwaltungsprozess, in: *JuS* 2004, S. 489-492; S. 589-591; S. 689-693

zitiert: Deckenbrock/Dötsch *JuS* 2004, S. 489 bzw. S. 589 bzw. S. 689 (betreffende Seite)

Deckenbrock, Christian / Dötsch, Wolfgang

JuMoG – Aktuelle Änderungen bei der Klagerücknahme gem. § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO,

in: MDR 2004, S. 1214-1218

zitiert: Deckenbrock/Dötsch MDR 2004, S. 1214 (betreffende Seite)

Deckenbrock, Christian / Dötsch, Wolfgang

Kostenerstattung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO bei Klagerücknahme vor Zustellung?, in: *JurBüro* 2003, S. 568-573

zitiert: Deckenbrock/Dötsch *ProzRB* 2003, S. 568 (betreffende Seite)

Deckenbrock, Christian / Dötsch, Wolfgang

Niedrige Beweisgebühren nach einseitiger Erledigungserklärung,
in: ProZRB 2003, S. 273-276

zitiert: Deckenbrock/Dötsch ProZRB 2003, S. 273 (betreffende Seite)

Deckenbrock, Christian / Dötsch, Wolfgang

Klagerücknahme vor Zustellung – einige Tipps zum neuen
§ 269 Abs. 3 S. 3 ZPO, in: ProZRB 2003, S. 152-156

zitiert: Deckenbrock/Dötsch ProZRB 2003, S. 152 (betreffende Seite)

Deubner, Karl G.

Aktuelles Zivilprozessrecht, in: JuS 2003, S. 270-276; S. 899-903

zitiert: Deubner JuS 2003, S. 270 bzw. S. 899 (betreffende Seite)

Deubner, Karl G.

Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz – Änderungen der ZPO, in:
JuS 2004, S. 873-878

zitiert: Deubner JuS 2004, S. 873 (betreffende Seite)

El-Gayar, Michael

Die einseitige Erledigungserklärung des Klägers im Zivil-, Arbeits- und
Verwaltungsgerichtsprozess (Diss. jur. Erlangen-Nürnberg); Köln u.a. 1998

zitiert: El-Gayar, S.

Elzer, Oliver

Einseitige Erledigterklärung vor Rechtshängigkeit nach dem ZPO-
Reformgesetz,

in: NJW 2002, S. 2006-2008

zitiert: Elzer NJW 2002, S. 2006 (betreffende Seite)

Emde, Raimond

Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts und Kostentragungspflicht nach
§ 91a ZPO, in: MDR 1995, S. 239

zitiert: Emde MDR 1995, S. 239

Enders, Horst-Reiner

Erledigung der Hauptsache und die Verfahrens-, Termins- und Einigungs-
gebühr – Teil I, in: JurBüro 2005, S. 113-116

zitiert: Enders JurBüro 2005, S. 113 (betreffende Seite)

Fischer, Frank O.

Ergänzung des § 91a ZPO durch Feststellungsklage auf Kostenerstattung?,
in: MDR 2002, S. 1097-1100

zitiert: Fischer MDR 2002, S. 1097 (betreffende Seite)

Fölsch, Peter

ZPO-Änderungen durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz 2004,
in: MDR 2004, S. 1029-1034

zitiert: Fölsch MDR 2004, S. 1029 (betreffende Seite)

Gehrlein, Markus

Erste Erfahrungen mit der reformierten ZPO – Erstinstanzliches Verfahren
und Berufung, in: MDR 2003, S. 421-430

zitiert: Gehrlein MDR 2003, S. 421 (betreffende Seite)

Gehrlein, Markus

Zivilprozessrecht nach der ZPO-Reform 2002 – Ein Leitfaden für
Ausbildung und Praxis; München 2001

zitiert: Gehrlein, § , Rn.

Gloy, Wolfgang (Hrsg.)

Handbuch des Wettbewerbsrechts, 2. Auflage; München 1997

zitiert: Gloy – Bearbeiter, § , Rn.

