

# **Rechtsprechung und Aufsätze zum Zivilprozeßrecht**

**1997**

**Dr. Rainer Oberheim**

## Reform des Zivilprozesses

*Aufsätze von Boysen in ZRP 1996, 291 und Bartels in ZRP 1996, 297*

Die Verfasser befassen sich mit dem von der Arbeitsgruppe der Justizminister konferenz erarbeiteten Entwurf zum 2. Entlastungsgesetz für die Zivilgerichtsbarkeit und äußern hieran Kritik. Ob die hier propagierten Vorschläge, die aus der Sicht der Praxis sinnvoll sein mögen, Aussicht auf Berücksichtigung im Gesetzgebungsverfahren haben, erscheint indes eher fraglich.

## Widerruf von Prozeßhandlungen

*OLG Hamm JurBüro 1996, 85*

*Lehrbuch § 1, Rdnr. 13, 20*

Seit einer Gesetzesänderung zum 1.4.1991 kann die Erklärung der Erledigung auch schriftlich erfolgen (§ 91a I 1 ZPO). Haben dies beide Parteien getan, so sind die Wirkungen der übereinstimmenden Erledigungserklärung bereits eingetreten (Lehrbuch § 29, Rdnr. 6, 15), es handelt sich um Bewirkungshandlungen, die nicht mehr widerrufen werden können. Den von den Prozeßbevollmächtigten in der nachfolgenden mündlichen Verhandlung abgegebenen Erklärungen hierzu kommt nur noch deklaratorische Bedeutung zu.

## Heilung von Zustellungsmängeln

*OLG Braunschweig NJW-RR 1996, 380*

*Lehrbuch § 1, Rdnr. 22 - § 6 Rdnr. 13*

Zustellungsmängel werden grundsätzlich dadurch geheilt, daß das zuzustellende Schriftstück dem Zustellungsempfänger -wie auch immer- tatsächlich zugeht (§ 187 ZPO). Dies gilt nach der vorliegenden (mit der h. M. übereinstimmenden) Entscheidung sogar dann, wenn der zustellungsbevollmächtigte Rechtsanwalt (§ 176 ZPO) von der Partei, an die fehlerhaft selbst zugestellt worden war, nicht das Original, sondern nur eine Fotokopie des Schriftstücks erhält, weil der Zweck der Zustellung (Kenntnisverschaffung) auch so erreicht werde.

## Grundsatz der Mündlichkeit

*BAG NZA 1996, 838*

*Lehrbuch § 1, Rdnr. 33*

Das LAG hatte in der mündlichen Verhandlung den Sach- und Streitstand mit den Parteien erörtert und Termin zur Verkündung einer Entscheidung bestimmt. Bei Vorbereitung dieser Entscheidung bemerkte das Gericht, daß eine einschlägige Rechtsnorm bislang von allen Beteiligten übersehen worden war. Es schrieb die Parteien daraufhin an, wies auf die Norm hin und gab Gelegenheit, hierzu schriftlich vorzutragen; der Verkündungstermin wurde dazu verlegt. Das BAG hat zu Recht festgestellt, daß diese Verfahrensweise prozeßordnungswidrig war. Das LAG hätte die bereits geschlossene mündliche Verhandlung wiedereröffnen müssen (§ 156 ZPO), damit über den Hinweis mündlich verhandelt werden konnte. Der Grundsatz der Mündlichkeit der Verhand-

lung (§ 128 I ZPO) bedeutet nicht nur, daß das Gericht ohne mündliche Verhandlung grundsätzlich keine Entscheidung erlassen darf, sondern auch, daß Entscheidungsgrundlage nur der Prozeßstoff sein darf, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung war. Eine Ausnahme (z.B. die Einwilligung der Parteien in ein schriftliches Verfahren, § 128 II ZPO) lag nicht vor.

## Medienöffentlichkeit der Verhandlung

*BVerfG NJW 1996, 581*

Lehrbuch § 1, Rdnr. 36

*Anmerkung von Huff in NJW 1996, 571*  
*Aufsatz von Knothe/Wanckel in ZRP 1996, 106*  
*Aufsatz von Enders in NJW 1996, 2712*  
*Aufsatz von Hofmann in ZRP 1996, 399*

Gerichtsverhandlungen sind nach § 169 GVG grundsätzlich öffentlich. Gemeint ist damit das Recht einer jeden Person, in der Verhandlung als Zuhörer anwesend zu sein. Eine „Medienöffentlichkeit“ jedoch besteht nicht, § 169 S.2 GVG verbietet Ton- und Filmaufnahmen ausdrücklich.

Insbesondere das Fernsehen versucht in den letzten Jahren zunehmend, dieses Verbot auszuhebeln und ein „court-tv“ nach amerikanischem Vorbild zu etablieren. Die wichtigsten Schritte in diese Richtung seit 1993 zeigt Huff auf. Gegenstand der Entscheidung des BVerfG war eine Verfassungsbeschwerde des Fernsehsenders n-tv, der die Hauptverhandlung live oder zeitversetzt übertragen wollte, hilfsweise jedenfalls Anklageverlesung, Plädoyers und/oder Urteilsverkündung. Begründet wurde der Antrag vornehmlich mit der Pressefreiheit aus Art. 5 I GG. Eine Kammer des BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde nicht als offensichtlich unbegründet angesehen, den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung jedoch mit umfangreicher Begründung zurückgewiesen. Dabei hält das Gericht (wenn auch nach der Kritik von Huff mit unvollständiger Begründung) am Verbot der Filmaufnahmen grundsätzlich fest.

Auch der Aufsatz „Angeklagt vor laufender Kamera“ befaßt sich primär mit den Problemen der Fernsehberichterstattung aus Strafverfahren. Die Verfasser setzen sich für eine differenzierte Ausgestaltung der Gerichtsberichterstattung ein und wollen diese im Medienrecht festschreiben.

Enders kommt in seiner verfassungsrechtlichen Untersuchung zu dem Ergebnis, ein Verstoß gegen die Rundfunkfreiheit liege nicht vor. Er bestätigt damit insbesondere die Entscheidungen des BVerfG zu der Versagung von Bild- und Tonaufnahmen im Strafverfahren gegen die Führungsriege der ehemaligen DDR außerhalb der mündlichen Verhandlung (einstweilige Anordnung NJW 1992, 3288; Hauptsacheentscheidung NJW 1995, 184) und während der mündlichen Verhandlung (einstweilige Anordnung NJW 1996, 581).

Hofmann beschäftigt sich in seinem Aufsatz („Der Sonderweg des BVerfG bei der Fernsehübertragung von Gerichtsverhandlungen“) mit möglichen rechtspolitischen Auswirkungen der Entscheidung des BVerfG vom 17.7.1995, § 169 S. 2 GVG für die eigenen mündlichen Verhandlungen abzubedingen und im Einzelfall auch Rundfunk- und Fernsehübertragungen zuzulassen.

## Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme

*BGH NJW-RR 1996, 983*

*Lehrbuch § 1, Rdnr. 38 - § 7, Rdnr. 22*

Gemäß § 355 ZPO ist die Beweisaufnahme vom Prozeßgericht selbst durchzuführen, so daß die entscheidenden Richter einen eigenen, unmittelbaren Eindruck von der Beweisaufnahme gewinnen können. Nur ausnahmsweise kann die Beweisaufnahme einem beauftragten oder ersuchten (Einzel-)Richter überlassen werden. In diesen Fällen darf das Prozeßgericht (die Kammer) der Beweiswürdigung nur diejenigen Umstände berücksichtigen, die der beweiserhebende Richter im Protokoll festgehalten hat.

## Verbot von Überraschungsentscheidungen

*BVerfG NJW-RR 1996, 253*

*Lehrbuch § 1, Rdnr. 42, § 6, Rdnr. 23*

Art. 103 I GG räumt den Parteien das Recht ein, auf eine zu treffende Entscheidung durch eigenen Vortrag Einfluß nehmen zu können; dies beinhaltet im Zivilprozeß nicht nur die Befugnis zum Vortrag von Tatsachen, sondern auch von Rechtsausführungen. Art. 103 I GG und der ihn konkretisierende § 278 III ZPO gebieten es dabei nicht, daß das Gericht vor der Entscheidung den Parteien seine Rechtsauffassung offenbart, doch darf auch keine Überraschungsentscheidung ergehen. Das Gericht darf deshalb nicht ohne vorherigen Hinweis auf rechtliche Gesichtspunkte abstellen, mit denen auch ein kundiger und gewissenhafter Prozeßbeteiligter nach dem bisherigen Prozeßverlauf selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte.

Im vorliegenden Fall hatte das LG der Klage aus PFV eines Werkvertrages stattgegeben; das OLG hatte die Klage in entsprechender Anwendung der §§ 377 ff. HGB abgewiesen. Das BVerfG stellt fest, daß die analoge Anwendung dieser Normen unter Zugrundelegung einschlägiger Rechtsprechung und Lehre eher fern lag, so daß das OLG vor seiner hierauf gestützten Entscheidung -zumindest in der mündlichen Verhandlung- Gelegenheit zur Stellungnahme hätte geben müssen.

## Treu und Glauben im Prozeß

*LG Bautzen VersR 1996, 366*

*Lehrbuch § 2, Rdnr. 5*

§ 242 BGB enthält einen allgemeinen Grundsatz, der in allen Teilbereichen unserer Rechtsordnung zumindest entsprechend gilt. Auch in einem Zivilprozeß, in dem die Partei um ihr Recht „kämpft“ muß sie sich redlich und den Geboten von Treu und Glauben gemäß verhalten. Vorliegend hatte es die Versicherung vorprozessual abgelehnt, eine Autopsie an einem Verstorbenen durchführen zu lassen, um dessen Todesursache zu klären. In einem nachfolgenden Prozeß auf Leistungen aus der Unfallversicherung in Anspruch genommen, bestritt sie, daß der Tod unfallbedingt eingetreten sei, was sich jetzt jedoch nicht mehr klären ließ. Hierin ist nach Auffassung des LG ein nach § 242 BGB unzulässiges widersprüchliches Verhalten zu sehen.

## Fehlerhafte Klagezustellung

*OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 892*

*Lehrbuch § 2, Rdnr. 8*

Voraussetzung für das wirksame Zustandekommen eines Prozeßrechtsverhältnisses ist, daß der Kläger in der Klageschrift den Beklagten individualisierbar bezeichnet und diesem die Klageschrift auch zugestellt wird. Erfolgt die Zustellung an eine in der Klageschrift nicht bezeichnete Person, sind weder die bezeichnete Person noch der Zustellungsempfänger „Beklagter“ geworden. Der Zustellungsempfänger kann dann jedoch vom Kläger Ersatz der ihm durch die Zustellung entstandenen Kosten, z. B. durch Beauftragung eines Rechtsanwalts, verlangen.

Im vorliegenden Fall hat das OLG einen solchen Kostenerstattungsanspruch allerdings abgelehnt. In der Klage war der jemand fälschlich als Geschäftsführer der beklagten GmbH benannt und als solcher geladen worden. Er hatte sich einen Anwalt genommen, der den Irrtum klarstellte, woraufhin er aus dem Prozeß entlassen wurde. Das OLG war hier der Ansicht, der Beklagte habe sich schon nach den Angaben in der Klageschrift (formeller Parteibegriff) nicht als Beklagten ansehen und können, so daß es der Beauftragung eines Rechtsanwalts nicht bedurft hätte.

## Nichtexistenz der Partei

*OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1213*

*Lehrbuch § 2, Rdnr. 11 - § 10, Rdnr. 64*

Die Existenz der Partei ist zwar keine eigenständige Zulässigkeitsvoraussetzungen, doch ist klar, daß die Klage von einer oder gegen eine nicht existierende Partei unzulässig ist. Hieran hält auch das OLG Frankfurt fest. Eine angeblich auf der Isle of Man ansässige Gesellschaft britischen Rechts hatte Klage erhoben, ihre Existenz im Prozeß auf eine Rüge der Beklagten hin aber nicht nachgewiesen. Das LG hatte die Klage abgewiesen. Existiert die Klägerpartei nicht, so ist fraglich, wem die Kosten auferlegt werden können. Die h. M., der das OLG vorliegend folgt, wendet hier das Veranlasserprinzip an, so daß die Kosten der Person auferlegt werden, die für oder anstelle der nicht existierenden Partei gehandelt hat. Dies kann der Rechtsanwalt der Partei jedoch zumindest dann nicht sein, wenn er das Mandat gutgläubig wahrgenommen hat. Wer vorliegend als Veranlasser hinter dem Entschluß zur Klageerhebung stand, hat nun das LG zu klären, an das das OLG die Sache insoweit zurückverwiesen hat.

## Parteifähigkeit einer im Handelsregister gelöschten GmbH

*OLG Oldenburg NJW-RR 1996, 160*

*Lehrbuch § 2, Rdnr. 12*

*OLG Hamm NJW-RR 1996, 1375*

Nach der Löschung im Handelsregister ist die juristische Person grundsätzlich nicht mehr rechts- und damit auch nicht mehr parteifähig. Sie existiert jedoch fort, solange sie noch Vermögen hat oder sonstiger Abwicklungsbedarf besteht. Ist die juristische Person im Prozeß Kläger, so behauptet sie eigene (Leistungs- oder Kosten-)Ansprüche gegen den Beklagten, deren Bestehen erst im Rahmen der Begründetheit der Klage geprüft und für die Zulässigkeit unterstellt wird. Etwas anderes gilt nach der vorliegenden Entscheidung des OLG Oldenburg für die Einlegung eines Rechtsmittels: Ist

die GmbH nach erfolgter Abwicklung im Handelsregister gelöscht und Vermögen nicht mehr vorhanden, so kann die GmbH gegen ein sie beschwerendes Urteil Berufung nicht mehr einlegen.

Im Fall des OLG Hamm hatte die GmbH eine Sache geleast und zugunsten des Leasinggebers versichert. Ansprüche aus dieser Versicherung kann sie auch nach ihrer Handelsregisterlöschung noch als Prozeßstandschafterin geltend machen.

## Prozeßführungsbefugnis

*Aufsatz von Backmann und Zender in JuS 1996, 1084*

*Lehrbuch § 2, Rdnr. 20 ff.*

Die Prozeßführungsbefugnis ist die Berechtigung der Parteien, über das geltend gemachte Recht im eigenen Namen zu streiten. Diese Frage spielt im Zivilprozeß immer wieder eine große Rolle und wirft dann oft schwierige Fragen auf. Diese sind Gegenstand der vorliegenden Abhandlung („Die Prozeßführungsbefugnis in der zivilrechtlichen Arbeit“). Insbesondere wird eine Abgrenzung zur Aktiv- bzw. Passivlegitimation vorgenommen und es werden die wichtigsten Fälle der gewillkürten und gesetzlichen Prozeßstandschaft, d. h. der Befugnis, ausnahmsweise auch über ein fremdes Recht im eigenen Namen zu streiten, dargestellt. Uneingeschränkt empfehlenswert.

## Gewillkürte Prozeßstandschaft

*KG FamRZ 1996, 37*

*Lehrbuch § 2, Rdnr. 22*

*OLG Braunschweig FamRZ 1996, 38*

*OLG Hamm VersR 1996, 254 und NJW-RR 1996, 1375*

*BGH NJW-RR 1996, 1345*

Prozeßführungsbefugt ist grundsätzlich nur, wer einen eigenen Anspruch im eigenen Namen geltend macht. Die Geltendmachung eines fremden Anspruchs ist ausnahmsweise möglich, wenn der Prozeßführer vom Rechtsinhaber im Rahmen einer gewillkürten Prozeßstandschaft hierzu ermächtigt wurde (§ 185 BGB) und er an der Prozeßführung ein eigenes, rechtlich geschütztes Interesse hat.

Nach den vorliegenden Entscheidungen des BGH, des KG und des OLG Braunschweig liegen diese Voraussetzungen nicht vor, wenn das Sozialamt einem Unterhaltsberechtigten Sozialhilfe gewährt und dafür dessen Unterhaltsansprüche gegen einen Dritten auf sich überleitet (§§ 90, 91 BSHG). Rechtsinhaber ist dann infolge der *cessio legis* das Sozialamt, der Unterhaltsberechtigte ist auch als Prozeßstandschafter nicht mehr selbst klagebefugt. Durch die Neufassung des §§ 90, 91 BSHG habe der Gesetzgeber dem Unterhaltsgläubiger die Durchsetzung seiner Ansprüche erleichtern wollen und klargestellt, daß der Träger der Sozialhilfe diese Ansprüche -soweit sie auf ihn übergegangen seien- selbst durchsetzen müsse. Hiermit sei eine (Rück-)Ermächtigung des Gläubigers zur Durchsetzung seiner Ansprüche im Wege der gewillkürten Prozeßstandschaft nicht vereinbar.

Wird eine Sache geleast, so bleibt der Leasinggeber Eigentümer. Vertraglich ist der Leasingnehmer regelmäßig verpflichtet, die Sache zugunsten des Leasinggebers zu versichern. Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag stehen damit regelmäßig dem Leasinggeber zu, können jedoch im Rahmen einer gewillkürten Prozeßstandschaft vom Leasingnehmer im eigenen Namen klageweise geltend gemacht werden. Dies gilt

nach der Entscheidung des OLG Hamm auch dann noch, wenn Leasingnehmer eine GmbH ist, die bereits im Handelsregister gelöscht wurde.

## Lokalisationsprinzip für Rechtsanwälte

*BVerfG NJW 1996, 1883*

Lehrbuch § 2, Rdnr. 24

*Aufsatz von Kleine-Cosack in NJW 1996, 1872*

Nach geltendem Recht müssen die Parteien sich im Anwaltsprozeß (d.h. vor dem Landgericht und allen höheren Gerichten) durch einen bei dem entsprechenden Gericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen. Durch das Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der Rechtsanwälte soll die Notwendigkeit für Rechtsanwälte, sich bei einem Gericht zuzulassen und nur hier auftreten zu können, entfallen. Diese Regelung soll für die alten Bundesländer zum 1.1.2000, für die neuen Bundesländer zum 1.1.2005 in Kraft treten (vgl. ErgBl. 203 im weißen Ordner). Das BVerfG hatte schon im letzten Jahr die Geltung des § 78 I 2 ZPO für die neuen Bundesländer einstweilen ausgesetzt (vgl. RechtsprechungsInfo 1995) und nun endgültig entschieden, daß in den neuen Bundesländern Rechtsanwälte weiterhin vor allen Amts- und Landgerichten auftreten können. Kleine-Cosack sieht in dieser Entscheidung seine seit Jahren geäußerte verfassungsrechtliche Kritik an der Zulassungsregelung bestätigt und sieht insgesamt das „Lokalisationsprinzip vor dem Aus“.

## Gerichtsstand des Sachzusammenhangs

*BayObLG NJW-RR 1996, 508*

Lehrbuch § 3, Rdnr. 21 \* § 17, Rdnr. 11

*OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1341*

Nach früher ganz h.M. gilt für die besonderen Gerichtsstände das Trennungsprinzip, d. h., im deliktischen Gerichtsstand des § 32 ZPO können vertragliche Ansprüche nicht geltend gemacht werden. Diese h.M. ist mit der Änderung des § 17 II GVG im Jahr 1991 ins Wanken geraten: Da nach dieser Vorschrift sogar das Gericht eines anderen Gerichtsbarkeitszweigs verpflichtet ist, den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, muß erst recht ein im besonderen Gerichtsstand angerufenes Zivilgericht zur Prüfung aller zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen berechtigt sein.

Dieser Auffassung folgt das BayObLG. Der Kläger ist der Ansicht, er sei Opfer eines Anlagebetruges geworden und verlangt Schadensersatz von mehreren, in unterschiedlichen bayerischen Gerichtsbezirken wohnenden Beklagten. Er hat deswegen beim BayObLG die Bestimmung eines zuständigen Gerichts nach § 36 Nr. 3 ZPO beantragt. Dies hat das BayObLG abgelehnt, weil mit § 32 ZPO bereits gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand gegeben sei. Hierin können nicht nur deliktische Ansprüche verfolgt werden (im vorliegenden Fall §§ 823 I, II BGB i.V.m. § 263 StGB, § 826 BGB), sondern auch konkurrierende vertragliche Ansprüche (im vorliegenden Fall insbesondere solche aus c.i.c.).

Auch das OLG Frankfurt hat sich dieser Auffassung angeschlossen. Das für den Wohnort des Beklagten zuständige LG Würzburg hatte den vorliegenden Rechtsstreit gemäß § 281 ZPO an das LG Darmstadt verwiesen, weil mit der Klage Ansprüche aus einer dort begangenen deliktischen Handlung geltend gemacht wurden. Das LG Darm-

stadt wies die Klage bezüglich der deliktischen Ansprüche als unbegründet, bezüglich der übrigen Ansprüche mangels örtlicher Zuständigkeit als unzulässig ab. Dies führte auf eine Berufung der Klägerin hin zur Zurückverweisung an das LG Darmstadt, das nun auch das Bestehen anderer als deliktischer Ansprüche zu prüfen hat.

## Klage auf künftige Leistung

*BGH MDR 1996, 1232*

*Lehrbuch § 4, Rdnr. 9*

Regelmäßig ist Voraussetzung für die klageweise Geltendmachung eines Anspruchs, daß dieser bereits fällig ist, so daß eine Verurteilung zu (unausgesprochen) „sofortiger“ Leistung erfolgt. Ausnahmsweise und unter den Voraussetzungen der §§ 257 ff. ZPO kann auch ein noch nicht fälliger Anspruch eingeklagt werden.

Im vorliegenden Fall verlangte die Bundesrepublik von einer Gemeinde Entschädigung für die Nutzung eines dem Bund gehörenden Hafens. Das OLG hatte die Klage für die Zukunft als unzulässig abgewiesen, weil die Nutzungsentschädigung ähnlich wie Miete oder Pacht von einer Gegenleistung abhängig sei und so die Voraussetzungen des § 258 ZPO nicht vorlägen. Der BGH hat dagegen die Zulässigkeit der Klage sowohl aus § 258 ZPO als auch aus § 259 ZPO bejaht. Der Anspruch des Bundes ergebe sich nicht aus Vertrag, sondern aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis (Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, ungerechtfertigte Bereicherung), begründe keinen Anspruch der beklagten Gemeinde auf Überlassung und stehe damit nicht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis; auf solche Ansprüche sei § 258 ZPO anwendbar. Zudem seien die Voraussetzungen des § 259 ZPO erfüllt, da die Beklagte den geltend gemachten Anspruch ernstlich bestreite; nicht erforderlich sei die Befürchtung, die Schuldnerin werde sich auch nach einer Verurteilung rechtzeitiger Leistung entziehen.

## Feststellung eines Rechtsverhältnisses

*BGH NJW-RR 1996, 869*

*Lehrbuch § 4, Rdnr. 12*

Kläger und Beklagter hatten ein Grundstück gekauft, das sie gemeinsam bebauen und dann nach dem WEG teilen wollten. Bevor es dazu kam, verkaufte der Beklagte seinen Anteil an einen Dritten. Der Kläger verlangt vom Beklagten Feststellung, daß dessen Kaufvertrag mit dem Dritten unwirksam sei. Gemäß § 256 ZPO kann auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses geklagt werden. Dieses Rechtsverhältnis muß grundsätzlich zwischen Kläger und Beklagtem bestehen; ein sog. „Drittverhältnis“ reicht dann aus, wenn es zumindest mittelbar auch für die Rechtsbeziehungen der Parteien untereinander von Bedeutung ist und der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Klärung hat. Dies hat der BGH hier bejaht.



