

# **Rechtsprechung und Aufsätze zum Zivilprozeßrecht**

**2000**

**Dr. Rainer Oberheim**

## Die Wahl der richtigen Verfahrensart

*Aufsatz von Treffer in MDR 1999, 722*

*Lehrbuch § 1, Rdnr. 8*

Hat der Rechtsanwalt einen Anspruch seines Mandanten prozessual durchzusetzen, so stellt sich für ihn die Frage, in welcher Verfahrensart er dies tut. Neben dem allgemeinen Verfahren kommen insbesondere ein Mahnverfahren, ein Urkundenverfahren, ein Eilverfahren (Arrest, einstweilige Verfügung) oder ein selbständiges Beweisverfahren in Betracht. Bei der Auswahl der richtigen Verfahrensart sind insbesondere deren unterschiedlichen Rechtsschutzziele zu berücksichtigen, daneben aber auch die voraussichtlichen Kosten, die zu erwartende Verfahrensdauer, die Verjährungsunterbrechung oder die prozessualen Möglichkeiten (Beweismittel, Klageänderung, Streitverkündung usw.). Der vorliegende Aufsatz stellt einige dieser Aspekte zusammen, läßt aber eines systematische Übersicht vermissen.

## Außergerichtliche Streitbeilegung

*Aufsatz von Hartmann in NJW 1999, 3745*

*Lehrbuch § 1, Rdnr. 10*

Zum 1.1.2000 ist das Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung in Kraft getreten, das es in § 15a EGZPO den Landesgesetzgebern erlaubt, in geeigneten Bereichen ein obligatorisches Streitschlichtungsverfahren einzuführen. Der Zugang zu den Zivilgerichten wird damit – wenn und soweit die Länder von ihrer Kompetenz Gebrauch machen, was bislang noch aussteht - insbesondere bei Streitwerten bis zu DM 1.500.- und bei Nachbarstreitigkeiten erst zulässig sein, wenn die Parteien zuvor eine Konfliktlösung durch den Schiedsmann versucht haben.

## Hilfsprozeßanträge

*OLG Jena OLG-NL 1999, 67*

*Lehrbuch § 1, Rdnr. 18*

Ob eine Prozeßhandlung wirksam ist, muß sofort feststehen, da die weiteren Prozeßhandlungen der übrigen Prozeßbeteiligten darauf aufbauen sollen. Rückwirkungen sind deswegen genauso ausgeschlossen, wie Schwebezustände. Prozeßhandlungen sind daher grundsätzlich auch bedingungsfeindlich. Nur ganz ausnahmsweise können sie von innerprozessualen Bedingungen abhängig gemacht werden, d. h. solchen, die im weiteren Verlauf des Prozesses selbst liegen (z.B. Lehrbuch § 19, Rdnr. 16, 36; § 23, Rdnr. 22). Auch dann aber muß zumindest unbedingt feststehen, daß es einen Prozeß gibt und nach welchen Verfahrensregeln er abzulaufen hat. Die Klageerhebung kann deswegen genauso wenig bedingt erfolgen, wie Erklärungen zur Verfahrensart. Im vorliegenden Fall war sich der Kläger nicht sicher, ob er wegen der Beschränkung der Beweismittel in dem zunächst begonnenen Urkundenprozeß obsiegen würde oder nicht. Er wollte deswegen „hilfsweise“ (d. h. bedingt nur für den Fall, daß der Urkundenprozeß unstatthaft ist) in das allgemeine Verfahren überwechseln (§ 597 ZPO). Dies hat das OLG für unzulässig gehalten.

## Umdeutung unzulässiger Prozesserkklärungen

*OLG Köln NJW-RR 1999, 795*

*BGH NJW-RR 1999, 855*

*Lehrbuch § 1, Rdnr. 21 ff.*

Unklare, mißverständliche oder auch fehlerhafte Prozeßhandlungen sind auszulegen. Dabei gilt der Grundsatz, daß ohne anderslautende Anhaltspunkte das gewollt ist, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage entspricht. Bevor damit ein Antrag als unzulässig zurückgewiesen werden kann, muß geprüft werden, ob dieser nicht als Antrag auf eine andere Entscheidung umgedeutet werden kann (Lehrbuch § 14, Rdnr. 21; § 12, Rdnr. 29 ff.). Trotz der damit gebotenen weiten Handhabung hat die Umdeutung aber auch Grenzen.

Im Fall des OLG Köln hatte die Antragstellerin den Erlaß einer auf vorläufige Zahlung von Unterhalt gerichteten einstweilige (Leistungs-)Verfügung beantragt. Das OLG hielt dies für unzulässig, da die Möglichkeit einer Hauptsacheklage auf Unterhalt verbunden mit einem Eilantrag nach § 644 ZPO bestanden hätte. Bevor der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen wurde, mußte also geprüft werden, ob er nicht entsprechend umgedeutet werden konnte. Dies hat das OLG verneint, da es sich um wesensverschiedene Verfahrensarten und Streitgegenstände handelt (vgl. Lehrbuch § 19, Rdnr. 5; § 12, Rdnr. 3).

Im Fall des BGH war der Kläger in einem Verfahren vor dem AG durch die RA V und E vertreten worden; V ist am übergeordneten Landgericht, E am übergeordneten OLG zugelassen. Fristgerecht legte RA V für den Kläger Berufung beim LG ein. Nachdem dieses darauf hingewiesen hatte, daß das OLG für die Berufung zuständig sein dürfte (weil es sich um eine Familiensache handelte), beantragte RA E beim LG Verweisung an das OLG. Diese erfolgte noch innerhalb der Berufungsfrist. Das OLG verwarf die Berufung als unzulässig. Die Berufungsschrift selbst sei nicht von einem postulationsfähigen (dazu Lehrbuch § 2, Rdnr. 20 ff.) RA V unterzeichnet, in dem Verweisungsantrag des postulationsfähigen RA E liege keine heilende Genehmigung durch Bezugnahme. Der BGH hat dies bestätigt. Unverzichtbar ist, daß der postulationsfähige RA unmißverständlich zum Ausdruck bringt, daß er eigenverantwortlich tätig wird und selbst die Verantwortung dafür übernimmt, daß das Rechtsmittel eingelegt werden soll. Deshalb kann einem solchen Schriftstück nur dann die Genehmigung einer zuvor von einem nicht postulationsfähigen Rechtsanwalt vorgenommenen Prozeßhandlung – hier: der Berufungseinlegung – entnommen werden, wenn erkennbar ist, daß der postulationsfähige RA den Mangel erkannt und sich eingeschaltet hat, um ihn zu beseitigen. Diesen Anforderungen genügt der Verweisungsantrag nicht, weil er nahelegt, daß der RA E davon ausgegangen ist, es liege bereits eine wirksame Berufung vor, die lediglich noch an das richtige Gericht weiterzuleiten sei. Offensichtlich habe er nicht erkannt, daß RA V nicht postulationsfähig gewesen sei und er eigenverantwortlich tätig werden müsse.

## Heilung unzulässiger Prozesserkklärungen

*BGH NJW 1999, 3263*

*Lehrbuch § 1, Rdnr. 22*

Beklagte im vorliegenden Fall war eine GmbH, die neben ihrem Geschäftsführer (§ 35 GmbHG) auch einen Aufsichtsrat hatte (§ 52 GmbHG). Der Kläger war für die beklagte GmbH früher als Geschäftsführer tätig und verlangt nunmehr von dieser Zahlung rückständiger Vergütung hierfür. Im Rubrum war die Beklagte, vertreten durch ihren neuen Geschäftsführer, benannt.

Der BGH hat festgestellt, dass die Klage zunächst unzulässig war (vgl. Lehrbuch § 2, Rdnr. 27). Die Beklagte konnte im Prozeß mit eigenen (auch bereits ausgeschiedenen) Organen nicht vom Geschäftsführer, sondern nur vom Aufsichtsrat vertreten werden (§§ 52 GmbHG, 112 AktG). Vor einer Abweisung der Klage als unzulässig war indes zu prüfen, ob der Mangel nicht geheilt wurde. Dies hat der BGH bejaht, weil der Aufsichtsrat der Beklagten in zweiter Instanz die Prozessführung übernommen und damit die bisherigen Prozesshandlungen nachträglich genehmigt hat. Eine solche Übernahme des Verfahrens durch den Aufsichtsrat hat der BGH darin gesehen, dass dieser unstreitig über das Verfahren informiert worden war, Vergleichsvorschläge geprüft und über die Ausübung eines Vergleichswiderrufsrechts ausdrücklich entschieden hat.

## Mündlichkeit

*BGH NJW 1999, 1339*

*Lehrbuch § 1, Rdnr. 33*

Das im Zivilprozeß geltende Prinzip der Mündlichkeit (§§ 128 I 137 II, III ZPO) hat zur Folge, daß für die Entscheidung nur das berücksichtigt werden darf, was in der Verhandlung mündlich vorgetragen wurde. Dies wird durch den Urteilstatbestand dokumentiert (§ 314 ZPO), der Gegenbeweis ist allein durch das Sitzungsprotokoll, nicht aber durch den Inhalt der Schriftsätze möglich.

Im vorliegenden Fall hatte das LG im Urteilstatbestand den Antrag des Klägers anders dargestellt, als er in der Klageschrift formuliert worden war. Das OLG hatte für die Beurteilung der Zulässigkeit der Berufung den Antrag aus der Klageschrift zugrunde gelegt. Das hat der BGH als „im Ansatz rechtsfehlerhaft“ bezeichnet und klargestellt, daß bei einem Widerspruch zwischen dem Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und der Wiedergabe des Parteivorbringens im (erstinstanzlichen) Urteilstatbestand, wie er hier nach der Auslegung des Klagevorbringens durch das OLG vorläge, die Ausführungen im Tatbestand maßgeblich sind.

## Öffentlichkeit

*Aufsatz von Gündisch/Dany in NJW 1999, 256*

*Lehrbuch § 1, Rdnr. 36*

Nach §§ 196, 173 GVG sind mündliche Verhandlungen grundsätzlich öffentlich, § 169 S.2 GVG verbietet jedoch ausdrücklich Rundfunk- und Fernsehaufnahmen. Ob nicht in der heutigen Zeit Öffentlichkeit auch eine solche Medienöffentlichkeit mit umfassen muß, ist heftig umstritten. Nach einer entsprechenden Änderung des BVerfGG im Jahr 1998 wird dies vom vorliegenden Aufsatz („Rundfunkberichterstattung aus Gerichtsverhandlungen“) aus rechtspolitischen und verfassungsrechtlichen Gründen auch für andere Gerichtszweige gefordert.

## Parteiöffentlichkeit

*OLG Nürnberg NJW-RR 1998, 940*

*Lehrbuch § 1, Rdnr. 37; § 7, Rdnr. 22*

Die Öffentlichkeit der Verhandlung ist eine prinzipiell in allen Verfahrensarten geltende Prozeßmaxime, die allerdings vielfachen Einschränkungen unterliegt. Auch dort, wo die allgemeine Öffentlichkeit ausgeschlossen ist, haben im Zivilprozeß aber zumindest die Verfahrensbeteiligten ein Recht auf Teilnahme und rechtliches Gehör. Auch dieser Grundsatz aber kann nicht uneingeschränkt gelten. Übergeordnete, insbe-

sondere verfassungsrechtliche Erwägungen können es gebieten, auch Parteien von einzelnen Verfahrensteilen auszuschließen. Im vorliegenden Fall hatte eine Partei zur Entschuldigung ihres Fernbleibens nach Anordnung des persönlichen Erscheinens (§ 141 ZPO) ein ärztliches Attest vorgelegt, das Rückschlüsse auf die Art ihrer Erkrankung ermöglichte. Sie hatte deswegen gebeten, dieses Attest dem Gegner nicht zugänglich zu machen. Das OLG ist hier davon ausgegangen, das Gericht könne – und solle – in einem solchen Fall davon absehen, das Attest zu den Hauptakten zu nehmen oder sie in Anwesenheit Unbeteiligter erörtern.

## **Grundrechtsrügen im Zivilrechtsstreit**

*Aufsatz von Zuck in MDR 1999, 577*

*Lehrbuch § 1, Rdnr. 41*

Auch im Zivilprozeß können verfassungsrechtliche Fragen eine Rolle spielen. Dies gilt nicht nur für die Verfahrensgrundsätze der Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG), des gesetzlichen Richters (Art. 101 I GG) oder des fairen Verfahrens, sondern auch die allgemeinen Grundrechte. Häufig werden sie – nach Erschöpfung des Zivilrechtswegs – erst über die Verfassungsbeschwerde geltend gemacht (Lehrbuch § 30, Rdnr. 79), sie gehören aber ausnahmsweise auch schon in das zivilprozessuale Verfahren selbst. Im vorliegenden Aufsatz werden als Beispiele hierfür z. B. die Auslegung zivilrechtlicher Generalklauseln im Lichte verfassungsrechtlicher Wertungen, die neuere Bürgschaftsrechtsprechung und andere Fragen aus dem Namens- und Familienrecht dargestellt.

## **Anspruch auf faires Verfahren**

*BGH NJW 1999, 290*

*Lehrbuch § 1, Rdnr. 44*

Die Parteien eines Prozesses haben gegenüber dem Gericht einen aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Anspruch auf ein faires Verfahren. Der Inhalt dieser allgemeinen Prozeßmaxime läßt sich nicht allgemein, sondern nur anhand von Einzelfällen beschreiben.

Im Fall des BGH hatte das OLG während des Berufungsverfahrens in einem schriftlichen Hinweisbeschluß angekündigt, es werde unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits in jedem Fall die Revision zulassen. In seiner endgültigen Entscheidung dann wurde die Revision jedoch ausdrücklich nicht zugelassen. Die dennoch eingelegte Revision hat der BGH als unzulässig verworfen. Der Wert der Beschwer erreichte DM 60.000.- nicht, an die Nichtzulassungsentscheidung des OLG war der BGH gebunden (*Lehrbuch § 30, Rdnr. 52*). Zwar stelle die dem vorherigen Hinweis widersprechende Entscheidung einen Verstoß gegen das Gebot eines fairen Verfahrens und des rechtlichen Gehörs dar, dies führe aber nicht zur Eröffnung einer ansonsten nicht zulässigen Revision.

## **Zwei-Parteien-Prozeß**

*BGH NJW-RR 1999, 1152*

*Lehrbuch § 2, Rdnr. 3*

Der Zivilprozeß setzt als Streitiges Verfahren begrifflich zwei verschiedene Personen auf den Parteiseiten voraus. Steht auf beiden Seiten die gleiche Partei, so liegt ein unzulässiger In-sich-Prozeß vor. Zu dieser Konstellation kann es auch durch nachträglich

eintretende Änderungen der materiellen Rechtslage kommen. Im vorliegenden Fall war eine der Parteien verstorben und von der Gegenpartei allein beerbt worden.

## Formeller Parteibegriff

*OLG Stuttgart NJW-RR 1999, 216*  
*OLG Hamm NJW-RR 1999, 217*

Lehrbuch § 2, Rdnr. 6

Beklagter kann nur werden, wer in der Klageschrift formell als solcher bezeichnet ist. Erfolgt die Zustellung an eine andere, nicht bezeichnete Person, die bei Auslegung des Klagerubrums erkennen kann, daß sie nicht gemeint war, so wird sie nicht Partei, sondern nur sog „Scheinpartei“. Besteht Streit darüber, ob der Zustellungsempfänger Beklagter geworden ist, so kann dies durch gerichtlichen Beschluß festgestellt werden, die dem Scheinbeklagten hierdurch entstehenden Kosten hat der Kläger zu tragen. Besonders lesenswert ist dabei die Entscheidung des OLG Stuttgart. Hier hatte der Kläger zunächst einen Mahnbescheid gegen Herrn Ralph G. erwirkt und darin angegeben, dieser werde „als Gesamtschuldner neben seiner Ehefrau Ursula G.“ „auf Schadensersatz als vollmachtloser Vertreter für den Planungsauftrag des Bürohauses ... am 15.2.1992“ in Anspruch genommen. Tatsächlich ist Ralph G. der Sohn der Ursula und des Rolf G., der eigentlich verklagt werden sollte. Die Zustellung erfolgte an Ralph G., der Widerspruch einlegte und sich auch am nachfolgenden streitigen Verfahren beteiligte. Erst in einem späteren Schriftsatz stellte der Kläger klar, daß sich die Klage gegen Rolf G. richten sollte. Das Landgericht hat durch Beschluß nach § 319 ZPO das Rubrum auf Rolf G geändert und festgestellt, daß Ralph G. nie Beklagter geworden sei. Das OLG hat der hiergegen gerichteten Beschwerde stattgegeben. Eine Berichtigung sei gar nicht möglich, da bislang niemand Beklagter geworden sei. Beklagter werde nur, wer formell als solcher bezeichnet und wem zusätzlich die Klage auch zugestellt worden sei. Der Sohn Ralph G. sei Zustellungsempfänger gewesen, formell bezeichnet aber sei der Vater Rolf G. Erfolge die Parteibezeichnung – wie hier, wo Ralph als Ehemann der Ursula angegeben sei – widersprüchlich, so habe eine Auslegung unter Einbeziehung auch der Anspruchsbegründung zu erfolgen, die hier eindeutig ergebe, daß die Klage sich gegen den Vater Rolf habe richten sollen. Da weder in der Person des Vaters noch in der Person des Sohnes beide Voraussetzungen kumulativ vorlägen, sei keiner von beiden bislang Partei geworden. Erforderlich sei eine neue Zustellung an den Vater.

## Parteifähigkeit der GmbH nach Auflösung

*LG Mainz NJW-RR 1999, 1716*

*Lehrbuch § 2, Rdnr. 12*

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. Vermögenslosigkeit der Gesellschaft ist im Prozeß anzunehmen, wenn weder in substantiiertem noch in hinreichend bestimmter Weise vorgetragen wird, dass der Gesellschaft noch realisierbare Ansprüche oder Vermögenswerte zustehen.

## Parteifähigkeit der 1-Mann-Vor-GmbH

*BGH NZM 1999, 428*

*Lehrbuch § 2, Rdnr. 13*

Partei eines Prozesses kann grundsätzlich nur sein, wer rechtsfähig ist (§ 50 I ZPO). Dies trifft auf die GmbH nach ihrer Eintragung ins Handelsregister unproblematisch zu. Weitgehend anerkannt ist, daß die GmbH auch schon vor ihrer Eintragung prozeßfähig ist. Während eine ältere Auffassung dies mit einer analogen Anwendung des § 50 II ZPO begründet, gesteht der BGH seit Ende 1998 bereits der Vor-GmbH eine Rechtsfähigkeit zu.

Im vorliegenden Fall sollte ein VEB der ehemaligen DDR in eine GmbH mit nur einem Gesellschafter umgewandelt werden. Noch bevor die zunächst beantragte Eintragung ins Handelsregister erfolgt war, überlegte es sich der Gesellschafter anders und nahm den Eintragungsantrag zurück. Das „Umwandlungsstadium“ entspricht dabei dem „Gründungsstadium“ der Gesellschaft, d.h. dem Zeitraum zwischen dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages und der Eintragung ins Handelsregister. Bei der Ein-Mann-GmbH liegt ein Gesellschaftsvertrag nicht vor, mit dem Eintragungsantrag entsteht aber auch hier eine (als solche schon rechtsfähige) Vorgesellschaft, weil die Notwendigkeit besteht, das Privatvermögen des Gesellschafters vom Gesellschaftsvermögen zu trennen. Gibt der Gründer seine Eintragungsabsicht endgültig auf, besteht hierzu kein Anlaß mehr, die Vorgesellschaft erlischt ipso iure und verliert damit auch ihre Prozeßfähigkeit.

## Postulationsfähigkeit

*BGH NJW-RR 1999, 855*

*Lehrbuch § 2, Rdnr. 20 ff.*

Wo Anwaltszwang herrscht, können nur beim Prozeßgericht zugelassene Rechtsanwälte wirksam Prozeßhandlungen vornehmen. Prozeßhandlungen der Parteien sind dort regelmäßig genauso unwirksam wie Handlungen von Rechtsanwälten, die beim Prozeßgericht nicht zugelassen sind.