Goebel, Frank-Michael

Die Auswirkungen des Justizmodernisierungsgesetzes auf den Zivilprozess
erster Instanz, in: ProZRB 2004, S. 252-257

zitiert: Goebel ProZRB 2004, S. 252 (betreffende Seite)

Goebel, Frank-Michael (Hrsg.)

Zivilprozessrecht; Bonn 2005

zitiert: Goebel – Bearbeiter, § , Rn.

Göttlich, Walter / Mümmler, Alfred / Rehberg, Jürgen / Xanke, Peter

Rechtsanwaltsvergütungsgesetz mit Erläuterungen in alphabetischer
Zusammenstellung und Nebenbestimmungen, 1. Auflage; München 2004

zitiert: Göttlich/Mümmler, Stichwort: (betreffendes Stichwort)

Göppinger, Horst

Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache; Stuttgart 1958

zitiert: Göppinger, S.

Gottwald, Peter

Anmerkung zu OLG Nürnberg FamRZ 2003, S. 1118 f., in: FamRZ 2003, S. 1119-1120

zitiert: Gottwald FamRZ 2003, S. 1119 (betreffende Seite)

Gottwald, Peter

Die Reform der ZPO aus Sicht der Wissenschaft, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle, Verhandlungen des fünfundsechzigsten Deutschen Juristentages; Bonn 2004; Band I – Gutachten – Berichte A für den 65. Deutschen Juristentag München 2004; S. A 107-A 129

zitiert: Gottwald, Wirkungskontrolle, S. A 107 (betreffende Seite)

Greger, Reinhard

Zweifelsfragen und erste Entscheidungen zur neuen ZPO, in: NJW 2002, S. 3049-3053

zitiert: Greger NJW 2002, S. 3049 (betreffende Seite)

Grunksy, Wolfgang

Grenzen des Gleichlaufs von Hauptsache- und Kostenentscheidung – Zugleich ein Beitrag zur einseitigen Erledigungserklärung, in: Gottwald, P./Prütting, H. (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag; München 1990, S. 165-180

zitiert: Grunsky, FS Schwab, S. 165 (betreffende Seite)

Habscheid, Walther J.

Die Erledigung der Hauptsache und ihre Rechtsfolgen – Zugleich eine kritische Würdigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: Rpfl. 63. Jahrgang (1955), S. 33-37

zitiert: Habscheid Rpfl. 1955, S. 33 (betreffende Seite)

Hannich, Rolf / Meyer-Seitz, Christian (Hrsg.)

ZPO-Reform 2002 mit Zustellungsreformgesetz; München 2002

zitiert: Hannich/Meyer-Seitz – Bearbeiter, § , Rn.

Hansens, Heinz

Kostenerstattung bei „Zurücknahme“ einer nicht zugestellten Klage, in: BRAGOreport 2001, S. 149-151

zitiert: Hansens BRAGOreport 2001, S. 149 (betreffende Seite)

Hansens, Heinz

Die ZPO-Reform – Praktische Auswirkungen auf die Tätigkeit des Rechtsanwalts, in: AnwBl. 2002, S. 125-139

zitiert: Hansens AnwBl. 2002, S. 125 (betreffende Seite)

Hansens, Heinz

Gerichtskosten bei „Zurücknahme“ einer nicht zugestellten Klage, in: RVGreport 2004, S. 262-264

zitiert: Hansens RVGreport 2004, S. 262 (betreffende Seite)

Harte-Bavendamm, Henning / Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.)

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung; München 2004

zitiert: Harte-Bavendamm – Bearbeiter, § , Rn

Hartmann, Peter

Kostengesetze, 34. Auflage; München 2004

zitiert: Hartmann, (betreffende Vorschrift), Rn.

Hartmann, Peter

Zivilprozess 2001/2002: Hunderte wichtiger Änderungen – Ein Überblick für Praktiker, in: NJW 2001, S. 2577-2598

zitiert: Hartmann NJW 2001, S. 2577 (betreffende Seite)

Haubelt, Horst

„Erledigung der Hauptsache“ vor Rechtshängigkeit?, in: ZZP 89. Band (1976), S. 192-199

zitiert: Haubelt ZZP 89, S. 192 (betreffende Seite)

Freiherr von Hoyningen-Huene, Gerrick

Die Billigkeit im Arbeitsrecht; Ein Beitrag zur rechtsdogmatischen Präzisierung der Billigkeit im Zivilrecht – dargestellt am Beispiel des Arbeitsrechts; München 1978

zitiert: v. Hoyningen-Huene, S.