## Rechtliches Interesse für die Feststellungsklage

*OLG Hamm NJW-RR 1996, 1338*

*Lehrbuch § 4, Rdnr.12*

Anders als bei der Leistungsklage muß bei der Feststellungsklage das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses stets positiv festgestellt werden. Es liegt vor, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung hat (§ 256 I ZPO). Bei Prüfung dieses rechtlichen Interesses sind grundsätzlich keine engen Maßstäbe anzulegen, so daß das OLG hier einen Streit der Parteien über die Höhe einer Forderung zu Recht grundsätzlich hat ausreichen lassen. Das gilt jedoch nicht, wenn die Forderung gar nicht mehr durchsetzbar ist. Im vorliegenden Fall wollte ein Unternehmer festgestellt haben, daß sein Subunternehmer verpflichtet sei, ihn von Gewährleistungsansprüchen seines Auftraggebers freizustellen, unstrittig jedoch waren die Gewährleistungsfristen bereits abgelaufen, ohne daß Ansprüche des Auftraggebers geltend gemacht worden wären.

## Subsidiarität der Feststellungs- gegenüber der Leistungsklage

*BGH NJW 1996, 2725*

*Lehrbuch § 4, Rdnr. 12*

Das Grundstück der Klägerin ist mit strahlendem Abfall verseucht, der von der Beklagten stammt. Die Klägerin klagt auf Feststellung, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihr sämtliche hieraus entstandenen und noch entstehenden Schäden zu ersetzen. Das OLG hat die Feststellungsklage für unzulässig gehalten: Das Rechtsschutzbedürfnis fehle, weil dem Kläger eine Leistungsklage (auf Freistellung von möglichen Inanspruchnahmen wegen des Materials) gleichermaßen möglich wäre. Der BGH hat klargestellt, daß die Feststellungsklage nicht immer subsidiär ist, sondern nur, wenn mit der Leistungsklage ein weitergehendes Prozeßziel (vollstreckbarer Titel) erreicht werden kann. Hier wäre zwar eine Freistellungsklage möglich gewesen, mit dieser hätten aber weder die Ansprüche Dritter, von denen eine Freistellung zu erfolgen hätte, noch die zur Schadensbeseitigung erforderlichen Maßnahmen mit der für eine Zwangsvollstreckung erforderlichen Bestimmtheit angegeben werden können, so daß auch durch die Freistellungsklage ein vollstreckbarer Titel nicht erreichbar gewesen wäre.

## Anderweitige Rechtshängigkeit in verschiedenen Gerichtsbarkeiten

*VGH Mannheim NJW 1996, 1298*

*Lehrbuch § 4, Rdnr. 12, 38*

Ist der Streitgegenstand bereits rechtshängig, kann er nicht nochmals anderweitig zum Gegenstand eines Prozesses gemacht werden. Der Kläger hatte vor dem LG von seinem Nachbarn Verkleinerung eines von diesem errichteten Gebäudes verlangt, weil dieser einem früher geschlossenen verwaltungsgerichtlichen Vergleich über die Bebaubarkeit des Grundstücks widerspreche. Das LG hatte diesen Prozeß ausgesetzt, der Beklagte erhob vor dem Verwaltungsgericht Klage gegen den Kläger auf Feststellung, daß sich der Vergleich nicht auf das konkrete Gebäude beziehe. Der VGH hat diese Klage als unzulässig abgewiesen, weil der Verwaltungsrechtsweg für den Rechtsstreit nicht gegeben sei; der Vergleich sei privatrechtlicher Natur. Die in diesem Fall nach §

17 GVG normalerweise gebotene Verweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit komme vorliegend nicht in Betracht, da der Streitgegenstand mit der Leistungsklage vor dem LG dort bereits rechtshängig sei. Dies könne das Verwaltungsgericht -anders als sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen, die allein vom zuständigen Gericht zu prüfen seien- auch abschließend feststellen, wie sich aus § 17 I 2 GVG ergebe.

## Darlegungs- und Beweislast

*BGH NJW-RR 1996, 1212*

*Lehrbuch § 4, Rdnr. 16 f., 24 ff.*

Der Vortrag einer Partei ist ausreichend substantiiert, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einer Rechtsnorm geeignet sind, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen; unsubstantiiert ist ein Vorbringen nur, wenn das Gericht aufgrund dieser Darstellung nicht beurteilen kann, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der an die Behauptung geknüpften Rechtsfolge erfüllt sind. Dann ist eine Beweisaufnahme über die Behauptung nicht möglich. Im vorliegenden Fall hatte die Klägerin, die einen Verzugsschaden geltend machte, vorgetragen, mit ihrem Kunden einen bestimmten Liefertermin vereinbart zu haben. Das OLG hat diese Behauptung für unsubstantiiert gehalten, weil nicht vorgetragen worden sei, wann es zu dieser Vereinbarung gekommen sein solle. Nach Auffassung des BGH handelt es sich bei dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses um eine Einzelheit („Modalität“), die für die Bejahung der Rechtsfolge und damit für die Schlüssigkeit ohne Bedeutung ist.

## Ladungsfähige Anschrift des Klägers

*BVerfG NJW 1996, 1272*

*Lehrbuch § 4, Rdnr. 19*

*Aufsatz von Christmann in DGVZ 1996, 81*

Gemäß § 253 II Nr. 1 ZPO bedarf eine ordnungsgemäße Klage einer Bezeichnung der Parteien. In der Praxis wird dabei -über den Gesetzeswortlaut auch des § 130 Nr. 1 ZPO hinaus- regelmäßig die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift gefordert.

Soweit der Kläger gezwungen wird, seine eigene Anschrift anzugeben, soll damit u.a. die Durchsetzung etwaiger Kostenerstattungsansprüche des obsiegenden Beklagten sichergestellt werden. Kann dieses Risiko durch eine Sicherheitsleistung nach § 110 ZPO nicht abgedeckt werden, ist die Klage ohne Angabe der Anschrift unzulässig. Diese Auffassung ist vom BVerfG ausdrücklich gebilligt worden.

Grundsätzlich muß der Kläger auch Namen und Anschrift des Beklagten angeben. Die im Aufsatz von Christmann (Klage gegen Unbekannt“) dargestellte Rechtsprechung läßt hiervon Ausnahmen nur zu, wenn der Beklagte auch anders eindeutig individualisiert werden kann und eindeutig feststeht, wer Partei werden soll und wer nicht. Insbesondere in Prozessen auf Räumung von Wohnraum gegen unbekanntes Hausbesetzer ist dies regelmäßig nicht möglich, so daß der Kläger insoweit auf ein polizeiliches Eingreifen -sei es zur Feststellung der Personalien, sei es zur Räumung- angewiesen ist.

## Ordnungsgemäße Klageerhebung; Substantiierung der Klagebegründung bei Bezugnahme

*OLG Hamm NJW-RR 1996, 593*

*BGH NJW 1996, 1351*

*BAG NZA 1996, 266*

*Lehrbuch § 4, Rdnr. 22*

Ordnungsgemäß erhoben ist eine Klage nur, wenn die Klageschrift den formellen Anforderungen des § 253 II ZPO entspricht. Gemäß § 253 II Nr. 2 ZPO hat die Klageschrift die Angabe eines bestimmten Klagegegenstands und Klagegrunds zu enthalten, wobei weder ein schlüssiger noch ein substantiiertes Vortrag erforderlich ist, die Angabe von (irgendwelchen) Tatsachen, die einen Anspruch ergeben könnten bereits ausreicht. Inwieweit dabei zur Begründung ganz oder überwiegend auf andere Schriftstücke Bezug genommen werden kann, läßt sich pauschal nicht abschließend sagen (*dazu Fischer, Bezugnahmen in Tatbeständen und Schriftsätzen im Zivilprozeß, JuS 1995, 535, 623 m.w.Nw.*).

Für nicht ausreichend hat es das OLG Hamm gehalten, daß die Klagebegründung ausschließlich in der Bezugnahme auf Ausführungen eines beigelegten Gutachtens und eine Vielzahl von ebenfalls zu den Akten gereichten Unterlagen bestand.

Im Fall des BGH hatte der Kläger durch einen beim LG nicht zugelassenen Rechtsanwalt einen Prozeßkostenhilfeantrag gestellt und zur Begründung einen Klageentwurf beigelegt. Das LG gewährte PKH und ordnete dem Kläger einen zugelassenen Rechtsanwalt bei. Dieser kündigte in einem einfachen Schriftsatz lediglich mit, er werde den Antrag aus dem Klageentwurf stellen. Der BGH ist nun der Ansicht, eine ordnungsgemäße Klageerhebung durch den zugelassenen Rechtsanwalt sei durch Bezugnahme auf den von einem nicht postulationsfähigen Rechtsanwalt gefertigten Klageentwurf nicht möglich. Durch die Antragstellung in der mündlichen Verhandlung habe sich der Anwalt dann jedoch den Entwurfsinhalt zulässigerweise zu eigen gemacht; förmliche Mängel dieser Form der Klage seien durch rügelose Einlassung des Beklagten (§ 295 ZPO) geheilt worden.

Kein Problem der Bezugnahme, sondern allein der Frage, wann die vorgetragenen Tatsachen hinreichend substantiiert sind, liegt der Entscheidung des BAG zugrunde. Wird ein Anspruch auf Zahlung von Dienstlohn eingeklagt, so bedarf es der Angabe des kalendermäßig bestimmten Zeitraums, für den Lohn verlangt wird, um ihn von anderen Lohnansprüchen abgrenzen und den Umfang der Rechtskraft des Urteils (§ 322 ZPO) feststellen zu können.

## Klageantrag und Urteilsformel bei Zahlungsklagen

*Aufsatz von Schroer in JA 1996, 407*

*Lehrbuch § 4, Rdnr. 23 \* § 10, Rdnr. 25*

Grundfragen und Problemfälle bei der Formulierung des Urteilstenors und des mit ihm korrespondierenden Klageantrags in den Fällen einer Zahlungsklage sind Gegenstand der vorliegenden Abhandlung, die die in diesem Zusammenhang möglichen Fallgestaltungen aber nur unvollständig und unsystematisch darstellt, so daß sich eine Lektüre nur bedingt lohnt.

## Anforderungen an eine Unterschrift

BGH NJW 1996, 997

Lehrbuch § 4, Rdnr. 24

BAG NJW 1996, 3164

Viele Prozeßhandlungen bedürfen der Schriftform und damit der eigenhändigen Unterschrift einer postulationsfähigen Person (§§ 126 I BGB, 129 I 130 Nr. 6 ZPO). Erforderlich soll hier ein erkennbar aus Buchstaben bestehendes Gebilde sein, wobei Lesbarkeit genauso wenig verlangt wird wie Vollständigkeit oder Deutlichkeit. Keine Unterschrift stellen bloße Striche, Kreise, Haken, "gekrümmte Linien", Faksimilestempel oder Fotokopien dar, auch bloße „Paraphen“ (= Handzeichen oder Namensabkürzungen) reichen nicht aus. Letzteres wiederholt die vorliegende Entscheidung des BAG.

Im BGH-Fall war Berufung von der (beim OLG zugelassenen) Rechtsanwältin B. W.-S. eingelegt worden, die zusammen mit ihrem (beim LG zugelassenen Ehemann R. S. gemeinsam eine Kanzlei betreibt. Die Berufungseinlegung auf einem Briefbogen der Kanzlei war nur mit S. unterschrieben. Das OLG hat die Berufung mangels eindeutig der zugelassenen Anwältin zuordenbarer Unterschrift als unzulässig verworfen. Der BGH hat diese Entscheidung aufgehoben und zurückverwiesen, weil eine Unterschrift nicht aus dem kompletten (Vor- und allen Zu-)Namen erfolgen müsse; erforderlich und ausreichend sei ein die Identität des Unterzeichnenden ausreichend kennzeichnender individueller Schriftzug vorliege. Dies sei vorliegend der Fall: Daß die Unterschrift nicht dem Ehemann zuzuordnen sei, habe durch einen Vergleichs mit den in der Akte befindlichen Unterschriften des Ehemanns festgestellt werden können, so daß allein die auf dem Briefkopf ausgewiesene Ehefrau als Unterzeichnende in Betracht komme.

## Prozeßrechtliche Probleme bei der Verwendung von Telefax

Aufsatz von Pape/Notthoff in NJW 1996, 417

Lehrbuch § 4, Rdnr. 24

Die Übersendung schriftlicher Erklärungen per Telefax ist aus der juristischen Praxis nicht mehr wegzudenken. In den vergangenen Jahren hat es hierzu eine Vielzahl von Entscheidungen und Literaturveröffentlichungen gegeben, trotzdem sind Einzelfragen nach wie vor kontrovers. Gegenstand der vorliegenden Abhandlung sind alle im Zusammenhang mit der Verwendung von Telefax auftretenden Probleme, so z.B. die grundsätzliche Zulässigkeit gefaxter Schriftsätze und deren formelle Voraussetzungen, die Notwendigkeit der Nachreichung des Originals, der Zugang und dessen Beweis, die Fristwahrung und die Möglichkeiten der Wiedereinsetzung bei Fristversäumung.

## Verjährungsunterbrechung durch Klageeinreichung

OLG Düsseldorf MDR 1996, 1294

Lehrbuch § 4, Rdnr. 29

Gemäß § 209 BGB wird die Verjährung einer Forderung durch Klageerhebung unterbrochen. Erhoben ist die Klage nach §§ 261 I, 253 I ZPO grundsätzlich erst mit Zustellung an den Beklagten (= Rechtshängigkeit). Ausnahmsweise kann die Verjährungsunterbrechung jedoch bereits mit Eingang der Klage bei Gericht (= Anhängig-

keit) unterbrochen werden, wenn die Zustellung „demnächst“ erfolgt (§ 270 III ZPO). Was hierunter zu verstehen ist, ist Gegenstand der vorliegenden Entscheidung.

## **Primäraufrechnung und Geständnis**

*BGH NJW-RR 1996, 699*

*Lehrbuch § 5, Rdnr. 9*

Gesteht die Beklagte tatsächliches Vorbringen des Klägers zu, so stehen diese Tatsachen für die Entscheidung fest, ein späteres Bestreiten der Tatsachen ist nur noch ausnahmsweise möglich (§§ 288, 290 ZPO).

Im vorliegenden Fall verlangte der Kläger von der Beklagten Rückzahlung eines Darlehens. In erster Instanz verteidigte sich die Beklagte ausschließlich durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung (sog. Primäraufrechnung, Lehrbuch § 23, Rdnr. 16). Das LG hielt die Aufrechnung für unwirksam und gab der Klage statt. In der Berufungsinstanz bestritt die Beklagte erstmals, ein Darlehen erhalten zu haben. Der BGH ist der Auffassung, dieses Bestreiten sei unwirksam gewesen, da in der Primäraufrechnung in erster Instanz konkludent ein Geständnis zu sehen sei: Dadurch, daß die Beklagte sich ausschließlich mit der Aufrechnung verteidigt habe, habe sie unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht, daß der Vortrag des Klägers zum Entstehen des Darlehensrückzahlungsanspruchs zutreffe. Dieses Geständnis habe auch in zweiter Instanz nur unter den Voraussetzungen des § 290 ZPO widerrufen werden können (§ 532 ZPO; Lehrbuch § 30, Rdnr. 33), die indes nicht vorlagen.

## **Darlegung und Beweis von Negativtatsachen**

*BGH NJW-RR 1996, 1211*

*Lehrbuch § 5, Rdnr. 15*

Negativtatsachen (z. B. das Fehlen eines Rechtsgrundes nach § 812 I BGB) können grundsätzlich nicht behauptet oder bewiesen werden; der Kläger muß und darf sich hier darauf beschränken, darzutun, daß die Tatsache nicht vorliegt. Der Beklagte kann nicht bloß bestreiten, sondern muß das Vorliegen einer positiven Tatsache behaupten. Dann obliegt es dem Kläger, im Rahmen der bei ihm verbliebenen Beweislast das Nichtvorliegen dieser Tatsache zu beweisen. Ein weitergehender Beweis, daß alle anderen theoretisch denkbaren Tatsachen ebenfalls ausgeschlossen sind, kann nicht verlangt werden.

## **Darlegungs- und Beweislast bei Ansprüchen auf Unterlassung ehrenrühri-ger Behauptungen**

*OLG München NJW-RR 1996, 926*

*Lehrbuch § 5, Rdnr. 29 ff. - § 7, Rdnr. 53*

Beantragt der Gläubiger eine einstweilige Verfügung, mit der dem Schuldner untersagt werden soll, ehrenrühri-ge Behauptungen zu wiederholen, so muß er beweisen, daß die aufgestellten Behauptungen falsch sind. Die Beweisverteilung des § 186 StGB ist im Zivilprozeß nicht anwendbar.

## Zustellung an Rechtsanwalt

BGH NJW 1996, 3014

Lehrbuch § 6, Rdnr. 7, 9

Erfolgt die Zustellung an einen Rechtsanwalt, so muß die Übergabe nicht durch die Übergabeperson (Gerichtsvollzieher, Postbeamter) in Form einer Zustellungsurkunde beurkundet werden, vielmehr reicht es aus, daß der Anwalt den Empfang des Schriftstücks selbst in Form eines Empfangsbekennnisses beurkundet (§ 212a ZPO). Zugestellt ist in diesem Fall aber erst, wenn der Anwalt selbst das Schriftstück entgegengenommen hat, daß es von einem Mitarbeiter angenommen wurde oder bloß in seinen Herrschaftsbereich (Kanzlei) gelangt ist, reicht nicht aus. In der Regel wird dieser Zeitpunkt durch das Empfangsbekennnis bewiesen. Welche Voraussetzungen für einen Gegenbeweis vorliegen müssen, ist Gegenstand der vorliegenden Entscheidung.

## Zustellungsempfänger

OLG Stuttgart WRP 1996, 60

Lehrbuch § 6, Rdnr. 9

Hat die Partei einen Prozeßbevollmächtigten, so kann wirksam nur noch an diesen zugestellt werden (§ 176 ZPO), die Zustellung an die Partei selbst ist unwirksam. Im vorliegenden Fall war eine mittels Beschluß erlassene einstweilige Verfügung dem Antragsgegner persönlich zugestellt worden, obwohl dieser vorsorglich bereits vor dem Antrag auf Erlaß der einstweiligen Verfügung über einen Rechtsanwalt eine sog. „Schutzschrift“ eingereicht hatte [Lehrbuch § 12, Rdnr. 20]. Da der Antragsteller dies mangels Kenntnis in der Antragschrift nicht angegeben und das Gericht es übersehen hatte, soll die Zustellung nach der vorliegenden Entscheidung wirksam sein.

## Substantiierungspflicht der Parteien und richterliche Hinweispflicht nach § 139 ZPO

Aufsatz von Frohn in JuS 1996, 243

Lehrbuch § 6, Rdnr. 23 \* § 5, Rdnr. 16

Ausgehend von der -nicht der h.M. entsprechenden- These, im Zivilprozeß gehe es um die Ermittlung der materiellen Wahrheit, kommt der Verfasser zu dem Ergebnis, den Richter träfe aus § 139 ZPO die Pflicht, die Parteien zum Vortrag wahrheitsgemäßer Tatsachen zu veranlassen. Dargestellt werden Gegenstand und Folgen der Hinweispflicht, Anlaß und Form von Hinweisen und Schlußfolgerungen aus diesen Hinweisen für den Sachvortrag der Parteien, insbesondere dessen Substantiierung.

## Wahrung einer prozessualen Frist durch Eingang eines Schriftsatzes

BGH NJW-RR 1996, 443

Lehrbuch § 6, Rdnr. 30

Bei schriftlich vorzunehmenden Prozeßhandlungen wird eine Frist durch Eingang des Schriftsatzes bei Gericht gewahrt. Geht der Schriftsatz bei der gemeinsamen Briefeingangsstelle mehrerer Justizbehörden ein, so wird die Frist bereits hierdurch gewahrt, wenn der Schriftsatz an die richtige Behörde adressiert war; ist er falsch adressiert,

geht er bei dem richtigen Gericht erst ein, wenn er (nach Weiterleitung vom angegebenen Gericht) dort eingeht.

Im vorliegenden Fall hatten die Beklagten am 27.6.1994 ordnungsgemäß Berufung beim OLG eingelegt. Der Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist ging -an das LG adressiert- am 22.9.1994 (und damit noch innerhalb der wegen der Gerichtsferien erst am 28.9.1994 endenden Begründungsfrist) bei der gemeinsamen Briefeingangsstelle von LG und OLG ein. Er wurde zunächst an das LG weitergeleitet, dort verfügte der Vorsitzende der Zivilkammer die Weiterleitung an das OLG, wo er erst am 4.10.1994 einging. Als das OLG den Beklagten mitteilte, die Verlängerung einer bereits abgelaufenen Frist sei nicht möglich, begründeten sie am 5.1.1994 die Berufung und beantragten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; die verzögerte Weiterleitung des Antrags durch das LG dürfe nicht zu ihrem Nachteil wirken. OLG und BGH haben die Berufung wegen verspäteter Begründung als unzulässig verworfen. Die Fristversäumung war von der Partei (bzw. ihrem Anwalt: § 85 II ZPO) verschuldet. Der Fristverlängerungsantrag hätte entweder an das zuständige OLG adressiert oder zumindest als besonders eilbedürftig gekennzeichnet werden müssen, so daß das LG die Notwendigkeit sofortiger Weiterleitung hätte erkennen können.

## Wiedereinsetzung nach Fristversäumung wegen Arbeitsüberlastung

*BGH NJW 1996, 319*

*BGH NJW 1996, 997*

*Lehrbuch § 6, Rdnr. 33*

Wird eine Frist versäumt, so kann die Prozeßhandlung nur noch nachgeholt werden, wenn der Partei Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt wird (§§ 230 ff. ZPO). Voraussetzung hierfür ist, daß weder die Partei noch ihren Prozeßbevollmächtigten (§ 85 II ZPO) an der Fristversäumung ein Verschulden trifft; dies ist vom Antragsteller darzutun und glaubhaft zu machen (§§ 236 II, 294 ZPO). Die Glaubhaftmachung muß zwar nicht zur vollen Überzeugung des Gerichts führen, die Behauptung aber doch zumindest als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen (Lehrbuch § 27a, Rdnr. 46 f.). Gelingt dies nicht und bleibt die Möglichkeit einer verschuldeten Fristversäumung bestehen, kann Wiedereinsetzung nicht gewährt werden. Im ersten Fall hatte der Rechtsanwalt, der eine Berufung zu spät eingelegt hatte, vorgetragen, er habe entweder seine erfahrene Sekretärin oder eine neue, unerfahrene Bürokräft damit beauftragt, die Berufung per Boten versenden zu lassen. Zumindest im letzteren Fall wäre er verpflichtet gewesen, eine Ausgangskontrolle durchzuführen; da er diese unterlassen hat, war eine von zwei denkbaren Sachverhaltsalternativen nicht unverschuldet, eine Wiedereinsetzung kommt nicht in Betracht.

Im zweiten Fall hatte der Anwalt die Berufungsschrift an das erstinstanzliche Gericht adressiert, beim Berufungsgericht ging sie deswegen erst nach Ablauf der Berufungsfrist ein. Zur Begründung seines Wiedereinsetzungsantrags trug der Anwalt vor, er habe infolge länger andauernder Überlastung zeitweise die Fähigkeit zu konzentrierter Arbeit eingebüßt. Der BGH sah hierin keinen Entschuldigungsgrund.