Im vorliegenden Fall war der Kläger in einem Verfahren vor dem AG durch die RA V und E vertreten worden; V ist am übergeordneten Landgericht, E am übergeordneten OLG zugelassen. Fristgerecht legte RA V für den Kläger Berufung beim LG ein. Nachdem dieses darauf hingewiesen hatte, daß das OLG für die Berufung zuständig sein dürfte (weil es sich um eine Familiensache handelte), beantragte RA E beim LG Verweisung an das OLG. Diese erfolgte noch innerhalb der Berufungsfrist. Das OLG verwarf die Berufung als unzulässig. Die Berufungsschrift selbst sei nicht von einem postulationsfähigen RA V unterzeichnet, in dem Verweisungsantrag des postulationsfähigen RA E liege keine heilende Genehmigung durch Bezugnahme (dazu Lehrbuch § 1, Rdnr. 22). Der BGH hat dies bestätigt. Unverzichtbar ist, daß der postulationsfähige RA unmißverständlich zum Ausdruck bringt, daß er eigenverantwortlich tätig wird und selbst die Verantwortung dafür übernimmt, daß das Rechtsmittel eingelegt werden soll. Deshalb kann einem solchen Schriftstück nur dann die Genehmigung einer zuvor von einem nicht postulationsfähigen Rechtsanwalt vorgenommenen Prozeßhandlung – hier: der Berufungseinlegung – entnommen werden, wenn erkennbar ist, daß der postulationsfähige RA den Mangel erkannt und sich eingeschaltet hat, um ihn zu beseitigen. Diesen Anforderungen genügt der Verweisungsantrag nicht, weil er nahelegt, daß der RA E davon ausgegangen ist, es liege bereits eine wirksame Berufung vor, die lediglich noch an das richtige Gericht weiterzuleiten sei. Offensichtlich habe

er nicht erkannt, daß RA V nicht postulationsfähig gewesen sei und er eigenverantwortlich tätig werden müsse.

## Neuregelung der Postulationsfähigkeit

*Aufsatz von Reinelt in NJW 1999, 3248  
und von Wietersheim in MDR 1999, 1367*

*Lehrbuch § 2, Rdnr. 20*

Postulationsfähig im Zivilprozeß ist bislang (in den alten Bundesländern) nur ein Rechtsanwalt, der bei dem Prozeßgericht zugelassen ist. Rechtsanwälte mussten sich deswegen bei einem Landgericht, einem Oberlandesgericht oder dem BGH zulassen und durften danach nur noch bei diesem Gericht auftreten. Lediglich vor den Amtsgerichten, wo kein Anwaltszwang herrscht, durften Anwälte unabhängig von ihrer Zulassung tätig werden.

Mit dem 1.1.2000 tritt hier eine Änderung ein. Danach sind Anwälte die bei einem Amts- oder Landgericht zugelassen sind, vor allen Amts- und Landgerichten postulationsfähig. Vor den Gerichten des höheren Rechtszugs gilt diese Änderungen nicht: Hier bedarf es nach wie vor der Zulassung zu dem speziellen Gericht. Wer bislang als Anwalt beim LG Frankfurt zugelassen war, darf künftig vor allen Amts- und Landgerichten der Bundesrepublik auftreten, nicht aber vor einem Oberlandesgericht oder dem BGH. Wer beim Oberlandesgericht Frankfurt zugelassen war, bleibt in seiner Postulationsfähigkeit auf dieses Gericht beschränkt, kann nicht vor einem Landgericht oder einem anderen Oberlandesgericht auftreten. Lesen Sie den Wortlaut des § 78 I ZPO n.F.!

Die vorliegenden Aufsätze stellen diese Änderung und einige Probleme vor, die sich für die Postulationsfähigkeit in den neuen Bundesländern ergeben.

## Prozeßführungsbefugnis und Aktivlegitimation

*BGH NJW 1999, 2110*

*Lehrbuch § 2, Rdnr. 25*

Regelmäßig klagt der Anspruchsinhaber sein Recht selbst und im eigenen Namen ein, Bedenken bestehen dann weder an der (im Rahmen der Zulässigkeit zu prüfenden) Prozeßführungsbefugnis noch an der (im Rahmen der Begründetheit zu prüfenden) Aktivlegitimation. Hat der ursprünglich Berechtigte den Anspruch vorprozessual abgetreten, so liegen Aktivlegitimation und Prozeßführungsbefugnis beim Zessionar. Will dieser den Prozeß nicht selbst führen (z.B., weil es sich um eine Bank handelt, der der Anspruch nur sicherungshalber abgetreten wurde), so hat er verschiedene Möglichkeiten.

- Wird die Abtretung dem Schuldner gegenüber nicht offenlegen („verdeckte Abtretung“), so erscheint der bisherige Forderungsinhaber nach außen noch als berechtigt, mangels Kenntnis des Gegners und des Gerichts tauchen hier Probleme erst gar nicht auf.
- Der neue Gläubiger kann im Rahmen einer gewillkürten Prozeßstandschaft das Recht des neuen Gläubigers als für ihn fremdes Recht im eigenen Namen geltend machen. Geklagt werden muß dann auf Leistung an den Rechtsinhaber (nicht an den Kläger).
- Denkbar ist auch, daß der neue Gläubiger dem alten Gläubiger eine Einziehungsermächtigung erteilt. Hierbei handelt es sich um ein abgespaltenes Gläubigerrecht,



das dem Ermächtigten die Sachlegitimation verschafft, Leistung an sich zu verlangen. Der Kläger macht dann ein eigenes Recht im eigenen Namen geltend.

- Schließlich ist auch die Rückabtretung zum Zwecke der Einziehung („Inkassoession“) möglich, die den Kläger zum Rechtsinhaber macht, so daß er auch hier ein eigenes Recht im eigenen Namen geltend macht.

Die vorliegende Entscheidung befaßt sich mit diesen Alternativen und ihren Wirkungen.

## **Prozessuale Geltendmachung eines Rechts durch einen Dritten**

*OLG Celle NJW-RR 1999, 579*

*Lehrbuch § 2, Rdnr. 23*

*OLG Brandenburg NZM 1999, 222*

Die prozessuale Durchsetzung eines Rechts obliegt grundsätzlich dem Rechtsinhaber selbst. Will der Rechtsinhaber dies nicht, so kann er entweder einen Dritten ermächtigen, das Recht für ihn prozessual geltend zu machen (gewillkürte Prozeßstandschaft) oder er kann ihm das Recht materiell-rechtlich übertragen (Abtretung). Im ersten Fall macht der Kläger dann ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend, was im Rahmen der Prozeßführungsbefugnis der besonderen Prüfung bedarf. Im zweiten Fall macht der Kläger ein eigenes Recht im eigenen Namen geltend, was prozessual völlig unproblematisch ist. In beiden Fällen aber besteht gleichermaßen die Gefahr der Umgehung prozessualer Schranken. Ist die Person, bei der das Recht entstanden ist, nicht Kläger, kann sie Zeuge sein, der Kläger erhält Prozeßkostenhilfe, auch wenn der Rechtsinhaber nicht bedürftig ist.

Das OLG Celle hat, nachdem der Rechtsinhaber das Recht an einen Dritten abgetreten hatte, der seinerseits Prozeßkostenhilfe begehrte, für die Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse auf den Zedenten abgestellt, weil für die Abtretung kein triftiger Grund zu erkennen war und die Umstände es nahelegten, daß der Zedent noch ein eigenes wirtschaftliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreits hatte.

Das OLG Brandenburg nimmt ein rechtliches Interesse des Prozeßstandschafters an, wenn dieser im Falle des Obsiegens von eigenen Verbindlichkeiten befreit wird.

## **Zulässigkeit des Rechtswegs**

*Aufsatz von Ehle in JuS 1999, 166*

*Lehrbuch § 3, Rdnr. 9*

Das Verhältnis der einzelnen Gerichtsbarkeitszweige zueinander wird durch die §§ 17 ff. GVG bestimmt, die in der vorliegenden Abhandlung („Rechtsweg und Zuständigkeit: §§ 17 ff. GVG in der Examensklausur“) insbesondere – aber nicht nur – aus der Sicht der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte dargestellt werden.

## **Besonderer Gerichtsstand der unerlaubten Handlung**

*Aufsatz von Peglau in JA 1999, 140*

*Lehrbuch § 3, Rdnr. 21*

§ 32 ZPO regelt eröffnet für deliktische Handlungen einen besonderen Gerichtsstand: Wird der Klageanspruch auf eine unerlaubte Handlung gestützt, so kann (auch: § 35 ZPO) bei dem Gericht Klage erhoben werden, in dessen Bezirk die Handlung begangen wurde. Unter den Begriff der unerlaubten Handlung fallen dabei Ansprüche aus Verschuldens- und Gefährdungshaftung, nicht aber solche aus c.i.c. Der vorliegende

Aufsatz („Zur Behandlung nichtdeliktischer Anspruchsgrundlagen bei Klagen im Gerichtsstand nach § 32 ZPO“) befaßt sich mit der Frage, wie zu verfahren ist, wenn eine Klage im Gerichtsstand des § 32 ZPO nicht aus der deliktischen, wohl aber aus anderen, konkurrierenden Anspruchsgrundlagen begründet ist. Der Verfasser vertritt mit der älteren (von ihm zu unrecht noch als „vorherrschend“ bezeichneten) Rechtsprechung das Trennungsprinzip, nach dem die Klage dann insoweit (teilweise) als unzulässig abgewiesen oder an das zuständige Gericht verwiesen werden muß. Die neuere, auf der Grundlage der Änderung des § 17 II GVG vertretene Auffassung ist demgegenüber nicht nur überzeugender, sondern führt auch zu einfacheren praktischeren Ergebnissen und dürfte schon von daher vorzuziehen sein.

### **Besonderer Gerichtsstand kraft Sachzusammenhangs**

*OLG Köln NJW-RR 1999, 1081*

*Lehrbuch § 3, Rdnr. 21*

Während die früher h. M. davon ausging, dass das in einem besonderen Gerichtsstand angerufene Gericht nur diejenigen materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlagen prüfen kann, auf die sich der entsprechende Gerichtsstand erstreckt, gilt dies nach einer Änderung des § 17 II GVG nicht mehr. Wenn schon das Gericht eines anderen Gerichtsbarkeitszweigs berechtigt und 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 berufen sein. Im vorliegenden Fall war das Gericht örtlich nur im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO) zuständig, hatte den Fall jedoch auch unter dem Gesichtspunkt ungerechtfertigter Bereicherung zu prüfen.

### **Klage auf künftige Leistung**

*BGH NJW 1999, 954*

*Lehrbuch § 4, Rdnr. 9*

Grundsätzlich ist (ungeschriebene) Voraussetzung für die Leistungsklage, daß der geltend gemachte Anspruch bereits fällig ist. Vorher, d.h. „auf künftige Leistung“, kann eine Klage nur ausnahmsweise und unter den Voraussetzungen der §§ 259 f. ZPO erhoben werden.

Im vorliegenden Fall war die Klägerin noch Eigentümerin zweier Gabelstapler, die sie unter Eigentumsvorbehalt an einen Dritten geliefert hatte, der sie – vor endgültiger Bezahlung – zur Reparatur an die Beklagte weitergab. Die Klägerin verlangte nun Herausgabe der Gabelstapler und Zahlung von Schadensersatz in Höhe von rund DM 50.000.- nach fruchtlosem Ablauf einer für die Herausgabe gerichtlich zu bestimmenden Frist. Für das amtsgerichtliche Verfahren läßt § 510b ZPO eine Verbindung von Herausgabe und bedingter Schadensersatzleistung zu (Lehrbuch § 19, Rdnr. 27), für das landgerichtliche Verfahren kommt die Rechtsprechung über § 259 ZPO zum gleichen Ergebnis. Der noch nicht fällige Herausgabeanspruch kann (bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 260 ZPO auch neben dem Herausgabeanspruch, Lehrbuch § 19, Rdnr. 5) geltend gemacht werden, wenn die Besorgnis besteht, daß der Schuldner sich rechtzeitiger Leistung entziehen wird. Diese Besorgnis ist regelmäßig schon dann erfüllt, wenn der Schuldner den Anspruch ernstlich bestreitet, wie dies hier der Fall war.

## Zukunftszinsen als prozessuales Problem

*Aufsatz von Frühauf in NJW 1999, 1217*

*Lehrbuch § 4, Rdnr. 9*

Obwohl die Höhe der von Gläubiger zu zahlenden Kreditzinsen schwankt, sprechen die Gerichte den zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung festgestellten Zinsschaden nach §§ 284, 286, 288 BGB auch für die weitere Zukunft zu. Die durch nachträglich eintretende Zinsschwankungen bedingte materielle Unrichtigkeit des Urteils wird einhellig in Kauf genommen, läßt sich dogmatisch aber kaum begründen.

Die h.M. sieht in der Verurteilung zu den Zukunftszinsen eine Verurteilung zu zukünftig wiederkehrenden Leistungen i.S.d. § 258 ZPO, so daß nachträglich Zinsänderungen nicht im Wege der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO), sondern allein im Wege der Abänderungsklage nach § 323 ZPO geltend gemacht werden können. Der Verfasser arbeitet in seinem vorliegenden Aufsatz („Zinsprognose und zivilrichterliche Verantwortung“) heraus, daß die Abänderungsklage für den Zinsschuldner nur ungenügend hilft und schlägt eine Kombination aus bedingtem und befristetem Zinstitel vor, die zwar vom Ergebnis her durchaus überzeugt, bislang aber völlig ungebrauchlich und deswegen im Examen auf keinen Fall zu empfehlen ist.

## Rechtsschutzbedürfnis bei der Feststellungsklage

*BAG NZA 1999, 669*

*Lehrbuch § 4, Rdnr. 12*

Die Feststellungsklage ist nach § 256 I ZPO nur dann zulässig, wenn der Kläger ein rechtlich geschütztes Interesse an alsbaldiger Feststellung hat. Ein solches Feststellungsinteresse muß in die Zukunft gerichtet sein, die bloße Feststellung vergangener Rechtsverhältnisse, die keine gegenwärtigen oder zukünftigen Folgen hat, reicht nicht aus. Im vorliegenden Fall wollte der Kläger festgestellt haben, daß während eines bereits vergangenen Zeitraums ein Arbeitsverhältnis zur Beklagten bestand. Dies allein rechtfertigt die Feststellungsklage nicht. Auch die bloße Möglichkeit, daß dem Kläger, wenn er Arbeitnehmer war, Ansprüche auf eine betriebliche Altersversorgung zustehen, reicht zur Begründung des Feststellungsinteresses nicht aus.

## Bestreiten von Negativtatsachen

*BGH NJW 1999, 2887*

*Lehrbuch § 4, Rdnr. 15*

Im vorliegenden Fall hatte sich der Kläger gegen eine Aufrechnungsforderung des Beklagten aus § 812 I BGB mit der Behauptung verteidigt, die ihm zugeflossene Leistung beruhe auf einer Schenkung. Das OLG hatte die Schenkung als unstrittig angesehen, weil der Beklagte der gegnerischen Behauptung nicht substantiiert entgegen getreten sei; ihm habe es obliegen, die Umstände, die für das Vorliegen eines Rechtsgrundes sprächen, zu widerlegen. Der BGH hat dies bestätigt. Wer einen Anspruch geltend macht, muss das Risiko des Prozessverlusts tragen, wenn sich die sein Begehren tragenden Tatsachen nicht feststellen lassen. Hieraus folgt, dass grundsätzlich derjenige, der den Anspruch – sei es im Wege der Klage, sei es zum Zwecke der Aufrechnung – geltend macht, alle anspruchsbegründenden Tatsachen behaupten und im Bestreitensfall auch beweisen muss. Dieser Grundsatz gilt auch, soweit sogenannte negative Umstände anspruchsbegründend sind. Allerdings ist es dabei dem Gläubiger häufig nicht möglich und zumutbar, alle auch nur entfernt in Betracht kommenden po-

sitiven Gründe auszuräumen. Hier hat deshalb der Schuldner die Umstände darzulegen, aus denen sich ein möglicher Rechtsgrund ableitet. Erst danach kann und muss die darlegungs- und beweisbelastete Partei durch eigenen Vortrag das Nichtvorliegen dieses Umstands dartun.

## Bestimmtheit des Klageantrags

*BGH NJW 1999, 954*  
*BGH NJW 1999, 3638*

*Lehrbuch § 4, Rdnr. 23*

Zulässig ist die Klage nur, wenn sie ordnungsgemäß erhoben wurde. Hierzu verlangt § 253 II Nr. 2 ZPO grundsätzlich einen „bestimmten“ Antrag. Damit wird der Streitgegenstand abgegrenzt, der Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis abgesteckt, der Umfang der späteren Rechtskraft festgelegt und zugleich die Grundlage für die spätere Zwangsvollstreckung geschaffen.

Für Zahlungsklagen wird dies regelmäßig (zu den Ausnahmen Lehrbuch § 18) durch eine Bezifferung erfüllt, doch gibt es auch hier Probleme. Im ersten Fall hatte die Klägerin Zahlung einer monatlichen Nutzungsentschädigung in Höhe von DM 6.000.- „bis zur Herausgabe oder Zahlung einer Schadensersatzleistung“ gefordert. Der BGH hat diesen Antrag – anders als das OLG Köln – für hinreichend bestimmt angesehen. Die zeitliche Befristung des Zahlungsantrags sei materiellrechtlich sinnvoll. Zwar könne das Vorliegen der Beendigungsvoraussetzungen durch die Vollstreckungsorgane kaum sicher geklärt werden, die Zwangsvollstreckung könne aber erfolgen. Es sei Sache des Schuldners, das Vorliegen der auflösenden Bedingung im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage aus § 767 ZPO vorzutragen.

Auch bei Unterlassungsklagen ist die Antragsformulierung häufig schwierig. Hier lassen sich unbestimmte oder auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe manchmal nicht verhindern.

Im zweiten Fall hatte die Klägerin beantragt, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, bestimmte Parfume in beschädigten Verpackungen in Verkehr zu bringen, ohne die Abnehmer zugleich „unmissverständlich“ und „unübersehbar“ auf die Beschädigungen hinzuweisen. Der BGH hat ausgeführt, zwar seien Klageanträge, die auslegungsbedürftige Formulierungen enthielten (z.B. „eindeutig“, „angemessen“) in der Regel unbestimmt, und damit unzulässig, die hier geforderte Aufklärung der Verbraucher aber müsse unmissverständlich und unübersehbar sein, der Hinweis hierauf im Antrag sei unschädlich.

## Zivilprozessuale Auswirkungen der Einführung des EURO

*Aufsatz von Ritter in NJW 1999, 1213*

*Lehrbuch § 4, Rdnr. 23*

Zwischen dem 1.1.1999 und dem 31.12.2001 existieren in der Bundesrepublik mit der Deutschen Mark einerseits und dem EURO andererseits zwei Währungseinheiten nebeneinander. Der vorliegende Aufsatz („Prozeßrechtliche Fragen in der Übergangszeit der Europäischen Währungsunion“) behandelt die hierdurch entstehenden Probleme unter Zugrundelegung der Auffassung vom „Dualismus der Währungseinheiten“ (in Abgrenzung zur Auffassung vom „Währungsdualismus“, die zu teilweisen anderen Ergebnissen kommt).

Für das (Inlands-)Mahnverfahren hat der Gesetzgeber in § 688 I ZPO den früher verwendeten Begriff „inländische Währung“ durch „EURO oder Deutsche Mark“ ersetzt

und so klargestellt, daß beide Währungseinheiten im Mahnverfahren durchgesetzt werden können (Lehrbuch § 11, Rdnr. 2). Ob im Prozeß auf Zahlung von EURO oder DM zu klagen ist, hängt vom materiellrechtlichen Anspruch des Gläubigers ab (Lehrbuch § 4, Rdnr. 23). Eine Ausnahme gilt für die Aufrechnung oder Verrechnung (Lehrbuch § 23, Rdnr. 1 ff.), für die eine Forderung in die Währungseinheit der Gegenforderung umgerechnet werden kann. Will der Kläger im laufenden Verfahren eine Forderung von der einen auf die andere Währungseinheit umstellen, so stellt dies eine Klageänderung dar, die nur unter den Voraussetzungen der §§ 263 ff. ZPO zulässig ist (Lehrbuch § 21, Rdnr. 1 ff.). Der Streitwert wird durch das Gericht in der Einheit festgesetzt, auf die die Zahlungsklage lautet, bei Klagen, die nicht auf Zahlung gerichtet sind, grundsätzlich bereits jetzt in EURO (Lehrbuch § 10, Rdnr. 16).