Huber, Michael

Verfahren und Urteil erster Instanz nach dem Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG) - 2. Teil. Weitere besonders wichtige Änderungen im Verfahrensrecht erster Instanz, in: JuS 2002, S. 690-693

zitiert: Huber JuS 2002, S. 690 (betreffende Seite)

Huber, Michael

Das Zivilurteil, 2. Auflage; München 2003
zitiert: Huber, Rn.

Jost, Fritz / Sundermann, Werner

Reduzierung des Verfahrensaufwands nach der einseitigen Erledigungserklärung – Zum Verzicht auf die Prüfung der ursprünglichen Erfolgsaussichten des Begehrens, in: ZJP 105. Band (1992), S. 261-286
zitiert: Jost/Sundermann ZJP 105, S. 261 (betreffende Seite)

Jacobs, Rainer / Lindacher, Walter F. / Teplitzky, Otto (Hrsg.)

UWG-Großkommentar, Vor § 13 Abschnitt D, (Stand: 7. Lieferung Februar 1993); Berlin, New York 1993
zitiert: UWG-Großkommentar – Bearbeiter, § , Abschnitt , Rn.

Jauernig, Othmar

Zivilprozessrecht, 28. Auflage; München 2003
zitiert: Jauernig, S.

Jungbauer, Sabine

Teil I: Wichtige praktische Änderungen durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz, in: JurBüro 2005, S. 344- 3347
zitiert: Jungbauer JurBüro 2005, S. 344 (betreffende Seite)

Kaufmann, Martin Otmar

Einstweiliger Rechtsschutz: Die Rechtskraft im einstweiligen Verfahren und das Verhältnis zum definitiven Rechtsschutz (Diss. jur. Bern); Bern 1993
zitiert: Kaufmann, S.

Knauer, Christoph / Wolf, Christian

NJW-Editorial, in: NJW 2004, Heft 31 v. 26.7.2004
zitiert: Knauer/Wolf NJW-Editorial in NJW 2004, Heft 31

Knauer, Christoph / Wolf, Christian

Zivilprozessuale und strafprozessuale Änderungen durch das Erste Justizmodernisierungsgesetz - Teil 1: Änderungen der ZPO, in: NJW 2004, S. 2857-2865
zitiert: Knauer/Wolf NJW 2004, S. 2857 (betreffende Seite)

Köhnen, Rainer / Köhnen, Liane

Zur Berechnung der Kostenentscheidung einer Klageänderung bei Erledigung der Hauptsache vor Rechtshängigkeit, in: DRiZ 1989, S. 289-293
zitiert: Köhnen/Köhnen DRiZ 1989, S. 289 (betreffende Seite)

Kopp, Ferdinand / Schenke, Wolf-Rüdiger

Verwaltungsgerichtsordnung – Kommentar, 13. Auflage; München 2003
zitiert: Kopp/Schenke, § , Rn.

Kroiß, Ludwig

Das neue Zivilprozeßrecht; Bonn 2001
zitiert: Kroiß, § , Rn.

Lackmann, Rolf / Wittschier, Johannes

Die Klausur im Zwangsvollstreckungsrecht mit Insolvenzrecht; München 2003
zitiert: Lackmann/Wittschier, Rn.

Larenz, Karl

Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage; Berlin, Heidelberg u.a. 1991
zitiert: Larenz, S.

Linckelmann

Erstattung der Kosten bei Zahlung der Streitsumme nach Einreichung der Klage vor Zustellung derselben, in: JW 1884, S. 264-265
zitiert: Linckelmann JW 1884, S. 264 (betreffende Seite)

Lindacher, Walter F.