## Verschulden des Prozeßbevollmächtigten

*OLG Hamburg NJW 1996, 2939*

*Lehrbuch § 6, Rdnr. 33*

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kommt nach Versäumung einer Frist nur in Betracht, wenn die Fristversäumung unverschuldet erfolgte (§ 233 ZPO). Hat die Partei einen Prozeßbevollmächtigten, so muß sie sich ein mögliches Verschulden dieses Vertreters wie eigenes zurechnen lassen (§ 85 II ZPO). Vertreter in diesem Sinne ist nicht nur der sachbearbeitende Rechtsanwalt, sondern alle der betreffenden Sozietät anhängigen Rechtsanwälte, nicht jedoch das Büropersonal. Schwierig ist die Abgrenzung bei juristischen Mitarbeitern des Rechtsanwalts. Im vorliegenden Fall war eine im Büro seit Jahren fest angestellte, beim Berufungsgericht aber nicht zugelassene Rechtsanwältin mit der Vorbereitung der Berufungsschrift beauftragt worden, hatte diese aber versehentlich selbst unterschrieben, so daß die Berufung unzulässig war. Das OLG Hamburg folgt hier der h. M., die danach differenziert, mit was der Mitarbeiter betraut wurde: Vertreter ist nicht, wer lediglich mit vorbereitenden oder unselbständigen Tätigkeiten beauftragt ist; dies soll vorliegend auf die Rechtsanwältin zutreffen. Trifft das Verschulden nur einen nicht als Vertreter zu qualifizierenden Vertreter, kommt ein eigenes Verschulden des Anwalts unter dem Gesichtspunkt des Auswahl- oder Organisationsverschuldens in Betracht.

## Verbot von Überraschungsentscheidungen

*OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 1021*

*Lehrbuch § 6, Rdnr. 40, 43*

Die Klägerin verlangte aus abgetretenem Recht Zahlung. Im Prozeß und in der mündlichen Verhandlung ging es ausschließlich um die Frage der materiellen Berechtigung. Das LG ließ diese dann im Urteil dahinstehen und wies die Klage ab, weil die Abtretung gegen § 1 I RBRatG verstoße. Das OLG hat hierin eine unzulässige Überraschungsentscheidung gesehen. Die Gebote fairer Verfahrensgestaltung und Gewährung rechtlichen Gehörs zwingen das Gericht, den Parteien vor einer Entscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Dabei muß das Gericht zwar nicht vorab umfassend auf seine Rechtsauffassung hinweisen und die Entscheidung vorab ankündigen, da es grundsätzlich Aufgabe der Parteien ist, von sich aus alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte in Betracht zu ziehen und sich in ihrem Vortrag darauf einzustellen. Stellt das Gericht aber nicht vorhersehbare Anforderungen an den Parteivortrag oder stellt seine Entscheidung auf rechtliche Gesichtspunkte ab, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozeßbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte, ist ein vorheriger Hinweis nach §§ 139, 278 III ZPO erforderlich.

## Amtsgerichtliches Bagatellverfahren

*Aufsatz von Städing in NJW 1996, 691*

*Aufsatz von Redecker in NJW 1996, 1870*

*Lehrbuch § 6, Rdnr. 58*

Übersteigt der Streitwert eines beim Amtsgericht geführten Rechtsstreits DM 1.200.- nicht (sog. „Bagatellverfahren“), so kann das Gericht das Verfahren nach billigem



Ermessen ausgestalten, ist damit an die meisten der zivilprozessualen Verfahrensregeln nicht gebunden.

Rechtsprechung und Lehre haben die in dieser Norm liegenden Möglichkeiten der Verfahrensvereinfachung bislang nur unzureichend aufgearbeitet. Städling regt vorliegend an, solche Bagatellverfahren von Amts wegen immer zu Feriensachen zu erklären, auf eine mündliche Verhandlung zu verzichten, Zeugen schriftlich (§ 377 III ZPO) oder telefonisch anzuhören oder frühere Aussagen durch Beiziehung der Protokolle zu verwerten, statt eines Versäumnisurteils stets ein (End-)Urteil nach Lage der Akten zu erlassen oder das Versäumnisverfahren zu vereinfachen, einen Verfahrensstillstand von Amts wegen zu vermeiden und das Urteil nach § 495a II ZPO abzukürzen.

Einige der vorgestellten Möglichkeiten sollten auch im allgemeinen Verfahren selbstverständlich sein, andere sind -worauf der Autor selbst eingeht- verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Hier knüpft auch Redecker an: Die von § 495a ZPO eingeräumte Freiheit darf nicht zu einer Verletzung der verfassungsrechtlich abgesicherten Rechte der Parteien, insbesondere nicht zu einer Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör, führen. Kommt es dennoch hierzu (und empirische Untersuchungen belegen dies in nicht unerheblichem Umfang), sind Rechtsmittel wegen Nichterreichung der Berufungssumme (§ 511a: DM 1.500.-) regelmäßig nicht gegeben. Redecker sieht denn auch durch das amtsgerichtliche Bagatellverfahren -zumindest in Teilbereichen- den „Rechtsstaat in Gefahr“.

## **Ablehnung eines Beweisantrags wegen widersprüchlichen Vorbringens**

*BGH NJW 1996, 394*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 11*

Für die Entscheidung werden Tatsachen nicht berücksichtigt, die unter Verletzung des prozessualen Wahrheitsgebots bewußt unwahr vorgetragen wurden. Ob dies der Fall ist, kann jedoch in der Regel erst nach Durchführung einer Beweisaufnahme beurteilt werden. Die Ablehnung einer angebotenen Beweisaufnahme ist nur möglich, wenn die Behauptung erkennbar „ins Blaue hinein“ erfolgte, d. h. wenn die Partei selbst nicht an die Richtigkeit ihrer Behauptung glaubt oder das Gericht sie für eine willkürliche ohne greifbare Anhaltspunkte ausgesprochene Vermutung hält; eine solche Behauptung ist prozessual unbeachtlich. Abgelehnt werden kann die angebotene Beweisaufnahme auch dann, wenn die tatsächliche Behauptung so unsubstantiiert ist, daß ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann.

Im vorliegenden Fall hatte die Leasinggeberin nach vorzeitiger Kündigung des Leasingvertrages auf Schadensersatz gegen die Leasingnehmerin geklagt. Die Beklagte hatte vorprozessual in einem Schreiben ausgeführt, die Leasingsache befinde sich in einem schlechten Allgemeinzustand und sei beschädigt; im Prozeß trug sie unter Beweisantritt vor, die Schäden an der Sache seien erst nach deren Rückgabe an die Klägerin infolge der Weiternutzung durch diese entstanden. Das OLG hatte die Beweisaufnahme wegen des widersprüchlichen Parteivortrags abgelehnt, der BGH hält sie für erforderlich, da der bloße Widerspruch zwischen prozessualen und vorprozessualen Vortrag keinen Grund zur Ablehnung der Beweisaufnahme darstelle.

## Beweisverbote für heimlich aufgezeichnete Gespräche

*Aufsatz von Bartl in WRP 1996, 386*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 15*

*OLG Hamm NJW-RR 1996, 735*

Das heimliche Aufzeichnen von Gesprächen ist unzulässig (§§ 201 f. StGB), sind solche Aufzeichnungen gemacht worden, dürfen sie im Zivilprozeß als Beweis grundsätzlich nicht verwendet werden. Obwohl nach wie vor nur in Ansätzen geklärt ist, inwieweit im Zivilprozeß Beweiserhebungs- oder -verwertungsverbote bestehen, zeichnet sich zumindest für heimlich belauschte oder aufgezeichnete Gespräche langsam eine Linie heraus.

Die Kläger des vom OLG Hamm entschiedenen Falles sind Eltern eines Kindes, das sie trotz Einnahme eines ihnen vom Beklagten, einem Frauenarzt, verschriebenen, empfängnisverhütenden Präparates bekamen. Sie verlangen vom Beklagten den Unterhaltsaufwand für das Kind als Schadensersatz. Zwischen den Parteien ist der Inhalt eines Telefongesprächs, bei dem über Verhütungsmethoden und das Empfängnisrisiko gesprochen wurde, streitig. Die Kläger hatten insoweit Augenscheinseinnahme durch Abspielen eines Tonbands angeboten, auf dem sie das fragliche Telefonat ohne Wissen des Beklagten vorsätzlich für spätere Beweis Zwecke aufgenommen hatten. Der vom Grundgesetz geforderte Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Gesprächspartners und § 201 I StGB verbieten grundsätzlich die Verwertung eines solchen, unter Verletzung der Vertraulichkeit des gesprochenen Wortes gewonnenen Beweismittels. Denkbare Ausnahmetatbestände (z.B. die Wahrung überwiegender eigener Interessen oder Notwehr) lagen nicht vor. Auch die Interessenabwägung, die geboten ist, da es sich nicht um den Schutz der Intimsphäre des Beklagten geht, führt nicht zur Verwertbarkeit. Das allgemeine private Interesse, sich über den Inhalt eines Gesprächs ein Beweismittel für eine mögliche spätere Auseinandersetzung zu verschaffen und hierdurch einen zivilrechtlichen Anspruch durchzusetzen, überwiegt das im Grundgesetz mit einem hohen Stellenwert ausgezeichnete allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beklagten nicht.

Die vorstehend dargestellten Grundsätze gelten nach dem Aufsatz von Bartl auch im Wettbewerbsprozeß.

## Parteiöffentlichkeit des Beweisverfahrens

*OLG Köln NJW-RR 1996, 1277*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 21*

Die Beweisaufnahme ist als Teil der mündlichen Verhandlung grundsätzlich öffentlich, die Prozeßparteien haben sogar bei nicht nach §§ 169 ff. GVG allgemein öffentlichen Beweisaufnahmen ein Recht auf Teilnahme (§ 357 I ZPO). Mehrfach schon war Gegenstand obergerichtlicher Rechtsprechung die Frage, ob der Beweisführer bei der Beweisaufnahme über eigene Betriebsgeheimnisse die Anwesenheit des Gegners dulden muß. Das OLG Köln bleibt auf der Linie der h.M., wenn es davon ausgeht, daß das Interesse des Beweisführers an der Wahrung seiner Betriebsgeheimnisse es nicht rechtfertigt, dem Gegner die Einsicht in ein von einem gerichtlich bestellten Sachverständigen (hier einem Wirtschaftsprüfer) zur Erstellung des Gutachtens herangezogenen Geschäftsunterlagen zu verweigern und ihm in diesem Zusammenhang das Betreten seiner Büroräume zu verwehren, in denen der Sachverständige diese Geschäftsun-

terlagen einsieht. Die beweispflichtige Partei hat insoweit nur die Wahl, ob sie ihr Geheimnis verlieren will (weil sie es dem Gegner im Beweisverfahren offenbart) oder den Prozeß (weil sie bei Wahrung des Geheimnisses beweisfällig bleibt).

## **Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme**

*OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 638*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 22*

Im Zivilprozeß gilt das Gebot der Unmittelbarkeit bei der Beweisaufnahme nur formell, d. h. insoweit, als die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht zu erfolgen hat (§ 355 I ZPO). Materiell müssen nicht unbedingt die unmittelbaren Beweise erhoben werden, auch mittelbare Beweise sind statthaft. Damit ist es möglich, anstelle der Vernehmung von Zeuge deren protokollierte Aussagen in einem anderen Prozeß im Wege des Urkundsbeweises zu verwerten, solange nicht eine Partei die Zeugenvernehmung beantragt. Eines Hinweises des Gerichts auf diese Möglichkeit bedarf es nicht.

## **Parteianhörung als Beweismittel**

*Aufsatz von Schöpflin in NJW 1996, 2134*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 27*

*Aufsatz von Terbille in VersR 1996, 408*

§ 141 ZPO läßt es zu, daß das Gericht das persönliche Erscheinen einer Partei anordnet und diese dann im Termin anhört. Man spricht hier von einer „formlosen Parteianhörung“, weil die strengen Voraussetzungen einer Parteivernehmung (§§ 445 ff. ZPO) nicht vorliegen müssen. Im Gegensatz zur Parteivernehmung ist die Parteianhörung kein Beweismittel, sondern Teil des Parteivortrags. In der Praxis kommt es jedoch häufig vor, daß das Gericht Glaubwürdigkeit und Glaubhaftigkeit des Ergebnisses der Parteianhörung würdigt und diese dann in eine Beweiswürdigung nach § 286 ZPO einbezieht. Beide Verfasser halten eine solche Handhabung für prozeßordnungsgemäß und -so insbesondere Terbille für das Privatversicherungsrecht- sogar für erforderlich.

## **Parteivernehmung von Amts wegen**

*OLG München NJW-RR 1996, 958*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 28*

Nach § 448 ZPO kann das Gericht nach freiem Ermessen auch die beweisbelastete Partei selbst als Partei vernehmen, wenn bereits ein Anfangsbeweis geführt ist. Hier von ist allerdings sparsam Gebrauch zu machen, da hierdurch die regulären Folgen einer Beweisfälligigkeit umgangen und gegen den Beibringungsgrundsatz verstoßen wird. Welche Voraussetzungen im einzelnen vorliegen müssen, ist Gegenstand der vorliegenden Entscheidung.

## Erneutes Sachverständigengutachten

*BGH NJW 1996, 730*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 32*

Ist auf Antrag der Parteien ein Sachverständigengutachten eingeholt worden, so ist der Beweisantrag grundsätzlich erschöpft, ein weiteres Gutachten („Gegengutachten“ oder „Obergutachten“) wird grundsätzlich nicht eingeholt, auch wenn die Parteien mit dem Ergebnis des Gutachtens nicht zufrieden sind. Zur Einholung eines weiteren Gutachtens ist das Gericht nach § 412 I ZPO allerdings verpflichtet, wenn es selbst das Gutachten für unzureichend hält. Im vorliegenden Fall hatte der Sachverständige schon nach Auffassung des OLG keine Aussagen darüber gemacht, ob der Mangel einer Sache für einen später eingetretenen Schaden (mit-)ursächlich war oder ob sich andere Ursachen ausgewirkt haben. Daraufhin hätte diese Frage nicht als unaufklärbar behandelt werden dürfen, sondern es hätte der Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens zu dieser Frage bedurft.

## Der Augenscheinsbeweis

*Aufsatz von Geppert in Jura 1996, 307*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 33 ff.*

Die Augenscheinseinnahme ist eines der besten, weil überzeugungskräftigsten Beweismittel im Prozeß. Allerdings gibt es hier eine ganze Reihe von Problemen beim Umfang der Beweisaufnahme, der Abgrenzung zu anderen Beweismitteln, dem Verfahren und der Protokollierung. Der vorliegende Aufsatz behandelt zwar primär den Augenschein im Strafprozeß, dieser weist aber so viele Parallelen zum Zivilprozeß auf, daß sich die Lektüre auch insoweit lohnt.

## Beweiskraft von Privaturkunden

*OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 361*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 40*

Privaturkunden erbringen nach § 416 ZPO Beweis grundsätzlich nur dafür, daß die in ihnen enthaltenen Erklärungen vom Aussteller abgegeben wurden, nicht jedoch für ihre inhaltliche Richtigkeit. Über den Gesetzeswortlaut hinaus nimmt die Rechtsprechung eine Vermutung für die inhaltliche Vollständigkeit und Richtigkeit der Erklärung an, doch ist diese Vermutung widerleglich.

Im vorliegenden Fall hatte ein Frachtführer Ware übernommen und dabei schriftlich bestätigt, daß diese unbeschädigt sei. Im Rahmen eines späteren Schadensersatzprozesses trug er vor, er habe die Ware bereits beschädigt erhalten. Das Gericht stellt fest, daß die Vermutung für die unbeschädigte Übernahme sich jedenfalls nicht auf äußerlich nicht erkennbare, durch die Verpackung verborgene Beschädigungen erstreckt. Ferner ist sie widerlegt, wenn nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ausgeschlossen werden kann, daß die Beschädigungen während des Transports entstanden sind.

## Beweiskraft von Zustellungsurkunden

*OLG Frankfurt NJW 1996, 3159*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 41*

Zustellungsurkunden, die von Beamten der Bundespost aufgenommen wurden, sind öffentliche Urkunden nach § 418 ZPO, die -weil sie Wahrnehmungen der Behörde selbst wiedergeben- die beurkundeten Tatsachen in vollem Umfang beweisen. Sehr fraglich ist, ob es bei dieser Beweiskraft verbleiben kann, nachdem die Bundespost privatisiert wurde und keine Behörde mehr ist. Derzeit sind Bestrebungen im Gang, die Beweiskraft durch eine Gesetzesänderung zu erhalten (vgl. Ergänzungsblatt 204 im weißen Ordner). Das OLG hält auch ohne eine solche Gesetzesänderung an der früheren Beweiskraft aus § 418 ZPO fest.

## Parteivortrag

*BGH NJW-RR 1996, 379*

*Lehrbuch § 8, Rdnr. 6, 12*

Für die Entscheidung berücksichtigt werden dürfen nach der Beibringungsmaxime nur die von den Parteien vorgetragene(n) Tatsachen. Parteivortrag sind nicht nur die Umstände, die die Partei in einer mündlichen Verhandlung explizit behauptet hat, sondern auch diejenigen, auf die ausdrücklich oder stillschweigend Bezug genommen wurde. Allein die Antragstellung beinhaltet immer eine solche stillschweigende Bezugnahme auf den bisherigen schriftsätzlichen Vortrag, d. h. auf die eigenen Schriftsätze einschließlich der Anlagen hierzu (§ 137 III ZPO). Im vorliegenden Fall hatte der Beklagte in der Berufungsbegründung die Aufrechnung mit einer eigenen Forderung erklärt, das OLG hatte dies in Tatbestand und Entscheidungsgründen unerwähnt gelassen und für die Entscheidung nicht berücksichtigt; diese Entscheidung hat der BGH aufgehoben und zurückverwiesen.

Gemäß § 314 ZPO beweist der Urteilstatbestand nicht nur, daß das, was in ihm als Parteivortrag wiedergegeben wird, tatsächlich vorgetragen worden ist, sondern auch, daß von den Parteien nichts behauptet worden ist, was nicht aus dem Tatbestand ersichtlich ist (so noch BGH NJW 1983, 885). Diese Vorschrift zwingt dazu, den Parteivortrag in einen Urteilstatbestand (hilfsweise auch in den Entscheidungsgründen) entweder ausdrücklich oder im Wege der Bezugnahme vollständig aufzunehmen, weil er ansonsten vom Revisionsgericht nicht zugrundegelegt werden kann.

Der BGH weicht mit der vorliegenden Entscheidung zum wiederholten Mal von diesem Grundsatz ab und geht davon aus, daß allein schon in der Antragstellung und in der anschließenden mündlichen Verhandlung zur Sache der Vortrag des gesamten bis zum Termin angefallenen schriftsätzlichen Vorbringens auch dann enthalten ist, wenn es in Tatbestand und Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils nicht -auch nicht in Form einer Bezugnahme auf die Schriftsätze der Parteien- erwähnt wird. Aus der Sicht des Revisionsgerichts, das so nicht gezwungen ist, aufgrund eines unvollständigen oder unzutreffenden Tatbestands eine unrichtige Sachentscheidung zu treffen, ist diese Auffassung durchaus nachvollziehbar, mit den §§ 314, 320 ZPO jedoch ist sie nur schwer vereinbar (*dazu auch Schumann, NJW 1993, 2786*). Auf keinen Fall sollte sie Anlaß sein, Urteilstatbestände unvollständig oder unsorgfältig abzufassen und sich darauf zu verlassen, die nächste Instanz werde sich das Parteivorbringen schon aus der Akte zusammensuchen.

## Die zivilrechtliche Anwaltsklausur

*Aufsatz von Knemeyer in JA 1996, 685*

*Lehrbuch § 8, Rdnr. 40*

*Aufsatz von Grüneberg/Manteufel in JuS 1996, 55*

Klausuraufgaben, in denen ein Sachverhalt aus der Sicht eines Rechtsanwalts praktisch zu bearbeiten ist, nehmen in den letzten Jahren im Examen deutlich zu; insbesondere nach Abschaffung der Hausarbeit und der dadurch bedingten größeren Zahl anzufertigender Aufsichtsarbeiten wird auch in Hessen regelmäßig mit diesem Aufgabentypus zu rechnen sein. Der vorliegende Aufsatz stellt die verschiedenen denkbaren konkreten Aufgabenstellungen zusammen, bei denen aus der Sicht eines Prozeßbevollmächtigten ein Schriftsatz an das Gericht und/oder an den Mandanten zu fertigen ist. Häufig ist hierbei vorbereitend auch (Bearbeitungsvermerk des Prüfungsamts beachten!) ein Gutachten zu erstellen. Beide Aufsätze geben Ratschläge für die Bearbeitung, wobei vor allem die Besonderheiten der richterlichen Aufgabenstellung gegenüber bei Sachverhaltserfassung und -darstellung bzw. der gutachtlichen Darstellung der Rechtsfragen herausgearbeitet werden.

## Zum Einsatz von PC bei juristischen Hausarbeiten

*Aufsatz von Spona in JuS 1996, 367*

*Lehrbuch § 9*

Der Einsatz von Personalcomputern und Textverarbeitungsprogrammen bei der Anfertigung juristischer Hausarbeiten ist weit verbreitet. Er bedarf allerdings gründlicher Vorbereitung: Wer die eingesetzte Hard- und Software nicht bereits vor Beginn der Bearbeitung hinreichend beherrscht, verliert viel Zeit für die Bewältigung der Technik, die ihm bei Bearbeitung der eigentlichen Aufgabe fehlt und läuft zudem Gefahr, die Arbeit nicht innerhalb der vorgesehenen Frist oder in der gebotenen Form abliefern zu können. Erforderlich ist daher insbesondere für das Examen die rechtzeitige Überlegung, welche technischen Hilfsmittel eingesetzt werden sollen und die Erlernung der erforderlichen Fertigkeiten.

Der vorliegende Aufsatz enthält eine Reihe praktischer Tips für den Einsatz des Textverarbeitungsprogramms Wordperfect (Vers. 5.2 für DOS und 6.0 für Windows), empfiehlt sich aber aufgrund einer allgemeiner Hinweise auch für die Verwender anderer Programme.

## Gutachten und Urteilsstil

*Aufsatz von Wolf in JuS 1996, 30*

*Lehrbuch § 9, Rdnr. 3*

Gutachten und Urteil unterscheiden sich in Zweck, Methodik und Sprachstil. Ein Gutachten soll Antwort auf eine Rechtsfrage geben („Ist der Klage stattzugeben?“), leitet diese Schritt für Schritt aus der Anwendung eines bestimmten Gesetzes auf die Einzelfalltatsachen ab (Subsumtion), so daß das Ergebnis am Schluß feststeht. Ein Urteil soll in seinen Gründen darlegen, daß die vorangestellte Urteilsformel (Tenor) sich zwingend aus der Anwendung eines bestimmten Gesetzes auf die festgestellten Tatsachen des Einzelfalles ergibt. Hieraus ergeben sich notwendigerweise auch Unterschiede in der sprachlichen Darstellung: Während im Gutachten mit „also“, „folglich“ oder „da-

her“ argumentiert und dabei zum Schluß aus der vorher gegebenen Begründung ein Ergebnis abgeleitet wird, finden sich im Urteil Formulierungen wie „denn“, „da“ oder „weil“, mit denen für das vorher mitgeteilte Ergebnis Begründungen nachgeschoben werden.

Verfasser arbeitet diese Unterschiede heraus und widmet sich dann insbesondere der sprachlichen Darstellung eines Gutachtens. Völlig zu recht wird dabei die immer unschöne, häufig sogar falsche Verwendung des Konjunktivs kritisiert und dargetan, wie ein Gutachten korrekt im Indikativ formuliert werden kann. Wer im Examen ein Gutachten zu schreiben hat (egal in welchem Rechtsgebiet), sollte diesen Aufsatz vorher unbedingt lesen.