## **Rechtsfragen rund ums Telefax**

*Aufsatz von Töpperwien in DRiZ 1999, 241*  
*BAG NZA 1999, 2989*

*Lehrbuch § 4, Rdnr. 24*

Der Einsatz von Telefaxgeräten läßt sich auch aus der gerichtlichen Praxis nicht mehr wegdenken. Die Rechtsprechung hat auf breiter Front vor dem Einsatz solcher modernen Kommunikationsmittel kapituliert und ist bereit über die vielfältigen, kaum nachvollziehbaren Manipulationsmöglichkeiten hinwegzusehen werden (vgl. hierzu die Nachweise in den RInfo 1998).

Materiell-rechtlich können Willenserklärungen unbedenklich mittels Telefax abgegeben werden, solange eine besondere Form für sie nicht vorgeschrieben ist. Auch eine gewillkürte Schriftform kann hierdurch eingehalten werden, nicht jedoch eine gesetzlich vorgeschriebene. Im Prozeß können alle (auch die bestimmenden) Schriftsätze per Telefax eingereicht werden, der Nachreichung des Originals bedarf es nicht. Streitig ist, inwieweit dies auch für das Computerfax gilt, bei dem es ein körperliches Original nicht gibt (vgl. dazu RInfo 1998). Soll eine Frist gewahrt werden, kommt es auf den Zeitpunkt an, zu dem das Fax beim Empfänger vollständig ausgedruckt vorliegt, allerdings muß der Empfänger Vorsorge für ein reibungslosen Zugang treffen (ausreichend Papier). Aus der bloßen Absendung kann auf den Zugang genauso wenig wie beim regulären Brief geschlossen werden.

Einen praktischen Beispiet bietet der Fall des BAG. Die für die Berufungseinlegung erforderliche Schriftform (§ 518 ZPO) kann durch Einreichung eines Telefax gewahrt werden. Dabei ist die Nachreichung des Originals zwar nicht erforderlich, praktisch aber sinnvoll, um Streitigkeiten darüber zu vermeiden, ob es ein handschriftlich unterzeichnetes Original gibt oder ob nur ein vollständig computergeneriertes Fax vorliegt (das nach Auffassung des BGH – entgegen BSG und BVerwG – nicht ausreicht). Wird das Original noch innerhalb der Berufungsfrist eingereicht, so ist hierin (in Übereinstimmung mit einer schon älteren Rechtsprechung des BGH) die erneute Einreichung der Berufung zu sehen, so daß die Berufungsbegründungsfrist (§ 519 II ZPO) erst mit dieser letzten Einlegung zu laufen beginnt.

## Streitgegenstand

*OLG Hamm NZM 1999, 1051*

*Lehrbuch § 4, Rdnr. 33*

*OLG Hamm NJW-RR 1999, 1589*

Der Streitgegenstandsbegriff ist nach wie vor umstritten. Auf ihn kommt es im Rahmen verschiedener prozessualer Institute an. Unzulässig ist eine Klage, wenn „die Streitsache“ bereits anderweitig rechtshängig ist (§ 261 III Nr. 1 ZPO). Erforderlich ist dabei, dass beiden Prozessen der selbe Streitgegenstand zugrunde liegt.

Im ersten Fall des OLG Hamm hatte der Verpächter in einem ersten Verfahren den Pachtvertrag über ein Grundstück wegen vertragswidrigen Gebrauchs gekündigt und Herausgabe verlangt. In einem weiteren Prozess verlangte er ebenfalls Herausgabe des Grundstücks, stützte die Kündigung des Pachtvertrages hier aber auf einen Zahlungsverzug des Pächters. Legt man hier einen rein eingliedrigen Streitgegenstandsbegriff zugrunde, sind die Streitgegenstände beider Verfahren wegen des identischen Antrags (Herausgabe des Grundstücks) identisch, der zweite Prozeß ist wegen anderweitiger Rechtshängigkeit unzulässig. Das OLG Hamm ist dagegen vom zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff ausgegangen, hat zur Bestimmung des Streitgegenstands also neben dem Antrag auch den Lebenssachverhalt herangezogen. Die beiden Kündigungen stellen danach unterschiedliche Geschehensabläufe dar, beide Prozesse betreffen unterschiedliche Streitgegenstände und sind zulässig.

Vom zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff ist das OLG Hamm auch im zweiten Fall ausgegangen. Die Parteien können diesen Streitgegenstand nicht willkürlich dadurch begrenzen, dass sie Teile des Lebenssachverhalts nicht vortragen (vgl. den Sachverhalt dieser Entscheidung zu § 10, Rdnr. 14).

## Bestreiten mit Nichtwissen

*BGH NJW 1999, 53*

*Lehrbuch § 5, Rdnr. 12*

Bestritten werden können aufgrund der prozessualen Wahrheitspflicht (§ 138 I ZPO) eigentlich nur Tatsachen, deren Unwahrheit die Partei positiv kennt. Um jedoch eine Tatsache, von der man nicht weiß, ob sie zutrifft oder nicht, nicht unstreitig werden zu lassen, sondern den Gegner zu zwingen, diese im Zweifel zu beweisen, ist hier ein Bestreiten mit Nichtwissen möglich, allerdings nur, soweit davon auszugehen ist, daß der Bestreitende die Tatsache nicht kennen kann (§ 138 IV ZPO). Im vorliegenden Fall hatte die Klägerin eine Lieferung an eine dritte Firma behauptet, die die Beklagte mit Nichtwissen bestritt, weil sie entsprechende Unterlagen bei sich nicht finden könne und zu vermuten sei, daß ihre Mitarbeiter in unlauterer Weise zu ihrem Nachteil gehandelt hätten. Der BGH hat dieses Bestreiten mit Nichtwissen für zulässig gehalten. Zwar müsse sich die Beklagte Handlungen und Kenntnisse ihrer gesetzlichen und ggf. sogar rechtsgeschäftlichen Vertreter zurechnen lassen und sei zudem verpflichtet, Nachforschungen über Vorgänge in ihrem Verantwortungsbereich anzustellen, dies erstrecke sich jedoch nicht auf Vorgänge im Bereich der dritten Firma, die dem Verantwortungsbereich der Beklagten nicht zuzurechnen sei.

## Qualifiziertes und pauschales Bestreiten

*BGH NJW 1999, 579*

*Lehrbuch § 5, Rdnr. 12*

Auf die umfassende Darlegung mehrerer einzelner Forderungen im Gesamtvollstreckungsverfahren über mehr als 23 Mio. DM durch die Klägerin hatte der Beklagte lediglich pauschal erklärt, solche Forderungen bestünden nicht. Das OLG war daraufhin davon ausgegangen, die Forderungen seien unstreitig, da das bloß pauschale Bestreiten des Beklagten unwirksam sei.

Der BGH prüft das pauschale Bestreiten zunächst unter dem Gesichtspunkt des § 288 I ZPO. Ein Geständnis kann bereits in der Erklärung liegen, das gegnerische Vorbringen nicht bestreiten zu wollen und kann auch konkludent erklärt werden. Ein bloßes Stillschweigen auf die gegnerischen Behauptungen reicht dazu jedoch nicht aus. Allein aus dem Umstand, daß der Beklagte die Forderungen mit Rechtsausführungen bekämpft habe, ergebe sich, daß er einen Geständniswillen nicht gehabt habe. Die Behauptungen seien auch nicht mangels wirksamen Bestreitens nach § 138 III ZPO als zugestanden anzusehen. Ein qualifiziertes, substantiiertes Bestreiten könne nur verlangt werden, wenn dem darlegungspflichtigen Gegner der Vortrag von Details nicht möglich oder nicht zumutbar sei, in allen übrigen Fällen reiche ein schlichtes Bestreiten aus.

## Substantiierungslast

*OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 563*

*Lehrbuch § 5, Rdnr. 16*

*BGH NJW-RR 1999, 1152*

*OLG Köln NJW-RR 1999, 1154 und 1155*

Die Substantiierungslast regelt die Frage, wie detailreich der Sachvortrag der Parteien sein. Ob sie sich auf eine recht vage, pauschale Behauptung beschränken darf oder konkrete Einzelheiten vortragen muß, läßt sich nicht abstrakt-generell beantworten, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere von der Einlassung des Gegners ab.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist der Vortrag dann ausreichend substantiiert, wenn die vorgetragenen Tatsachen in Verbindung mit einer Rechtsnorm geeignet sind, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen. Nicht verlangt werden können – entgegen der unzutreffenden Auffassung vieler Instanzgerichte – sog. Modalitäten des Geschehens.

Dies bringt das OLG Köln (S. 1155) auf den griffigen Leitsatz: „Die Auffassung einzelner Kammern des Landgerichts, der Klagevortrag sei unsubstantiiert, weil der Kläger nicht angegeben habe, wer – wann – was wo – mit wem – warum usw. etwas getan oder unterlassen habe, ist falsch und war immer falsch, findet in der Rechtsprechung des BGH keine Stütze, ist aber bisher nicht auszurotten.“

Im Fall des OLG Düsseldorf hatte der auf Zahlung des Kaufpreises für eine aus Hard- und Software bestehende EDV-Anlage in Anspruch genommene Beklagte Mängel der Sache eingewandt und schlicht behauptet, die Anlage funktioniere nicht. Dies hat dem OLG nicht ausgereicht. Auch einem Laien auf dem Gebiet der Datenverarbeitung sei es möglich und zumutbar, den Mangel und seine Erscheinungsform so genau zu beschreiben, daß eine Überprüfung seiner Angaben möglich sei und insbesondere auch ausgeschlossen werden könne, daß lediglich ein Bedienungsfehler vorliege.

## Ersatzzustellung bei nichtehelicher Lebensgemeinschaft

*OLG Schleswig NJW 1999, 2602*

*Lehrbuch § 6, Rdnr. 10*

Ist der Adressat einer Zustellung persönlich nicht anzutreffen, so kann die Zustellung ersatzweise auch an eine bestimmte andere Personen bewirkt werden, bei denen davon ausgegangen werden kann, dass sie das Schriftstück an den Empfänger weiterreichen. Hierzu gehören in einem Geschäftslokal tätige Bedienstete, der Hauswirt und auch „zur Familie gehörende erwachsene Hausgenossen“. Umstritten ist, ob die letztgenannte Alternative, die den Ehegatten erfasst, auch auf den Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft anzuwenden ist. Die bislang h. M. hat dies abgelehnt, das OLG Schleswig bejaht es in der vorliegenden Entscheidung.

## Umfang und Bedeutung der richterlichen Hinweispflicht

*BGH NJW 1999, 605*

*BGH NJW 1999, 1264*

*BGH NJW 1999, 2123 m. Anm. Goette in DStR 1999, 2123*

*Aufsatz von Piekenbrock in NJW 1999, 1360*

*BGH NJW 1999, 3716*

*Lehrbuch § 6, Rdnr. 23, 40, 43*

Dispositions- und Beibringungsmaxime legen die Verantwortung für eine sach- und interessengerechte Prozeßführung grundsätzlich den Parteien auf. Von diesen Prinzipien macht die ZPO inzwischen aber Ausnahmen. Die Ansprüche der Parteien auf rechtliches Gehör und auf ein faires Verfahren (Lehrbuch § 1, Rdnr. 42 ff.) begründen eine Mitverantwortung des Gerichts für eine materiell gerechte Entscheidung. Diese manifestiert sich insbesondere in der richterlichen Hinweispflicht aus den §§ 139 I, 278 III ZPO. Danach hat das Gericht die Parteien – auch wenn diese anwaltlich vertreten sind – sowohl auf unzureichenden Parteivortrag als auch auf erkennbar übersehene rechtliche Gesichtspunkte hinzuweisen. Inhalt und Umfang dieser Hinweispflicht sind allerdings in vielen Teilbereichen unklar, kollidiert die Hinweispflicht doch rasch mit dem Gebot der richterlichen Unparteilichkeit. Nicht zuletzt deswegen erfolgen Hinweise in der Praxis eher zurückhaltend.

Der vorliegende Aufsatz („Umfang und Bedeutung der richterlichen Hinweispflicht“), der im Ergebnis für eine wesentlich offenerere Erteilung richterlicher Hinweise plädiert, stellt den Umfang der richterlichen Hinweispflicht im einzelnen dar und zeigt die Bedeutung von Verfahrensverstößen für das erstinstanzliche und für das Rechtsmittelverfahren dar.

Die erste Entscheidung des BGH geht davon aus, daß eine Partei davon ausgehen darf, daß ihr Vortrag ausreicht, wenn sie vom Gericht „zur Aufklärung des Sachverhalts“ geladen und angehört worden ist. Hält das Gericht die Angaben der Partei noch immer für unzureichend, muß es einen Hinweis geben, in welcher Hinsicht der Tatsachenvortrag aus seiner Sicht noch ergänzungsbedürftig ist.

Nach der zweiten Entscheidung des BGH muß ein Hinweis verständlich und mit der Gelegenheit verbunden sein, auf ihn zu reagieren. Sinn der Hinweispflicht ist es, der Partei Gelegenheit zu geben, auf den Hinweis zu reagieren und die ihr mitgeteilten Bedenken, etwa durch ergänzenden Sachvortrag oder Beibringung weiterer Unterlagen, zu beheben. Daher verstößt das Gericht gegen die Hinweispflicht, wenn der Hinweis nur allgemein und pauschal gehalten ist und er von der Partei deswegen nicht verstanden wird. Auch nach einem an sich klaren Hinweis kann das Gericht zur Wiederholung und Präzisierung gezwungen sein, wenn es erkennt, daß die Partei ihn er-



kennbar falsch verstanden hat. Ein Verstoß gegen die Hinweispflicht liegt auch dann vor, wenn das Gericht unmittelbar nach der Hinweiserteilung die mündliche Verhandlung schließt und so eine Reaktion auf den Hinweis durch weiteren Vortrag der Partei unmöglich macht.

Kann die Partei auf den Hinweis nicht sofort reagieren (im dritten Fall des BGH): weil die Vorgänge, zu denen weiter vorzutragen war, lange Zeit zurück lagen) und erhält sie auch keine Frist zur Nachreichung eines Schriftsatzes, so muß auf einen nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingehenden Schriftsatz die mündliche Verhandlung wiedereröffnet werden (§ 156 ZPO).

Im letzten Fall des BGH verlangte die Klägerin von der Beklagten Herausgabe von Containern. Die Beklagte behauptete, diese weisungsgemäß weitergegeben zu haben und legte hierzu Urkunden vor, die jedoch andere als die streitgegenständlichen Container betrafen. Das OLG hat deswegen den Beklagtenvortrag für unsubstantiiert gehalten, der BGH dagegen meint, das OLG habe zunächst nach § 139 I ZPO auf den Widerspruch hinweisen müssen.

## **Wiedereinsetzung bei unvorhergesehener Postlaufzeit**

*BGH NJW 1999, 2118*

*m. Anm. Goette in DStR 1999, 949*

*Lehrbuch § 6, Rdnr. 32 f.*

Wird eine Prozeßhandlung versäumt, so kann sie nach einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgeholt werden, wenn die Partei ohne ihr Verschulden an der Einhaltung der Frist verhindert war. Diese Voraussetzung sieht die Rechtsprechung auch dann als gegeben an, wenn die Partei einen Schriftsatz rechtzeitig zur Post aufgibt, dieser aber wegen unvorhergesehen langer Laufzeit das Gericht erst nach Ablauf der Frist erreicht. Dabei darf die Partei auf die Werbung der Post vertrauen, nach der Briefe den Empfänger am übernächsten Tag nach der Einlieferung („E+1“) erreichen. Dem steht es nach der vorliegenden Entscheidung auch nicht entgegen, daß nach neueren statistischen Erhebungen der Post rund 7% aller Sendungen verzögert zugehen.

## **Richterliche Hinweispflicht**

*OLG Oldenburg NJW-RR 1999, 1575*

*Lehrbuch § 6, Rdnr. 43*

Nach §§ 139 III, 278 II ZPO hat das Gericht die Parteien auf erkennbar übersehene tatsächliche und rechtliche Umstände hinzuweisen. Vermieden soll damit einerseits eine materiell falsche (weil auf unvollständigem Parteivorbringen beruhende) Entscheidung, andererseits aber auch eine „Überraschungsentscheidung“, bei der das Gericht die zunächst erkennbar gewordene Rechtsauffassung ohne Ankündigung ändert (vgl. auch § 265 StPO und Lehrbuch § 1, Rdnr. 44). Im vorliegenden Fall hatte das Landgericht den säumigen Beklagten zunächst durch Versäumnisurteil verurteilt und damit zu erkennen gegeben, dass es die Klage für schlüssig hielt (§ 331 ZPO; Lehrbuch § 26, Rdnr. 10). Auf den Einspruch des Beklagten hin durfte dann die Klage nicht ohne vorherigen Hinweis als unschlüssig abgewiesen werden.

## Vorweggenommene Beweiswürdigung

*BGH NJW 1999, 143*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 7*

Beweisangebote der Parteien dürfen nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, eine Überzeugung des Gerichts sei hierdurch nicht herbeizuführen. Damit würde die Beweiswürdigung unzulässig vorweggenommen. Beweis ist deswegen auch über unwahrscheinliche Tatsachen und mittels wenig überzeugender Beweismittel zunächst zu erheben, bevor über den Beweiswert Aussagen gemacht werden dürfen. Im vorliegenden Fall hatte die Klägerin behauptet und unter Beweis gestellt, daß ein Gutachter nur wegen falscher Voraussetzungen zu seinem Ergebnis gekommen sei. LG und OLG hatten die Beweisaufnahme hierüber mit der Begründung versagt, im Gutachten selbst seien die Voraussetzungen, von denen der Gutachter ausgegangen sei, zwar nicht erwähnt, es könne jedoch davon ausgegangen werden, daß der Gutachter diese sorgfältig ermittelt und geprüft habe.

## Parteivernehmung von Amts wegen

*BGH NJW 1999, 363*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 28*

Kann ein Beweis mit anderen Beweismittel nicht geführt werden, so kommt eine Parteivernehmung in Betracht. Um dabei ein Mindestmaß an Beweiswert sicherzustellen, wird regelmäßig nur der Gegner des Beweisführers als Partei vernommen. Von Amts wegen (§ 448 ZPO) kommt eine Parteivernehmung nach freiem Ermessen des Gerichts in Betracht, wenn aufgrund einer vorausgegangenen Beweisaufnahme oder des sonstigen Verhandlungsinhalts bereits eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die zu beweisende Tatsache spricht. Welche Partei dabei vernommen wird, bestimmt das Gericht ohne Rücksicht auf die Beweislast allein danach, welche Partei zum Beweisthema eigene Wahrnehmungen bekunden kann.

Eine Verpflichtung des Gerichts zur Durchführung einer Parteivernehmung von Amts wegen kann sich bei den sog. „Vier-Augen-Gesprächen“ ergeben, an denen auf der einen Seite die Partei selbst, auf der anderen Seite ein Vertreter der Gegenpartei teilnimmt. Daß bei einer solchen Konstellation der Gegenpartei ein Zuge zur Verfügung steht, der Partei aber nicht, stellt unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit der Parteien im Prozeß (Lehrbuch § 2, Rdnr. 4) eine Benachteiligung dar, die bei der Ausübung des Ermessens nach § 448 ZPO nicht unberücksichtigt bleiben darf. Deswegen kann es hier geboten sein, der Partei Gelegenheit zu geben, das Gericht von der Richtigkeit der eigenen Darstellung zu überzeugen. Dies kann entweder durch eine formlose Anhörung nach § 141 ZPO oder durch eine förmliche Parteivernehmung nach § 448 ZPO geschehen.

## Privatgutachten

*OLG Zweibrücken NJW-RR 1999, 1156*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 30*

Soll ein Beweis durch Sachverständigengutachten geführt werden, so wird der Gutachter vom Gericht ausgesucht und beauftragt. Damit ist der Sachverständigenbeweis von einem bloßen Privatgutachten abzugrenzen, das von einer Partei privat in Auftrag gegeben worden ist. Solche Privatgutachten stellen prozessual regelmäßig qualifizierten Sachvortrag dar, keinen Beweis. Allerdings können Privatgutachten auch im Beweisverfahren relevant werden. Zum einen kann das Privatgutachten als gerichtliches Be-

weisgutachten verwendet werden, wenn beide Parteien einverstanden sind. Zum anderen – und dies ist Gegenstand der vorliegenden Entscheidung – kann ein von dem gerichtlich eingeholten Gutachten abweichendes Privatgutachten (ggf. sogar zwingender) Anlaß für das Gericht sein, den gerichtlichen Sachverständigen zur Erläuterung seines Gutachtens unter Auseinandersetzung mit dem Privatgutachten aufzufordern (§ 411 III ZPO).