Wahlmöglichkeit des Klägers bei nachträglichem Entfall der Klageerfolgsaussicht?, in: JR 2005, S. 92-94
zitiert: Lindacher JR 2005, S. 92 (betreffende Seite)

Linke, Hartmut

Die Erklärungspflicht des Drittschuldners und die Folgen ihrer Verletzung, in: ZZP 87. Band (1974), S. 284-315
zitiert: Linke ZZP 87, S. 284 (betreffende Seite)

Löhnig, Martin

Zivilprozessrecht: Erledigung der Hauptsache, in: JA 2004, S. 122-126
zitiert: Löhnig JA 2004, S. 122 (betreffende Seite)

Loritz, Karl-Georg

Die Konkurrenz materiellrechtlicher und prozessualer Kostenerstattung;
Köln, Berlin u.a. 1981

zitiert: Loritz, S.

Luckey, Jan

Alles erledigt? §§ 91a, 269 ZPO nach der Zivilprozessreform, in:
ProzRB 2002, S. 24-28

zitiert: Luckey ProzRB 2002, S. 24 (betreffende Seite)

Lüke, Gerhard

Betrachtungen zum Prozessrechtsverhältnis, in: ZJP 108. Band (1995),
S. 427-454

zitiert: Lüke ZJP 108, S. 427 (betreffende Seite)

Lüke, Gerhard / Wax, Peter (Hrsg.)

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1 (§§ 1-354 ZPO),
2. Auflage; München 2000

zitiert: MüKo – Bearbeiter, § , Rn.

Lüke, Gerhard / Wax, Peter (Hrsg.)

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Aktualisierungsband
ZPO-Reform 2002 und weitere Reformgesetze, 2. Auflage; München 2002

zitiert: MüKo (Akt.Bd.) – Bearbeiter; § , Rn.

Lüke, Wolfgang

Zivilprozessrecht, 8. Auflage; München 2003

zitiert: Lüke, Rn.

Markl, Hermann / Meyer, Dieter

Gerichtskostengesetz mit Gerichtsvollzieherkostengesetz, 5. Auflage;
Berlin 2003

zitiert: Markl/Meyer, § (bzw. Nr. der jeweiligen Vorschrift), Rn.

Mayer, Hans Jochem / Kroiß, Ludwig (Hrsg.)

Rechtsanwaltsvergütungsgesetz – Handkommentar, 1. Auflage; Baden-
Baden 2004

zitiert: Mayer/Kroiß – Bearbeiter, § , Rn.

Melullis, Klaus-J.

Handbuch des Wettbewerbsprozesses unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, 3. Auflage; Köln 2000

zitiert: Melullis, Rn.

Mertins, Wolfgang

Die streitige Erledigung der Hauptsache vor Rechtshängigkeit und die Erledigung im Säumnisverfahren, in: DRiZ 1989, S. 281-289

zitiert: Mertins DRiZ 1989, S. 281 (betreffende Seite)

Menne, Heinz / Röhl, Klaus F. / Schmidt, Eike u.a. (Wiss. Red.)

Kommentar zur Zivilprozessordnung – Reihe Alternativkommentare; Gesamtherausgeber: Wassermann, Rudolf; Neuwied u.a. 1987

zitiert: AK – Bearbeiter, § , Rn.

Münch, Joachim

Die „neue“ ZPO: bedeutende Änderungen im zivilgerichtlichen Verfahrensrecht (Teil I), in: DStR 2002, S. 85-95

zitiert: Münch DStR 2002, S. 85 (betreffende Seite)

Musielak, Hans-Joachim

Grundkurs ZPO, 5. Auflage; München 2000

zitiert: Musielak (5. Aufl.), Rn.

Musielak, Hans-Joachim

Grundkurs ZPO, 7. Auflage; München 2004

zitiert: Musielak, Rn.

Musielak, Hans-Joachim

Neue Fragen im Zivilverfahrensrecht, in: JuS 2002, S. 1203-1207

zitiert: Musielak JuS 2002, S. 1203 (betreffende Seite)

Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.)

Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Auflage; München 2000

zitiert: Musielak (2. Aufl.) – Bearbeiter, §, Rn.

Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.)

Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Auflage; München 2002

zitiert: Musielak (3. Aufl.) – Bearbeiter, §, Rn.

Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.)

Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz,
4. Auflage; München 2005

zitiert: Musielak – Bearbeiter, §, Rn.