## **Beweisaufnahme über Zulässigkeitsvoraussetzungen**

*BGH NJW 1996, 1059*

*Lehrbuch § 9, Rdnr. 10*

Das Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen ist grundsätzlich von Amts wegen zu prüfen. Das bedeutet, daß an die Stelle der sog. subjektiven Beweislast (auch Beweisführungslast, Lehrbuch § 7, Rdnr. 5), nach der Beweise nur erhoben werden, wenn sie von der beweispflichtigen Partei angeboten sind, die Pflicht des Gerichts tritt, von Amts wegen alle infragekommenden Beweise zu erheben. Es verbleibt allerdings bei der objektiven Beweislast, nach der der Kläger das Risiko der Nichterweislichkeit dieser Voraussetzungen (im vorliegenden Fall ging es um die Prozeßfähigkeit des Klägers wegen Störung der Geistestätigkeit) zu tragen hat (Lehrbuch § 7, Rdnr. 52). Eine solche Beweislastentscheidung kommt aber erst in Betracht, wenn trotz Erschöpfung aller Erkenntnisquellen Unklarheiten verbleiben. Da der Kläger, sollte er zunächst prozeßunfähig gewesen sein, seine Handlungen nachträglich genehmigen konnte, wenn er während des Prozesses genesen und damit prozeßunfähig geworden ist, muß die Prozeßfähigkeit zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung festgestellt werden.

## **Doppelrelevante Tatsachen**

*BGH NJW 1996, 3012*

*Lehrbuch § 9, Rdnr. 11*

Sind Tatsachen sowohl für die Zulässigkeit als auch für die Begründetheit einer Klage von Bedeutung und sind sie streitig, so reicht es für die Zulässigkeit der Klage aus, daß sie schlüssig vorgetragen sind; eine Beweisaufnahme hierüber findet nur im Rahmen der Begründetheit statt. Dies gilt nach der vorliegenden Entscheidung auch für die Zulässigkeit des Rechtswegs (§ 13 GVG).

## **Teilurteil bei Aufrechnung**

*BGH NJW 1996, 395*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 3 f.*

Nach ständiger Rechtsprechung darf ein Teilurteil nur erlassen werden, wenn es von der Entscheidung über den Rest des Anspruchs unabhängig ist, wenn also die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen, auch aufgrund einer abweichenden Beur-

teilung durch das Rechtsmittelgericht, ausgeschlossen ist. Das hat zur Folge, daß ein Teil eines einheitlichen Anspruchs (= Streitgegenstands), dessen Grund streitig ist, nur dann durch Teilurteil zugesprochen werden kann, wenn zugleich ein Grundurteil über die restlichen Anspruchsteile ergeht. Wird gegenüber einem einheitlichen Anspruch teilweise mit einer Gegenforderung aufgerechnet, die noch nicht zur Entscheidung reif ist, und kommt insoweit der Erlaß eines Vorbehaltsurteils nach § 302 ZPO in Betracht, darf aus den gleichen Gründen ein Teilurteil über den restlichen Anspruch nur ergehen, wenn gleichzeitig im übrigen ein Vorbehaltsurteil erlassen wird.

Im vorliegenden Fall hatte die Klägerin 1 Mio. DM Kaufpreis aus einem Unternehmenskaufvertrag geltend gemacht, die Beklagte hat hilfsweise mit einem Gegenanspruch in Höhe von DM 50.000.- aufgerechnet. Das Landgericht hat die Klageforderung für voll begründet gehalten und wollte über die Aufrechnungsforderung eine Beweisaufnahme durchführen. Es hat ein klagestattgebendes Teilurteil über DM 950.000.- erlassen. Dies rügt der BGH zu recht; erforderlich gewesen wäre eine Klagestattgabe auch hinsichtlich der restlichen DM 50.000.-, insoweit aber unter dem Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung (teilweises End-, teilweises Vorbehaltsurteil über die gesamte, nicht teilbare Klageforderung).

## Anfechtbarkeit eines wirkungslosen Urteils

*BGH NJW 1996, 1969*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 11*

*OLG Brandenburg NJW-RR 1996, 766*

Urteile entfalten regelmäßig eine ganze Reihe von Wirkungen, insbesondere sind sie (als Leistungsurteile) vollstreckbar. Ausnahmsweise kann ein Urteil mit einem Fehler behaftet sein, der es wirkungslos macht.

Im Fall des BGH hatte das LG ein Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren (§ 313 III ZPO) erlassen, dieses aber (entgegen § 176 ZPO) nur dem Beklagten persönlich, nicht auch seinem Prozeßbevollmächtigten zugestellt. Dadurch wurde es nicht wirksam (§ 310 III ZPO), was aber zunächst keinem der Beteiligten auffiel. Auf den Einspruch des Beklagten erhielt das LG das Versäumnisurteil aufrecht. Hiergegen legte der Beklagte Berufung ein, die das OLG als unzulässig verwarf; sie richte sich gegen ein Urteil, das ein unwirksames Versäumnisurteil aufrechterhalte und deswegen selbst keine Wirkungen entfalte. Der BGH bestätigte zwar, daß das Versäumnisurteil bei Berufungseinlegung noch nicht existierte und so auch das Endurteil des LG Wirkungen nicht entfalten konnte, hielt die Berufung aber dennoch für zulässig. Auch von einem wirkungslosen Urteil gehen (scheinbare) Wirkungen aus, die die unterlegene Partei gefährden können und damit beschweren. Es muß daher -ebenso wie ein bloßes Scheinurteil- mit denselben Rechtsmitteln anfechtbar sein wie ein wirksam erlassenes und Rechtswirkungen entfaltendes Urteil.

Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn das unwirksame Urteil nachträglich noch wirksam wird. Vorliegend war das Versäumnisurteil während des Berufungsverfahrens doch noch dem Anwalt des Beklagten zugestellt und damit wirksam geworden. Hieraus folgt nicht, daß die Berufung danach hätte wiederholt werden müssen, weil die Berufung gegen das Scheinurteil auch das nachträglich existent gewordene Urteil erfaßt und dessen sachliche Nachprüfung ermöglicht.

Ganz ähnlich liegt der Fall des OLG Brandenburg: Der Einspruch des Beklagten gegen ein nicht ordnungsgemäß zugestelltes und damit nicht existentem Versäumnisurteil



im schriftlichen Vorverfahren ist zulässig, weil zumindest der Rechtsschein beseitigt werden muß; dies galt insbesondere, weil dem Kläger sogar schon (rechtsfehlerhaft) eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils erteilt worden war.

## **Materielle Rechtskraft**

*Aufsatz von Lüke in JuS 1996, 392*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 14*

Einen klassischen Schulfall zu Umfang und Folgen der materiellen Rechtskraft hat der BGH in NJW 1995, 2993 entschieden. Diese wird vorliegend kritisch besprochen.

## **Teilklage**

*Aufsatz von Eckardt in Jura 1996, 624*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 14*

Die Dispositionsmaxime erlaubt es, daß der Kläger einen materiell-rechtlichen Anspruch nur in Höhe eines Teilbetrages prozessual geltend macht. Hiermit können aber eine Reihe von Problemen verbunden sein, angefangen von der für die Zulässigkeit erforderlich Abgrenzung des rechtshängig gemachten Teils (Lehrbuch § 4, Rdnr. 23; § 19, Rdnr. 10; § 23, Rdnr. 5; § 24, Rdnr. 9) über die Rechtskraftwirkung (Lehrbuch § 10, Rdnr. 14) bis hin zu Nachforderungsmöglichkeiten bei Klagen auf künftige Leistung (Lehrbuch § 4, Rdnr. 9). Viele dieser Fragen sind Gegenstand des vorliegenden Aufsatzes „Die Teilklage“.

## **Umfang der Rechtskraft**

*BGH NJW-RR 1996, 826*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 19*

Urteile sind nach § 322 I ZPO der Rechtskraft insoweit fähig, als über den durch die Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Der Gegenstand der Rechtskraft beschränkt sich demnach auf das Bestehen oder Nichtbestehen der geltend gemachten Rechtsfolge aufgrund des zur Entscheidung gestellten Sachverhalts. Die tatsächlichen Feststellungen als solche erwachsen nicht in Rechtskraft. Doch unterliegen die vorgetragenen Tatsachen einer Präklusion auch in dem Sinne, daß sie in einen späteren Prozeß nicht mit dem Ziel eingeführt werden können, daß das „kontradiktorische Gegenteil“ der früher festgestellten Rechtsfolge ausgesprochen werde. Die Ausschlußwirkung der Rechtskraft geht über die im ersten Prozeß vorgetragenen Tatsachen hinaus und erfaßt grundsätzlich auch nicht vorgetragene Tatsachen, sofern diese nicht erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtsstreit entstanden sind. Maßgeblich ist insoweit das ganze einem Klageantrag zugrundeliegende tatsächliche Geschehen, das bei natürlicher Betrachtungsweise nach der Verkehrsauffassung zusammengehört. Ausgeschlossen sind mithin Tatsachen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden Betrachtung zu dem durch ihren Sachvortrag zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehört hätten.

Im vorliegenden Fall hatten die Kläger bereits 1987 ein Urteil erstritten, mit dem rechtskräftig festgestellt worden war, daß die Beklagte verpflichtet ist, ihnen den durch eine steuerlich falsche Beratung entstandenen Schaden zu ersetzen. Nunmehr

klagen sie auf Zahlung des bezifferten Schadens. Die Beklagte verteidigt sich mit dem Einwand, den Klägern habe die für den steuermindernden Ansatz von Werbungskosten notwendige Absicht der Einkünfteerzielung gefehlt. Zum (Nicht-)Vorliegen einer solchen Absicht haben die Parteien im ersten Prozeß nichts vorgetragen, sie gehörte aber zu dem zur Entscheidung gestellten Lebenssachverhalt. Es wäre mit dem Rechtsfrieden stiftenden Zweck der Rechtskraft unvereinbar, wenn eine Partei das erste Urteil mit der Behauptung in Frage stellen könnte, die Absicht sei nicht vorgetragen worden.

## Unterschrift der Richter

*Aufsatz von Felix in NJW 1996, 1723*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 22*

Der Verfasser ist der -in Rechtsprechung und Lehre bislang nicht hervorgetretenen- Ansicht, die nach § 315 I ZPO erforderliche Unterschrift der erkennenden Richter müsse aus Vor- und Zunamen bestehen.

## Sprachliche Ausdrucksweise in schriftlichen Examensarbeiten

*Aufsatz von Müller in JuS 1996, L 49*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 44*

Die schriftliche Ausdrucksfähigkeit spielt in den schriftlichen Leistungen beider Staatsprüfungen eine nicht zu unterschätzende Rolle: Sie ist das Medium, über das die juristischen Inhalte vermittelt werden. Deswegen lohnt es, einige grundsätzliche Stilfragen zu beherrzigen. Diese werden hier knapp und überzeugend dargestellt.

## Kostenentscheidung bei Zug-um-Zug-Verurteilung

*OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 146*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 65 ff.*

Für die Kostentragungspflicht im Zivilprozeß gilt der Unterliegensgrundsatz: Wer verliert, bezahlt! Für den Fall nur teilweisen Unterliegens bedeutet dies nach § 92 ZPO regelmäßig eine angemessene Kostenquotelung. Ein solcher Fall teilweisen Unterliegens liegt auch vor, wenn der Kläger eine unbedingte Verurteilung des Beklagten erstrebt, dieser aber nur zur Leistung Zug um Zug gegen Erbringung einer Gegenleistung verurteilt wird. Im Regelfall bemißt die Rechtsprechung hier den Unterliegensteil des Klägers mit 1/5 bis 1/10, häufig kann er als verhältnismäßig geringfügig i.S.d. § 92 II ZPO völlig außer Betracht bleiben.

In dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall hatte der Kläger Zug um Zug gegen Zahlung seines Restwerklohns Nachbesserungsarbeiten zu erbringen, deren Kosten deutlich höher waren, als die Klageforderung. In diesem Fall nahm das Gericht ein weitaus überwiegendes Unterliegen des Klägers an und hat ihm die Kosten des Rechtsstreits voll auferlegt.

Der Aufsatz von Bachmann befaßt sich anhand verschiedener Beispielfälle zu Zug-um-Zug-Verurteilungen nicht nur mit der Kostenverteilung, sondern auch mit Fragen des Streitwerts und der Beschwer.

## Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung trotz anderweitiger Sicherung

*BGH NJW 1996, 321*

*OLG Köln NJW-RR 1996, 368*

*Lehrbuch § 12, Rdnr. 7*

*OLG Karlsruhe NJW-RR 1996, 960*

Arrest und einstweile Verfügung sind nur statthaft, wenn für die Eilanordnung ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis besteht; das Gesetz verlangt deshalb stets das Vorliegen eines Arrest- oder Verfügungsgrunds (§§ 917, 935, 940 ZPO), d. h. im Fall des dinglichen Arrests die Besorgnis, daß ohne seine Verhängung die Vollstreckung eines Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde (§ 917 ZPO).

Ein solcher Arrestgrund besteht bei der konkreten Gefahr einer bevorstehenden Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners, nicht jedoch, wenn dessen Vermögenslage bereits schlecht ist und lediglich dem zu erwartenden Zugriff anderer Gläubiger zuvor gekommen werden soll. An dieser seit langem geübten Rechtsprechung hält der BGH vorliegend (trotz der in jüngerer Zeit zunehmenden Kritik in der Literatur) fest.

Besonderer Prüfung bedarf der Arrestgrund, wenn früher bereits eine Eilanordnung ergangen ist. Ein Eilgrund für eine solche „Zweitverfügung“ besteht nur, wenn die abermalige Sicherung erforderlich ist, um weitere Nachteile des Antragstellers zu vermeiden, deren Gewicht das für den Erlaß einer Erstverfügung Erforderliche übersteigt. Im Fall des OLG Köln war ein vorangegangenes Eilverfahren von der Klägerin für erledigt erklärt worden, in der erneuten Antragsstellung war aber wegen der Besonderheiten des Einzelfalles eine unzulässige Rechtsausübung nicht zu sehen.

Eine Eilanordnung, d. h. ein Arrest oder eine einstweilige Verfügung, kommt auch nicht in Betracht, wenn der gefährdete Anspruch bereits anderweitig ausreichend gesichert ist. Im Fall des OLG Karlsruhe hatte das LG der Beklagten durch einstweilige Verfügung nach mündlicher Verhandlung eine Werbemaßnahme verboten. Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten. Noch vor der Entscheidung des OLG hatte die Klägerin Hauptsacheklage erhoben und ein obsiegendes Unterlassungsurteil erstritten. Obwohl dieses noch nicht rechtskräftig und damit nur gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar ist, hat die Klägerin damit die Möglichkeit, ihren Unterlassungsanspruch ausreichend zu sichern, so daß es der einstweiligen Verfügung nicht mehr bedarf; auf die Berufung der Beklagten wurde der Eilantrag somit zurückgewiesen.

## Verfügungsgrund bei der einstweiligen Verfügung

*OLG Stuttgart NJW-RR 1996, 1516*

*Lehrbuch § 12, Rdnr. 24*

Eine einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO setzt das Vorliegen eines sog. „Verfügungsgrundes“ voraus, d. h. es muß die Gefahr bestehen, daß ohne die Eilanordnung die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Macht der Antragsteller einen Besitzschutzanspruch (§ 861 BGB) geltend, so bedarf es dieser Voraussetzung jedoch nicht, da sie durch den Inhalt dieses Anspruchs indiziert wird.

## Vorwegnahme der Hauptsache im Eilverfahren und Leistungsverfügung

*OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 123*

*Lehrbuch § 12, Rdnr. 26, 29 ff.*

Ein wichtiger Grundsatz aller Eilverfahren (Arrest und einstweilige Verfügung) ist das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache: Die Eilanordnung darf die Hauptsache nur sichern, sie darf nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen. Eine Ausnahme hiervon stellt die Leistungsverfügung dar, bei der dem Gläubiger ohne die sofortige Erfüllung des Anspruchs ein nicht wiedergutzumachender, existenzgefährdender Schaden droht.

Im vorliegenden Fall hatte der Antragsteller im Wege einstweiliger Verfügung beantragt, ihn als Aussteller zu einer Messe zuzulassen und ihm einen Ausstellungsplatz zuzuweisen. Das Landgericht hatte die einstweilige Verfügung als Leistungsverfügung erlassen, das OLG hat sie aufgehoben. Zwar sei der Anspruch zeitabhängig und könne möglicherweise in einem späteren Hauptsacheverfahren gar nicht mehr durchgesetzt werden, doch reiche dies allein für die Leistungsverfügung nicht aus. Diese sei nur zulässig, wenn der Antragsteller darlegt und glaubhaft macht, daß er so dringend auf die sofortige Erfüllung seines Leistungsanspruchs angewiesen ist und sonst so erhebliche wirtschaftliche Nachteile erleiden würde, daß ihm ein Zuwarten (wenn nach Art des Anspruchs überhaupt möglich) oder eine Verweisung auf die spätere Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach Wegfall des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs nicht zuzumuten ist. Mit dieser restriktiven Handhabung der Leistungsverfügung liegt das OLG auf der Linie der h. M.

## Beweisaufnahme im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit

*BayObLG NJW-RR 1996, 583*

*Lehrbuch § 14a, Rdnr. 29 ff.*

In den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit fordert § 12 FGG, daß das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen hat. Nach pflichtgemäßem Ermessen kann das Gericht hier also wählen, ob es ein Streng- oder in Freibeweisverfahren durchführt. Die vorliegende Entscheidung enthält grundlegende Ausführungen nicht nur zu den im Rahmen der Ermessensausübung anzustellenden Überlegungen, sondern auch zu anderen Fragen der Beweisaufnahme im fG-Verfahren.

## Vorbescheid im Erbscheinsverfahren

*Aufsatz von Pentz in NJW 1996, 2559*

*Lehrbuch § 14a, Rdnr. 40*

Der im Erbscheinsverfahren seit Jahren in Lehre und Rechtsprechung weitgehend unangefochten zugelassene Vorbescheid ist in jüngerer Zeit in die Kritik geraten. Streit besteht zum einen um die Voraussetzungen, unter denen ein Vorbescheid zulässig ist, zum anderen um die Frage, ob ein unzulässiger Vorbescheid mit der Beschwerde angefochten werden kann. Beide Fragen sind Gegenstand der vorliegenden Abhandlung.

## **Wirkungen von Entscheidungen in Verfahren nach dem FGG**

*Aufsatz von Smid in JuS 1996, 49*

*Lehrbuch § 14a, Rdnr. 45 ff.*

Entscheidungen im Zivilprozeß entfalten eine Reihe von Wirkungen (dazu allgemein Lehrbuch § 10, Rdnr. 7 ff.): Sind sie formell rechtskräftig und damit unanfechtbar geworden, so binden sie die Verfahrensbeteiligten und ausnahmsweise auch außenstehende Dritte an das Prozeßergebnis, das Prozeßergebnis wird praktisch umgesetzt, in der Regel durch die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung. In den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind diese allgemeinen Wirkungen wegen der unterschiedlichen Verfahrensgegenstände und den zu bewältigenden Aufgaben modifiziert. Während im neuen, streitigen Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit große Parallelen zum Zivilprozeß bestehen, sind im klassischen, fürsorgerischen Bereich deutliche Unterschiede vorhanden.

## **Parteiberichtigung**

*OLG Jena OLG-NL 1996, 26*

*Lehrbuch § 15, Rdnr. 2*

*OLG Dresden OLG-NL 1996, 119*

Ist die Partei in der Klageschrift versehentlich falsch bezeichnet und wird dieser Fehler im Laufe des Prozesses berichtigt, so handelt es sich nicht um eine Parteiänderung, sondern um eine stets ohne weiteres zulässige Parteiberichtigung. Voraussetzung ist, daß die Identität der Partei sich nicht ändert. Dies ist nicht nur der Fall, wenn die Partei (hier eine juristische Person) ursprünglich falsch bezeichnet war, sich deren Identität aber im Wege der Auslegung ermitteln ließ und feststeht, daß mit der Neubezeichnung kein Wechsel der Partei verbunden ist (so das OLG Jena), sondern auch, wenn erst das Rubrum eines Urteils (§ 319) oder eines einstweiligen Verfügungs anordnenden Beschlusses berichtigt werden soll (so das OLG Dresden).

## **Notwendige Streitgenossen**

*BGH NJW 1996, 1060*

*Lehrbuch § 16, Rdnr. 37*

Von notwendigen Streitgenossen spricht man, wenn die Sachentscheidung allen Streitgenossen gegenüber notwendig nur einheitlich ausfallen kann. Dies ist aus materiell-rechtlichen Gründen z. B. bei gemeinsam verklagten Miterben der Fall, da diese gem. §§ 747 S.2, 1008 BGB nur gemeinsam über den vom Kläger herausverlangten Nachlaß verfügen können.

Auch notwendige Streitgenossen jedoch bleiben selbständige Streitparteien in jeweils besonderen Prozeßrechtsverhältnissen zum gemeinsamen Gegner. Ob die Prozeßhandlung eines Streitgenossen oder gegen einem Streitgenossen Wirkung auch im Verhältnis zu den anderen Streitgenossen entfaltet, ist daher nicht pauschal, sondern nur für die konkrete Fallgestaltung zu beantworten.

Wegen der Selbständigkeit der einzelnen Prozeßrechtsverhältnisse entfaltet die Klageerhebung gegen einen Miterben Wirkungen gegenüber den anderen Miterben nicht, wirkt diesen gegenüber insbesondere nicht verjährungsunterbrechend.

Wegen der Notwendigkeit einer einheitlichen Sachentscheidung dürfen Teilurteile gegen einzelne notwendige Streitgenossen grundsätzlich nicht ergehen. Ergehen sie trotzdem, können sie in Rechtskraft erwachsen, jedoch nur für und gegen die Streitgenossen, die Partei des Teilurteils sind.

## Umfang der Interventionswirkung

*OLG Hamm NJW-RR 1996, 1506*

*Lehrbuch § 16, Rdnr. 52*

Die materielle Rechtskraft eines Urteils erfaßt grundsätzlich nur die Parteien eines Rechtsstreits, nicht auch deren Streithelfer, die Nebenintervenienten. Diese werden an das Ergebnis des Prozesses im Rahmen der sog. „Interventionswirkung“ (§ 68 ZPO) gebunden, die neben der tenorierten Rechtsfolge -auf die die Rechtskraft beschränkt ist- auch alle entscheidungserheblichen Einzeltatsachen und deren rechtliche Bewertung umfaßt. Dazu gehören nach der vorliegenden Entscheidung solche Begründungselemente des Urteils, auf denen die Entscheidung objektiv nach zutreffender Rechtsauffassung beruht. Auf die Rechtsauffassung des Gerichts kommt es nicht an.

## Einrede der mangelhaften Prozeßführung

*OLG Hamm NJW-RR 1996, 1145*

*Lehrbuch § 16, Rdnr. 54*

Hat eine Partei einem Dritten den Streit verkündet, so wird dieser an das Ergebnis des Prozesses gebunden, für einen folgenden Regreßprozeß stehen die entscheidungserheblichen Tatsachen, die Gegenstand des Vorprozesses waren, fest (sog. „Interventionswirkung“, § 68 ZPO). Geltend machen kann der Streitverkündungsempfänger nur, daß er in dem Vorprozeß bestimmte Verteidigungsmittel nicht geltend machen konnte, weil die Hauptpartei den Prozeß anders führte (§ 67 ZPO). Nach der vorliegenden Entscheidung besteht diese Einrede aus § 68 ZPO nicht, wenn die Hauptpartei ihr Rechtsmittel zurückgenommen hat, nachdem sie dem Streitverkündeten zuvor erfolglos gegeben hatte, dem Rechtsstreit beizutreten.