## **Beweisführung durch Videoaufnahmen**

*OLG Hamm NJW 1999, 1787*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 33*

Eine Augenscheinseinnahme kann sich auf alle Formen sinnlicher Wahrnehmung erstrecken, insbesondere auch auf das Ansehen einer Videoaufzeichnung.

## **Urkundsbeweis**

*OLG Köln NJW-RR 1999, 1509*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 39*

Abweichend vom Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 286 I ZPO) gelten für den Urkundsbeweis gesetzliche Beweisregeln, d.h. hier ist der Umfang der Beweiskraft normativ vorgegeben (vgl. §§ 286 II; 415, 417, 418 ZPO). Auch wenn eine Urkunde echt ist, d.h. von der aus Aussteller erscheinenden Person herrührt, kann diese gesetzliche Beweiskraft gemindert oder ganz ausgeschlossen sein, wenn sie äußere Mängel aufweist, insbesondere Durchstreichungen, Radierungen oder nachträgliche Einfügungen. Ob solche Mängel vorliegen und welche Folgen sie haben, entscheidet das Gericht nach § 286 I ZPO, hierauf erstrecken sich die gesetzlichen Beweisregeln nicht.

Das Landgericht hatte einer Urkunde jegliche Beweiskraft abgesprochen, weil der über der Unterschrift befindliche Text „zusammengequetscht“ erschien und es u.a. deswegen annahm, es sei nachträglich Text in die ursprünglich anders lautende Erklärung eingefügt worden. Dies hat das OLG als eine im Rahmen des § 286 ZPO mögliche Beweiswürdigung angesehen.

## **Vollbeweis**

*OLG Düsseldorf NVersZ 1999, 39*

*BGH NVersZ 1999, 390*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 44*

Nach dem im Beweisrecht geltenden Grundsatz des Vollbeweises ist ein Beweis erst dann geführt, wenn das Gericht von der Wahrheit der zu erweisenden Tatsache voll überzeugt ist. Dabei ist naturwissenschaftliche Sicherheit weder möglich noch notwendig. Eine absolute, über jeden Zweifel erhabene und jede andere Möglichkeit sicher ausschließende Gewißheit ist regelmäßig nicht herbeiführbar. Erforderlich und ausreichend ist die subjektive Gewißheit des Richters, das Schweigen jeden vernünftigen Zweifels, die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit. Das Gericht kann und muß sich dann mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von persönlicher Gewißheit (nicht bloß Wahrscheinlichkeit!) begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.

Beide Entscheidungen bieten hierfür anschauliche Beispiele.

## Beweislast

*LG Stuttgart, NJW-RR 1999, 1738*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 53*

Kann eine Tatsache nicht bewiesen werden, so regelt die Beweislast, zu wessen Nachteil sich dies prozessual auswirkt. Die Beweislast trifft regelmäßig die Partei, die aus der Tatsache eine für sich günstige Rechtsfolge herleiten will. Schwierig zu beantworten ist häufig die Frage, ob ein Vorbringen des Beklagten das Leugnen einer anspruchsbegründenden Voraussetzung darstellt, oder das Geltendmachen eines Gegenrechts. Während das Klageleugnen den Kläger zum Beweis zwingt, muss ein Gegenrecht vom Beklagten bewiesen werden. Im vorliegenden geht es um die Behauptung des Beklagten, er sei zum Abzug eines Skontos berechtigt. Das LG Stuttgart hält daraufhin nicht den Kläger für verpflichtet, zu beweisen, dass der Kaufpreis in voller Höhe geschuldet wird, sondern nimmt ein Gegenrecht an, für das der Beklagte die Beweislast trägt. kann die Skontoabrede also nicht bewiesen werden, schuldet der Beklagte den vollen Kaufpreis.

## Anwaltliche Schriftsätze

*Aufsatz von Gross, JuS 1999, 171*

*Lehrbuch § 8, Rdnr. 40*

Zunehmend gewinnen im zweiten Staatsexamen auch die Aufgabenstellungen aus anwaltlicher Sicht an Bedeutung. Hierbei ist als praktische Leistung regelmäßig ein prozessualer oder außerprozessualer Schriftsatz zu fertigen. Der vorliegende Aufsatz („Grundstrukturen erfolgreicher Schriftsätze“) stellt dabei einige formelle Grundprinzipien des Aufbaus solcher Schriftsätze zusammen, die unabhängig von der konkreten Verfahrenssituation oder dem Inhalt des Schriftsatzes gelten. Sehr lesenswert.

## Innerprozessuale Bindungswirkung von Urteilen

*OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 68*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 8*

Gemäß § 318 ZPO ist das Gericht auch selbst an sein eigenes Urteil gebunden, darf dieses also nicht nachträglich wieder abändern und darf sich damit auch in später im gleichen Verfahren ergehenden weiteren Entscheidungen nicht in Widerspruch setzen. Relevant wird dies häufig bei Vorbehaltsurteilen (§§ 302, 599 ZPO), nach denen das Verfahren fortgesetzt und eine nachfolgende Endentscheidung erforderlich wird. In dieser Endentscheidung dürfen die Fragen, die für das Vorbehaltsurteil bereits geprüft und entschieden wurden, nicht nochmals geprüft oder gar abweichend entschieden werden.

## Scheinurteil

*BGH NJW 1999, 1192*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 11*

Ein Urteil wird erst dann wirksam, wenn es förmlich verkündet wurde. Ohne eine solche Verkündung handelt es sich um ein bloßes „Scheinurteil“, d.h. es liegt ein Schriftstück vor, das den Anschein eines Urteils erweckt, tatsächlich aber keines ist und deswegen auch die Wirkungen eines Urteils (Rechtskraft, Vollstreckbarkeit usw.) nicht entfaltet.

Im vorliegenden Fall war den Parteien des Berufungsrechtsstreits am 10.12.1997 ein Schriftstück zugestellt worden, das als „Urteil“ bezeichnet war und alle förmlichen Anforderungen eines Urteils erfüllte; hierin war die Berufung zurückgewiesen worden. Am 7.1.1998 wurde den Parteien das am 4.12.1997 tatsächlich verkündete Urteil zugestellt, mit dem die erstinstanzliche Entscheidung abgeändert und die Klage abgewiesen wurde. Der Beklagte hat gegen das Scheinurteil Revision eingelegt. Diese hat der BGH für zulässig gehalten und das Scheinurteil ersatzlos aufgehoben. Zwar handele es sich bei dem Urteilsentwurf, der den Parteien am 10.12.1997 zugestellt worden war, mangels Verkündung nicht um ein Urteil, doch stelle sich die erteilte Ausfertigung dem äußeren Anschein nach als ein solches dar, so daß dessen bloße Existenz geeignet sei, schutzwürdige Interessen der nach dem Inhalt beschwerten Partei zu beeinträchtigen. Etwas anderes gelte auch nicht deswegen, weil das tatsächlich verkündete, dem Beklagten günstige Urteil inzwischen rechtskräftig geworden sei. Solange die Partei, zu deren Gunsten das Scheinurteil lautet, die ihr übermittelte Ausfertigung nicht zurückgegeben habe, lasse sich nicht mit hinreichender Sicherheit ausschließen, daß dem Gegner dadurch Nachteile entstehen können. Dieser behalte daher ein berechtigtes Interesse daran, den Vorgang mittels einer förmlichen Entscheidung zu beseitigen.

## **Umfang der Rechtskraft**

*OLG Stuttgart NJW-RR 1999, 1590*  
*OLG Hamm NJW-RR 1999, 1589*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 14 ff.*

Wichtige Wirkung jeden Urteils ist die materielle Rechtskraft, die insbesondere jede neue Klage über den gleichen Streitgegenstand unzulässig macht. Nicht immer einfach ist die Bestimmung des Umfangs der materiellen Rechtskraft, der subjektiven, objektiven und zeitlichen Schranken unterliegt.

Im Fall des OLG Stuttgart hatte ein Unfallgeschädigter auf Schmerzensgeld geklagt und dieses auch erhalten. Nachdem sich sein Leiden verschlechtert hatte, verlangte er mit einer neuen Klage Zahlung eines weiteren Schmerzensgeldes. Dies ist zulässig, soweit die Nachforderung allein auf Umstände gestützt wird, die bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung im ersten Verfahren nicht berücksichtigt werden konnten (zeitliche Schranke der Rechtskraft). Hier war bereits im Vorprozess die Frage einer möglichen Verschlechterung erörtert worden. Da sie dort aber nicht wahrscheinlicher war, als eine mögliche Verschlechterung, steht dies der neuen Klage nicht entgegen.

Im Fall des OLG Hamm hat die Klägerin Schmerzensgeld aus einem angeblichen ärztlichen Kunstfehler mit der Begründung verlangt, die Operation sei fehlerhaft ausgeführt worden. Nachdem die Klage rechtskräftig abgewiesen worden weil, weil die Operation fachgerecht durchgeführt worden war, erhob die Klägerin erneut Klage, diesmal mit der Begründung, die Operation sei zu spät durchgeführt worden; außerdem sei dabei ein Medikament verwendet worden, das kontraindiziert gewesen sei. Das OLG Hamm hat die neue Klage für unzulässig gehalten, da sie denselben Streitgegenstand wie die erste Klage betraf. Der Streitgegenstand wird durch den Antrag und den ihm zugrundeliegenden Lebenssachverhalt bestimmt. Die Parteien können diesen Streitgegenstand nicht willkürlich dadurch begrenzen, dass sie Teile des Lebenssachverhalts nicht vortragen. Gegenstand des ersten Prozesses war damit die Operation insgesamt, nicht nur die Art und Weise ihrer Durchführung.

## Materielle Rechtskraft eines Feststellungsurteils

*LAG BW NZA-RR 999, 206*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 14, 17*

Feststellungsurteile sind in der Hauptsache nicht vollstreckbar, ihre Bedeutung erschöpft sich in der materiellen Rechtskraft. Zu deren wichtigsten Wirkungen gehört, daß eine neue Klage über den gleichen Streitgegenstand zwischen denselben Beteiligten unzulässig ist.

Im vorliegenden Fall war vor 26 Jahren bereits rechtskräftig festgestellt worden, daß ein bestimmter Verband keine Gewerkschaft im arbeitsrechtlichen Sinn ist. Die nunmehr zwischen den seinerzeitigen Parteien erneut erhobene Klage hat das LAG als unzulässig abgewiesen. Das frühere Urteil steht der neuen Klage nur dann nicht entgegen, wenn sich die tatsächlichen Umstände zwischenzeitlich so weit geändert haben, daß die alte Entscheidung den neuen Streit nicht hinreichend regelt. Mit dem Zeitablauf allein läßt sich eine solche Änderung der Verhältnisse nicht begründen.

## Umfang der materiellen Rechtskraft

*BGH NZM 1999, 138*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 19*

*BGH NJW-RR 1999, 1006*

In materieller Rechtskraft erwächst sachlich einerseits nur die tenorierte Rechtsfolge (und nicht deren Begründung), andererseits aber auch ihr kontradiktorisches Gegenteil. Nach einem klagestattgebenden Herausgabeurteil steht deswegen nicht bloß fest, daß der Kläger Herausgabe verlangen kann, sondern auch, daß der Beklagte sie nicht verweigern darf. Im vorliegenden Fall war gegen den Inhaber eines dinglichen Wohnrechts ein Urteil auf Räumung der Wohnung ergangen und rechtskräftig geworden. Im Folgeprozeß wollte der vormalige Beklagte Wiedereinräumung des Besitzes. Der BGH in der ersten Entscheidung hat diese Klage für zulässig gehalten, weil nach dem ersten Urteil nicht rechtskräftig feststehe, daß ein dingliches Wohnrecht nicht (mehr) bestehe. Letzteres werde von der Rechtskraft nicht erfaßt und könne sich auch wenn das erste Gericht hiervon ausgegangen sei – zum Beispiel durch eine nachträgliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse – zwischenzeitlich anders darstellen.

Grundsätzlich nicht in Rechtskraft erwachsen im Tatbestand festgestellte Tatsachen oder in den Entscheidungsgründen angestellte rechtliche Beurteilungen. Muss dagegen geklärt werden, auf welchen Streitgegenstand sich die Entscheidung bezieht, so reicht hierzu der Tenor regelmäßig nicht aus. Dann ist es geboten, den Tatbestand, die Entscheidungsgründe und ggf. sogar das zugrundeliegende Parteivorbringen heranzuziehen, um zu klären, worüber entschieden worden ist. Dies ist Gegenstand der zweiten Entscheidung.

## Antragsüberschreitung durch das Gericht

*BGH NJW 1999, 61*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 26*

Gemäß § 308 I ZPO ist das Gericht an den Antrag des Klägers gebunden, darf ihm insbesondere nichts anderes zusprechen, als was beantragt wurde. Im vorliegenden Fall hatte der Kläger beantragt, den Beklagten zu verurteilen, ihn von einer Kreditverbindlichkeit bei einer Bank freizustellen, hilfsweise, den Beklagten zur Zahlung des Betrages an die Bank zu verurteilen. Das LG hat den Beklagten zur Zahlung des Betrages an den Kläger verurteilt und damit den Antrag überschritten. In der Berufung hat das

Oberlandesgericht Frankfurt am Main dies für einen wesentlichen Verfahrensmangel gehalten und die Sache deswegen an das LG zurückverwiesen. Dies hat der BGH gerügt: Zwar habe das LG gegen § 308 I ZPO verstoßen, dieser Verstoß sei aber dadurch geheilt worden (*dazu Lehrbuch § 1, Rdnr. 22*), daß der Kläger in der Berufungsinstanz hilfsweise das beantragt hat, was ihm vom LG zugesprochen wurde. Damit liege (nachträglich) ein das Urteil deckender Antrag vor, so daß von einem die Zurückverweisung rechtfertigenden Verfahrensmangel nicht mehr gesprochen werden könne. Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main müsse nun in der Sache selbst entscheiden.

## Kostengrundentscheidung und Kostenfestsetzung

*OLG Koblenz NJW-RR 1999, 728*

*OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 799*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 58*

Über die Verpflichtung, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, entscheidet dem Grunde nach das Prozeßgericht zusammen mit der Entscheidung über die Hauptsache (sog. Kostengrundentscheidung; *Lehrbuch § 10, Rdnr. 45 ff.*). Die konkrete Höhe des sich hieraus ergebenden Kostenbetrages wird durch den Rechtspfleger im Rahmen des Kostenfestsetzungsverfahrens bestimmt. Bei dieser Kostenfestsetzung ist der Rechtspfleger an die Kostengrundentscheidung gebunden und kann Fehler, die dort gemacht wurden, nicht korrigieren.

Im Fall des OLG Koblenz hatte das Gericht übersehen, daß ein Streitgenosse bereits vor Erörterung des Rechtsstreits durch ein Anerkenntnis ausgeschieden war und hatte ihm fehlerhaft einen Teil der Kosten auferlegt. Dies konnte der Streitgenosse nicht wirksam im Kostenfestsetzungsverfahren rügen. Erforderlich wäre die Einlegung eines Rechtsmittels gegen die Kostengrundentscheidung, die regelmäßig in der Anfechtung der Hauptsache bestehen muß, da die isolierte Anfechtung der Kostenentscheidung unzulässig ist (§ 99 ZPO).

Im Fall des OLG Düsseldorf hatte das Gericht übersehen, die Kosten der Anrufung des unzuständigen Gerichts dem Kläger aufzuerlegen (§ 281 III 2 ZPO). Deswegen mußte der Beklagte sie tragen und konnte im Kostenfestsetzungsverfahren nicht geltend machen, diese Kosten seien nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich gewesen (§ 91 ZPO).

## Kostenentscheidung bei nichtexistenter Partei

*OLG München NJW-RR 1999, 1264*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 63*

Die Kosten des Rechtsstreits hat grundsätzlich die unterliegende Partei zu tragen. Existiert eine Partei (insbesondere eine juristische Person) nicht (oder nicht mehr; vgl. *Lehrbuch § 2, Rdnr. 11*), so kommt sie weder als Kostenschuldner noch als Kostengläubiger in Betracht. Regelmäßig wird dann die Kostenentscheidung zugunsten bzw. zu Lasten derjenigen (natürlichen) Person ergehen, die für die nicht existierende Partei gehandelt hat.

Im vorliegenden Fall hatte die Klägerin Klage gegen eine bereits im Handelsregister gelöschte und liquidierte GmbH erhoben, die zunächst dem ehemaligen Geschäftsführer dieser GmbH zugestellt wurde. Dieser teilte dem Gericht den Sachverhalt mit. Die Klägerin nahm die Klage daraufhin in der mündlichen Verhandlung zurück. Eine Kostenentscheidung nach § 269 III ZPO (*dazu Lehrbuch § 28, Rdnr. 28*) zugunsten der

GmbH konnte und brauchte nicht zu ergehen. Kosten waren allein dem Geschäftsführer entstanden, der aber nicht Partei geworden war (Lehrbuch § 2, Rdnr. 6 f.). In Übereinstimmung mit der h. M. hat hier das OLG der Klägerin „die dem Geschäftsführer entstandene Kosten“ auferlegt.

## Prozeßkostenhilfe im Verbraucherinsolvenzverfahren

*Diverse Entscheidungen in allen Heften der NZI 1999*

Lehrbuch § 10, Rdnr. 76

Das seit 1.1.1999 geltende Insolvenzordnung hat erstmals die Möglichkeit geschaffen, Privatpersonen von ihren Verbindlichkeiten zu befreien (sog. „Schuldenbereinigungsverfahren, §§ 286 ff. InsO). Ob für dieses Verfahren unter den Voraussetzungen der §§ 114 ff. ZPO Prozeßkostenhilfe gewährt werden kann, ist fraglich. § 4 InsO erklärt die Vorschriften der ZPO für entsprechend anwendbar, soweit nichts anderes bestimmt ist.

Die bisher wohl überwiegende Auffassung geht dahin, aus einer Vielzahl von Vorschriften der InsO (z.B. §§ 26 I, 207 I, 289 III, 298 I InsO) ergebe sich, daß der Schuldner zumindest in der Lage sein müsse, die Verfahrenskosten zu tragen; Prozeßkostenhilfe könne damit nicht gewährt werden. Allerdings wird auch die gegenteilige Ansicht mit plausiblen Argumenten vertreten.

## Kostenerstattung bei Prozeßkostenhilfe

*BVerfG MDR 1999, 1089  
m. Anm. E. Schneider (S. 1089) und Schütt (S. 1405)*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 79*

Wird Prozeßkostenhilfe gewährt, so hat dies zur Folge, daß die Partei und der Gegner (§ 122 II ZPO) von den Gerichtsgebühren, insbesondere allen Vorschußpflichten, befreit sind (§ 122 I 1 ZPO). Der Partei wird ein Rechtsanwalt ihrer Wahl beigeordnet und aus der Staatskasse bezahlt (§ 121 II, III ZPO). Wird die Partei jedoch in die Kosten des Rechtsstreits verurteilt, so muß sie die außergerichtlichen Kosten des Gegners aus eigener Tasche bezahlen, diese werden nicht erstattet (§ 123 ZPO). Hat der Kläger PKH und unterliegt er, so hat er nur die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu tragen. Hat dagegen der Beklagte PKH und unterliegt er, so muss er dem Kläger die diesem entstandenen Kosten erstatten, d.h. neben den außergerichtlichen Kosten auch die verauslagten Gerichtskosten. Dies hat das BVerfG als ungerechtfertigte Benachteiligung des Beklagten angesehen und deswegen den Erstattungsanspruch des Klägers in diesen Fällen auf die eigenen außergerichtlichen Kosten beschränkt. Die Anmerkungen – insbesondere die von Schütt - treten dieser Entscheidung entgegen und zeigen auf, dass die Argumentation des BVerfG unzutreffend ist. Sie läßt wichtige zivilprozessuale Fallgruppen unberücksichtigt und stellt das historische Gesetzgebungsverfahren schlicht falsch dar.