Onderka, Julia Bettina

Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 9.2.2005 (Az.: XII ZB 146/04),
in: AGS 2005, S. 170-171

zitiert: Onderka AGS 2005, S. 170 (betreffende Seite)

Oberheim, Rainer

Zivilprozessrecht für Referendare, 6. Auflage; Düsseldorf 2004

zitiert: Oberheim, §, Rn.

Palandt, Otto / Bassenge, Peter (Hrsg.)

Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Auflage; München 2005

zitiert: Palandt – Bearbeiter, §, Rn.

Pantle, Norbert / Kreissl, Stephan

Die Praxis des Zivilprozesses, 3. Auflage; Stuttgart 2002

zitiert: Pantle/Kreissl, Rn.

Pape, Gerhard / Notthoff, Martin

Die Erledigung in der Hauptsache im Zivilprozeß, in: JuS 1995, S. 912-916,
S. 1016-1019

zitiert: Pape/Notthoff, JuS 1995, S. 912 respektive S. 1016 (betreffende Seite)

Peters, Frank

Die Einrede der Verjährung als ein den Rechtsstreit in der Hauptsache
erledigendes Ereignis, in: NJW 2001, S. 2289-2292

zitiert: Peters NJW 2001, S. 2289 (betreffende Seite)

Pfeffer, Christiane

Die einseitige Erledigungserklärung im Zivilprozess (Diss. jur. Gießen);
Gießen 1985

zitiert: Pfeffer, S.

Prütting, Hanns / Wesser, Sabine

Die Erledigung des Rechtsstreits: nicht nur ein Kostenproblem,
in: ZZP 116. Band (2003), S. 267-303

zitiert: Prütting/Wesser ZZP 116, S. 267 (betreffende Seite)

Reinelt, Ekkehart

“Erledigung der Hauptsache“ vor Anhängigkeit?, in: NJW 1974, S. 344-347

zitiert: Reinelt NJW 1974, S. 344 (betreffende Seite)

Riedel, Fritz / Sußbauer, Heinrich (Hrsg.)

Rechtsanwaltsvergütungsgesetz – Kommentar, 9. Auflage; München 2005

zitiert: Riedel/Sußbauer – Bearbeiter, VV, Teil , Abschnitt , Rn.

Rixecker, Roland

Die nicht erledigende Erledigterklärung, in: ZZP 96. Band (1983), S. 505-515

zitiert: Rixecker ZZP 96, S. 505 (betreffende Seite)

Rosenberg, Leo / Schwab, Karl Heinz / Gottwald, Peter

Zivilprozessrecht, 16. Auflage; München 2004

zitiert: Rosenberg/Schwab/Gottwald, § , Rn.

Schach, Klaus

Klagerücknahe vor Anhängigkeit, in: GE 2003, S. 1465-1466

zitiert: Schach GE 2003, S. 1465 (betreffende Seite)

Schellhammer, Kurt

Zivilprozess, 9. Auflage; Heidelberg 2001

zitiert: Schellhammer, Rn.

Schellhammer, Kurt

Die Arbeitsmethode des Zivilrichters – Ein Leitfaden für Referendare und junge Praktiker mit Fällen und einer Musterakte, 14. Auflage; Heidelberg 2002

zitiert: Schellhammer, Arbeitsmethode, Rn.

Schilken, Eberhard

Zur Bedeutung der „Anhängigkeit“ im Zivilprozeß, in: JR 1984, S. 446-450

zitiert: Schilken JR 1984, S. 446 (betreffende Seite)

Schilken, Eberhard

Zivilprozessrecht, 4. Auflage; Köln u.a. 2002

zitiert: Schilken, Rn.

Schoch, Friedrich / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Pietzner, Rainer (Hrsg.)

Verwaltungsgerichtsordnung, Band II; München, Stand: September 2004

zitiert: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner – Bearbeiter, § , Rn.