## Streit der Forderungsprätendenten

*Aufsatz von Peters in NJW 1996, 1246*

*BGH NJW 1996, 1673*

*Lehrbuch § 16, Rdnr. 60*

Von Forderungsprätendenten spricht man, wenn mehrere Gläubiger untereinander um die Berechtigung (Aktivlegitimation) aus einem Anspruch streiten. Ergibt sich dies erst im laufenden Prozeß gegen den Schuldner, so kann es zum Prätendentenstreit nach § 75 ZPO kommen. Ist dem Schuldner seine Verpflichtung auch ohne Prozeß klar, kann er den geforderten Betrag zugunsten der Gläubiger auch hinterlegen. Die Auszahlung an einen Gläubiger durch die Hinterlegungsstelle ist dann davon abhängig, daß der andere Gläubiger zustimmt. Ein Anspruch des berechtigten gegen den unberechtigten Gläubiger auf Abgabe der Freigabeerklärung ergibt sich nach h. M. aus § 812 BGB. Hieraus folgt, daß der Kläger die Beweislast für seine Berechtigung an der

Forderung trägt. Die sich hieraus ergebenden Probleme, insbesondere in den Fällen der Widerklage, sind Gegenstand der vorliegenden Abhandlung von Peters.

Ein praktischer Fall hierzu liegt der Entscheidung des BGH zugrunde. Danach reicht es nicht aus, daß beide Gläubiger einen Anspruch gegen den Schuldner haben, Voraussetzung ist vielmehr, daß beide die gleiche Forderung für sich in Anspruch nehmen.

## **Antrag auf Bestimmung des zuständigen Gerichts**

*BGH NJW-RR 1996, 254*

Lehrbuch § 17, Rdnr. 11

Gibt es für die beabsichtigte Klage gegen mehrere Personen keinen gemeinsamen Gerichtsstand oder haben sich verschiedene Gerichte bereits für unzuständig erklärt, so kann auf Antrag ein zuständiges Gericht bestimmt werden (§§ 36, 37 ZPO). Ein solcher Antrag setzt jedoch voraus, daß der Kläger die Sache bereits rechtshängig gemacht hat. Im vorliegenden Fall hatte sich das angerufene Amtsgericht für unzuständig erklärt, bevor es die Klage dem Beklagten überhaupt zugestellt hatte; auch das Gericht, an das verwiesen worden war, hatte die Sache ohne vorherige Anhörung des Beklagten dem BGH vorgelegt, der deswegen eine Zuständigkeitsbestimmung ablehnte.

## **Verweisung wegen Streitwerterhöhung**

*BGH NJW-RR 1996, 891*

Lehrbuch § 17, Rdnr. 12

Wird in einem Verfahren vor dem Amtsgericht durch Klageerweiterung oder Widerklage ein Anspruch erhoben, der in die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts fällt, so ist -in Abweichung vom Grundsatz des § 261 III Nr. 2 ZPO, nach dem nachträgliche Änderungen zuständigkeitsbegründender Umstände unbeachtlich sind und keine Änderung der Zuständigkeit herbeiführen- der Rechtsstreit auf Antrag einer Partei an das Landgericht zu verweisen (§ 506 ZPO).

Im vorliegenden Fall hatte das Amtsgericht in erster Instanz die Klage über DM 6.400.- abgewiesen, mit der Berufungseinlegung hatte der Kläger die Klage auf insgesamt DM 13.000.- erweitert. Die Berufungskammer des Landgerichts verwies den Rechtsstreit daraufhin nach § 506 ZPO an das OLG. Dieses hat sich für unzuständig erklärt und die Sache nach § 36 Nr.6 ZPO dem BGH vorgelegt, der entschieden hat, das LG sei zuständig. Das LG sei für Berufungen gegen Urteile des AG zuständig (§ 72 GVG), § 506 ZPO sei im Berufungsverfahren weder direkt (§ 523 ZPO verweist nur auf die §§ 253 - 494 ZPO, nicht auf die §§ 495 ff. ZPO!) noch analog anwendbar, da es sich um eine Ausnahmegesetzvorschrift handele.

## **Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses**

*BayObLG NJW-RR 1996, 956*

Lehrbuch § 17, Rdnr. 17

*OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1403*

Der Verweisungsbeschluß nach § 281 ZPO entfaltet regelmäßig Bindungswirkung, d. h. eine Weiter- oder Rückverweisung ist für das Gericht, an das verwiesen wurde,

auch dann nicht möglich, wenn die Verweisung rechtswidrig erfolgte. Eine Ausnahme läßt die Rechtsprechung zu, wenn sich die Verweisung als willkürlich darstellt, so insbesondere, wenn sie ohne rechtliches Gehör oder ohne jede erkennbare Rechtsgrundlage erfolgte. Zu dieser Fallgruppe rechnet das OLG Frankfurt auch die Verweisung unter Verstoß gegen den Grundsatz der perpetuatio fori: Ist das angerufene Gericht zunächst zuständig, so bleibt es dies auch dann, wenn sich die zuständigkeitsbegründenden tatsächlichen Umstände (z. B. der Wohnort des Beklagten) ändern (Lehrbuch § 17, Rdnr. 12). Verweist das Gericht in Verkennung dieses Prinzips, so ist dies unwirksam.

Im Fall des BayObLG verlangte die Klägerin vom -in Ingolstadt wohnenden- Beklagten Rückzahlung eines Darlehens in Höhe von DM 15.000.-, das sie ihm zum Aufbau einer Gaststätte gewährt hatte. Im vorformulierten Vertrag wurde als Gerichtsstand Kehlheim vereinbart, „wenn der Kreditnehmer Vollkaufmann ist“. Die Klage wurde zunächst beim AG Kehlheim rechtshängig; dieses hielt die Gerichtsstandsvereinbarung für wirksam, erklärte sich aber sachlich für unzuständig und verwies den Rechtsstreit insoweit an das übergeordnete Landgericht Regensburg. Dieses war der Auffassung, die Gerichtsstandsvereinbarung sei unwirksam (da der Beklagte nur Minderkaufmann sei) und verwies den Rechtsstreit weiter an das örtlich zuständige Landgericht Ingolstadt. Dieses Gericht hat die Sache nach § 36 Nr.6 ZPO dem BayObLG zur Zuständigkeitsbestimmung vorgelegt. Nach dessen Auffassung ist das LG Regensburg zuständig, da der Verweisungsbeschuß des AG Kehlheim Bindungswirkung auch hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit entfaltet und eine Weiterverweisung nicht mehr möglich war (§ 281 II5 ZPO). Der Umfang der Bindungswirkung folgt nicht nur aus dem Tenor des Verweisungsbeschlusses; ergibt sich aus dessen Gründen oder aus sonstigen erkennbar gewordenen Umständen, daß das verweisende Gericht nicht nur die sachliche, sondern auch die örtliche Zuständigkeit geprüft hat, so entfaltet der Verweisungsbeschuß Bindungswirkung in beiderlei Hinsicht.

## Höchstbetrag der Verurteilung beim unbezifferten Klageantrag

*BGH NJW 1996, 2425*

*Lehrbuch § 18, Rdnr. 12*

*Aufsatz von Frahm in VersR 1996, 1212*

*OLG Nürnberg ZfS 1995, 452*

Seit vielen Jahren verlangt die Rechtsprechung als Voraussetzung für die Zulässigkeit des unbezifferten Klagantrags, daß der Kläger zumindest ungefähr angibt, welchen Betrag er sich vorstellt. Nur so können z. B. der Zuständigkeitsstreitwert oder die Kostenlast sachgerecht bestimmt werden. In Rechtsprechung und Lehre hat sich hieran anknüpfend als h.M. herausgebildet, daß der unbezifferte Klageantrag eine Privilegierung für den Kläger nicht unbeschränkt, sondern lediglich innerhalb gewisser Margen (etwa +/- 20% der Betragsvorstellung) bringt, so daß z. B. auch der vom Gericht maximal zuzusprechende Betrag sich innerhalb dieser Grenzen halten muß (§ 308 I ZPO). Allerdings gibt es Unterschiede danach, in welcher Form der Kläger die verlangte Größenordnung angibt; möglich sind hier insbesondere Mindest- und Zirkangaben.

Im BGH-Fall hatte der Kläger einen unbezifferten Schmerzensgeldantrag gestellt und angegeben, er stelle sich mindestens DM 25.000.- vor. Das OLG hielt DM 50.000.- für angemessen und sprach diesen Betrag auch zu. Der BGH hat dies für richtig gehalten.



Die Mindestbetragsangabe beschränke den zuzusprechenden Betrag über § 308 I ZPO nicht. Dem Bedürfnis des Beklagten nach Abschätzung seines prozessualen Risikos werde dadurch Rechnung getragen, daß er eine Streitwertfestsetzung durch das Gericht beantragen könne, andere Gründe für eine Bindung an die Betragsvorstellung bestünden nicht.

Die Abhandlung „Keine Beschränkung durch § 308 I ZPO beim unbezifferten Schmerzensgeldantrag“ von Frahm bespricht diese Entscheidung zustimmend, stellt dabei aber auch die bisher h. M. dar, der z. B. das OLG Nürnberg gefolgt ist, indem es eine Verurteilung nur bis etwa 20% über der Betragsangabe für zulässig gehalten hat.

## Bedingung beim Hilfsantrag

*Aufsatz von Lüke/Kerwer in NJW 1996, 2121*

*Lehrbuch § 19, Rdnr. 15 ff.*

*BGH NJW 1996, 3147*

Der Kläger kann neben einem unbedingt gestellten Hauptantrag einen weiteren Antrag hilfsweise stellen, d. h. ihm vom (Nicht-)Eintritt einer Bedingung abhängig machen. Diese Bedingung darf nicht in einem ungewissen künftigen tatsächlichen Ereignis (§ 185 BGB) bestehen, sondern muß vom weiteren Prozeßverlauf abhängig sein (sog. innerprozessuale Bedingung). Anerkannt ist insbesondere der nur für den Fall der Erfolglosigkeit des Hauptantrags gestellte Hilfsantrag.

Inwieweit auch die Möglichkeit besteht, einen Antrag hilfsweise für den Fall zu stellen, daß das Hauptbegehren nicht entscheidungsreif sein sollte, ist Gegenstand der BGH- Entscheidung.

Gegenstand des Aufsatzes von Lüke/Kerwer („Eine neuartige Klagenhäufung“) ist eine neuer, in Rechtsprechung und Lehre bislang nicht behandelter anwaltlicher Versuch zur Reduzierung des Kostenrisikos: Der Kläger, der einen Anspruch über 1 Mio DM hat, klagt nur einen Teilbetrag in Höhe von DM 100.000.- ein, hilfsweise, für den Fall des Erfolgs dieses Hauptantrags (sog. „uneigentliche Klagehäufung“), macht er auch den Restbetrag geltend. Ist die Klage erfolgreich, erhält der Kläger einen Titel über seinen vollen Anspruch, ist die Klage erfolglos, ergeht keine Entscheidung über den Hilfsantrag, dieser bleibt für die Berechnung des Kostenstreitwerts unberücksichtigt (§ 19 I 2 GKG) und reduziert so die vom Kläger zu tragenden Kosten. Völlig zu Recht kommen die Verfasser vorliegend zu Ergebnis, hier handele es sich nicht nur um eine Umgehung der Kostenregelungen, sondern die Aufsplittung eines einheitlichen Streitgegenstands in eventualiter verbundene Anträge sei prozessual unzulässig.

## Kostenentscheidung nach teilweiser Erledigung der Stufenklage

*OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 839*

*Lehrbuch § 20, Rdnr. 8, 16 ff.*

*OLG Jena, NJ 1996, 220*

Umstritten ist das Verhältnis der Anträge zueinander in Stufenklage. Das OLG Düsseldorf hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob es einer Klagerücknahme bzw. einer Erledigungserklärung bedarf, wenn der Kläger den Auskunftsantrag fallenzuläßt und hat dies (abweichend von der h.M.) mit der Begründung verneint, es handele sich insoweit nicht um selbständige Anträge, „eigentliches Rechtsschutzziel“ sei die Leistung. Streitig ist in diesem Zusammenhang auch die Frage, ob der Leistungsantrag

einer Stufenklage nach einer Entscheidung über den Auskunftsanspruch noch für erledigt erklärt werden kann. Dies hat insbesondere kostenrechtliche Konsequenzen: Er gibt sich noch vor dem Schlußurteil, aber nach Erteilung der Auskunft, daß ein Leistungsanspruch nicht besteht, so kann der Kläger der bei Klageabweisung als unbegründet oder Klagerücknahme drohenden Kostenlast (§§ 91, 269 III 2 ZPO) nur durch eine Erledigungserklärung entgehen. Schließt sich der Beklagte dieser an (so auch im vorliegenden Fall des OLG Jena), so tendiert die h.M. dazu, die Kosten dem Beklagten aufzuerlegen, da der Kläger nicht schlechter gestellt werden darf als bei Erhebung einer isolierten Auskunftsklage. Bleibt die Erledigungserklärung dagegen einseitig, verneint die h. M. eine Erledigung, da die Klage von Anfang an unbegründet war, so daß der Kläger die Kosten zu tragen hat.

### Entscheidung bei der Stufenklage

*OLG Celle NJW-RR 1996, 430*

*Lehrbuch § 20, Rdnr. 11*

Weil die Stufenklage für die Fälle konzipiert ist, in denen die Voraussetzungen für spätere Stufen durch eine Entscheidung über vorhergehende Stufen geschaffen werden sollen, müssen die einzelnen Stufen grundsätzlich nacheinander durch Teilurteile beschrieben werden. Eine Ausnahme gilt dort, wo bereits in einem frühen Verhandlungsstadium feststeht, daß die Klage insgesamt unbegründet ist, hier kann die Klage insgesamt (d. h. alle Stufen umfassend) abgewiesen werden. Im vorliegenden Fall wollte ein Oberarzt von seinem Chefarzt einen Teil der für die Behandlung von Privatpatienten vereinnahmten Beträge. Um seinen Zahlungsanspruch beziffern zu können, klagte er in der ersten Stufe auf Auskunft über die Höhe der erzielten Nebeneinkünfte. Das Landgericht wies die Klage insgesamt ab, weil es der Ansicht war, es bestehe kein Leistungs- und damit auch kein Auskunftsanspruch. Das OLG hielt einen Leistungsanspruch für gegeben und verurteilte den Beklagten zunächst zur Erteilung der Auskunft; der Zahlungsanspruch blieb damit automatisch in erster Instanz anhängig, ohne daß es einer ausdrücklichen Zurückverweisung insoweit bedurfte.

### Klageänderung bei Übergang von Freistellung auf Feststellung

*OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 1245*

*Lehrbuch § 21, Rdnr. 2*

Eine Klageänderung liegt nur vor, wenn nach Rechtshängigkeit der bisherige Streitgegenstand geändert, insbesondere der bisherige Streitgegenstand durch einen anderen ersetzt wird. Fraglich ist, inwieweit dieser Fall vorliegt, wenn der Versicherungsnehmer von seiner Haftpflichtversicherung zunächst Freistellung von den Schadensersatzansprüchen des Geschädigten verlangt und insoweit in erster Instanz auch ein Grundurteil erstritten hat, er aber dann in der Berufungsinstanz auf einen Hinweis des Gerichts gemäß § 139 ZPO Feststellung verlangt, daß die beklagte Versicherung verpflichtet ist, ihm Versicherungsschutz zu gewähren. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf stellt ein solcher Antragswechsel keine Klageänderung dar, da das Feststellungsbegehren als Weniger regelmäßig vom Leistungsbegehren mitumfaßt sei (Fall der Klagereduzierung nach § 264 Nr. 2 ZPO); selbst wenn man eine Klageänderung annehmen wollte, sei diese nach § 263 ZPO sachdienlich.

## Zulässigkeit der Klageänderung

*BGH NJW 1996, 2869*

*Lehrbuch § 21, Rdnr. 7 ff.*

Eine Änderung des Streitgegenstands nach Rechtshängigkeit ist grundsätzlich nur zulässig, wenn entweder der Gegner hierin einwilligt oder das Gericht die Änderung für sachdienlich hält (§ 263 ZPO). Eine Fälle der Klageänderung jedoch sind auch ohne diese Voraussetzungen kraft Gesetzes immer zulässig (§ 264 ZPO).

Verlangt der Schuldner, der zunächst vom Gläubiger Herausgabe der Bürgschaftsurkunde verlangt hat, nach Auszahlung der Bürgschaftssumme deren Rückzahlung, so liegt hierin eine nach § 264 Nr. 3 ZPO zulässige Anpassung der Klage an nachträglich veränderte Umstände. Macht der Kläger aber gleichzeitig einen weiteren, neuen Anspruch geltend, muß dieser Teil der Klageänderung nach § 263 ZPO beurteilt werden.

## Kostenquotelung bei teilweiser Klagerücknahme

*BGH NJW-RR 1996, 256*

*Lehrbuch § 21, Rdnr. 15*

Nimmt der Kläger die Klage zurück, so hat er gem. § 269 III 2 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, unabhängig davon, wie der Rechtsstreit ohne die Klagerücknahme ausgegangen wäre. Betrifft die Klagerücknahme nur einen Teil der Klageforderung, so ist die Regelung des § 92 ZPO entsprechend heranzuziehen. Obsiegt der Kläger mit dem rechtshängig gebliebenen Teil ganz oder teilweise, kommt es regelmäßig zu einer Kostenquotelung nach § 92 I. Anwendbar ist aber auch § 92 II ZPO: Im vorliegenden Fall hatte der Kläger einen Feststellungsantrag im Wert von DM 3.000.- zurückgenommen, mit dem Leistungsantrag in Höhe von DM 230.000.- vollständig obsiegt, so daß der BGH dem Beklagten die ganzen Kosten des Rechtsstreits auferlegt hat.

## Veräußerung der streitbefangenen Sache

*OLG Brandenburg NJW-RR 1996, 724*

*Lehrbuch § 22, Rdnr. 11 ff.*

Veräußert eine Partei während des Prozesses die streitbefangene Sache, so soll nach der Wertung des §§ 265 II 1 ZPO der Prozeß grundsätzlich unverändert fortgesetzt werden können.

Im vorliegenden Fall hatte der Kläger der Beklagten ein Grundstück verkauft und dieser ein Rücktrittsrecht eingeräumt. Für die Beklagte wurde zunächst eine Auflassungsvormerkung eingetragen, später trat sie vom Vertrag zurück und wurde vom Kläger auf Zustimmung zur Löschung der Vormerkung in Anspruch genommen, was sie unter Hinweis auf einen ihr zustehenden Schadensersatzanspruch ablehnte. Während des Prozesses übertrug die Beklagte ihre Auflassungsvormerkung an eine Dritte, die im Grundbuch eingetragen wurde; die Beklagte hält sich deswegen nicht länger für passiv legitimiert. Das OLG hat dies unter Hinweis auf §§ 265, 325, 727, 741 ZPO anders gesehen: Die Rechtsnachfolge blieb ohne Einfluß auf den Rechtsstreit, die Passivlegitimation der Beklagten bleibt unberührt, die Rechtsnachfolgerin ist an die Rechtskraft der Entscheidung gebunden, ggf. kann gegen sie nach Umschreibung des

Titels vollstreckt werden. Der Kläger kann seinen ursprünglichen Antrag beibehalten oder (nach § 264 Nr. 3 ZPO) Ersatz des Interesses verlangen.

## Gewillkürter Parteiwechsel bei Rechtsnachfolge

BGH NJW 1996, 2799

Lehrbuch § 22, Rdnr. 17

Die Klägerin hatte in 1. Instanz Schadensersatz verlangt und war unterlegen. Gegen dieses Urteil legte eine in erster Instanz gar nicht beteiligte dritte Person Berufung ein und trug vor, ihr sei der Schadensersatzanspruch im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens abgetreten worden. Erst mit der Berufungsbegründung trat sie dem Rechtsstreit hilfsweise als Streithelferin des Klägers bei.

Der Wechsel einer Partei während des Prozesses ist (von wenigen Sonderfällen abgesehen) im Gesetz nicht geregelt. Er wird wegen des unabweisbaren praktischen Bedürfnisses hiernach trotzdem einhellig zugelassen. Umstritten sind jedoch Voraussetzungen und Folgen eines solchen Wechsels. Die Rechtsprechung löst diese Fälle analog zur Klageänderung nach §§ 263 ff. ZPO, läßt also einen Wechsel des Klägers grundsätzlich auch gegen den Willen des Beklagten zu, wenn ein solcher Wechsel sachdienlich ist (Lehrbuch § 15, Rdnr. 9 ff.)

Hier jedoch gilt dies nicht. Der BGH stellt klar, daß § 265 II 2 ZPO insoweit eine eindeutige, für eine Analogie zu den §§ 263, 264 ZPO keinen Raum lassende Sonderregelung darstellt. Danach kann der Rechtsnachfolger den Prozeß nur übernehmen, wenn der Gegner zustimmt. Ohne Zustimmung des Gegners möglich ist die Nebenintervention (Lehrbuch § 22, Rdnr. 16), die den Rechtsnachfolger dann berechtigt, Berufung einzulegen, soweit nicht die Hauptpartei (in unserem Fall die Klägerin) widerspricht (Lehrbuch § 16, Rdnr. 46). Dies jedoch hatte der Dritte im vorliegenden Fall erst nach Ablauf der Berufungsfrist (§ 516 ZPO) und damit zu spät getan.

## Drittwiderklage

Aufsatz von Uhlmannsiek in MDR 1996, 114

BGH NJW 1996, 196

Lehrbuch § 24, Rdnr. 16 ff.

Besprechung von Maihold in JA 1996, 444

Die Widerklage kann auch von einem oder gegen einen am Prozeß bislang nicht beteiligten Dritten erhoben werden. Die Zulässigkeit solch parteierweiternder Widerklagen ist nicht unbestritten, wird aber zumindest dann überwiegend bejaht, wenn die Widerklage auch zwischen den bisherigen Parteien zustande kommt. Hieran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Widerklage gegen den Dritten (nur) deswegen erhoben wird, um diesen als Zeugen auszuschalten. Allgemein mit diesen Fragen setzt sich der Aufsatz von Uhlmannsiek auseinander.

Einen praktischen Beispielfall enthält die (von Maihold besprochene) BGH-Entscheidung: Der Kläger begehrte Zahlung von Restwerklohn aus Bauarbeiten. Die Beklagten verkündeten dem Architekten nach einer ersten Beweisaufnahme den Streit, dieser trat dem Rechtsstreit auf ihrer Seite bei. Nach einer weiteren Beweisaufnahme erhoben die Beklagten Widerklage auf Zahlung der Mängelbeseitigungskosten gegen den Kläger und den Architekten. Letzterer hält die Widerklage für unzulässig.

Der BGH ist der Ansicht, einer Anwendung der Grundsätze der parteierweiternden Widerklage stehe nicht entgegen, daß der Architekt bereits vor Erhebung der Widerklage Verfahrensbeteiligter gewesen sei; seine Stellung als Nebenintervenient schließe eine Widerklage gegen ihn nicht aus. Die Zulässigkeit der Drittwiderklage sei nach den Grundsätzen über die Klageänderung (§§ 263 ff. ZPO) zu beurteilen, so daß -bei Fehlender Zustimmung des Drittwiderbeklagten- die Sachdienlichkeit zu prüfen sei. Um eine unbillige Bindung des Drittwiderbeklagten an bereits erzielte Prozeßergebnisse (hier die Ergebnisse der Beweisaufnahmen) zu vermeiden, könne er eine Wiederholung der Beweisaufnahme verlangen, wenn er sonst in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt werde.

## Hilfswiderklage

*BGH NJW 1996, 2306*

*Lehrbuch § 24, Rdnr. 19*

Die Widerklage kann bedingt erhoben werden (sog. „Hilfswiderklage“). Im vorliegenden Fall hatte der Beklagte hilfsweise für den Fall des Durchdringens mit seinem Klageabweisungsantrag gegen die Klage widerklagend Feststellung begehrt, daß dem Kläger weitergehende Ansprüche nicht zustehen. Dies hat der BGH selbst für den Fall zugelassen, daß die mit der Widerklage negierten Ansprüche unabhängig vom Klageanspruch sind.