## Die Anwaltsklausur

*Aufsatz von Fischer in JuS 1999, 900 und 1002*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 100*

Klausuren, bei denen ein praktischer Fall aus der Sicht eines Rechtsanwalts zu bearbeiten ist, bereiten im zweiten Examen besondere Schwierigkeiten nicht nur deshalb,



weil sie während der Ausbildung deutlicher weniger intensiv geübt werden, als Aufgabenstellungen aus der Sicht eines Richters. Hinzu kommt, dass wegen der Gestaltungsmöglichkeiten der Parteien die Bandbreite in Betracht kommender Möglichkeiten deutlich größer ist und es deswegen in besonderem Masse der Phantasie und Kreativität bedarf, um alle denkbaren Handlungsalternativen in die anzustellenden Überlegungen einzubeziehen.

Der vorliegende Aufsatz („Zweckmäßigkeitüberlegungen in der zivilrechtlichen Anwaltsklausur“) bietet eine sinnvolle und praktisch überzeugende Strukturierung der in einer Klausurbearbeitung hierbei anzustellen Betrachtungen an, indem er eine rechtliche Gesamtschau und eine Zusammenstellung der prozessualen Möglichkeiten an den Beginn stellt und diese dann nach prozesstaktischen, kostenmäßigen, zeitlichen und vollstreckungsrechtlichen Gesichtspunkten gegeneinander abwägt.

Der Aufsatz ist sehr lesenswert!

## **Zustellung „demnächst“**

*BGH NJW 1999, 253*

*Lehrbuch § 11, Rdnr. 11*

Zu den Besonderheiten des Mahnverfahrens gehört es, dass die Sache zuerst Rechtshängig (nämlich bereits mit Zustellung des Mahnbescheids an den Antragsgegner, §§ 696 III, 700 II ZPO) und erst danach anhängig wird (nämlich beim Prozessgericht, §§ 696 I 4, 700 III ZPO). Einzelne Wirkungen der Rechtshängigkeit, insbesondere die Verjährungsunterbrechung können nach § 693 II ZPO bereits mit Eingang des Mahnantrags bei Gericht eintreten, wenn dieser „demnächst“ zugestellt wird. Die „demnächst“ erfolgende Zustellung des Mahnbescheids entspricht insoweit der „alsbaldigen“ Zustellung der Klage nach § 270 III ZPO. Erfüllt sind diese Voraussetzungen regelmäßig dann, wenn die Zustellung innerhalb der nächsten drei Wochen erfolgt. Wird erst nach Ablauf von drei Wochen, aber noch innerhalb von drei Monaten zugestellt, kommt es auf den Grund der Verzögerung an, eine Zustellung, die später als drei Monate erfolgt, reicht – unabhängig vom Grund der Verzögerung – grundsätzlich nicht mehr aus.

Die vorliegende Entscheidung bewegt sich innerhalb dieses groben Rasters: Der Antrag auf Erlaß eines Mahnbescheids war am letzten Tag der Verjährungsfrist (30.12.1994) bei Gericht eingegangen und zunächst unvollständig ausgefüllt. Der Antragsteller hatte als Schuldner „Firma Baugeschäft S., vertreten durch den Inhaber“ angegeben. Auf eine Verfügung der Rechtspflegerin, erforderlich sei der Name des Inhabers, die dem Antragsteller am 9.1.1995 zugeing, reichte der Antragsteller am 17.1.1995 einen neuen Antrag mit dem Namen ein. Dieser wurde der Schuldnerin am 23.1.1995 zugestellt.

Sinn und Zweck des § 693 II ZPO ist es, die Partei bei Zustellungen von Amts wegen vor Nachteilen aus Verzögerungen innerhalb des gerichtlichen Verantwortungsbereichs zu schützen. Der Begriff „demnächst“ ist deswegen nicht rein zeitlich, sondern wertend zu verstehen. Er ist dann erfüllt, wenn die Zustellung innerhalb einer angemessenen, selbst längeren Frist erfolgt, weil die Partei alles ihr zumutbare für die alsbaldige Zustellung getan hat und schutzwürdige Belange der Gegenpartei nicht entgegenstehen. Der Partei sind dabei Verzögerungen zuzurechnen, die sie bei gewissenhafter Prozessführung hätte vermeiden können. Verzögerungen bis zu 14 Tagen sind regelmäßig unschädlich, solche von 18-19 Tagen nicht mehr geringfügig. Diese Frist bezieht der BGH auf die Zeitspanne, um die sich die ohnehin erforderliche Zustellung als Folge der Nachlässigkeit verzögert. Hier wäre der Mahnbescheid (anstelle der Er-

gänzungsverfügung) erst am 9.1.1995 zugestellt worden, so dass die Verzögerung nur 14 Tage betrug, die Forderung somit noch nicht verjährt ist.

## Hauptsache- und Eilverfahren

*OLG Köln NJWE-WettbR 1999, 92*

*Lehrbuch § 12, Rdnr. 3*

Hauptsache- und Eilverfahren haben, auch wenn sie den gleichen Lebenssachverhalt betreffen, immer einen unterschiedlichen Streitgegenstand. Während mit dem Hauptsacheverfahren die endgültige Befriedigung erstrebt wird, ist Ziel des Eilverfahrens (Arrest, einstweilige Verfügung) immer nur die Sicherung des Anspruchs. Deswegen schließen beide Verfahren einander nie aus: Sie können (ohne Verstoß gegen das Verbot anderweitiger Rechtshängigkeit) gleichzeitig oder (ohne Verstoß gegen das Verbot bereits existierender rechtskräftiger Entscheidung) nacheinander durchgeführt werden, auch die Reihenfolge ist gleichgültig.

## Arrestgrund

*OLG Saarbrücken NJW-RR 1999, 143*  
*OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1592*

*Lehrbuch § 12, Rdnr. 8*

Voraussetzung für die Durchführung eines Eilverfahrens und den Erlaß einer Eilentscheidung ist das Vorliegen eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses, das es rechtfertigt, vom allgemeinen Verfahren mit seiner umfassenden Sach- und Rechtsprüfung abzusehen und allein auf Grund einer summarischen Prüfung eine (Sicherungs-) Zwangsvollstreckung durchzuführen. Diese Voraussetzung ist der Arrestgrund (§ 917 ZPO), der den Arrest zuläßt, wenn zu besorgen ist, daß ohne seine Verhängung die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert würde.

Im Fall des OLG Saarbrücken hatte der Arrestschuldner der Arrestgläubiger mittels eines Eingehungsbetruges deliktisch geschädigt. In der Folgezeit verhandelten die Parteien jahrelang über die Erfüllung der streitigen Forderung. Nachdem diese Verhandlungen gescheitert waren, wollte der Gläubiger seine Schadensersatzansprüche mittels Arrest gesichert haben. Dies hat das OLG abgewiesen, da ein Arrestgrund nach so langer Zeit nicht mehr in dem Eingehungsbetrug gesehen werden könne.

Auf den Arrestgrund kann nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf auch dann nicht verzichtet werden, wenn der zu sichernde Anspruch aus einer vorsätzlich begangenen strafbaren Handlung des Schuldners gegen den Gläubiger herrührt.

## Einstweilige Verfügung auf Herausgabe

*Aufsatz von Saenger in JZ 1999, 970*

*Lehrbuch § 12, Rdnr. 26*

Materielle Ansprüche, die nicht auf Geldzahlung gerichtet sind, können prozessual nur mit der einstweiligen Verfügung gesichert werden. Dabei bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zwecks erforderlich sind (§ 938 I ZPO). Wegen des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache (die Eilanordnung darf den Hauptanspruch nur sichern, nicht endgültig erfüllen) ist allerdings praktisch häufig problematisch, in welcher Form eine solche Sicherung erfolgen kann. Der vorliegende Aufsatz („Macht und Ohnmacht der Gerichte bei der eiligen Durchset-

zung von Herausgabeansprüchen“) stellt diese Schwierigkeiten und einige Lösungsmöglichkeiten insbesondere für Herausgabeansprüche dar.

## Urkundenprozeß aus Mietvertrag

*BGH NJW 1999, 1408*

*Lehrbuch § 13, Rdnr. 7 ff.*

*Aufsatz von Eisenhardt in MDR 1999, 901*

Der Urkundenprozess ist eine besondere Verfahrensart, in der Ansprüche, die mittels Urkunden belegt sind, rasch – und ohne vorherige vollständige Sach- und Rechtsprüfung – tituliert werden. Einwände des Beklagten werden oft erst später (im Nachverfahren) behandelt. Ob auch Ansprüche aus einem Mietvertrag (Zahlung von Mietzins oder Nebenkosten) durch Vorlage des Mietvertrages im Urkundenverfahren geltend gemacht werden können, ist seit längerem umstritten.

Der BGH hat dies nun ausdrücklich bejaht. § 592 ZPO eröffnet den Urkundenprozeß grundsätzlich für alle Geldforderungen, ohne Mietzinsforderungen auszunehmen. Die Gegenauffassung hatte argumentiert, im Unterschied zu anderen Vertragstypen des BGB trete eine Minderung der Miete beim Vorliegen von Mängeln der Mietsache „automatisch“ ein, so daß die Höhe der Miete sich nicht aus der Urkunde Mietvertrag allein ergebe. Der Vermieter müsse vielmehr bei Durchsetzung seines Mietzinsanspruchs darlegen, seinerseits ordnungsgemäß erfüllt zu haben; dies aber sei durch Vorlage des Mietvertrages nicht geschehen. Der BGH hat diese Argumentation nicht gelten lassen. Darlegungs- und beweispflichtig für eventuelle Mängel der Mietsache sei im Prozeß der Mieter, deswegen seien sie erst im Nachverfahren zu berücksichtigen.

Diese Entscheidung betraf jedoch einen Fall der Geschäftsraummiete, für die Wohnraummiete geht der Streit – wie der vorliegende Aufsatz („Mietzinsklage im Urkundenprozess bei Wohnraummiete“) belegt – weiter. Argumentiert wird, der Mieter könne sich im Urkundenprozess mit den dort zugelassenen Beweismitteln nicht hinreichend verteidigen, seine materiellrechtlichen Gewährleistungsansprüche würden genauso verkürzt wie sein verfassungsrechtlicher Anspruch auf rechtliches Gehör und zudem ergebe sich die Höhe des Mietzinsanspruchs gar nicht aus dem Mietvertrag, da beim Vorliegen von Mängeln der Mietsache im Unterschied zu anderen Vertragstypen des BGB eine Minderung der Miete „automatisch“ eintrete. Der Verfasser vertritt unter Einbeziehung der Auffassung des BGH eine vermittelnde Lösung: Der Urkundenprozess sei bei der Geschäftsraummiete ohne weiteres möglich, bei der Wohnraummiete dagegen nur, wenn die durch §§ 537 III, 552a; 538 BGB geschützten Rechte des Mieters nicht berührt würden.

## Vorrang der Zulässigkeitsvoraussetzungen im Urkundenprozeß

*OLG Jena OLG-NL 1999, 67*

*Lehrbuch § 13, Rdnr. 11*

Fehlt eine Zulässigkeitsvoraussetzung, so ist die Klage durch Prozeßurteil abzuweisen, ohne daß die Begründetheit der Klage zu prüfen wäre. Selbst wenn feststehen sollte, daß die Klage unbegründet ist, kann sie „nur“ als unzulässig abgewiesen werden (sog. „Vorrang der Zulässigkeitsvoraussetzungen“). Fraglich ist, ob dies auch für die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Urkundenverfahrens gilt. Fehlen diese und steht gleichzeitig fest, daß die Klage auch unbegründet ist, so soll die Klage nach überwiegender Ansicht als unbegründet abgewiesen werden. Grund hierfür ist, daß Voraussetzungen für eine Sachentscheidung durch das angerufene Gericht nur die all-

gemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind. Die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen regeln nur den Zugang zu der besonderen Verfahrensart. Ergibt sich hier, daß die Klage unbegründet ist, so kann sie (der materiellen Rechtskraft fähig) endgültig abgewiesen werden, die Wiederholung der Sachprüfung im allgemeinen Verfahren ist nicht erforderlich. Die vorliegende Entscheidung schließt sich dieser Auffassung an.

### **Abstandnahme vom Urkundenprozeß**

*OLG Jena OLG-NL 1999, 67*

*Lehrbuch § 13, Rdnr. 15*

Erkennt der Kläger, daß er wegen der Beschränkung der Beweismittel in dem zunächst begonnenen Urkundenprozeß nicht obsiegen kann, so bietet ihm § 597 ZPO die Möglichkeit, ohne weitere Voraussetzungen (insbesondere ohne die nach der allgemeinen Vorschrift des § 263 ZPO erforderliche Sachdienlichkeit) in das allgemeine Verfahren zu wechseln („vom Urkundenprozeß Abstand zu nehmen“). Ist sich der Kläger nicht sicher, ob ein solcher Wechsel erforderlich ist oder nicht, so kann er ihn bloß „hilfsweise“ (d. h. bedingt nur für den Fall, daß der Urkundenprozeß unstatthaft ist) nicht beantragen. Prozeßhandlungen sind grundsätzlich bedingungsfeindlich (Lehrbuch § 1, Rdnr. 18), können zwar ausnahmsweise von innerprozessualen Bedingungen abhängig gemacht werden (z.B. Lehrbuch § 19, Rdnr. 16, 36; § 23, Rdnr. 22), doch muß zumindest unbedingt feststehen, daß es einen Prozeß gibt und nach welchen Verfahrensregeln er abzulaufen hat.

### **Bindungswirkung des Vorbehaltsurteils im Nachverfahren**

*OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 68*

*Lehrbuch § 13, Rdnr. 23*

Gemäß § 318 ZPO ist das Gericht auch selbst an sein eigenes Urteil gebunden, darf dieses also nicht nachträglich wieder abändern und darf sich damit auch in später im gleichen Verfahren ergehenden weiteren Entscheidungen nicht in Widerspruch setzen. Relevant wird dies häufig bei Vorbehaltsurteilen (§§ 302, 599 ZPO), nach denen das Verfahren fortgesetzt und eine nachfolgende Endentscheidung erforderlich wird. In dieser Endentscheidung dürfen die Fragen, die für das Vorbehaltsurteil bereits geprüft und entschieden wurden, nicht nochmals geprüft oder gar abweichend entschieden werden.

Im vorliegenden Fall hatte der Beklagte, der Geschäftsführer der E-GmbH war, einen auf die GmbH bezogenen Wechsel ohne ausdrücklichen Vertretungszusatz allein durch seine Unterschrift akzeptiert. Er war deswegen persönlich als Akzeptant auf Zahlung verklagt worden. Im Vorverfahren hatte er die Klage unter Vorbehalt seiner Rechte im Nachverfahren anerkannt, dementsprechend war ein Vorbehaltsanerkennnisurteil ergangen (dazu Lehrbuch § 13, Rdnr. 19). Im Nachverfahren machte er geltend, er habe nur als Vertreter der GmbH gehandelt. LG und OLG haben diesen Einwand für unbeachtlich gehalten und sind davon ausgegangen, das Handeln im eigenen Namen stehe aufgrund des Vorbehaltsurteils bindend fest (§ 318 ZPO). Die Bindungswirkung erstreckt sich auf alle Punkte, die zum Erlaß des Urteils geprüft werden mußten. Dazu gehört regelmäßig auch die Schlüssigkeit der Klage, die sich auf die Passivlegitimation des Beklagten erstreckt. Etwas anderes ergibt sich nach Auffassung des OLG Düsseldorf auch nicht daraus, daß hier eine Schlüssigkeitsprüfung durch das Gericht gerade nicht erfolgte, weil ein Anerkenntnis des Beklagten vorlag. Beim Anerkenntnis ergeht das Urteil allein aufgrund einer prozessualen Erklärung und unab-

hängig von einer eventuellen Schlüssigkeit (Lehrbuch § 28, Rdnr. 7 ff.). Das Anerkenntnis unter Vorbehalt der Rechte des Nachverfahrens könne aber nicht dahin verstanden werden, daß alle Anspruchsvoraussetzungen komplett ins Nachverfahren verlagert werden sollten. Vielmehr sei es dahin auszulegen, daß die Forderung insoweit anerkannt werde, wie sie gemeinhin im Vorverfahren geprüft wird, während lediglich die Rechte, die nur im Nachverfahren geltend gemacht werden können, vorbehalten werden sollen. Das aufgrund eines Anerkenntnisses ergehende Vorbehaltsurteil entfalte damit die gleiche Bindungswirkung, wie das aufgrund einer Sachprüfung des Gerichts ergehende Vorbehaltsurteil auch.

## **Statusrechtliche Feststellungsklagen**

*Aufsatz von Habscheid/Habscheid in FamRZ 1999, 480*      *Lehrbuch § 14, Rdnr. 1 ff.*

Im ersten Halbjahr 1998 sind eine Reihe von Änderungen zum Familienrecht und zum familiengerichtlichen Verfahren in Kraft getreten. Der vorliegende Aufsatz („Die statusrechtlichen Feststellungsklagen nach neuem Familienrecht“) stellt einige dieser Neuerungen und die hierdurch entstandenen neuen Probleme dar.

## **Vorläufiger Rechtsschutz in Familiensachen**

*Aufsatz von Bernreuther in FamRZ 1999, 69*

*Lehrbuch § 14, Rdnr. 16, 25*

*OLG Köln NJW-RR 1999, 795*

*Aufsatz von Gießler in FamRZ 1999, 695*

Durch eine ganze Reihe von Gesetzen ist das Verfahren in Familiensachen zum 1.7.1998 in weiten Bereichen neu gestaltet worden. Dies gilt auch für den vorläufigen Rechtsschutz. Das System der einzelnen Rechtsbehelfe ist nach wie vor unübersichtlich, der einzuschlagende Weg davon abhängig, ob ein Verfahren der Ehesache anhängig bzw. hierfür Prozeßkostenhilfe beantragt ist (dann einstweilige Anordnung nach § 644 ZPO) oder nicht (dann Leistungsverfügung).

Der vorliegende Aufsatz von Bernreuther („Das System des vorläufigen Rechtsschutzes in Familiensachen“) gibt hier einen brauchbaren Überblick.

Eine allgemeine Darstellung der familiengerichtlichen Eilverfahren enthält auch der Aufsatz von Gießler („Richterliche Vorausprüfungs- und Begründungspflicht bei Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes“). Der Verfasser vertritt die Auffassung, Entscheidungen, die aufgrund mündlicher Verhandlung ergehen, müssten begründet werden, andere Entscheidungen nur, soweit sie im Ausland vollstreckt werden sollen.

Das OLG Köln vertritt die Auffassung, eine einstweilige Verfügung sei unzulässig, wenn der Unterhaltsgläubiger eine Hauptsacheklage auf Unterhalt verbunden mit einem Eilantrag nach § 644 ZPO erheben könne. Sei nur die einstweilige Verfügung beantragt worden, könne diese nicht in eine Hauptsacheklage umgedeutet werden.

## Schiedsgerichtsverfahren

*OLG Stuttgart NJW-RR 1999, 1557*

*Lehrbuch § 14, Rdnr. 34*

Haben die Parteien eine Schiedsgerichtsvereinbarung getroffen, so ist eine gleichwohl erhobene Klage zum Zivilgericht unzulässig (§ 1032 I ZPO). Voraussetzung ist jedoch, dass die Schiedsvereinbarung formwirksam ist. Während Kaufleute diese Abrede auch im Rahmen anderer Vereinbarungen treffen können, müssen Verbraucher insoweit eine gesonderte Urkunde unterzeichnen (§ 1031 V ZPO). Die vorliegende Entscheidung betrifft noch den nur bedingt vergleichbaren § 1027 II ZPO a.F.; hier hat das OLG einem als gemeindlichen Eigenbetrieb geführten städtischen Schlachthof, bei dem satzungsgemäß eine Gewinnerzielung ausgeschlossen war, nicht als Vollkaufmann i.S.d. § 1 HGB a.F. angesehen und die von ihm im Rahmen eines Liefervertrages geschlossene Schiedsvereinbarung deswegen als unwirksam angesehen.

## Parteiberichtigung

*OLG Hamm NJW-RR 1999, 469*

*Lehrbuch § 15, Rdnr. 1*

Partei eines Rechtsstreits wird, wer in der Klageschrift als solche bezeichnet ist (sog. „formeller Parteibegriff“). In Zweifelsfällen ist diese Parteibezeichnung aus der Sicht der Empfänger, d.h. von Gericht und Gegner, auszulegen (Lehrbuch § 2, Rdnr. 6 ff.; § 1, Rdnr. 21). Ist danach klar, wer Partei werden soll, so kann eine unrichtige Bezeichnung der Partei formlos berichtigt werden. Abzugrenzen ist eine solche bloße Berichtigung der Parteibezeichnung von den Fällen des (hinsichtlich seiner Voraussetzungen und Folgen ungleich komplizierteren) echten Parteiwechsels, bei denen die zunächst bezeichnete (und damit Partei gewordene) Personen nachträglich durch eine andere Person ersetzt werden soll.