Schneider, Egon

Kostenentscheidung bei teilweiser Klagerücknahme? in: NJW 1964, S. 1055-1059

zitiert: Schneider NJW 1964, S. 1055 (betreffende Seite)

Schneider, Egon

Anmerkung zu LG Traunstein Beschluss v. 4.7.1962 (Az.: 4 T 170/62), in: MDR 1962, S. 827-828

zitiert: Schneider MDR 1962, S. 827 (betreffende Seite)

Schneider, Egon

Der materielle Kostenerstattungsanspruch, in: MDR 1981, S. 353-361

zitiert: Schneider MDR 1981, S. 353 (betreffende Seite)

Schneider, Egon

Das neue Zivilprozeßrecht, in: ZAP 2001, Fach 13, S. 1063-1092

zitiert: Schneider ZAP 2001, S. 1063 (betreffende Seite)

Schneider, Egon

Die neue ZPO aus der Sicht des Gesetzgebers, in: ZAP 2002, Fach 13, S. 1147-1156

zitiert: Schneider ZAP 2002, S. 1147 (betreffende Seite)

Schneider, Egon

Die Kostenregelung der Klagerücknahme nach neuem Recht, in: JurBüro 2002, S. 509-511

zitiert: Schneider JurBüro 2002, S. 509 (betreffende Seite)

Schneider, Egon

Die neue ZPO – Risiken und Kontroversen – Neuregelungen bei der Klagerücknahme, in: ZAP 2003, Fach 13, S. 1221-1222

zitiert: Schneider ZAP 2003, S. 1221 (betreffende Seite)

Schneider, Egon

Praxis der neuen ZPO, 2. Auflage; Recklinghausen 2003
zitiert: Schneider, Praxis der ZPO, Rn.

Schneider, Egon / van den Hövel, Markus

Die Tenorierung im Zivilurteil – Darstellung anhand praktischer Beispielfälle, 3. Auflage; München 2004
zitiert: Schneider/van den Hövel, Rn.

Schneider, Norbert

Rechtsanwendungsprobleme und Kostenfragen der neuen ZPO, in: ZAP 2002, Fach 13, S. 1105-1136
zitiert: N. Schneider ZAP 2002, S. 1105 (betreffende Seite)

Schröcker, Stefan

Prozessaufrechnung als erledigendes Ereignis, in: NJW 2004, S. 2203-2205
zitiert: Schröcker NJW 2004, S. 2203 (betreffende Seite)

Schumann, Ekkehard

Die ZPO-Klausur, 2. Auflage; München 2002
zitiert: Schumann, Rn.

Schur, Wolfgang

Klagerücknahme bei Erledigung vor Rechtshängigkeit und materiellrechtlicher Kostenerstattungsanspruch, in: KTS 65. Jahrgang, 2004, S. 373-398
zitiert: Schur KTS 2004, S. 373 (betreffende Seite)

Shen, Kuan-Ling

Die Erledigung der Hauptsache als verfahrensrechtliches Institut zwischen Dispositionsmaxime und Kostenrecht (Diss. jur. Heidelberg); Frankfurt a.M. u.a. 2000
zitiert: Shen, S.

Smid, Stefan

Verfahren und Kriterien der Kostenentscheidung nach § 91a ZPO – Zugleich ein Versuch der historischen Rekonstruktion der Problemstellung, in: ZZP 97. Band (1984), S. 245-313
zitiert: Smid ZZP 97, S. 245 (betreffende Seite)

Stahnecker, Thomas

Die einseitige Erledigungserklärung im Zivil- und Verwaltungsprozeß
(Diss. jur. Tübingen); Tübingen 1994
zitiert: Stahnecker, S.

Staub

Zwei Kosten-Fragen, in: JW 1886, S. 209-213
zitiert: Staub JW 1886, S. 209 (betreffende Seite)

Stein, Friedrich / Jonas, Martin (Hrsg.)

Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2 (§§ 91 – 252 ZPO),
21. Auflage; Tübingen 1994
zitiert: Stein/Jonas (21. Aufl.) – Bearbeiter, § , Rn.

Stein, Friedrich / Jonas, Martin (Hrsg.)

Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2 (§§ 41 – 127a ZPO),
22. Auflage; Tübingen 2004
zitiert: Stein/Jonas – Bearbeiter, § , Rn.

Stein, Friedrich / Jonas, Martin (Hrsg.)

Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3 (§§ 253 – 299a ZPO),
21. Auflage; Tübingen 1997
zitiert: Stein/Jonas (21. Aufl.) – Bearbeiter, § Rn.

Stein, Friedrich / Jonas, Martin (Hrsg.)

Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3 (§§ 128 – 252 ZPO),
22. Auflage; Tübingen 2005
zitiert: Stein/Jonas – Bearbeiter, § , Rn.

Stein, Friedrich / Jonas, Martin (Hrsg.)

Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 5, Teilband 1 (§§ 511 –
591 ZPO), 21. Auflage; Tübingen 1994
zitiert: Stein/Jonas (21. Aufl.) – Bearbeiter, § , Rn.

Stein, Friedrich / Jonas, Martin (Hrsg.)

Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 9 (§§ 916-1068 ZPO, EGZPO),
22. Auflage; Tübingen 2002
zitiert: Stein/Jonas – Bearbeiter, § , Rn.

Steinert, Karl-Friedrich / Theede, Kai-Uwe

Zivilprozess; Handbuch der Rechtspraxis Band 1, 8. Auflage;
München 2004

zitiert: Steinert/Theede, Kap. , Rn.

Stickelbrock, Barbara

Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß; Köln 2002

zitiert: Stickelbrock, S.

Stöhr, Karlheinz

Neuer Weg bei der einseitigen Erledigung vor Rechtshängigkeit?,
in: JR 1985, S. 490-493

zitiert: Stöhr JR 1985, S. 490 (betreffende Seite)

Tegeder, Jörg

Die Klagerücknahme als „einseitige Hauptsachenerledigungserklärung“, in:
NJW 2003, S. 3327-3328

zitiert: Tegeder NJW 2003, S. 3327 (betreffende Seite)

Teplitzky, Otto

Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren: Unterlassung – Beseiti-
gung – Schadensersatz; Anspruchsdurchsetzung und Anspruchsabwehr,
8. Auflage; Köln u.a. 2002

zitiert: Teplitzky, Kap. , Rn.

Timme, Michael

Die „Erledigung“ des Rechtsstreits zwischen Anhängigkeit und Rechtshän-
gigkeit nach der Neufassung des § 269 ZPO, in: JA 2000, S. 224-227

zitiert: Timme JA 2000, S. 224 (betreffende Seite)

Thomas, Heinz / Putzo, Hans

Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, den
Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften, 23. Auflage;
München 2001

zitiert: Thomas/Putzo (23. Aufl.) – Bearbeiter, § , Rn.

Thomas, Heinz / Putzo, Hans

Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsvor-
schriften und europarechtlichen Vorschriften, 25. Auflage; München 2003

zitiert: Thomas/Putzo (25. Aufl.) – Bearbeiter, § , Rn.

Thomas, Heinz / Putzo, Hans

Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsvorschriften und europarechtlichen Vorschriften, 26. Auflage; München 2004
zitiert: Thomas/Putzo – Bearbeiter, § , Rn.

Unbekannter Verfasser

Erstattung der Kosten bei Zahlung der Streitsumme nach Einreichung der Klage vor Zustellung derselben, in: JW 1884, S. 190-191
zitiert: unbekannter Verfasser JW 1884, S. 190 (betreffende Seite)

Ulrich, Gustav-Adolf

Die Erledigung der Hauptsache und die Vereinfachung des Verfahrens, in: NJW 1994, S. 2739-2798
zitiert: Ulrich NJW 1994, S. 2739 (betreffende Seite)

Walther, Richard

Klageänderung und Klagerücknahme, in: NJW 1994, S. 423-427
zitiert: Walther NJW 1994, S. 423 (betreffende Seite)

Wieser, Eberhard

Grundzüge des Zivilprozeßrechts mit Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 2. Auflage; St. Augustin 1997
zitiert: Wieser, Rn.

Wieser, Eberhard

Grundzüge des Zivilprozeßrechts mit Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, Nachtrag zur 2. Auflage nach dem Stand der Gesetzgebung vom 23. April 2003; St. Augustin 2003
zitiert: Wieser, Nachtrag, Rn.