## Wider-Widerklage

*BGH NJW-RR 1996, 65*

*Lehrbuch § 24, Rdnr. 24*

Reagiert der Kläger auf die vom Beklagten erhobene Widerklage durch eine Änderung seines bisherigen Begehrens, so geht die Rechtsprechung von einer sog. Wider-Widerklage, und nicht von einer Klageänderung aus, so daß die Voraussetzungen des § 263 ZPO (Zustimmung des Beklagten oder Bejahung der Sachdienlichkeit durch das Gericht) nicht erfüllt sein müssen. Im vorliegenden Fall hatte die Klägerin zur Vorbereitung der Unterhaltsberechnung auf Auskunft geklagt, der Beklagte Widerklage auf Feststellung erhoben, daß er geringeren Unterhalt schulde, als er (aufgrund einer einstweiligen Anordnung) bisher bezahle; daraufhin verlangte die Klägerin zusätzlich Zahlung eines höheren Unterhalts vom Kläger. Das Amtsgericht hat den neuen Antrag der Klägerin abgetrennt und mangels eigener örtlicher Zuständigkeit verwiesen. Der BGH hat festgestellt, daß die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts auch für den neuen Antrag aus § 33 ZPO folgt, da es sich um eine Wider-Widerklage handelt, die mit den bisherigen Prozeßgegenständen in rechtlichem Zusammenhang steht.

## Musterfälle zum Versäumnisverfahren

*Aufsatz von Ebner in JA 1996, 583*

*Lehrbuch § 26*

Verfasser stellt anhand von 14 Beispielsfällen ausgewählte Probleme des Versäumnisverfahrens dar. Behandelt werden insbesondere die Voraussetzungen des Erlasses ei-

nes Versäumnisurteils, daneben aber auch Fragen der Tenorierung nach Einspruch der säumigen Partei. Lesenswert!

## Selbständiges Beweisverfahren

*Aufsatz von Pauly in JR 1996, 269*

*Lehrbuch § 27, Rdnr. 1 ff.*

Der vorliegende Aufsatz („Das selbständige Beweisverfahren in Bausachen“) beschäftigt sich mit ausgewählten Problemen des selbständigen Beweisverfahrens in Bausachen, wo praktisch auch der Schwerpunkt dieses Instituts liegt.

## Sachverständigenablehnung im selbständigen Beweisverfahren

*OLG Celle ZMR 1996, 211*

*Lehrbuch § 27, Rdnr. 4*

Im Zivilprozeß können nicht nur zur Entscheidung berufene Richter (§ 42 ZPO), sondern auch sonstige auf Seiten des Gerichts am Verfahren beteiligte Personen abgelehnt werden (§§ 49, 1032 ZPO; § 191 GVG); dies gilt nach § 406 ZPO auch für Sachverständige. Ein solcher Ablehnungsgrund liegt nach der vorliegenden Entscheidung vor, wenn der Sachverständige weder dem Gericht noch dem Prozeßgegner mitteilt, daß er für den Beweisführer bereits anderweitig tätig ist. Erfolgt die Beauftragung des Sachverständigen nicht in einem laufenden Prozeß, sondern in einem selbständigen Beweisverfahren, so ist streitig, ob der Ablehnungsantrag schon hier oder erst im nachfolgenden Hauptverfahren zu stellen ist. Das OLG Celle schließt sich der erstgenannten Auffassung an, weil die Beweiserhebung hier der Beweiserhebung im Prozeß gleichsteht.

## Erfolgsaussichten beim selbständigen Beweisverfahren

*OLG Köln NJW-RR 1996, 573*

*Lehrbuch § 27, Rdnr. 6*

Ein selbständiges Beweisverfahren ist außerhalb eines bereits anhängigen Rechtsstreits gem. § 485 II ZPO zulässig, wenn der Antragsteller ein rechtliches Interesse daran hat. Dieses besteht, wenn die Feststellung der Vermeidung eines späteren Prozesses dienen kann. Auf die Erfolgsaussichten eines späteren Hauptsacheverfahrens kommt es dabei nicht an. Im vorliegenden Fall hatte der Antragsteller die Einholung eines Sachverständigengutachtens im selbständigen Beweisverfahren zur Frage der Mangelhaftigkeit gekaufter Polstermöbel beantragt, der Antragsgegner hatte eingewandt, ein möglicher Hauptsacheprozeß sei erfolglos, weil die Frist des § 477 BGB bereits verstrichen und die Einrede der Verjährung erhoben sei.

## Gegenanträge im selbständigen Beweisverfahren

*OLG München NJW-RR 1996, 1277*

*Lehrbuch § 27, Rdnr. 9*

*OLG Düsseldorf BauR 1996, 896*

Ob Gegenbeweisanträge im selbständigen Beweisverfahren zulässig sind, ist in Rechtsprechung und Lehre seit langem umstritten und auch durch die Gesetzesneufassung 1991 nicht geklärt worden. Die wohl überwiegende Meinung lehnt solche Anträge des Gegners ab, weil ein Gegenantrag zu einer Verzögerung des Verfahrens sowie zu Schwierigkeiten bei der Kostenverteilung führen kann und dem Gegner ein eigenes Beweisverfahren möglich ist. Die Gegenansicht erlaubt Gegenanträge zum Teil nur, wenn die Gegenanträge keine Ausweitung, Verzögerung oder Komplizierung des Verfahrens bewirken, sondern der Sachaufklärung der bereits angesprochenen Beweisfrage dienen, zum Teil aber auch ohne jede Einschränkung.

Der 27. Zivilsenat des OLG München schließt sich der letztgenannten Auffassung an, weil das selbständige Beweisverfahren durch Schaffung klarer tatsächlicher Verhältnisse einen drohenden Rechtsstreit nach Möglichkeit vermeiden soll und nur durch Zulassung von Anträgen auch des Gegners eine umfassende Sachverhaltsaufklärung und eine Einigung der Parteien möglich ist.

Das OLG Düsseldorf erlaubt Gegenanträge, wenn sie rechtzeitig gestellt sind, in unmittelbarem Zusammenhang mit den Beweisthemen des Antragstellers stehen und keine weiteren Beteiligten in das Verfahren einbeziehen. Konkret hat der Bauherr gegen den Bauunternehmer Baumängel feststellen lassen wollen, mit dem Gegenantrag des Bauunternehmers sollte geklärt werden, ob diese Mängel auf Planungsfehler zurückzuführen seien.

## Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren

*Aufsatz von Kunze in NJW 1996, 102*

*Lehrbuch § 27, Rdnr. 9*

Ob im selbständigen Beweisverfahren Streitverkündung und Nebenintervention zulässig sind, ist umstritten. Eine Auffassung lehnt dies unter Hinweis darauf ab, die §§ 66, 72 ZPO setzten ihrem Wortlaut nach einen „anhängigen Rechtsstreit“ voraus, darum handele es sich beim selbständigen Beweisverfahren aber eindeutig nicht. Die inzwischen herrschende Meinung, der sich der Verfasser vorliegend nach Herausarbeitung der Argumente anschließt, wendet die §§ 66, 72 ZPO aber entweder unmittelbar oder zumindest analog an und läßt beide Institute zu. Nur hiermit wird dem nicht zu verkennenden Bedürfnis in der Praxis und wohl auch dem Willen des Gesetzgebers bei der Neufassung dieses Instituts Rechnung getragen.

## Streitwert des selbständigen Beweisverfahrens

*OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 383*

*Lehrbuch § 27, Rdnr. 11*

Seit der Änderung der §§ 485 ff. ZPO im Jahr 1991 ist es -im Unterschied zum früheren Recht- h. M. geworden, daß sich der Streitwert nach dem vollen Wert des zu sichernden Anspruchs bemißt und ein Abschlag hiervon nicht zu machen ist. Begründet wird das u. a. mit der dem früheren Recht gegenüber weitergehenden Funktion des

Beweissicherungsverfahren (Streitbeilegung statt bloßer Beweissicherung, z. B. in § 492 II ZPO).

## Beweiserleichterungen im Zivilprozeß

*Aufsatz von Oberheim in JuS 1996, 636; 729; 918; 1111* Lehrbuch § 27a, Rdnr. 1 ff.

Bestrittene Tatsachen können einer Entscheidung nur zugrunde gelegt werden, wenn sie bewiesen sind. Für die Beweisaufnahme gelten einige Grundsätze (Bebringungsgrundsatz, Beweisbedürftigkeit, Strengbeweis, Vollbeweis, Negativfiktion, Beweislast), die in ihrem Zusammenwirken eine materiell gerechte Lösung ermöglichen sollen, sei es durch hinreichende Sachaufklärung, sei es durch Verteilung des Prozeßrisikos, wenn eine Sachaufklärung nicht möglich ist. Ausnahmsweise können diese Beweisgrundsätze aber gerade das Gegenteil erreichen: Indem sie die Anforderungen an die Beweisführung so hoch ansetzen, führen sie zu unbefriedigenden Entscheidungen. Um diese zu vermeiden, lassen Gesetz, Rechtsprechung oder Parteivereinbarungen Ausnahmen von den Beweisgrundsätzen zu, sog. Beweiserleichterungen. Diese sind Gegenstand der vorliegenden Aufsatzreihe.

Im ersten Beitrag werden neben den Beweisgrundsätzen die offenkundigen Tatsachen (§ 291 ZPO) dargestellt, bei denen die Erleichterung darin besteht, daß sie auch ohne Beweis als wahr behandelt werden können, weil die Beweisaufnahme ohnehin nur ergeben würde, was ohnehin schon feststeht.

Eine Erleichterung der Beweisführung kann auch darin bestehen, daß anstelle der zu den Voraussetzungen der materiell-rechtlichen Norm gehörenden (Haupt-)Tatsache nur eine Hilfstatsache vorliegen muß, von deren Vorliegen dann auf die Haupttatsache rückgeschlossen wird. Im zweiten Teil werden die Möglichkeiten einer solchen Beweisverlagerung im Rahmen der Indizien und der gesetzlichen Vermutungen behandelt.

Gegenstand des dritten Teils ist zunächst der Anscheinsbeweis, bei dem aufgrund eines typischen, alltäglichen Erfahrungssatzes auf das Vorliegen von nicht oder schwer beweisbaren Anspruchsvoraussetzungen, insbesondere das Verschulden des Beklagten oder die Kausalität einer bestimmten Ursache, geschlossen werden kann. Dargestellt werden ferner die Möglichkeiten einer Schätzung, bei der das Gericht frei „schätzen“ kann, ob und in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist, wenn zwar feststeht, daß dem Kläger ein Anspruch gegen den Beklagten zusteht, er dessen Höhe aber nicht beweisen kann.

Im vierten Teils geht es zunächst das Freibeweisverfahren, das dort, wo das Gesetz es gestattet (z. B. im Bereich des FGG) oder in Bezug auf nicht zu den materiellrechtlichen Streitfragen zwischen den Parteien gehörende Tatsachen ein nicht an die §§ 355 ff. ZPO gebundenes Beweisverfahren mit beliebigen Beweismitteln und einem erleichterten Beweismaß gestattet. Ferner werden die nur im Rahmen gesetzlicher Anordnung zulässigen Möglichkeiten der Glaubhaftmachung dargestellt, die ebenfalls eine Erweiterung der Beweismittel und eine Absenkung des Beweismaßes gestatten.



## Beweiserleichterungen im Privatversicherungsrecht

*OLG Saarbrücken NJW-RR 1996, 409*

*Lehrbuch § 27a, Rdnr. 8*

*BGH NJW 1996, 993*

*BGH NJW 1996, 1348*

Macht der Versicherungsnehmer Ansprüche gegen den Versicherer aus der Diebstahlsversicherung geltend, so kann er in aller Regel nur beweisen, daß das Fahrzeug weg ist, daß es gestohlen wurde, ist nicht zu beweisen. Deswegen kommen ihm Beweiserleichterungen zugute, so daß er nur das „äußere Bild“ einer Entwendung beweisen muß, d. h. ein Mindestmaß an Tatsachen, die nach der Lebenserfahrung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den Schluß auf einen Diebstahl zulassen. Dem hatte der Kläger genügt, indem er vortrug, den Wagen in einer Tiefgarage abgestellt und nach seiner Rückkehr nicht wieder vorgefunden zu haben. Vermutet die Versicherung, daß der Diebstahl nur vorgetäuscht wurde, kommen -weil insoweit ein unmittelbarer Beweis ebensowenig möglich sein wird- auch ihr Beweiserleichterungen zugute. Es reicht aus, daß sie Tatsachen beweist, die die Annahme einer Vortäuschung mit erheblicher Wahrscheinlichkeit nahelegen. Dann wird die ursprüngliche Beweissituation wiederhergestellt, d. h. der Versicherungsnehmer muß dann den vollen Beweis für einen (echten) Diebstahl erbringen.

Im ersten BGH-Fall hatte die Versicherung beweisen können, daß entgegen den Angaben des Versicherungsnehmers Nachschlüssel für das Auto gefertigt worden waren und dieses nach seinem Wiederauffinden in Polen keinerlei Beschädigungen an den Schlössern aufwies. Der BGH ist der Auffassung, dies reiche nicht aus, weil nicht feststeht, wann, von wem und mit wessen Billigung das Kopieren erfolgte und nicht ausgeschlossen werden kann, daß die Nachschlüssel ohne Wissen und Willen des Eigentümers hergestellt worden sind.

Teilweise wird auf eine Mitwirkung des Eigentümers geschlossen, wenn der Originalschlüssel nach seiner Kopierung nur noch wenig gebraucht wurde, da dann vermutet werden könne, daß der Nachschlüssel unmittelbar vor der Entwendung angefertigt wurde, was nicht ohne Wissen des Eigentümers geschehen sein kann. Tatsächliche Feststellungen dazu, inwieweit der Originalschlüssel nach Anfertigung des Nachschlüssels noch verwendet wurde, sind der Entscheidung des OLG Saarbrücken zufolge jedoch kaum möglich.

Anhaltspunkte für eine Vortäuschung des Diebstahls ergeben sich nach dem zweiten BGH-Urteil möglicherweise auch aus einem früheren Entwendungsfall. Der Kläger hatte Ersatz für sein in Polen gestohlenen Mercedes Coupé verlangt, nachdem ein sechs Monate vorher ebenfalls in Polen von ihm als gestohlen gemeldetes Fahrzeug zwischenzeitlich in der Ukraine mit dem Originalschlüssel und ohne Aufbruchsspuren aufgefunden worden war.

## Indizienbeweis für vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalles

*Aufsatz von Römer in NJW 1996, 2329*

*BGH NJW-RR 1996, 664*

*BGH NJW-RR 1996, 665*

*Lehrbuch § 27a, Rdnr. 8*

Hat der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall vorsätzlich herbeigeführt, wird die Versicherung von ihrer Leistungspflicht frei (§ 61 VVG). Dies zu beweisen, fällt der Versicherung in aller Regel jedoch schwer. Zu ihren Gunsten greifen deswegen häufig Beweiserleichterungen ein. Möglich ist es insbesondere, aus Hilfstatsachen, sog. Indizien, auf die Haupttatsache, das vorsätzliche Herbeiführen, zu schließen.

Im erstgenannten BGH-Fall hatten die klagenden Versicherungsnehmer eine Segelyacht bei der Beklagten gegen Feuer versichert und verlangten, nachdem das Schiff infolge eines Brandes gesunken war, DM 400.000.-; die Beklagte verweigerte die Zahlung unter Hinweis auf § 61 VVG. Der BGH stellt fest, daß die Anforderungen an den diesbezüglichen, der Beklagten obliegenden Beweis nicht überspannt werden dürfen. Im Rahmen des Indizienbeweises sind die vorgetragenen Umstände vollständig und verfahrensrechtlich einwandfrei zu ermitteln und alle Beweiszeichen erschöpfend zu würdigen. Stellt sich dabei durch ein Sachverständigengutachten heraus, daß ein technischer Defekt als Brandursache sehr unwahrscheinlich ist, gab es schon vor dem Brand Gerüchte über eine bevorstehende Brandstiftung durch die Versicherungsnehmer und hatten diese auch ein plausibles Motiv, so kann dies zur Beweisführung ausreichen.

In der zweiten BGH-Entscheidung war ein Haus unstreitig durch Brandstiftung vernichtet worden, die beklagte Versicherung lehnte eine Schadensregulierung ab, weil sie davon ausging, daß der Ehemann der klagenden Versicherungsnehmerin den Brand gelegt hatte. Hier reichte dem BGH für die Indizienbeweisführung, daß der Ehemann behauptet hatte, ein Kellerfenster sei aufgebrochen worden, die Polizei aber feststellte, daß es von innen geöffnet worden war. Zudem hatte sich der Ehemann ausdrücklich bei Bewohnern des Hauses danach erkundigt, wann sie das Haus verlassen würden, der Brand war wenige Minuten nach dem Weggang des letzten Mieters ausgebrochen. Allgemein mit den im Zusammenhang des Kraftfahrzeugdiebstahls auftauchenden zivilprozessualen Beweisfragen befaßt sich der lesenswerte Aufsatz von Römer.

## Anscheinsbeweis

*Aufsatz von Stück in JuS 1996, 153*

*OLG Köln VuR 1996, 98*

*OLG Karlsruhe TranspR 1995, 439*

*OLG Köln r+s 1996, 17*

*OLG Stuttgart r+s 1996, 308*

*Lehrbuch § 27a, Rdnr.20 ff.*

Nach allgemeiner Lebenserfahrung gibt es häufig wiederkehrende, nicht steuerbare und typische Geschehensabläufe. Die allgemeine Lebenserfahrung lehrt hier, daß bei einem solchen typischen Tatbestand bestimmte Einzeltatsachen in der immer gleichen Form gegeben sind, so daß es gerechtfertigt erscheint, von ihrem Vorliegen solange zunächst einmal auszugehen, bis eine nähere Betrachtung des konkreten Einzelfalles zeigt, daß sie hier (ausnahmsweise) vielleicht doch nicht vorliegt. Steht ein Sachver-

halt fest, bei dem die behauptete, zur Ausfüllung einer Rechtsnorm erforderliche Haupttatsache typischerweise gegeben ist, so spricht der erste Anschein (prima facie) für das Vorliegen der Haupttatsache; dieser Anschein ersetzt zunächst eine an sich notwendige Beweisaufnahme, die Tatsache kann trotz des Bestreitens durch den Gegner für die Entscheidung als gegeben zugrunde gelegt werden. Hauptanwendungsbereich des Anscheinsbeweises sind das Verschulden und die Kausalität bei Schadensersatzansprüchen, doch hat die Rechtsprechung auch andere Fallgruppen zugelassen. Obwohl das Institut seit 1900 in Rechtsprechung und Lehre Verwendung findet, ist es bis heute in seiner dogmatischen Herleitung und seinem Anwendungsbereich nicht abschließend geklärt. Insbesondere in der Rechtsprechung findet sich keine über die bloße Kasuistik hinausgehende, verallgemeinerbare Linie, vielfach sind die Entscheidungen sogar widersprüchlich. Stück arbeitet die wichtigsten Fragen heraus und stellt insbesondere aus dem Kernanwendungsbereich, dem Anscheinsbeweis der Kausalität und des Verschuldens, die wichtigsten Entscheidungen kurz zusammen.

Einzelfälle des Anscheinsbeweises behandeln die genannten Entscheidungen:

Der Beweis des ersten Anscheins soll nach der Entscheidung des OLG Köln auch nicht dafür möglich sein, daß ein (mit Backwaren beladener) Kunde, der auf dem Weg aus einer Bäckerei heraus stürzt, infolge herumliegender Krümel zu Fall gekommen ist.

Im Wege des Anscheinsbeweises kann nie auf *grob* fahrlässiges Verhalten geschlossen werden, da individuelle Willensentschlüsse, insbesondere qualifizierte Schuldformen, nie typisch sind; möglich ist allenfalls ein Rückschluß auf einfache Fahrlässigkeit. Dies ist Inhalt der Entscheidung des LG Traunstein, bei dem feststand, daß bei der Einstellung einer Skibindung eine einschlägige DIN-Norm nicht eingehalten wurde; hieraus kann nach Auffassung des Gerichts im Wege des Anscheinsbeweises weder geschlossen werden, daß die Bindung fehlerhaft eingestellt war, noch, daß ein *grob* fahrlässiges Verhalten vorlag.

Im Fall des OLG Stuttgart war die Ursache eines Wohnungsbrandes unklar geblieben. Fest stand, daß der Brand von der Nachbarwohnung ausgegangen war und daß Blitzschlag, Selbstentzündung und Brandstiftung als Ursache ausschieden. Dennoch lehnte das OLG einen Anscheinsbeweis für eine Verantwortlichkeit des Wohnungsmieters ab, weil auch noch andere Geschehensverläufe denkbar waren.

## Anscheinsbeweis beim Verkehrsunfall

*BGH NJW 1996, 1828*

*Lehrbuch § 27a, Rdnr.20 ff.*

*OLG Köln VuR 1996, 98*

*OLG Köln r+s 1996, 17*

*OLG Karlsruhe TranspR 1995, 439*

*OLG Düsseldorf NZV 1996, 486*

Kommt ein Kraftfahrer von einer geraden und übersichtlichen Fahrbahn ab, kann regelmäßig auf einen Fahrfehler geschlossen werden. Ein solch typischer Lebenssachverhalt liegt nach der Entscheidung des BGH dann nicht mehr vor, wenn das Abkommen von der Fahrbahn in unmittelbarem Zusammenhang damit steht, daß er bei Gegenverkehr von einem anderen Fahrzeug überholt wurde

Greift der Anscheinsbeweis bei einem Verkehrsunfall zu Lasten des Auffahrenden, so kann dieser ihn erschüttern, indem er beweist, daß der Vordermann grundlos, d. h. zumindest nicht verkehrsbedingt, stark gebremst hat (so das OLG Köln).

Der Anscheinsbeweis greift -vom Erstanstoß abgesehen- grundsätzlich nicht beim un- aufgeklärten Serienauffahrunfall, weil es hier an dem typischen Geschehensablauf fehlt: Die Kollision kann hier nicht nur auf verschuldeten Ursachen (zu geringer Sicherheitsabstand oder Unachtsamkeit), sondern auch auf überraschender Bremsweg- verkürzung durch den Erstunfall oder auf einem Aufschieben beruhen. In der Regel ist daher nur eine Haftungsverteilung nach der Betriebsgefahr (50:50) möglich. Ein sol- cher Fall ist Gegenstand der Entscheidung des OLG Düsseldorf und der Anmerkung von Greger.

Im Fall des OLG Karlsruhe kam es für die Rechtsfolgen eines Verkehrsunfalls darauf an, ob der Fahrer eines Kfz grob fahrlässig gehandelt hatte; dabei stand fest, daß der Fahrer am Steuer eingeschlafen war. Mit der nahezu einhelligen Auffassung geht das OLG Karlsruhe davon aus, daß im Wege des Anscheinsbeweises auf *grob* fahrlässiges Verhalten nicht geschlossen werden kann, da individuelle Willensentschlüsse, insbe- sondere qualifizierte Schuldformen, nie typisch sind; möglich wäre allenfalls ein Rückschluß auf einfache Fahrlässigkeit.