Im vorliegenden Fall hatte der Kläger Ansprüche gegen die „X-Lebensversicherungs-AG“ erhoben, mit der auch vorprozessual korrespondiert und die ihm gegenüber ihre Leistungspflicht abgelehnt hatte. In der Klageschrift bezeichnete der Kläger die Beklagte als „X-Versicherungs-AG“. Tatsächlich existiert eine Schwestergesellschaft der „X-Lebensversicherungs-AG“ unter der gleichen Anschrift. Auf die Klage reagierte zunächst die „X-Lebensversicherungs-AG“, rügte dann aber später im weiteren Verlauf des Verfahrens, daß die Klagefrist des § 12 III VVG nicht eingehalten sei, weil die Klage gegen die falsche Partei erhoben worden sei. Das OLG ist hier davon ausgegangen, daß von Anfang an die „X-Lebensversicherungs-AG“ Beklagte geworden sei. Aus dem der Klageschrift beigefügten vorprozessualen Ablehnungsschreiben ergebe sich zweifelsfrei, wer hier habe verklagt werden sollen; aus der Klageerwiderung folge, daß die Beklagte dies auch richtig verstanden habe. Die falsche Angabe im Rubrum sei ein bloßer Bezeichnungsfehler, der formlos berichtigt werden könne und nichts daran ändere, daß die Klage von Anfang an fristgerecht gegen die materiell richtige Beklagte erhoben worden sei.

## Nebenintervention

*BGH NJW-RR 1999, 285*

*BGH NJW 1999, 2046*

*Lehrbuch § 16, Rdnr. 44 ff.*

Wer ein rechtliches Interesse daran hat, daß eine Partei den Rechtsstreit gewinnt, kann ihr zum Zwecke der Unterstützung beitreten (§ 66 ZPO). Ein solcher Beitritt ist nicht

nur in erster Instanz möglich, sondern auch im Rechtsmittelverfahren. Der Streithelfer ist nicht Partei, sondern handelt im eigenen Namen und kraft eigenen Rechts. Er ist insbesondere berechtigt, alle Prozeßhandlungen vorzunehmen, soweit diese nicht im Widerspruch zu solchen der Hauptpartei stehen (§ 67 ZPO).

Im ersten Fall hatte der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft beschlossen, einige Aufsichtsratsmitglieder zu entlassen, diese klagten auf Feststellung der Unwirksamkeit des Beschlusses gegen die AG. Eine Aktionärin war dem Rechtsstreit als Nebenintervenientin auf seiten der Beklagten beigetreten, gegen das erstinstanzliche Urteil legte nur sie Berufung ein. Im Berufungsverfahren trat auch ein Aufsichtsratsmitglied dem Rechtsstreit auf seiten der Beklagten bei und schloß sich der Berufung an. Danach nahm die Aktionärin die Berufung gegen den Willen des Aufsichtsratsmitglieds zurück. Der BGH hat hierin eine endgültige Beendigung des Rechtsstreits gesehen. Die Aktionärin war streitgenössische Nebenintervenientin i.S.d. § 69 ZPO, weil zwischen ihr und der Beklagten eine Rechtskrafterstreckung stattfindet (§§ 245 ff. AktG). Daher war sie zur Einlegung eines Rechtsmittels befugt, das Wirkungen auch für die Beklagte entfaltete. Deswegen konnte das Aufsichtsratsmitglied noch in zweiter Instanz der Beklagten beitreten. Der BGH hat dahin stehen lassen, ob er hierdurch einfacher oder streitgenössischer Nebenintervenient wurde. In beiden Fällen konnte er die Rücknahme der Berufung durch die Aktionärin nicht verhindern.

Im zweiten Fall war der Streithelfer beigetreten, nachdem der Kläger Revision eingelegt hatte. Der Streithelfer (nicht auch der Kläger selbst) begründete die Revision in der für den Kläger laufenden Frist. Das Rechtsmittel war zulässig.

## Praxisprobleme der Streitverkündung

*Aufsatz von Bischof in MDR 1999, 787*

*Lehrbuch § 16, Rdnr. 55 ff.*

Hat eine Partei im Falle des ihr ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits möglicherweise einen Ersatzanspruch gegen einen Dritten oder muss sie befürchten, von einem Dritten selbst in Anspruch genommen zu werden, so kann sie versuchen, den Dritten in den bereits anhängigen Rechtsstreit einzubeziehen, indem sie ihm den Streit verkündet. Tritt der Dritte daraufhin dem Rechtsstreit bei, so wird er Streithelfer (Nebenintervenient) der Partei, tritt er nicht bei, wird er dennoch wie ein Streithelfer an das Prozessergebnis gebunden, indem auch ihm gegenüber das Ergebnis des Rechtsstreits als richtig gilt (§§ 74, 68 ZPO).

Die Streitverkündung wirft aber in der Praxis eine Reihe von Fragen auf, die Gegenstand des vorliegenden Aufsatzes („Praxisprobleme der Streitverkündung“) sind. Besteht Streit über die Zulässigkeit der Streitverkündung, so findet hierüber ein Zwischenstreit zwischen den Parteien statt (§ 71 ZPO); offen ist, inwieweit der Streitverkündete hieran teilnimmt und wie die Kosten dieses Zwischenverfahrens zu verteilen sind. Der Nebenintervenient ist einerseits an die prozessuale Wahrheitspflicht gebunden (§ 138 I ZPO), darf aber andererseits keine Erklärungen abgeben, die im Widerspruch zu solchen der Hauptpartei stehen (§ 67 ZPO). Unklar ist auch, inwieweit die Nebenintervention im laufenden Verfahren zurückgenommen oder die Person des Streithelfers ausgewechselt werden kann.

## Statthaftigkeit des unbezifferten Klageantrags

*BGH NJW 1999, 353*

*Lehrbuch § 18, Rdnr. 2*

Der Kläger muß Zahlungsantrag grundsätzlich beziffern (§ 253 II 2 ZPO), und zwar auch dann, wenn dies mit tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten verbunden ist. Ausnahmsweise läßt die Rechtsprechung einen unbezifferten Klageantrag zu, wenn die Bezifferung unmöglich oder unzumutbar ist. Neben den seit langem anerkannten Fällen einer Schmerzensgeldforderung aus § 847 BGB erstreckt die vorliegende Entscheidung des BGH diese Möglichkeit auch auf die Fälle, in denen Vermögensgegenstände, die Schwiegereltern den Eheleuten zugewendet haben, wegen Scheiterns der Ehe ausnahmsweise zurückzugewähren sind. Der Rückgewähr fordernde, der in diesen Fällen grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für die insoweit maßgebenden Umstände trägt, kann sich auf die Angabe der Größenordnung des Betrags beschränken und dessen genaue Bestimmung in das Ermessen des Gerichts stellen.

## Wert der Beschwer beim unbezifferten Klageantrag

*BGH NJW 1999, 1339*

*Lehrbuch § 18, Rdnr. 13*

Mit seiner Entscheidung NJW 1996, 2425 hat der BGH die (in der 3. Auflage des Lehrbuchs noch allein dargestellte) bis dahin h. M. verlassen und festgestellt, aufgrund eines unbezifferten Klageantrags könne ein beliebig hoher Betrag zugesprochen werden; eine auch nur annähernde Bindung an die vom Kläger vorgegebene Größenordnung bestehe nicht. Unklar ist seither, wie andere im Zusammenhang mit dem unbezifferten Antrag auftretende prozessuale Fragen zu beantworten sind. In der vorliegenden Entscheidung geht es um die Bestimmung des Werts der Beschwer für den Kläger.

Der Kläger hatte ein „in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld“ verlangt, in der Begründung angegeben, er stelle sich dabei mindestens DM 40.000.- vor, gehe aber davon aus, daß sein Anspruch ein Vielfaches davon betrage. Gegen das Urteil des Landgerichts, das ihm DM 40.000.- zugesprochen hatte, legte der Kläger Berufung ein. Das OLG sprach ihm weitere DM 170.000.- zu. Auf die Revision des Beklagten hin hat der BGH dieses Urteil aufgehoben, weil die Berufung unzulässig gewesen sei.

Der Kläger ist durch eine gerichtliche Entscheidung nur beschwert, wenn diese von dem gestellten Antrag zu seinem Nachteil abweicht, seinem Begehren also nicht in vollem Umfang entsprochen wurde (sog. „formelle Beschwer“; Lehrbuch § 30, Rdnr.18). Hat der Kläger aber – wie hier – ein angemessenes Schmerzensgeld unter Angabe einer Betragsvorstellung verlangt und hat ihm das Gericht ein Schmerzensgeld in eben dieser Höhe zuerkannt, so hat der Kläger das bekommen, was er wollte. Er ist infolge dessen durch das Urteil nicht beschwert.

Die vorliegende Entscheidung des BGH behandelt den insoweit einfachen Fall der Angabe einer Betragsvorstellung in Form eines Mindestbetrages. Offen bleibt weiterhin, ab wann eine Beschwer des Klägers anzunehmen ist, wenn er sein Ziel als „Cirkabetrag“ angibt (Lehrbuch § 18, Rdnr. 8).



## Kostenentscheidung bei unvollständiger Stufenklage

*OLG Karlsruhe NJWE-FER 1999, 163*

*Lehrbuch § 20, Rdnr. 19*

Bei der Stufenklage begehrt der Kläger neben der Leistung Auskunft über Umstände, die er zur Bezifferung seines Leistungsanspruch benötigt. Über den Auskunftsanspruch wird vorab durch Teilurteil entschieden. Ergibt sich 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 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. Das OLG Karlsruhe hält es für unbillig, dem Kläger insoweit die volle Kostenlast aufzubürden und gesteht ihm einen (materiellen) Schadensersatzanspruch aus Verzug gegen den Auskunftsschuldner zu: Durch die nicht rechtzeitige (vorprozessuale) Erteilung der Auskunft war der Kläger zur Erhebung der Stufenklage gezwungen, die ihm hierdurch entstandenen Kosten stellen den Verzugsschaden dar.

## Erledigung einzelner Anträge bei der Stufenklage

*BGH NJW 1999, 2520*

*Lehrbuch § 20, Rdnr. 19*

Die Klägerin verlangte von ihrem früheren Ehemann Zugewinnausgleich nach dem für beide fortgeltenden Recht der ehemaligen DDR. Im Rahmen einer Stufenklage hatte sie zunächst auf Auskunft und Zahlung eines noch nicht bezifferten Betrages geklagt. Nachdem der Mann während des Verfahrens (gegen seine Verurteilung zur Auskunftserteilung hatte er Rechtsmittel eingelegt) eine Auskunft erteilt hatte, erklärte die Klägerin ihren Auskunftsantrag für erledigt. Der Beklagte schloss sich dieser Erledigungserklärung nicht an, sondern beantragte Klageabweisung.

Dies führt nach h. M. dazu, dass im Rahmen einer Feststellungsklage weiter über die Zulässigkeit und Begründetheit des Auskunftsantrags sowie über seine Erledigung zu verhandeln und entscheiden ist (dazu Lehrbuch § 29, Rdnr. 13 ff.). Streitig ist, ob dies auch bei der Erledigung einzelner Anträge einer Stufenklage gilt. Vertreten wird, der Auskunftsanspruch sei nur ein Hilfsmittel zur Bezifferung des eigentlichen Klageziels, des Leistungsanspruchs, und könne sich deswegen nicht isoliert erledigen. Trete diesbezüglich ein erledigendes Ereignis ein, müsse der Kläger diesen Antrag zurücknehmen, ansonsten sei er abzuweisen. Dem Interesse des Klägers, die insoweit angefallenen Kosten nicht tragen zu müssen, könne im Rahmen der ohnehin am Ende des Verfahrens über alle Kosten des Rechtsstreits ergehenden Schlusskostenentscheidung berücksichtigt werden.

Der BGH teilt diese Auffassung zumindest dann nicht, wenn – wie hier – die Erledigung im Verfahren über ein Rechtsmittel gegen den Auskunftsanspruch erklärt wird. Hier muss die Erledigung nur des Auskunftsanspruchs möglich sein, weil nur dieser in der Rechtsmittelinstanz anhängig ist und weil nur so das Rechtsmittelverfahren mit der Feststellung der Erledigung abgeschlossen werden kann. Wie die Frage der Erledigung des Auskunftsanspruchs in erster Instanz zu beurteilen ist, hat der BGH ausdrücklich offen gelassen.

## Klageänderung

*Aufsatz von Bernreuther in JuS 1999, 478*  
*LG Hamburg NZM 1999, 464*  
*BGH NJW 1999, 2110*

*Lehrbuch § 21, Rdnr. 1 ff.*

Im Rahmen der Dispositionsmaxime kann der Kläger den Streitgegenstand des Verfahrens grundsätzlich nach eigenem Belieben frei bestimmen. Ab dem Eintritt der Rechtshängigkeit aber ist diese Freiheit beschränkt. Nachdem der Gegner sich auf den ursprünglichen Streitgegenstand eingestellt hat, muß er eine Änderung nicht mehr ohne weiteres hinnehmen. Eine Änderung der Klage, d. h. eine Änderung des Streitgegenstands, ist deswegen grundsätzlich nur mit Zustimmung des Beklagten möglich; fehlt sie, kann das Gericht die Klageänderung zulassen, wenn es sie für sachdienlich erachtet (§ 263 ZPO).

Der vorliegende Aufsatz stellt die verschiedenen Formen der Klageänderung und deren Folgen für den Prozeß dar.

In der Entscheidung des LG Hamburg hatte der Kläger zunächst Räumung und Herausgabe einer Wohnung beantragt und diese auf eine bestimmte Kündigung gestützt. Während des Prozesses stützte der Kläger dann auf eine andere Kündigung, die er während des Verfahrens erklärt hatte. Das LG sah hierin eine Klageänderung, da jede einzelne Kündigung einen eigenen Lebenssachverhalt abgibt und deswegen einen eigenen Streitgegenstand darstellt. Im vorliegenden Fall sei die beabsichtigte Änderung der Klage nicht sachdienlich.

Im Fall des BGH hatte der Kläger zunächst im eigenen Namen eine Forderung, die vorprozessual bereits an einen Dritten abgetreten worden war, auf Zahlung an sich selbst eingeklagt. Nachdem diese Abtretung im Prozeß offenbar geworden war, stellte der Kläger seinen Antrag auf Leistung an den Forderungsinhaber um, trat damit also als gewillkürter Prozeßstandschafter auf, weil er eine fremde Forderung im eigenen Namen geltend machte (vgl. Lehrbuch § 2, Rdnr. 25). Der BGH hat in dieser Antragsänderung eine Klageänderung i.S.d. § 263 ZPO nicht gesehen. Bei der verdeckten Zession macht der Zedent nämlich aufgrund der ihm eingeräumten Ermächtigung, auch wenn er Zahlung an sich selbst verlangt, grundsätzlich die an der Sicherungsnehmer abgetretene Forderung geltend. In der späteren Umstellung des Klageantrags auf Zahlung an den Zessionar nach Offenlegung der Zession liegt daher keine Änderung der Streitgegenstands, sondern lediglich eine notwendige Anpassung an die nach Offenlegung der Abtretung veränderte prozessuale Lage.

## Veräußerung der streitbefangenen Sache

*Aufsatz von Gottwald in JA 1999, 486*

*Lehrbuch § 22, Rdnr. 1 ff.*

Veräußert eine der Parteien die streitbefangene Sache während des Prozesses, so wird die Klage nachträglich unzulässig bzw. unbegründet. Nach einer Veräußerung durch den Beklagten fehlt dessen Passivlegitimation, nach einer Veräußerung durch den Kläger ist nicht nur die Aktivlegitimation, sondern auch die Prozeßführungsbefugnis entfallen. Die §§ 265, 266 ZPO (in Verbindung mit den §§ 325, 727 ZPO) vermeiden diese Konsequenzen im Interesse der Prozeßökonomie und erlauben es, den begonnenen Prozeß zwischen den bisherigen Parteien fortzusetzen und die Rechtsnachfolger an das Ergebnis dieses Prozesses zu binden. Der vorliegende Aufsatz stellt die Voraussetzungen und Folgen dieses Instituts dar.

## Hilfsaufrechnung mit anderweitig rechtshängiger Gegenforderung

*BGH NJW 1999, 1779*

*Lehrbuch § 23, Rdnr. 5, 10*

Die Beklagte hatte im vorliegenden Rechtsstreit 1998 mit einer ihr von ihrem Ehemann abgetretenen Forderung aus einem Mietverhältnis zwischen diesem und der Klägerin aufgerechnet. Der Ehemann hatte diese Forderung bereits 1997 eingeklagt und hierüber ein vorläufig vollstreckbares (d.h. noch nicht rechtskräftiges) Urteil erwirkt. Der BGH hat die Aufrechnung für wirksam gehalten. Er wiederholt dabei zunächst, daß die Aufrechnungsforderung hinreichend bestimmt sein muß. Da die Entscheidung über sie – wie die über die Klageforderung auch – in Rechtskraft erwächst, muß sie analog § 253 II Nr. 2 ZPO so genau bezeichnet sein, daß sie von anderen Forderungen abgegrenzt werden kann. Dies hat er vorliegend für gegeben erachtet.

Kein Problem hat der BGH auch darin gesehen, daß die Forderung anderweitig rechtshängig ist. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH hindert die Rechtshängigkeit einer Forderung ihren Inhaber nicht, mit dieser Forderung die Aufrechnung gegen eine Gegenforderung zu erklären, die gegen ihn eingeklagt wird. Ebenso ist es zulässig, im Prozeß hilfsweise die Aufrechnung zu erklären und gleichzeitig die Gegenforderung zum Gegenstand einer Widerklage zu machen. Dem steht der Fall gleich, in dem die eingeklagte Forderung nicht von ihrem ursprünglichen Inhaber, sondern aufgrund einer Abtretung von dem Zessionar hilfsweise zur Aufrechnung gestellt wird. Der Zessionar tritt in vollem Umfang in die rechtliche Stellung des Zedenten ein. Daraus erwächst dem Schuldner auch kein prozessualer Nachteil. Die vom Zedenten auf Zahlung in Anspruch genommene Partei kann die Abtretung im Prozeß vortragen und dadurch erreichen, daß der Zedent seinen Klageantrag auf Zahlung an den Zessionar umstellen muß.

## Hilfsaufrechnung in zweiter Instanz

*BGH NJW 2000, 143*

*Lehrbuch § 23, Rdnr. 7, 21*

Der Beklagte kann sich im Prozess regelmäßig durch Aufrechnung mit einer ihm gegen den Kläger zustehenden Gegenforderung verteidigen. Greift die Aufrechnung durch, so führt dies nach § 389 BGB zum Erlöschen der Klageforderung, so dass die Klage abgewiesen wird. Wichtig ist die Unterscheidung zwischen der unbedingt (vorrangig) und der nur hilfsweise (für den Fall der Erfolglosigkeit sonstiger Verteidigung gegen den Klageanspruch) erklärten Aufrechnung. Während die Aufrechnung in erster Instanz recht unproblematisch ist, verlangt § 530 II ZPO für eine erstmals in zweiter Instanz erklärte Aufrechnung entweder die Zustimmung des Gegners oder die Bejahung der Sachdienlichkeit durch das Gericht. Letztere wird von den Instanzgerichten häufig pauschal mit der Begründung verneint, der Kläger verliere insoweit eine Instanz. Dies hält der BGH jedenfalls dann für unzutreffend, wenn der Kläger zunächst im Urkundenverfahren vorgegangen ist. Hier nämlich war dem Beklagten erstinstanzlich die Aufrechnung mit einer Gegenforderung, die nicht mittels Urkunden bewiesen werden kann, abgeschnitten, er war insoweit auf das Nachverfahren verwiesen (vgl. Lehrbuch § 13, Rdnr. 14, 22). Nimmt der Kläger in zweiter Instanz vom Urkundenprozess Abstand (§ 596 ZPO), so findet ein Nachverfahren nicht mehr statt. Um dem Beklagten also überhaupt die Möglichkeit einer Aufrechnung zu geben, kann nach einem solchen Wechsel der Verfahrensart die nach § 530 II ZPO erforderliche Sachdienlichkeit – wenn überhaupt – nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen verneint werden. Dies gilt auch, wenn mehrere Gegenansprüche sukzessive (hilfsweise hintereinander) zur Aufrechnung gestellt werden, wobei die

einander) zur Aufrechnung gestellt werden, wobei die Sachdienlichkeit hier für jeden Gegenanspruch einzeln zu prüfen ist.