Wissenschaftlicher Rat der Dudenredaktion (Hrsg.)

Duden – Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in zehn Bänden, Band 1 (A – Bedi), 3. Auflage; Mannheim, Leipzig u.a. 1999
zitiert: Duden, S. (betreffendes Stichwort)

Wissenschaftlicher Rat der Dudenredaktion (Hrsg.)

Duden – Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in zehn Bänden, Band 2 (Bedr – Eink), 3. Auflage; Mannheim, Leipzig u.a. 1999
zitiert: Duden, S. (betreffendes Stichwort)

Wolf, Christian

Rezension zu Thomas/Putzo (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 24. Auflage und 25. Auflage, in: ZZP 116. Band (2003), S. 523-528

zitiert: Wolf ZZP 116, S. 523 (betreffende Seite)

Wolff, Reinmar

Erledigung im Mahnverfahren, in: NJW 2003, S. 553-559

zitiert: Wolff NJW 2003, S. 553 (betreffende Seite)

Zimmermann, Walter

Zivilprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 6. Auflage; Heidelberg 2002

zitiert: Zimmermann, § , Rn.

Zimmermann, Walter

ZPO-Fallrepetitorium, 4. Auflage; Heidelberg 2002

zitiert: Zimmermann, Fallrepetitorium, S.

Zöller, Richard (Hrsg.)

Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozeßrecht, Kostenanmerkungen – Kommentar, 22. Auflage; Köln 2001

zitiert: Zöller (22. Aufl.) – *Bearbeiter*, § , Rn.

Zöller, Richard (Hrsg.)

Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, Kostenanmerkungen – Kommentar, 24. Auflage; Köln 2004

zitiert: Zöller (24. Aufl.) – *Bearbeiter*, § , Rn.

Zöller, Richard (Hrsg.)

Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, Kostenanmerkungen – Kommentar; 25. Auflage; Köln 2005

zitiert: Zöller – Bearbeiter, § , Rn.

Hyperlink-Nachweis

Anders, Monika / Gehle, Burkhard

Nachträge zu Anders/Gehle, Das Assessorexamen im Zivilrecht – Februar 2005 (Stand: Juni 2005)

<http://www.ja-aktuell.de/ja/home.nsf/?OpenDatabase> (Link: Anders/Gehle – Nachträge – Nachträge zu Anders/ Gehle, Das Assessorexamen im Zivilrecht – Febr.2005)

zitiert: Anders/Gehle, online-Aktualisierung, Rn.

Bundesrechtsanwaltskammer (Hrsg.)

Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer – Änderungsvorschläge zum Zivilprozessreformgesetz, erarbeitet von dem ZPO/GVG-Ausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, April 2003

http://www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/aenderungsvorschl_zporeformgesetz.pdf

zitiert: Stellungnahme der BRAK, S.

Elzer, Oliver

§ 6 Erledigung, 6. Auflage (Stand: Januar 2005)

<http://www.oliverelzer.de/private/6a.pdf>

zitiert: Elzer, online-Skript Erledigung, Rn.

Elzer, Oliver

Probleme der Klagerücknahme – eine erste Übersicht, (Stand: Januar 2005)

<http://www.oliverelzer.de/private/31a.pdf>

zitiert: Elzer, online-Skript Klagerücknahme, S.

Gehrlein, Markus

Intensivkurs zur ZPO

http://www.jura.uni-mannheim.de/pdf/Intensivkurs_zpo.pdf

zitiert: Gehrlein, online-Skript Intensivkurs, S.

Statistisches Bundesamt (Hrsg.)

Ausgewählte Zahlen für die Rechtspflege 2004 – Fachserie 10 / Reihe 1
(Rechtspflege), erschienen am 20. April 2005

<http://www->

[ec.destatis.de/csp/shop/sfg/bpm.html.cms.cBroker.cls?cmspath=struktur,vollanzeige.csp&ID=1016154](http://www-ec.destatis.de/csp/shop/sfg/bpm.html.cms.cBroker.cls?cmspath=struktur,vollanzeige.csp&ID=1016154)

zitiert: Stat. Bundesamt, Ausgewählte Zahlen 2004, Tabelle (betreffende Nummer)