## Anscheinsbeweis bei hoher Telefonrechnung

*LG München NJW-RR 1996, 893*

*Lehrbuch § 27a, Rdnr. 20 ff.*

*LG München NJW-RR 1996, 893*

*LG Saarbrücken NJW-RR 1996, 894*

*LG Berlin NJW-RR 1996, 895*

*LG Berlin BB 1996, 818*

Manche Sachverhalte kommen alltäglich in stets wiederkehrender, gleicher Form vor und zeigen regelmäßig den gleichen Geschehensablauf. Die allgemeine Lebenserfah- rung lehrt hier, daß bei einem solchen typischen Tatbestand bestimmte Einzeltatsachen in der immer gleichen Form gegeben sind, so daß es gerechtfertigt erscheint, von ih- rem Vorliegen solange zunächst einmal auszugehen, bis eine nähere Betrachtung des konkreten Einzelfalles zeigt, daß sie hier (ausnahmsweise) vielleicht doch nicht vor- liegt. Steht ein Sachverhalt fest, bei dem die behauptete, zur Ausfüllung einer Rechts- norm erforderliche Haupttatsache typischerweise gegeben ist, so spricht der erste An- schein (prima facie) für das Vorliegen der Haupttatsache; dieser Anschein ersetzt zu- nächst eine an sich notwendige Beweisaufnahme, die Tatsache kann trotz des Bestrei- tens durch den Gegner für die Entscheidung als gegeben zugrunde gelegt werden. Hauptanwendungsbereiche des Anscheinsbeweises sind das Verschulden und die Kau- salität bei Schadensersatzansprüchen, doch hat die Rechtsprechung auch andere Fall- gruppen zugelassen.

In der Rechtsprechung umstritten ist, ob der Beweis der ersten Anscheins auch für die Richtigkeit einer Telefonrechnung der Telekom spricht. Die überwiegende Rechtspre- chung bejaht dies, da die Gebührenerfassungseinrichtungen der Telekom die in An- spruch genommenen Einheiten regelmäßig korrekt zählen (LG Hannover MDR 1990, 728; LG Essen NJW 1994, 2365; AG Koblenz NJW 1994, 2367), doch wird hieran in neueren Entscheidung zunehmend Kritik deutlich (vgl. LG Aachen in Rspr-Info 1995). Auch das LG Berlin in BB lehnt einen Anscheinsbeweis für einen privaten

Netzbetreiber mit überzeugender Begründung zumindest für den Fall ab, daß innerhalb kürzester Zeit außergewöhnlich hohe Gebühren bei einem Funktelefon entstanden sind (hier: innerhalb von 4 Tagen Gebühren in Höhe von DM 18.000.-), weil es sich dann eben gerade nicht mehr um einen typischen Fall handelt. Die übrigen Entscheidungen vertreten hier verschiedene Standpunkte.

## **Umkehr der Beweislast bei der Produkthaftung**

*BGH NJW 1996, 2507*

*Lehrbuch § 27a, Rdnr. 28*

Eine der weitestgehenden Beweiserleichterungen ist die Beweislastumkehr: Während im Regelfall bei Unerweislichkeit einer Tatsache von deren Nichtvorliegen ausgegangen wird, hat die Rechtsprechung einige Fallgruppen entwickelt, in denen die Tatsache im Wege einer Positivfiktion als gegeben angesehen wird, solange der Gegner nicht deren Nichtvorliegen beweist. Eine wichtige Fallgruppe ist die Produkthaftung. Während das Produkthaftungsgesetz ohnehin als verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung ausgestaltet ist, greift bei der deliktischen Produkthaftung aus §§ 823 ff. BGB eine Beweislastumkehr zugunsten des Konsumenten: Steht fest, daß ein objektiver Mangel eines Produkts zu einer Eigentumsverletzung geführt hat, ist der Geschädigte nicht nur von dem Beweis des Verschuldens, sondern auch von dem der objektiven Pflichtwidrigkeit entlastet.

Im vorliegenden Fall waren von der Klägerin mit Lacken der Beklagten hergestellte Holzmöbel nach kurzer Zeit unansehnlich geworden. Die Beweisaufnahme ergab, daß die Schäden auf einer Mangelhaftigkeit der Lacke beruhte. Das OLG hatte die Klage dennoch abgewiesen, weil nicht feststehe, daß die Ursache für die Mängel im Betrieb der Beklagten zu finden seien (= objektive Pflichtwidrigkeit). Der BGH hat unter Anwendung vorstehender Grundsätze festgestellt, es wäre Aufgabe der Beklagten gewesen, sich insoweit zu entlasten.

## **Beweiserleichterungen im Arzthaftungsrecht**

*Aufsatz von Kollhosser/Kubilius in JA 1996, 339*

*Lehrbuch § 27a, Rdnr. 30*

*BGH NJW 1996, 779*

*BGH NJW 1996, 1589*

*OLG Düsseldorf NJW 1996, 1599*

Mit dem Aufsatz versuchen Kollhosser/Kubilius, einen groben Überblick über die vielfältigen mit der ärztlichen Tätigkeit verbundenen rechtlichen Frage zu geben. Von daher ist der Aufsatz empfehlenswert. Prozessual interessant sind dabei nur die Ausführungen zur Umkehr der Beweislast, die notgedrungen oberflächlich bleiben müssen.

Im Arzthaftungsprozeß trifft die Beweislast grundsätzlich den Patienten und stellt diesen oft vor unlösbare Probleme: Er kennt die vorgenommenen ärztlichen Handlungen häufig nicht im Detail (z. B., weil er in Narkose war) oder kann sie nicht nachvollziehen. Weil der Arzt aber keinen Erfolg schuldet, sondern lediglich sachgerechte Behandlung und diese auch bei Einhaltung aller erdenklichen Sorgfalt schicksalhaft zu Komplikationen führen kann, darf diese grundsätzliche Beweislast des Patienten nicht umgekehrt werden. Möglich ist eine Umkehr der Beweislast jedoch u.a., wenn wesent-

liche Fakten nicht dokumentiert wurden, so daß dem Patienten jeder Beweis unmöglich gemacht wird. Dies gilt nach der erstgenannten Entscheidung des BGH auch dann, wenn die Krankenunterlagen zwar vollständig geführt, im Prozeß aber nicht verfügbar sind, weil sich ihr Verbleib nicht klären läßt.

Nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 1991, 1948) spricht der Beweis des ersten Anscheins für die Kausalität einer Infektion mit dem HIV infolge einer Bluttransfusion, wenn der Patient zu keiner HIV-gefährdeten Risikogruppe gehört, er durch seine Lebensführung keiner gesteigerten Infektionsgefahr ausgesetzt ist und auch bei anderen Empfängern des Blutes vom selben Spender später eine Aids-Infektion festgestellt wird. Das OLG Düsseldorf folgt dieser Rechtsprechung grundsätzlich, stellt aber auch fest, daß die Bluttransfusion allein ohne die aufgeführten weiteren Tatsachen einen Anscheinsbeweis noch nicht begründet.

Der durch einen ärztlichen Heileingriff Geschädigte kann den ihm obliegenden Beweis eines Behandlungsfehlers nur anhand von schriftlichen Unterlagen führen, die über den Behandlungsinhalt und -verlauf erstellt wurden. Die Verpflichtung zur Erstellung solcher Unterlagen ergibt sich für den Arzt nicht nur aus der ärztlichen Berufsordnung, sondern auch als Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag. Verletzt der Arzt diese Pflicht, macht er dem Patienten die Beweisführung unmöglich. Dies führt nach ständiger Rechtsprechung zu „Beweiserleichterungen zugunsten des geschädigten Patienten, die bis hin zur Umkehr der Beweislast führen können“. Der genaue Inhalt der Beweiserleichterung läßt sich nur anhand der Umstände des Einzelfalles bestimmen. Im zweiten vom BGH entschiedenen Fall war ein EKG-Protokoll nicht mehr auffindbar, das Ergebnis der Untersuchung war streitig. Der BGH ging davon aus, es könne im Wege einer *Umkehr der Beweislast* zugunsten des Patienten davon ausgegangen werden, daß das EKG einen behandlungsbedürftigen positiven Befund erbracht habe, nicht unterstellt werden könne jedoch die Kausalität der unterlassenen Befundausswertung für den beim Patienten eingetretenen Gesundheitsschaden. Auch die Kausalität könne unterstellt werden, wenn im Einzelfall zusätzlich von einem groben Behandlungsfehler auszugehen sei, insbesondere, weil aufgrund zusätzlicher Anhaltspunkte unterstellt werde, der EKG-Befund sei so gravierend gewesen, daß sich seine Verkennung und die Unterlassung einer Behandlung als fundamental fehlerhaft darstellen müßte.

## Umkehr der Beweislast bei grober Verletzung beruflicher Pflichten

*OLG Köln r+s 1996, 353*

*Lehrbuch § 27a, Rdnr. 31*

Nur ganz ausnahmsweise läßt die Rechtsprechung in Abkehr der allgemeinen Beweislastgrundsätze eine Umkehr der Beweislast zu. Eine der allgemein anerkannten Fallgruppen ist die grobe Verletzung von Berufspflichten, insbesondere solcher, die zum Schutz des Körpers oder der Gesundheit anderer bestehen. Dies ist nicht nur bei Ärzten der Fall, sondern z. B. auch bei Bademeistern.

Im vorliegenden Fall hatten sich zwei Bademeister unzureichend abgesprochen, so daß das Lehrschwimmbecken für längere Zeit unbeaufsichtigt blieb. Ein bewußtlos im Wasser treibendes Kind war nicht rechtzeitig entdeckt worden und erlitt infolge des Sauerstoffmangels einen schweren Hirnschaden. Umgekehrt wird hier die Beweislast für die haftungsausfüllende Kausalität, so daß der Schwimmbadbetreiber beweisen

muß, daß sein Verhalten für den Schaden nicht kausal war, d. h. daß diese Verletzungen auch bei ordnungsgemäßer Beaufsichtigung nicht zu vermeiden gewesen wären.

## Schadensschätzung

*BGH NJW-RR 1996, 1077*

*Lehrbuch § 27a, Rdnr. 37 ff.*

*OLG Düsseldorf r+s 1996, 288*

Steht fest, daß dem Kläger ein Anspruch gegen den Beklagten zusteht, kann er dessen Höhe aber nicht beweisen, so hilft § 287 ZPO, die an sich fällige Klageabweisung zu vermeiden, indem er die Anforderungen an einen Teil der Anspruchsvoraussetzungen lockert. Das Gericht kann frei „schätzen“, ob und in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist. Zu einer solchen Schätzung ist das Gericht nicht nur befugt, sondern -bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 287 ZPO- sogar verpflichtet. Kann nicht der volle Schaden geschätzt werden, ist zumindest zu prüfen, ob nicht ein Mindestschaden festgestellt werden kann.

Diese Grundsätze hat der BGH vorliegend wiederholt. Die Klägerin begehrte Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Pachtvertrages über eine Gaststätte. Die grundsätzliche Haftung der Beklagten stand aufgrund eines rechtskräftigen Feststellungsurteils bereits fest. Die Parteien stritten um die Höhe des Gewinns, den die Klägerin aus dem Betrieb der Gaststätte hätte erzielen können und um die Höhe des (im Rahmen des Schadensminderungspflicht abzusetzenden) Betrages, den sie durch anderweitige Erwerbstätigkeit hätte erzielen können. Das OLG hat die Klage abgewiesen, weil beide Beträge nicht aufklärbar waren, der BGH hat zurückverwiesen, damit zumindest der Mindestschaden geschätzt wird.

§ 287 ZPO läßt eine Schätzung lediglich für haftungsausfüllende, nicht für haftungsbegründende Tatsachen zu. Die zum Grund der Haftung gehörenden Fragen sind nach den allgemeinen Grundsätzen voll zu beweisen, erst wenn sie feststehen, kommt eine Schätzung in Betracht. Daß durch einen Unfall überhaupt ein Schaden entstanden ist, gehört nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf bereits zu den haftungsausfüllenden Tatsachen, die geschätzt werden können.

## Freibeweis für Verfahrensfragen

*BGH NJW 1996, 2038*

*Lehrbuch § 27a, Rdnr. 43*

Das in der ZPO vorgesehene Strengbeweisverfahren ist für die materiell-rechtlich entscheidungserheblichen, streitigen Tatsachen zwingend vorgeschrieben. Geht es um Verfahrensfragen, so kann das Gericht nach freiem Ermessen bestimmen, wodurch und wie Beweis geführt werden kann.

Im vorliegenden Fall wies die Berufungsbegründung den Eingangsstempel 2.11.1995 auf, der Berufungskläger trug jedoch vor, diese noch am letzten Tag der Begründungsfrist, am 30.10.1995, eingeworfen zu haben und legte eine diesbezügliche eidesstattliche Versicherung der Anwaltsgehilfin vor. Der BGH hat dargelegt, daß der Stempel zwar als öffentliche Urkunde gemäß § 418 I ZPO Beweis für den Eingang am entsprechenden Tag erbringe; nach § 418 II ZPO bleibe jedoch der Gegenbeweis möglich der im Freibeweisverfahren erbracht werden könne. In diesem ist die eidesstattliche Versicherung möglich.

## Beweisvereitelung

*BGH NJW-RR 1996, 1534*

*Lehrbuch § 27a, Rdnr. 54*

Muß eine Partei eine Tatsache beweisen und macht der Gegner diese Beweisführung unmöglich, so liegt wäre es unbillig, hier eine von der Ursache der Beweisfälligkeit losgelöste Beweislastentscheidung zum Nachteil des Beweisführers zu treffen. Je nach dem Grad des Verschuldens der vereitelnden Partei können hier verschiedene Beweiserleichterungen zugunsten des Beweisführers greifen. Zu den Fällen der Beweisvereitelung gehört klassischerweise die Nichtentbindung eines Zeugen von seiner Schweigepflicht, doch gibt es auch Fälle, wo das Interesse der Partei an einem Schweigen des Zeugen das Interesse des Gegners an einer Beweisführung überwiegt. Im vorliegenden Fall hat der BGH die Nichtentbindung eines für beide Parteien tätigen Notars durch den Beweisgegner nicht als Beweisvereitelung angesehen, weil dies nicht vorwerfbar und mißbilligenswert sei.

## Beweiserleichterungen und Gefährdungshaftung

*Aufsatz von Coester-Waltjen in Jura 1996, 608*

*Lehrbuch § 27a, Rdnr. 57 ff.*

Die Grundsätze über die Beweislastverteilung enthalten eine für den Regelfall gerechte Verteilung des Beweis- und Prozeßrisikos: Der Beklagte wird vor vorschneller und ungerechtfertigter Verurteilung geschützt, weil eine Klagestattgabe nur möglich ist, wenn der Kläger alle anspruchsbegründenden Tatsachen bewiesen hat. Eine Umkehr der Beweislast kann nicht schon dort in Betracht kommen, wo die Beweisführung schwierig oder eine Beweislastentscheidung unbillig wäre; erforderlich hierfür ist vielmehr, daß es bei Anwendung der regulären Beweislastregeln zu evident ungerechten, sozial unerträglichen Ergebnissen käme. Wo dies der Fall ist, versucht die Rechtsprechung in Fallgruppen zu erfassen. Gegenstand des vorliegenden Aufsatzes ist die Frage, inwieweit nicht auch die Gefährdungshaftungen eine solche Fallgruppe bilden, da hier dem Geschädigten der Nachweis eines Verschuldens des Verursachers erspart wird.

## Kostenlast bei sofortigem Anerkenntnis

*OLG Bamberg NJW-RR 1996, 392*

*Lehrbuch § 28, Rdnr. 17*

Erkennt der Beklagte die Klage an, ergeht gegen ihn klagestattgebendes Anerkenntnisurteil. Da er damit in vollem Umfang unterliegt, hat er grundsätzlich die Kosten des Rechtsstreits zu tragen (§ 91 ZPO). Hat der Beklagte jedoch zur Klageerhebung keine Veranlassung gegeben und die Klageforderung sofort anerkannt, so werden die Kosten dem Kläger (der dann die an sich unnötige Klage veranlaßt hat) auferlegt. Sofort ist das Anerkenntnis nur erfolgt, wenn es bei der ersten sich bietenden prozessualen Gelegenheit abgegeben wird. Hat das Gericht das schriftliche Vorverfahren angeordnet, so ist das Anerkenntnis nach h. M. nicht mehr sofort, wenn zunächst die Verteidigungsbereitschaft nach § 276 I 1 ZPO angezeigt wird. Dem widerspricht die vorliegende Entscheidung und läßt eine Kostenentscheidung nach § 93 ZPO auch dann noch



zu, wenn das Anerkenntnis erst in der auf die Anzeige der Verteidigungsbereitschaft folgenden Klageerwiderung abgegeben wird.

## Klagerücknahme durch schlüssiges Verhalten

*BGH NJW-RR 1996, 885*

*Lehrbuch § 28, Rdnr. 25*

Die Klagerücknahme ist eine Prozeßhandlung und kann -wie alle nicht ausdrücklich formbedürftigen Prozeßhandlungen- nicht bloß durch ausdrückliche Erklärung, sondern auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen (Lehrbuch § 1, Rdnr. 21). Die Auslegung eines bestimmten Verhaltens des Klägers kann zur Klagerücknahme nur dann führen, wenn eindeutig und zweifelsfrei feststeht, daß er sein prozessuales Begehren nicht weiter verfolgt und bereit ist, die bisher entstandenen Kosten zu tragen (vgl. z. B. auch Lehrbuch § 29, Rdnr. 6, 15 und die Entscheidung unten zu Lehrbuch § 30, Rdnr. 22).

## Säumniskosten nach Klagerücknahme

*OLG Rostock NJW-RR 1996, 832*

*Lehrbuch § 28, Rdnr. 28*

*OLG Karlsruhe NJW-RR 1996, 383*

Ist eine Partei säumig, so hat sie die hierdurch verursachten Kosten nach § 344 ZPO auch dann zu tragen, wenn ihr die übrigen Kosten des Rechtsstreits nicht zur Last fallen; nimmt der Kläger die Klage zurück, so hat er nach § 269 III 1 ZPO alle Kosten des Rechtsstreits zu übernehmen. Das Verhältnis dieser beiden Normen zueinander ist streitig. Nach einer Auffassung - der das OLG Karlsruhe folgt- beruhen beide Normen auf dem Veranlassungsprinzip und stehen gleichrangig nebeneinander, so daß der Beklagte die Kosten seiner Säumnis auch dann zu tragen hat, wenn auf seinen Einspruch hin der Kläger die Klage zurücknimmt. Nach anderer, wohl herrschender Auffassung, der sich das OLG Rostock hier anschließt, ist § 269 ZPO die speziellere Regelung, die auf dem Gedanken beruht, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist, frühere Entscheidungen wirkungslos werden und deswegen der zurücknehmende Kläger alle Kosten des Rechtsstreits unter Einschluß der Säumniskosten zu tragen hat.

## Widerruf eines Vergleiches

*OLG Brandenburg NJW-RR 1996, 123*

*Lehrbuch § 28, Rdnr. 36*

Haben die Parteien im Vergleich nicht ausdrücklich bestimmt, wem gegenüber ein Prozeßvergleich zu widerrufen ist, so spricht die Hinnahme eines kurz nach dem Widerrufstermins angesetzten Verkündungstermins dafür, daß der Widerruf dem Gericht gegenüber erfolgen soll. Vorliegend hatten die Parteien im Vergleich nur vereinbart, der Beklagte erhalte eine Widerrufsfrist bis zum 30.11.1994; für den Fall des Widerrufs hatte das Gericht Verkündungstermin für den 7.12.1994 bestimmt. Am 25.11.1994 ging der Vergleichswiderruf des Beklagten beim Gericht ein, erst am 3.12.1994 erreichte er den Kläger; dieser hat den Widerruf für verspätet gehalten, das

Landgericht hat sich dem angeschlossen und durch Endurteil festgestellt, der Rechtsstreit sei erledigt. Auf die Berufung sah das OLG den Vergleich mit der h. M. (vgl. die Nw. im Lehrbuch) als fristgerecht an und verwies den Rechtsstreit zur Fortsetzung des Verfahrens in der Hauptsache an das LG zurück.

## Streit über die Wirksamkeit eines Vergleichs

*BGH NJW 1996, 3345*

*Lehrbuch § 28, Rdnr. 46*

*OLG Köln NJW-RR 1996, 122 und 637*

Streiten die Parteien um die prozessuale Wirksamkeit eines Vergleichs, so ist dieser Streit in der Fortsetzung des bisherigen Verfahrens zu entscheiden (Lehrbuch § 28, Rdnr. 44). Will das Gericht die Wirksamkeit des Prozeßvergleichs aussprechen, so hat dies nicht durch Zwischenurteil, sondern durch -ggf. berufungsfähiges- Endurteil zu erfolgen.

Im BGH-Fall hatten die Parteien sich im Rahmen einer Stufenklage über den Auskunftsanspruch verglichen, waren dann aber in Streit über die sich aus dem Vergleich ergebenden Pflichten und dessen Wirksamkeit insgesamt geraten. Das LG hatte in einem „Zwischenurteil nach § 303 ZPO“ festgestellt, daß die erste Stufe durch den Vergleich erledigt sei; das OLG hatte die Berufung hiergegen als unzulässig verworfen, weil die Berufung nur gegen Endurteile, nicht aber gegen Zwischenurteile statthaft sei. Der BGH hat nun klargestellt, daß die Entscheidung des LG nicht durch Zwischenurteil hätte ergehen dürfen; zumindest bei Feststellung der Wirksamkeit des Vergleichs sei ein Endurteil geboten. Im Wege der Auslegung habe das OLG das unzulässige Zwischenurteil jedoch als zulässiges Endurteil ansehen müssen (vgl. dazu Lehrbuch § 1, Rdnr. 21), so daß die Berufung zulässig war.

Im zweiten Fall des OLG Köln (S. 637) war zwischen den Parteien der Umfang des Vergleichs streitig geworden: Hatte dieser den Rechtsstreit vollständig oder nur teilweise erledigt. Das OLG ist hier zutreffend davon ausgegangen, daß der ursprüngliche Prozeß durch Antrag auf Terminsbestimmung fortzusetzen sei.

Im ersten Fall des OLG Köln (S. 122) hatten die Beklagten einen Vergleich geschlossen, dem Kläger war dessen Widerruf bis zum 10.12.93 vorbehalten worden. Der in der Akte befindliche Widerrufsschriftsatz trug das Datum 10.12.93 und den Eingangsstempel der Geschäftsstelle (Montag) 13.12.93; ein Nachtbriefkastenstempel fehlte. Der Kläger hat Anberaumung eines neuen Termins beantragt und dort seine bisherigen Sachanträge gestellt, der Beklagte hat beantragt festzustellen, daß der Rechtsstreit durch den Vergleich erledigt ist. Das Gericht ist nach einer Beweisaufnahme davon ausgegangen, daß der Widerruf rechtzeitig erfolgte und der Vergleich unwirksam ist; dies hat es durch „Zwischenurteil“ festgestellt. Das OLG hat die hiergegen gerichtete Berufung für statthaft gehalten. Da gegen ein Zwischenurteil nach § 303 ZPO ein Rechtsmittel nicht gegen ist, hat das OLG die Entscheidung als Teilurteil nach § 301 ZPO angesehen. Damit stellt es sich (mit kaum überzeugender Begründung) gegen die ganz h. M., die eine Fortsetzung des Verfahrens in erster Instanz über die Hauptsache verlangt und nur gegen die dann fällige Endentscheidung ein Rechtsmittel zuläßt.

## Erledigung der Hauptsache

*Aufsatz von Pape/Notthoff in JuS 1996, 148*

**Lehrbuch § 29**

*Aufsatz von Schmitz in JA 1996, 242*

Mit dem vorliegenden Beitrag von Pape/Northoff wird deren Aufsatzserie über die Vielzahl der mit dem Institut der Erledigung der Hauptsache im Zivilprozeß verbundenen Einzelprobleme fortgesetzt. Schwerpunkt dieses Teils sind Fragen der teilweise übereinstimmenden Erledigungserklärung.