## Widerklage in II. Instanz

*OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 244*

*Lehrbuch § 24, Rdnr. 11*

Mit der Widerklage erweitert der Beklagte den Rechtsstreit um einen weiteren Streitgegenstand und begründet ein neues Prozeßrechtsverhältnis. Dies geht in erster Instanz grundsätzlich immer (zu den zu beachtenden Voraussetzungen Lehrbuch § 24, Rdnr. 10 ff.). Die erstmalige Erhebung der Widerklage in II. Instanz ist dagegen nach § 530 I ZPO davon abhängig, daß der Gegner zustimmt oder das Gericht sie für sachdienlich hält. Letzteres handhabt die Rechtsprechung restriktiv, weil der Gegner eine Instanz für seine Verteidigung „verliert“. Im vorliegenden Fall war der Bauherr vom Unternehmer auf Zahlung von Werklohn in Anspruch genommen worden. Er hatte sich schon in erster Instanz mit einem ihm zustehenden Gewährleistungsanspruch verteidigt, diesen aber nur im Wege der Aufrechnung, nicht der Widerklage eingeführt. Das Landgericht hatte die Aufrechnung wegen eines vertraglich vereinbarten Aufrechnungsverbots für unwirksam gehalten. In der Berufungsinstanz hielt der Beklagte hauptsächlich an der Aufrechnung fest, hilfsweise machte er den Gewährleistungsanspruch mit der Widerklage geltend. Daß die Widerklage damit nur unter der Bedingung erhoben war, daß das OLG die Aufrechnung ebenfalls für unwirksam hielt, ist unproblematisch, da solche innerprozessualen Bedingungen möglich sind (Lehrbuch § 1, Rdnr. 18; § 24, Rdnr. 19). Die Sachdienlichkeit hat das OLG verneint. Ihr stand hier allerdings nicht entgegen, daß der Gegenanspruch erstmalig eingeführt wurde, weil er – wenn auch im Rahmen eines anderen Prozeßinstituts – bereits Gegenstand der ersten Instanz gewesen war. Das OLG hat deswegen darauf abgestellt, daß der im übrigen spruchreife Rechtsstreit durch die nicht entscheidungserhebliche Widerklage verzögert worden wäre. Diese Begründung scheint jedoch problematisch.

## Ausgleich verspäteten Vorbringens durch das Gericht

*BGH NJW 1999, 3272*

*Lehrbuch § 25, Rdnr. 10*

Ist das Vorbringen einer Partei verspätet, so kommt eine Zurückweisung nach § 296 ZPO in Betracht. Voraussetzung hierfür ist, dass die Verspätung zu einer Verzögerung des Rechtsstreits führen würde. Dies ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn die absehbar längere Prozeßdauer nicht (nur) durch das Verhalten der Partei, sondern auch durch ein Versäumnis des Gerichts herbeigeführt wird. Das Gericht hat die Pflicht, eine möglichst zügige Sachentscheidung durch umfassende Vorbereitung des Termins zu ermöglichen (§ 273 ZPO). Ist nach dem verspäteten Vortrag der Partei eine terminsvorbereitende Maßnahme möglich und zumutbar, durch die die Verspätung ausgeglichen werden kann, so muß das Gericht sie treffen. Gegenstand bereits vieler Einzelfallentscheidungen ist dabei die Frage, was dem Gericht noch zugemutet werden kann und was nicht.

Im vorliegenden Fall war Termin auf den 2.5.1996 bestimmt gewesen, die Beklagte hatte mit am 29.4.1996 eingegangenen Schriftsatz insgesamt acht Zeugen benannt. Das Gericht hat diese Zeugen beigelegt, sondern das Beweisangebot als verspätet zurückgewiesen und ohne Beweisaufnahme in der Sache entschieden. Dies hat der BGH für richtig gehalten. Das Gericht ist nicht in jedem Fall verpflichtet, eine drohende

Verzögerung des Rechtsstreits infolge verspäteten Vorbringens durch vorbereitende Zeugenladung auszugleichen. Zumutbar sind vorbereitende Maßnahmen nur, wenn es sich um einfache und klar abgegrenzte Streitpunkte handelt, die sich im Rahmen der mündlichen Verhandlung ohne unangemessenen zeitlichen Aufwand klären lassen. Zwar stellt die Vernehmung eines oder mehrerer Zeugen für sich keinen unzumutbaren Zeitaufwand dar, dies gilt aber nicht schrankenlos. Die Vernehmung von acht Zeugen kann jedenfalls dann nicht mehr als zumutbar angesehen werden, wenn es um umfangreiche und komplexe Beweisfragen geht.

## **Erlaßhindernis für Versäumnisurteil**

*BGH NJW 1999, 724*

*Lehrbuch § 26, Rdnr. 7*

Ist eine Partei im Termin zur mündlichen Verhandlung säumig, so ergeht auf Antrag des Gegners grundsätzlich Versäumnisurteil (§§ 330, 331 ZPO). Ist dieselbe Partei dann im darauf folgenden Einspruchstermin erneut säumig, ergeht zweites Versäumnisurteil (§ 345 ZPO; Lehrbuch § 26, Rdnr. 24). Hiergegen ist nur noch die Berufung mit der Begründung möglich, es habe ein Fall der Säumnis nicht vorgelegen. Dies ist der Fall, wenn ein Erlaßhindernis nach §§ 335, 337 ZPO gegeben war. Nach § 337 2. Alt ZPO ergeht ein Versäumnisurteil nicht, wenn die Partei ohne ihr Verschulden am Erscheinen verhindert ist. Dies wird von der Rechtsprechung z.B. dann bejaht, wenn aufgrund plötzlichen Witterungsumschwungs (Schneefall) zu vermuten ist, daß die Säumnis hierauf beruht.

Im vorliegenden Fall hatte der Rechtsanwalt sich im Einspruchstermin aufgrund eines nicht vorhersehbaren Verkehrsstaus um 20 Minuten verspätet. Seine Berufung gegen das 2. Versäumnisurteil hat das OLG Köln (MDR 1998, 617) verworfen, weil mit verkehrsbedingten Schwierigkeiten immer gerechnet werden müsse und der Anwalt keine Reservezeit eingeplant habe. Der BGH hat diese Anforderungen als überspannt bezeichnet. Die Voraussetzungen des § 337 S.1 ZPO liegen nicht erst bei unabwendbarer höherer Gewalt, sondern bereits dann vor, wenn die übliche, von einem ordentlichen Rechtsanwalt zu fordernde Sorgfalt gewahrt wurde.

## **Versäumnisurteil gegen den Beklagten**

*BGH NJW 1999, 2120*

*Lehrbuch § 26, Rdnr. 10*

Ist der Beklagte säumig, so ergeht ein Versäumnisurteil gegen ihn nur, wenn der Vortrag des Klägers auch schlüssig ist, er also – seine Wahrheit unterstellt – die Verurteilung des Beklagten materiell-rechtlich rechtfertigt. Der zunächst schlüssige Vortrag des Klägers kann unschlüssig werden, wenn der Kläger (anfänglich oder nachträglich) Umstände vorträgt, die ein Gegenrecht des Beklagten vollständig ausfüllen. Ein solchermaßen anspruchsvernichtender Vortrag des Klägers kann ausdrücklich oder durch Bezugnahme auf ein Vorbringen des Gegners erfolgen (vgl. Lehrbuch § 8, Rdnr. 6; § 19, Rdnr. 34). Im vorliegenden Fall hatte der Beklagte sich auf Verjährung berufen, der Kläger darauf hin vorgetragen, der Beklagte habe die entsprechende Einrede bereits vorprozessual erhoben. Da Verjährung eingetreten war, war der Klägervortrag eigentlich unschlüssig. Der BGH hat dennoch ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten für möglich gehalten. Grundlage der Schlüssigkeitsprüfung ist der Vortrag des Klägers in der mündlichen Verhandlung (§ 128 I ZPO). Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, daß der Kläger hier schon durch die Antragstellung auf sein gesamtes

bisheriges schriftsätzliches Vorbringen Bezug nimmt (§§ 129, 137 III 1 ZPO), doch muß diese Vermutung nicht immer gelten. Denkbar ist auch, daß der Kläger, um ein Versäumnisurteil zu erhalten, den ihm ungünstigen Teil seines Vorbringens in der einseitigen mündlichen Verhandlung nicht vorträgt. Nach der vorliegenden Entscheidung kann ohne greifbare gegenteilige Anhaltspunkte nicht davon ausgegangen werden, daß der Kläger den Inhalt des späteren Schriftsatzes auch bei Säumnis des Beklagten vortragen wollte. Ein solches Verhalten des Klägers hätte seinen wohlverstandenen Interessen grob widersprochen und ist deshalb im Zweifel nicht anzunehmen.

## **Vorläufige Vollstreckbarkeit bei Aufrechterhaltung von Versäumnisurteilen**

*Aufsatz von Häublein in JA 1999, 53*

*Lehrbuch § 26, Rdnr. 22*

Wird in einem streitigen Urteil ein vorangegangenes Versäumnisurteil aufrechterhalten, so ist nach § 709 S.2 ZPO zu prüfen, ob die Vollstreckung aus dem Versäumnisurteil nicht von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen ist. Der vorliegende Aufsatz („Vorläufige Vollstreckbarkeit bei Aufrechterhaltung von Versäumnisurteilen“) problematisiert dabei die Frage, wie eine solche Sicherheitsleistung zu bestimmen ist. Er kritisiert, daß die h.M., die die Sicherheitsleistung aus der gesamten zu vollstreckenden Forderung (Hauptforderung, Zinsen und Kosten aus dem gesamten Rechtsstreit) berechnet, nicht hinreichend berücksichtigt, daß zwei Vollstreckungstitel (aufrechterhaltenes Versäumnisurteil und streitiges Endurteil über die weiteren Kosten) vorliegen und schlägt deswegen eine „Trennungslösung“ vor. Diese ist dogmatisch durchaus sinnvoll, in einer Klausur aber wegen der aufwendigeren Berechnung und der Diskrepanz zur h.M. wohl nicht zu empfehlen.

## **Voraussetzungen und Anfechtung des zweiten Versäumnisurteils**

*BGH NJW 1999, 2120*

*Lehrbuch § 26, Rdnr. 26*

*BGH NJW 1999, 2599*

*Aufsatz von Braun in JZ 1999, 1157*

War eine Partei säumig und ist deswegen gegen sie Versäumnisurteil ergangen, so steht ihr hiergegen der Einspruch zu (§ 340 ZPO). Ist die Partei in dem zur Verhandlung über diesen Einspruch bestimmten Termin zur mündlichen Verhandlung erneut säumig, so ergeht ein sog. „Zweites Versäumnisurteil“. Dieses kann nicht mehr mit dem Einspruch, sondern nur noch mit der Berufung angefochten werden, wobei diese nur noch darauf gestützt werden kann, ein Fall der Versäumung habe nicht vorgelegen (§ 513 II ZPO). Dies ist dann der Fall, wenn eine Voraussetzung für den Erlass des (zweiten) Versäumnisurteils fehlte, zum Beispiel weil die Partei nicht ordnungsgemäß geladen war oder den Termin unverschuldet versäumt hat (§§ 335, 337 ZPO).

Daher kann nach der ersten Entscheidung die Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil auf die Behauptung gestützt werden, daß die Versäumung nicht schuldhaft gewesen sei. Dabei ist die Verschuldensfrage genauso zu beurteilen, wie bei der Wiedereinsetzung (Lehrbuch § 6, Rdnr. 33).

Streitig ist, ob vor Erlass dieses zweiten Versäumnisurteils die Schlüssigkeit der Klage erneut geprüft werden muß. Das BAG hat dies mehrfach bejaht, stets aber auch betont, daß auch bei fehlerhafter Bejahung der Schlüssigkeit durch das erstinstanzliche Gericht die Berufung nach § 513 II ZPO hierauf nicht gestützt werden kann. Dieser Auf-

fassung ist auch der BGH in der zweiten Entscheidung. Zwar ist die Schlüssigkeit der Klage Voraussetzung für ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten (Lehrbuch § 26, Rdnr. 10), das Fehlen dieser Voraussetzung kann aber im Rahmen der beschränkten Berufung nicht mehr gerügt werden. Die materiell-rechtlichen und prozessualen Voraussetzungen für die Verurteilung sind bereits bei Erlass des 1. Versäumnisurteils geprüft worden und sind damit nicht mehr Gegenstand der Prüfung der Rechtmäßigkeit des 2. Versäumnisurteils. Ist ein zweites Versäumnisurteil also ergangen, kann dahin stehen, ob die Klage schlüssig war oder nicht, selbst wenn dies nicht der Fall war, hat das Urteil Bestand. Dies ist der Grund dafür, daß die Frage, ob die Schlüssigkeit der Klage vor Erlaß des zweiten Versäumnisurteils zu prüfen ist, meist dahin stehen kann. Kritisch mit dieser Entscheidung setzt sich Braun in seiner Urteilsanmerkung („Berufung gegen das zweite Versäumnisurteil bei unschlüssiger Klage“) auseinander. Es gehe nicht an, die Verantwortung für die Beseitigung eines vom Gericht in fehlerhafter Weise erlassenen Versäumnisurteils allein dem Beklagten aufzuerlegen.

## Anscheinsbeweis

*LG Aurich NJW-RR 1999, 1225*

*Lehrbuch § 27a, Rdnr. 21 ff.*

*LG Hannover NJW-RR 1999, 1225*

*LG Bielefeld NJW-RR 1999, 1512*

*AG Hersbruck, NJW-RR 1999, 1510*

*AG Düsseldorf NJW-RR 1999 1510*

Manche Sachverhalte kommen alltäglich in stets wiederkehrender, gleicher Form vor und zeigen regelmäßig den gleichen Geschehensablauf. 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 Sachverhalt 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. Hauptanwendungsbereiche des Anscheinsbeweises sind das Verschulden und die Kausalität bei Schadensersatzansprüchen. In jüngerer Zeit wird die Anwendung dieser Grundsätze aber auch für andere Fallgruppen diskutiert.

Umstritten ist in der Rechtsprechung, ob der Anscheinsbeweis für den Nachweis der Höhe von Telefongebühren in Betracht kommt. Grundsätzlich trifft das Telefonunternehmen die Beweislast dafür, daß die in Rechnung gestellten Gebühreneinheiten auch tatsächlich verbraucht wurden. Steht fest, daß die Gebührenerfassungseinrichtungen ordnungsgemäß funktionieren, so geht die überwiegende Ansicht von einem Anscheinsbeweis für die Richtigkeit der aufgezeichneten Nutzung (nicht für die Richtigkeit der Rechnung!) aus, so auch das LG Bielefeld. Einschränkungen gelten, wenn der Anschluß manipuliert bzw. manipulierbar ist oder die eingeklagte Rechnung sich deutlich außerhalb des bisher angefallenen Gebührenrahmens bewegt. Mit der technischen Möglichkeit eines Einzelverbindungs nachweises wird die Erforderlichkeit von Beweiserleichterungen zugunsten des Netzbetreibers zukünftig entfallen. Interessant, aber nicht abschließend durchdacht ist der Ansatz des AG Hersbruck, das eine Beweis-

vereitelung annimmt, wenn die Einzelverbindungen auf Wunsch des Kunden nicht gespeichert werden.

Muß eine Willenserklärung bewiesen werden, so hat der Erklärende grundsätzlich den Zugang der Erklärung beim Empfänger nach allgemeinen Regeln zu beweisen. Nach ganz h.M. ist es nicht möglich, im Wege einer Beweiserleichterung (Anscheinsbeweis) aus der bloßen Absendung der Erklärung auf deren Zugang zu schließen. Dies gilt nach der Entscheidung des AG Düsseldorf auch für das Telefax, bei dem aus der Vorlage des Sendeprotokolls nicht auf den Zugang geschlossen werden kann.

Die LG Aurich und Hannover bejahen die Voraussetzungen des Anscheinsbeweises für die Tatsache, dass eine per Nachnahme ausgelieferte Warensendung auch sofort bezahlt wurde. Deswegen muß nicht der Empfänger beweisen, dass er bezahlt hat, sondern der Zusteller muss beweisen, dass der Nachnahmebetrag trotz Aushändigung nicht bezahlt wurde.

## Umkehr der Beweislast

*OLG Koblenz NJW-RR 1999, 1624*

*Lehrbuch § 27a, Rdnr. 60*

Die Beweislast regelt, wer die Nachteile der Unerweislichkeit einer erheblichen Tatsache zu tragen hat. Das dabei allgemein geltende „Günstigkeitsprinzip“ (Jede Partei hat die Tatsachen zu beweisen, aus der sie für sich günstige Rechtsfolgen herleiten will; Lehrbuch § 5, Rdnr. 31; § 7, Rdnr. 54) stellt dabei sicher, dass der Beklagte nur verurteilt wird, wenn der Kläger alle Voraussetzungen einer Anspruchsnorm bewiesen hat. Umgekehrt wird eine Klage wegen eines Gegenrechts erst abgewiesen, wenn feststeht, dass dieses Gegenrecht auch tatsächlich besteht. So stellt die Beweislastverteilung eine wichtige Grundlage für ein „gerechtes“ Urteil dar. Nur sehr vereinzelt haben Rechtsprechung und Lehre Ausnahmen von diesem allgemeinen Beweislastgrundsatz zugelassen. Hierzu gehört klassischerweise der Bereich der Produzentenhaftung, bei der der Geschädigte regelmäßig keine Möglichkeit hat, Verschulden oder Kausalität zu beweisen. Deswegen wird hier verlangt, dass der Hersteller sich diesbezüglich entlastet. Die vorliegende Entscheidung liegt auf dieser Linie und kommt zu einer solchen Umkehr der Beweislast bei einer Verletzung der „Befundsicherungspflicht“ durch den Hersteller. Im vorliegenden Fall war ein Mineralwasserflasche explodiert. Dabei oblag es dem Hersteller, sicherzustellen und zu beweisen, dass nur unbeschädigte Flaschen wieder in Verkehr gelangen. Diesen Beweis hat er hier geführt.

## Anerkenntnis

*Aufsatz von Fischer in JuS 1999, 998*

*Lehrbuch § 28, Rdnr. 4*

Wird ein Anerkenntnis in einem Prozess abgegeben, so kommt dieser Erklärung - anders als einer Aufrechnung oder einem Vergleich - nicht regelmäßig materielle und prozessuale Bedeutung zu. Es handelt sich vielmehr zunächst ausschließlich um eine Prozesshandlung. Dies schließt jedoch nicht aus, dass auch materiellrechtliche Fragen betroffen sind. Der vorliegende Aufsatz („Anerkenntnisse im materiellen Recht und im Prozessrecht“) will beide Aspekte beleuchten und behandelt im hier abgedruckten ersten Teil zunächst nur die wichtigsten Formen materiellrechtlicher Anerkenntnisse. Hier nämlich müssen das abstrakte Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB), das Schuldversprechen (§ 780 BGB), das negative Schuldanerkenntnis (§ 397 II BGB), das deklaratorische



torische Anerkenntnis (§§ 305, 241 BGB) und das verjährungsunterbrechende Anerkenntnis (§ 208 BGB) auseinandergelassen werden.

## **Widerruf eines Anerkenntnisses**

*OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1514*

*Lehrbuch § 28, Rdnr. 18*

Im vorliegenden Fall hatte die Beklagte den klägerischen Anspruch zunächst bestritten und sich zum Beweis hierfür auch die Vernehmung seiner Tochter als Zeugin berufen. Der Richter hatte die Tochter schon bei der Belehrung darauf hingewiesen, sie könne sich hier „um Kopf und Kragen reden“, sie dann angehört und danach erklärt, er glaube ihr nicht er werde dafür sorgen, dass sie und die Beklagte „eingesperrt“ würden, wenn sie „so weitermachen“. Daraufhin hatte die Beklagte den Anspruch anerkannt. Gegen das sie verurteilende Anerkenntnis legte sie Berufung ein und focht darin das Anerkenntnis wegen Drohung nach § 123 BGB an.