Daß der Kläger im Laufe des Prozesses das Interesse an einer streitigen Entscheidung verliert, weil sich die Hauptsache erledigt hat, kommt in allen von der Dispositionsmaxime geprägten Verfahrensarten vor. Insbesondere im Zivil- und im Verwaltungsprozeßrecht hat sich dieses Institut trotz an sich gleicher gesetzlicher Regelung (§ 173 VwGO verweist insoweit auf die ZPO) unterschiedlich entwickelt, so daß Rechtsprechung und Lehre hier sowohl bei den Voraussetzungen als auch bei den Rechtsfolgen Unterschiede zwischen der privat- und der öffentlich-rechtlichen Erledigung machen. Diese aufzuzeigen -und dabei deutlich zu machen, daß sie keineswegs so gravierend sind, wie vielfach angenommen- ist Anliegen der Abhandlung von Schmitz.

## Schriftsätzliche Erklärung der Erledigung

*OLG Hamm JurBüro 1996, 85*

**Lehrbuch § 29, Rdnr. 6, 15**

Seit einer Gesetzesänderung zum 1.4.1991 kann die Erklärung der Erledigung auch schriftlich erfolgen (§ 91a I 1 ZPO). Haben dies beide Parteien getan, so sind die Wirkungen der übereinstimmenden Erledigungserklärung bereits eingetreten, es handelt sich um Bewirkungshandlungen, die nicht mehr widerrufen werden können (Lehrbuch § 1, Rdnr. 13, 20). Den von den Prozeßbevollmächtigten in der nachfolgenden mündlichen Verhandlung abgegebenen Erklärungen hierzu kommt nur noch deklaratorische Bedeutung zu.

## Verjährungseinrede und Fristablauf als erledigendes Ereignis

*OLG Stuttgart WRP 1996, 799*

**Lehrbuch § 29, Rdnr. 18**

*OLG Koblenz NJW-RR 1996, 1520*

*BAG NJW 1996, 1980*

Erklärt nur der Kläger einseitig die Hauptsache für erledigt, so muß vom Gericht geprüft werden, ob eine Erledigung eingetreten ist, d.h., ob die Hauptsache zunächst zulässig und begründet war, durch einen nach Rechtshängigkeit eingetretenen Umstand aber unzulässig oder unbegründet geworden ist.

Sehr streitig ist, inwieweit auch die Erhebung der Verjährungseinrede zu einer solchen Erledigung führen kann. Das OLG Stuttgart bejaht die erledigende Wirkung. Ebenso das OLG Koblenz, zumindest für den Fall, daß auch die Verjährung erst nach Rechtshängigkeit eingetreten ist.

Im Fall des BAG war der Beklagte früher bei der Klägerin beschäftigt und hatte in seinem Arbeitsvertrag ein auf zwei Jahre befristetes Wettbewerbsverbot für den Fall

späteren Ausscheidens unterschrieben. Ende 1991 schied er bei der Klägerin aus und wechselte zu einem Konkurrenzbetrieb. Die Klägerin verlangte Unterlassung der Tätigkeit für die Firmengruppe der Konkurrenz und obsiegte in den beiden ersten Instanzen. In dem vom Beklagten betriebenen Revisionsverfahren lief die vereinbarte Frist für das Wettbewerbsverbot ab, woraufhin die Klägerin den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärte, während der Beklagte weiterhin Klageabweisung begehrte und sich damit der Erledigungserklärung nicht anschloß. Das BAG hielt die Klage für von Anfang an unzulässig (weil der Antrag auf Unterlassung der Tätigkeit für eine „Firmengruppe“ zu unbestimmt sei, § 253 II ZPO), jedenfalls aber für unbegründet (weil das Wettbewerbsverbot von Bedingungen abhängig war und deswegen gegen §§ 74 II, 75d HGB verstieß; in dieser Hinsicht ist die Entscheidung für das materielle Arbeitsrecht höchst examensrelevant!). Damit mußte es die Klage als unbegründet abweisen. Mit der einseitigen Erledigungserklärung änderte die Klägerin ihre Klage in einen Antrag, festzustellen, daß die ursprüngliche Klage bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses zulässig war, begründet war und sich erst nach Rechtshängigkeit erledigt hat. Fehlt nur eine dieser Voraussetzungen, ist der Erledigungsantrag unbegründet.

### Streitwert bei einseitiger Erledigungserklärung

*BGH NJW-RR 1996, 1210*

*Lehrbuch § 29, Rdnr. 20, 25*

*OLG München NJW-RR 1996, 956*

Nach wie vor umstritten ist, wie der Streitwert bei einseitiger Erledigungserklärung zu bestimmen ist. Nach der Rechtsprechung des BGH bemißt er sich bei der einseitigen, vollständigen Erledigungserklärung nach den bis zur Erledigungserklärung angefallenen Kosten.

Wie der Streitwert nach teilweiser einseitiger Erledigungserklärung zu bestimmen ist, ist stark umstritten; vertreten werden unterschiedliche Auffassungen, mit denen sich das OLG München gründlich auseinandersetzt und zu dem (praktisch problemlosen und schon von daher zu bevorzugenden) Ergebnis kommt, es verbleibe auch nach der Erledigung bei dem vollen Wert der Hauptsache.

### Erledigung zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit

*KG WRP 1996, 429*

*Lehrbuch § 29, Rdnr. 36.f.*

*OLG Köln NJW-RR 1996, 1023*

Tritt zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit (zu den Begriffen Lehrbuch § 4, Rdnr. 29) ein erledigendes Ereignis ein, so muß zwischen einseitiger und übereinstimmender Erledigungserklärung unterschieden werden. Während die übereinstimmende Erledigungserklärung in diesen Fällen ohne weiteres möglich ist, trifft dies auf eine einseitige Erledigungserklärung des Klägers nach ganz h. M. nicht zu. Dem Kläger bleibt dann nur eine Klagerücknahme. Zur Entlastung des Klägers von der häufig unbilligen Kostenlast gibt es eine ganze Reihe von Versuchen. Die vorliegende Entscheidung des KG hält eine Änderung der Klage von der erledigten Hauptsache auf eine unbezifferte Klage auf Zahlung der bisher entstandenen Prozeßkosten für möglich.

Der Entscheidung des OLG Köln lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin hatte eine selbst gefertigte Klageschrift beim Landgericht eingereicht und dem Beklagten hiervon unmittelbar eine Abschrift zugesandt. Das LG lehnte die Zustellung der Klage ab, weil diese nicht den Anforderungen des § 253 I ZPO entsprach. Dennoch meldeten sich für beide Parteien Anwälte und erklärten übereinstimmend die Hauptsache für erledigt. Das LG hat daraufhin die Kosten des Rechtsstreits nach § 91a ZPO der Klägerin auferlegt. Die Besonderheiten dieses Falles bestehen darin, daß nicht nur das (angeblich) erledigende Ereignis, sondern auch die Erledigungserklärungen vor Rechtshängigkeit liegen. Ob hier überhaupt eine Hauptsache existiert, die für erledigt erklärt werden kann, ist sehr fraglich und umstritten. LG und OLG haben dies dahinstehen lassen und § 91a ZPO auf diesen Fall zumindest analog angewandt.

### Notwendigkeit einer Beschwer für die Berufung

*BGH NJW 1996, 320*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 7, 17 f., 27*

*BGH NJW-RR 1996, 765*

*BGH NJW-RR 1996, 891*

*BGH NJW-RR 1996, 1276*

Für die Durchführung jedes Rechtsbehelfsverfahrens ist Voraussetzung, daß der Rechtsmittelführer von der angegriffenen Entscheidung beschwert ist, ihm hieraus nachteilige Rechtsfolgen erwachsen; mit dem Rechtsbehelf muß er Beseitigung dieser Beschwer erstreben. Ist die Klage in erster Instanz abgewiesen worden, kann der Kläger Berufung einlegen; in der Berufungsinstanz kann die Klage zwar geändert werden, wird aber nur ein völlig neuer Streitgegenstand verfolgt, fehlt es an dem für die Zulässigkeit der Berufung erforderlichen Bestreben nach Beseitigung der Beschwer.

Im ersten Fall hatte die Klägerin erstinstanzlich den Mitarbeiter einer Steuerberatungs-GmbH auf Schadensersatz wegen falscher Beratung verklagt. Nach Klageabweisung hatte sie die Klage mit der Berufung geändert und beantragte nun hauptsächlich Verurteilung der GmbH, hilfsweise weiterhin Verurteilung des Mitarbeiters persönlich. Der BGH hat die Berufung für zulässig gehalten, weil mit dem hilfsweise Weiterverfolgen des erstinstanzlichen Antrags dem Erfordernis einer Beschwer ausreichend Rechnung getragen wurde. Nicht auseinandergesetzt hat sich der BGH mit der Frage, inwieweit der Hilfsantrag überhaupt zulässig war, woran erhebliche Zweifel bestehen (dazu Lehrbuch § 1, Rdnr. 187; Lehrbuch § 24, Rdnr. 20).

Im zweiten Fall hatte eine Vertragshändlerin nach Kündigung erstinstanzlich einen Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB verfolgt. Das LG hatte die Klage abgewiesen, mit ihrer Berufung hat die Klägerin nunmehr hauptsächlich Feststellung begehrt, daß das Vertragsverhältnis trotz Kündigung fortbestanden habe, hilfsweise hat sie ihren erstinstanzlichen Antrag weiterverfolgt. Dies reicht nach der vorliegenden Entscheidung nicht aus. Schwierigkeiten hat der BGH, sich insoweit von der -ohnehin problematischen- Entscheidung NJW 1996, 320 (vgl. Rspr-Info I/96) abzugrenzen.

Im dritten Fall hatte die Klägerin von der erstinstanzlich Beklagten Schadensersatz wegen mangelhafter Bauaufsicht begehrt; das LG hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt gehalten, von den geltend gemachten Schadenspositionen aber nur einen kleinen Teil für schlüssig gehalten und die Klage deswegen überwiegend abgewiesen. Mit ihrer Berufung trägt die Klägerin eine ganze Reihe neuer, erstinstanzlich nicht erwähnter Schadenspositionen vor. Das OLG war der Ansicht, damit würden nur neue

Ansprüche geltend gemacht nicht (auch) Beseitigung der Beschwer aus dem erstinstanzlichen Urteil erstrebt. Der BGH dagegen hat entschieden, die einzelnen Schadenspositionen seien lediglich Rechnungsposten innerhalb eines einheitlichen Streitgegenstands, so daß der Vortrag neuer Positionen in der Berufung nur einen Wechsel in der Begründung, nicht aber im Anspruch darstelle und so die Abweisung des Anspruchs mit der Berufung angegriffen werde.

Im vierten Fall hatte die Klägerin in erster Instanz Zahlung einer Maklerprovision verlangt. Nach Abweisung der Klage machte sie mit der Berufung geltend, die Nichtexistenz des Provisionsanspruchs werde nicht angegriffen, stattdessen werde nunmehr Schadensersatz verlangt. Der BGH hat hierin nicht nur einen Wechsel der materiellen Anspruchsgrundlage, sondern die Geltendmachung eines neuen Lebenssachverhalts und damit einen anderen Streitgegenstand gesehen (vgl. hierzu auch Lehrbuch § 19, Rdnr. 28 ff.), so daß die Berufung mangels Beseitigung der erstinstanzlichen Beschwer unzulässig war.

## Verbot der *reformatio in peius* im Rechtsmittelverfahren

*BGH NJW-RR 1996, 659*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 20 f.*

Im Rahmen der Dispositionsmaxime bestimmt der Rechtsmittelführer den Umfang der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung, über den von ihm gestellten Antrag darf das Gericht nicht hinausgehen; damit darf eine Abänderung zum Nachteil des Rechtsmittelführers nicht erfolgen (§ 536 ZPO).

Der Kläger hatte beantragt, die Beklagte zu verurteilen, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, daß von ihrem Grundstück nicht loses Steinmaterial auf sein (unterhalb gelegenes) Grundstück abrutsche. Das OLG hat die Beklagte -unter Abweisung der Klage im übrigen- verurteilt, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, daß von ihrem Grundstück nicht mehr loses Steinmaterial auf das Grundstück des Klägers abrutsche, als dies auch von den anderen oberhalb angrenzenden Grundstücken geschehe. Der BGH hat dieses Urteil auf die Revision der Beklagten abgeändert und der Klage antragsgemäß in vollem Umfang stattgegeben. Die Abänderung des Tenors sei erforderlich, weil das OLG-Urteil völlig unbestimmt und nicht vollstreckbar sei und ihm nicht entnommen werden könne, inwieweit die Klage überhaupt abgewiesen worden sei. § 536 ZPO gewährt dem Rechtsmittelführer nur eine Rechtswohltat, die ihn davor schützt, auf sein eigenes Rechtsmittel hin über die mit der angegriffenen Entscheidung vorhandene Beschwer hinaus beeinträchtigt zu werden. Unter dem Schutz dieses Verbots stehen generell nur diejenigen erlangten Vorteile aus dem angegriffenen Urteil, die den „Besitzstand“ des Rechtsmittelklägers bilden und ihm ohne Fortführung des Verfahrens sicher gewesen wären, weil sie an anderer Stelle hätten beachtet werden müssen. Daran fehlt es vorliegend, weil das Urteil des OLG überhaupt keine Rechtswirkungen entfaltet und damit auch keinen „Besitzstand“ der Beklagten begründet habe.

## Rechtsmittelverzicht

*BGH NJW-RR 1996, 1203*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 22*

*OLG Hamm NJW-RR 1996, 63*

*OLG Hamm NJW-RR 1996, 509*

Die Parteien können auch in den höheren Instanzen über den Streitgegenstand frei disponieren, insbesondere auf ein eingelegtes Rechtsmittel verzichten oder dieses zurücknehmen. Während die Rücknahme (§ 515 ZPO) zwar formbedürftig, aber nicht unwiderruflich ist, ist der Verzicht (§§ 514, 566 ZPO) formlos möglich, aber grundsätzlich endgültig. Der Verzicht ist auch konkludent möglich.

Der BGH hat nunmehr entschieden, daß die Erklärung eines Rechtsmittelverzichts wegen seiner weitreichenden Bedeutung eindeutig sein muß und im Gesamtzusammenhang der Umstände ihrer Abgabe den eindeutigen Willen der Partei ergeben muß. In diesem Fall hatten die Kläger nach Abweisung der Klage in erster Instanz dem Gericht mitgeteilt, sie würden keine Berufung gegen das Urteil einlegen und bäten, beigezogene Akten möglichst rasch an ein anderes Gericht zurückzusenden, damit dort über einen Kostenantrag entschieden werden könne. Wenig später legten sie dennoch Berufung ein. OLG und BGH haben in dem Schreiben an das Gericht in erster Linie eine Bitte um Aktenrücksendung; die Aussagen zur Berufungseinlegung seien kein Verzicht, sondern lediglich eine bloße „Information über den derzeitigen Stand der Absichten“.

Umstritten ist, ob eine Partei, die auf die Begründung einer zu verkündenden Entscheidung verzichtet (z. B. nach § 313a I 2 ZPO), damit automatisch auch auf Rechtsmittel gegen diese Entscheidung verzichtet. Die beiden vorliegenden Entscheidungen des OLG Hamm kommen insoweit bei völlig gleichem Sachverhalt zu unterschiedlichen Ergebnissen: Die Parteien hatten sich zwar in der Hauptsache, nicht aber über die Kosten vergleichsweise geeinigt, den Rechtsstreit daraufhin in der Hauptsache für erledigt erklärt (dazu Lehrbuch § 28, Rdnr. 35) und für die zu treffende Kostenentscheidung des Gerichts auf eine schriftliche Begründung verzichtet. Nachdem das Gericht der Beklagten gemäß § 91a ZPO die gesamten Kosten des Rechtsstreits auferlegt hatte, legte diese gegen den Beschluß sofortige Beschwerde ein. Das OLG Hamm ist in der ersten Entscheidung der Auffassung, Sinn der Verzichtserklärung sei nur die nach dem Kostenverzeichnis zu erreichende Gebührenersparnis gewesen, daraus könne nicht gefolgert werden, daß die Parteien bereit gewesen seien, jede -wie auch immer ausfallende- sachliche Entscheidung des Gerichts zu akzeptieren, so daß kein Rechtsmittelverzicht angenommen werden könne. In der zweiten Entscheidung sieht ein anderer Senat des OLG Hamm dies anders und geht davon aus, der Verzicht auf die Begründung enthalte zugleich einen Verzicht auf ein Rechtsmittel.

## Parteibezeichnung

*BGH NJW 1996, 320*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 25*

Im vorliegenden Fall hatte in erster Instanz hatte ein Minderjähriger, gesetzlich vertreten durch seine Eltern, auf Schadensersatz und Schmerzensgeld aus einem Verkehrsunfall geklagt. Gegen die teilweise Klageabweisung legte sein Prozeßbevollmächtigter fristgerecht Berufung ein, bezeichnete in der Berufungsschrift das angefochtene Urteil

nach Gericht, Aktenzeichen und Verkündungsdatum richtig, gab versehentlich als Berufungskläger aber die Eltern an. Das OLG verwarf die Berufung daraufhin als unzulässig.

Nach ständiger Rechtsprechung muß die Berufungsschrift über den Wortlaut des § 518 II ZPO hinaus auch angegeben, für wen und gegen wen Berufung eingelegt werden soll. Wie schon bei der Parteibezeichnung in der Klageschrift (dazu Lehrbuch § 4, Rdnr. 19 f.) reicht es aus, wenn sich im Wege der Auslegung zweifelsfrei feststellen läßt, wer Partei des Rechtsmittelverfahrens werden soll. Eine solche Auslegung liegt in einer höheren Instanz besonders nahe, wenn klar ist, wer in der Vorinstanz Partei war. Können trotz unrichtiger Parteibezeichnung bei dem Berufungsgericht und bei dem Berufungsbeklagten keine vernünftigen Zweifel über die Person des Rechtsmittelklägers aufkommen, so darf die Berufung nicht wegen des genannten Mangels als unzulässig verworfen werden. Der BGH hat das angefochtene Urteil deswegen aufgehoben.

## Berufungsbegründung

*BGH NJW-RR 1996, 572*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 26*

Die Berufungsbegründung (§ 519 ZPO) soll den Prozeßstoff für die zweite Instanz zusammenfassen und beschränken, muß klarstellen, welche Tatsachenfeststellungen, Beweiswürdigungen oder rechtliche Beurteilungen der Vorinstanz beanstandet werden. Hieran mangelt es, wenn von zwei alternativen Begründungen eine nicht substantiiert angegriffen wird. Im vorliegenden Fall hatte das LG die Klage auf Zahlung von Krankenhaustagegeld abgewiesen, weil die Heilbehandlung medizinisch nicht notwendig und überdies der Aufenthalt in dem Kurheim kein „Krankenhausaufenthalt“ i.S.d. Versicherungsvertrags gewesen sei. Mit der Berufung hat der Kläger nur vorgebracht, die Behandlung sei medizinisch notwendig gewesen und damit den alternativen, zweiten Abweisungsgrund nicht angegriffen, so daß die Berufung insgesamt als unzulässig zu verwerfen war.

## Zulässigkeit eines Rechtsmittels wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit

*OLG Köln NJW-RR 1996, 1151*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 27, 64*

*Aufsatz von Lotz in NJW 1996, 2130*

Rechtsmittel sind nur zulässig, wenn eine Reihe besonderer Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen (Lehrbuch § 30, Rdnr. 4 ff.). Umstritten ist, ob die Verletzung rechtlichen Gehörs zur Staathaftigkeit eines Rechtsmittels auch dann führt, wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen. Diskutiert wird das insbesondere in den Fällen, in denen ein vom Gesetz vorgeschriebener Wert der Beschwer (§§ 511a, 546, 567 II ZPO) nicht erreicht wird. Die bislang h. M. verneint dies mit der Begründung, unbeschadet der herausragenden Bedeutung des Art. 103 I GG folge aus der Verfassung nicht, daß bei jedem Verstoß automatisch ein Rechtsbehelf gegeben sei; allein die Rüge einer Verletzung rechtlichen Gehörs könne den an sich gesetzlich nicht vorgesehenen Rechtsweg nicht eröffnen. In den letzten Jahren häufen sich in Rechtsprechung und Literatur allerdings die Stimmen, die in diesen Fällen aus praktischen Gründen ein Rechtsmittel für zulässig halten: Der betroffenen Partei wird so die ansonsten mögli-



che Einlegung einer Verfassungsbeschwerde mit Aufhebung der Entscheidung und Zurückverweisung in die Fachgerichtsbarkeit erspart. Die vorliegende Entscheidung des OLG Köln folgt der letztgenannten Auffassung.

Über diese Fallgruppe hinaus hat die Rechtsprechung mit dem Institut der „außerordentlichen Beschwerde“ im Wege der Rechtsfortbildung eine Möglichkeit zur Anfechtung „greifbar gesetzeswidriger“ Entscheidungen geschaffen. Lotz meldet in seinem Aufsatz hieran Bedenken insbesondere aus Art. 20 III GG an.

## **Klageerweiterung im Berufungsverfahren vor dem Landgericht**

*LG Kassel NJW-RR 1996, 1340*

Lehrbuch § 30, Rdnr. 28

Ist vor dem Landgericht ein Berufungsverfahren anhängig und erweitert der Kläger hier seinen Antrag auf einen Wert über DM 10.000.-, so daß erstinstanzlich nicht mehr das Amts-, sondern das Landgericht zuständig gewesen wäre, so hat das Landgericht nach h. M. (dazu Butzer, NJW 1993, 2649) dennoch abschließend zu entscheiden und kann den Rechtsstreit nicht analog § 506 ZPO an das OLG verweisen. Das LG Kassel vertritt vorliegend eine abweichende Ansicht, die aber auch mit der gebotenen Begründung nicht überzeugt.

## **Wiederholung der Beweisaufnahme im Berufungsverfahren**

*BGH NJW 1996, 663*

Lehrbuch § 30, Rdnr. 34

In ständiger Rechtsprechung verlangt der BGH, daß das Berufungsgericht eine Beweisaufnahme wiederholt, wenn es vom Ergebnis der Beweiswürdigung des erstinstanzlichen Gerichts abweichen will. Durch den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme wird hier das nach § 398 ZPO eingeräumte Ermessen auf Null reduziert. Hieran hält die vorliegende Entscheidung fest.

## **Kosten der Anschlußberufung**

*OLG München NJW-RR 1996, 1280*

Lehrbuch § 30, Rdnr. 50

Der Rechtsmittelbeklagte, der kein eigenes Rechtsmittel eingelegt hat, kann sich dem Rechtsmittel des Gegners anschließen und so die angefochtene Entscheidung vollständig (also auch hinsichtlich des für den Rechtsmittelkläger günstigen Teils, § 521 ZPO) zur Überprüfung des Rechtsmittelgerichts stellen. Manchmal kann auch ein als selbstständig eingelegtes Rechtsmittel, das (z. B. wegen Versäumung der Begründungsfrist) unzulässig wäre, in ein dann zulässiges Anschlußrechtsmittel umgedeutet werden (Lehrbuch § 1, Rdnr. 22). Nimmt der Rechtsmittelkläger sein Hauptrechtsmittel wirksam zurück, wird auch das Anschlußrechtsmittel unzulässig. Diese Erfolglosigkeit des Anschlußrechtsmittels hat allein der Rechtsmittelkläger zu verantworten, so daß er nicht nur die durch das Haupt-, sondern auch die durch das Anschlußrechtsmittels verursachten Kosten zu tragen hat.

## Revisionsrecht

*Aufsatz von Wurm in JA 1996, 401*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 51*

Mit dem vorliegenden Aufsatz („Die richterliche Tätigkeit am BGH“) werden neben Geschichte und Organisation des BGH insbesondere auch Fragen der Revision in Zivilsachen dargestellt, die zwar interessant sind, im Examen aber kaum eine Rolle spielen.

→ 11/ 28.05.10