Prozesshandlungen unterliegen grundsätzlich nicht den Vorschriften über Willenserklärungen (§§ 104 ff. BGB; vgl. Lehrbuch § 1, Rdnr. 20). Sie können damit auch nicht nach § 123 BGB angefochten werden. Liegen Willensmängel vor, so kommt eine Rücknahme bzw. ein Widerruf nur bei den sog. „Erwirkungshandlungen“ in Betracht, bei denen prozessuale Folgen noch nicht eingetreten sind. Das Anerkenntnis gehört dagegen zu den „Bewirkungshandlungen“, da durch infolge dieser Erklärung sich die Entscheidungsgrundlage unmittelbar ändert: Die gerichtliche Entscheidung wird danach nicht mehr auf das kontradiktorische Vorbringen beider Parteien, sondern allein auf die Prozeßerklärung selbst gestützt wird (§ 307 ZPO). Die Rückgängigmachung einer solchen Bewirkungshandlung ist nur dort noch möglich, wo auch ein darauf beruhendes, bereits rechtskräftiges Urteil noch beseitigt werden könnte, insbesondere also unter den Voraussetzungen der Wiederaufnahme des Verfahrens. Einen solchen Grund nach § 580 ZPO aber hat das OLG hier nicht gesehen.

## **Kosten der Säumnis nach Klagerücknahme**

*OLG Brandenburg NJW-RR 1999, 871*

*Lehrbuch § 28, Rdnr. 28*

Als Ausnahme von dem Grundsatz, daß über die gesamten Kosten des Rechtsstreits nur in ihrer Gesamtheit entschieden werden kann (Lehrbuch § 10, Rdnr. 60 ff.), bestimmt § 344 ZPO, daß die durch die Säumnis entstandenen Kosten von der säumigen Partei auch dann zu tragen sind, wenn sie in der Hauptsache obsiegt (Lehrbuch § 26, Rdnr. 21). Wird die Klage zurückgenommen, so sind alle Kosten des Rechtsstreits dem Kläger aufzuerlegen (§ 269 III ZPO). Nach h.M. gilt dies auch für die Kosten der Säumnis, über die dann nicht gesondert zu entscheiden ist. § 269 III ZPO geht damit als speziellere Norm dem § 344 ZPO vor. Dieser Auffassung schließt sich auch das OLG Brandenburg an.

## **Prozeßvergleich**

*Aufsatz von Grün in JA 1999, 226*

*Lehrbuch § 28, Rdnr. 30 ff.*

*Aufsatz von Eisenreich in JuS 1999, 797*

Der Vergleich ist eine in der Praxis recht häufig vorkommende Möglichkeit, einen anhängigen Rechtsstreit ohne streitiges Urteil zu beenden.

Der Aufsatz von Grün („Der Prozeßvergleich im Assessorexamen“) behandelt neben den Wirkungen, der Rechtsnatur und den Wirksamkeitsvoraussetzungen dieses Instituts insbesondere auch Fragestellungen, unter denen der Prozeßvergleich in einer Examensklausur relevant werden kann. Dazu gehören die Unwirksamkeit des Vergleichs infolge eines materiell-rechtlichen oder prozessualen Mangels, die Klage auf Abänderung des durch einen Vergleich geschaffenen Titels im Wege der Klage nach § 323 ZPO und die Klage zur Abwehr der Zwangsvollstreckung aus einem Vergleich nach § 767 ZPO. Insbesondere wegen der hierfür enthaltenen Aufbau- und Formulierungshilfen ist der Aufsatz sehr empfehlenswert.

Der Aufsatz von Eisenreich („Der Prozessvergleich – Eine Einführung“) behandelt neben der Rechtsnatur und den Wirkungen eines wirksamen Prozessvergleichs insbesondere auch die Voraussetzungen eines Vergleichswiderrufs und die Folgen eines unwirksamen Vergleichs.

### **Kostenentscheidung nach Prozeßvergleich**

*OLG Stuttgart NJW-RR 1999, 147*

*Lehrbuch § 28, Rdnr. 35*

*OLG Brandenburg NJW-RR 1999, 654*

Vergleichen sich die Parteien über die Hauptsache, so haben sie grundsätzlich auch eine Regelung hinsichtlich der Kosten des Rechtsstreits zu treffen. Erfolgt keine abweichende Regelung, so gelten die Kosten nach § 98 ZPO als gegeneinander aufgehoben. Für die Vermutung des § 98 ZPO ist allerdings kein Raum, wenn die Parteien die Kostenfrage ausdrücklich offen lassen wollen. In diesen Fällen liegt nur ein Teilvergleich (über die Hauptsache) vor, bezüglich des Streits um die Kostenregelung geht der Rechtsstreit weiter und ist entsprechend § 91a ZPO durch einen Kostenbeschluß des Gerichts zu beenden.

Das OLG Stuttgart stellt vorliegend mit der ganz h.M. fest, daß für diese Kostenentscheidung dann weder auf § 98 ZPO noch auf das Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen im Vergleich abgestellt werden kann, sondern daß hierfür allein der Sach- und Streitstand zum Zeitpunkt des Vergleichsschlusses entscheidend ist. Für die Kostenentscheidung ist also maßgeblich, in welchem Verhältnis die Parteien ohne den Vergleich unterlegen wären.

Im Fall des OLG Brandenburg hatten die Parteien eines Rechtsstreits keinen Prozeßvergleich vor Gericht geschlossen, sondern sich außergerichtlich verglichen und dabei eine Regelung über die Kosten des Rechtsstreits getroffen. Auch dieser außergerichtliche Vergleich führt zu einer Erledigung der Hauptsache, so daß zwingend eine Kostenentscheidung nach § 91a ZPO zu treffen ist. Im Rahmen dieser Kostenentscheidung ist das Gericht dann aber an die im Vergleich getroffene Kostenregelung gebunden.

### **Widerrufsvergleich**

*Aufsatz von Schneider in MDR 1999, 595*

*Lehrbuch § 28, Rdnr. 36*

Ein Vergleich kann im Prozeß auch aufschiebend bedingt geschlossen werden. Will oder kann der Prozeßbevollmächtigte den Vergleich nicht ohne Zustimmung der Partei (§ 83 ZPO) oder eines Dritten (z.B. Rechtsschutzversicherung) schließen, so behält er sich dessen Widerruf vor. Hierfür wird regelmäßig eine bestimmte Frist vereinbart. Ein solcher Widerruf ist nicht unproblematisch. Der vorliegende Aufsatz („Das Fristende beim Widerrufsvergleich“) zeigt auf, inwieweit für den Widerruf Anwalts-

zwang besteht, wem gegenüber er zu erklären ist und wie die Frist berechnet, eingehalten oder verlängert werden kann.

## **Streit um die Wirksamkeit eines Vergleichs**

*BayObLG NZM 1999, 861*

*Lehrbuch § 28, Rdnr. 43 ff.*

Die beiden Parteien waren Eigentümer verschiedener Wohnungen in der gleichen Wohnungseigentumsanlage. Die Antragsteller verlangten von Antragsgegnern, bauliche Änderungen in seiner Wohnung rückgängig zu machen. Im Termin am 15.10.1997 schlossen die Parteien einen Vergleich, in dem die Antragsgegner Umbauarbeiten versprachen. In dem Vergleich, der eine Einigung über alle Streitpunkte und eine abschließende Kostenregelung enthielt, heißt es u.a. „Die Parteien beantragen das Ruhen des Verfahrens“. Am 2.3.1998 beantragten die Antragsteller im ursprünglichen Verfahren, Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen. Sie seien vom Vergleich zurückgetreten, da die Antragsgegner ihre Verpflichtungen nicht erfüllt hätten. Das Gericht hat den Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens als unzulässig verworfen, die hiergegen gerichtete Beschwerde blieb ohne Erfolg.

Ob der Streit über die Wirksamkeit eines Vergleichs durch Fortsetzung des ursprünglichen oder durch Einleitung eines neuen Verfahrens auszutragen ist, ist noch immer umstritten. Nach Auffassung des BGH kommt eine Fortsetzung des ursprünglichen Prozesses in Betracht, wenn der Vergleich von Anfang an auch in prozessualer Hinsicht unwirksam war, er deswegen nicht zu einem Wegfall der Rechtshängigkeit des alten Verfahrens geführt haben kann. Dagegen ist ein neuer Prozess erforderlich, wenn der Vergleich (wenn auch nur vorübergehend) wirksam war, weil die einmal entfallene Rechtshängigkeit nicht wieder aufleben kann. Im vorliegenden Fall hatten die Antragsteller den Rücktritt vom Vergleich geltend gemacht. Dieser wirkt lediglich ex nunc, führt also – seine Wirksamkeit unterstellt – nicht zu einer anfänglichen Unwirksamkeit.

Der gerichtliche Vergleich führte deswegen zur Verfahrensbeendigung, der Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens ging ins Leere.

Eine Unwirksamkeit des Vergleichs folgt auch nicht daraus, dass die Parteien das Ruhen des Verfahrens zur Bedingung ihres Vergleichs gemacht hätten und der Vergleich wegen Nichteintritts dieser Bedingung von Anfang an unwirksam gewesen wäre. In der im Vergleich angesprochenen Anordnung des Ruhen des Verfahrens kann eine Bedingung für den Vergleich nicht gesehen werden. Zwar ist das Herbeiführen des Ruhens des Verfahrens in einem Vergleich grundsätzlich möglich, im vorliegenden Fall aber stand die entsprechende Vereinbarung in Widerspruch zum sonstigen Vergleichsinhalt. Der abschließenden inhaltlichen Regelung und der Kostenvereinbarung kann entnommen werden, dass die Parteien eine endgültige Verfahrensbeendigung wollten, sie also nicht unter eine Bedingung stellten.

## **Folgen der übereinstimmenden Erledigungserklärung**

*KG NJW-RR 1999, 790*

*Lehrbuch § 29, Rdnr. 7*

Haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt, so endet die Rechtshängigkeit der Hauptsache, ohne daß es hierfür noch einer Entscheidung des Gerichts bedarf. Erfolgt die übereinstimmende Erledigungserklärung erst, nachdem bereits ein Titel (Vollstreckungsbescheid, Versäumnisurteil, erst-

instanzliches Endurteil) geschaffen wurde, so wird dieser Titel – wie auch im Fall einer Klagerücknahme (§ 269 III ZPO) – ohne weiteres wirkungslos. Diese Wirkung kann (muß aber nicht) analog § 269 III 2 ZPO durch einen Beschluß festgestellt werden. Einem entsprechenden Antrag der Parteien kann nur gefolgt werden, wenn ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis besteht.

### **Streitwert nach einseitiger Erledigungserklärung**

*BGH NZM 1999, 21*

*Lehrbuch § 29, Rdnr. 20*

Streitig ist, wie hoch der Kostenstreitwert nach einer einseitigen Erledigungserklärung anzusetzen ist. Vertreten wird eine Beibehaltung des ursprünglichen Hauptsachewerts, dessen Reduzierung um 1/5 (weil nun eine Feststellungsklage vorliegt) oder ein Abstellen auf das Kosteninteresse. Der BGH folgt nun zum wiederholten mal der letztgenannten Auffassung. Diese hat den Nachteil einer aufwendigen Berechnung, deckt sich aber mit der h.M. bei der übereinstimmenden Erledigungserklärung (Lehrbuch § 28, Rdnr. 10).

### **Kostenmischentscheidung**

*BGH NJW-RR 1999, 1741*

*Lehrbuch § 29, Rdnr. 26*

Nicht immer kann die Kostenentscheidung in Gänze auf §§ 91, 92 ZPO gestützt werden. Hat der Kläger zum Beispiel einen Teil der Klage zurückgenommen oder haben beide Parteien einen Teil des Rechtsstreits in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt, so müssen die auf den entsprechende Teil entfallenden Kosten nach § 269 III ZPO bzw. § 91a ZPO verteilt werden. Diese Teile können regelmäßig nicht isoliert tenoriert werden, wegen des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung muss vielmehr eine Quote bezüglich aller Kosten des Rechtsstreits gebildet werden (dazu Lehrbuch § 10, Rdnr. 60 ff.). Deswegen ist es auch nicht möglich, die Kostenentscheidung über den zurückgenommenen bzw. erledigten Teil – wie im Gesetz vorgesehen – in Form eines Beschlusses zu erlassen. Geboten ist eine einheitliche Kostenentscheidung im abschließenden Urteil über den noch streitigen Teil, die dann zum Teil auf §§ 91, 92, zum Teil auf §§ 269, 91a ZPO beruht (sog. Kostenmischentscheidung).

### **Streitwert bei Teilerledigung**

*BGH NZM 1999, 794*

*Lehrbuch § 29, Rdnr. 32*

Erklärt der Kläger nur einen Teil seiner Forderung für erledigt und widerspricht der Beklagte dem, so liegt nach h. M. eine Klage auf Feststellung vor, die ursprüngliche Klage sei zunächst zulässig und begründet gewesen und habe sich nach Eintritt der Rechtshängigkeit erledigt (Lehrbuch § 29, Rdnr. 13 ff.). Wie hoch der Streitwert für die Klage zu bemessen ist, ist stark umstritten. Vertreten werden ein Abstellen nur noch auf den Wert des nichterledigten Rests, auf den Wert des nichterledigten Rests zuzüglich der aus dem erledigten Teil angefallenen Kosten oder auch auf den vollen Wert des ursprünglichen Antrags. Der BGH geht im vorliegenden Fall, in dem es um den Rechtsmittelstreitwert (Wert der Beschwer) ging, von der Differenz der Kosten

bis zur Teilerledigung zu den in dieser Zeit angefallenen Kosten ohne den erledigten Teil des Rechtsstreits aus.

## **Hilfsweise Erledigungserklärung**

*Aufsatz von Piekenbrock in ZJP Bd. 112 (1999), 353*

*Lehrbuch § 29, Rdnr. 43*

Nicht immer kann der Kläger sicher beurteilen, ob eine bestimmte Tatsache den Rechtsstreit erledigt hat oder nicht, manchmal ist dies von einer rechtlichen Beurteilung abhängig und der Kläger weiß nicht, wie das Gericht diese Frage beurteilen wird (zu einem Beispiel Lehrbuch Rdnr. 42). In diesem Fall kann der Kläger die Hauptsache für erledigt erklären, hilfsweise (für den Fall, dass nach Auffassung des Gerichts eine Erledigung nicht eingetreten ist) seinen bisherigen Sachantrag beibehalten. Eine solche Vorgehensweise ist unbestritten statthaft. Streitig ist dagegen, ob auch der umgekehrte Weg möglich ist, dass nämlich der Kläger hauptsächlich an seinem Sachantrag festhält und die Erledigung nur hilfsweise (für den Fall, dass der Sachantrag wegen Erledigung unzulässig oder unbegründet geworden ist) erklärt. Der vorliegende, stark dogmatisch ausgerichtete Aufsatz hält dies für zulässig.

## **Notwendigkeit einer Beschwerde für die Berufung**

*BGH NJW 1999, 2118*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 7, 17, 27*

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 Beschwerde 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 Beschwerde. Dies gilt auch für den Fall, daß der neue Streitgegenstand mit dem Hauptantrag, der alte mit einem Hilfsantrag verfolgt wird.

## **Grundsatz der Meistbegünstigung**

*BGH NJW 1999, 291*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 12*

*BGH NJW 1999, 583*

*OLG Köln NJW-RR 1999, 1084*

Ist eine Entscheidung nicht in der prozessual vorgeschrieben, sondern in einer falschen Form ergangen (z. durch Beschluss statt durch Urteil), so kann sie nach dem sog. „Grundsatz der Meistbegünstigung“ sowohl den der Form als auch den dem Inhalt nach statthaften Rechtsbehelf einlegen (hier sowohl Beschwerde als auch Berufung). Der Grundsatz der Meistbegünstigung kann aber nicht dazu führen, dass eine Entscheidung, die – wäre sie in der richtigen Form ergangen – unanfechtbar gewesen wäre, nur wegen der falschen Form anfechtbar wird.

Im ersten Fall des BGH war die Berufungseinlegung unzulässig, die Berufungsklägerin hatte in der mündlichen Verhandlung keinen Sachantrag gestellt. Daraufhin hatte das OLG die Berufung durch Versäumnisurteil verworfen. Richtigerweise aber hätte hier nur ein sog. unechtes Versäumnisurteil ergehen dürfen, weil die Entscheidung

nicht auf die Säumnis der Berufungsklägerin, sondern auf die Unzulässigkeit der Berufung gestützt wurde. Das unechte Versäumnisurteil ist ein Streitiges Endurteil, das des Tatbestands und der Entscheidungsgründe bedarf und nicht mit dem Einspruch, sondern mit der Berufung angefochten wird (dazu Lehrbuch § 26, Rdnr. 11, 12). Die Berufungsklägerin legte jedoch Einspruch ein, der zulässig war, da sie nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung auch den Rechtsbehelf wählen konnte, der gegen die gewählte Form des echten Versäumnisurteils statthaft war.

Im zweiten Fall des BGH nahmen die Parteien sich mit Klage und Widerklage gegenseitig in Anspruch. In der mündlichen Verhandlung war der Kläger nicht ordnungsgemäß vertreten. Das LG hatte durch ein als „Teilversäumnis- und Schlußurteil“ bezeichnetes, mit Tatbestand und Entscheidungsgründen versehenes Urteil die Klage abgewiesen und der Widerklage zum Teil stattgegeben. Die Berufung des Klägers hiergegen hat das OLG als unzulässig verworfen, weil ihm gegenüber durch Versäumnisurteil entschieden worden und somit nur der Einspruch statthaft sei. Dies hat der BGH gerügt. Das LG habe zwar erkennbar ein VU erlassen wollen, wie sich aus der Überschrift ergebe, doch lagen weder die Voraussetzung für ein solches VU vor noch habe das LG eine Entscheidungsform gewählt, die sich für den Kläger zweifelsfrei als VU darstelle. Für die Frage, ob ein VU oder ein kontradiktorisches Urteil vorliege, komme es nicht auf die Überschrift, sondern auf den Inhalt an. Die Wiedergabe von Tatbestand und Entscheidungsgründen lasse hier auf ein Streitiges Urteil schließen. Aus der falschen Form einer Entscheidung darf der Partei aber kein Nachteil erwachsen, so daß sie sowohl den nach der Art als auch den nach der Form der angegriffenen Entscheidung gegebenen Rechtsbehelf einlegen kann.

Im Fall des OLG Köln hatte das Amtsgericht eine beantragte einstweilige Verfügung durch Beschluss erlassen. Auf den Widerspruch des Antragsgegners fand eine mündliche Verhandlung statt, an deren Ende das Amtsgericht die einstweilige Verfügung durch Beschluss aufhob und die Kosten dem Antragsteller auferlegte. Nur gegen die Kostenentscheidung richtete sich die Beschwerde des Antragstellers. Richtigerweise hätte das Amtsgericht nach dem Einspruch durch Endurteil entscheiden müssen (zum Verfahrensablauf Lehrbuch § 12, Rdnr. 25, 10 ff.). Die Entscheidung in Form eines Beschlusses ist inkorrekt, führt aber zunächst grundsätzlich dazu, dass wahlweise Berufung oder Beschwerde eingelegt werden kann. Allerdings wäre eine Berufung nur zur Anfechtung der Kostenentscheidung nicht zulässig gewesen (§ 99 I ZPO), deswegen kann auch die nur wegen des Formfehlers des Gerichts eröffnete (einfache) Beschwerde nicht zulässig sein (§ 574 S. 2 ZPO). Hier aber war es zu einem weiteren Formfehler gekommen: das Amtsgericht hatte laut Protokoll keine Anträge stellen lassen, damit von Amts wegen entschieden und so gegen § 308 I ZPO verstoßen. Dieser Verfahrensfehler macht den Beschluss greifbar gesetzeswidrig und eröffnet so die außerordentliche Beschwerde (dazu Lehrbuch § 30, Rdnr. 63 f.). Diese wäre auch unabhängig von der falschen Form der Entscheidung statthaft gewesen, so daß der Grundsatz der Meistbegünstigung hier nicht zu einer ansonsten nicht gegebenen Anfechtbarkeit führt. Die Beschwerde war statthaft.

## Berufungseinlegung

*BGH NJW 1999, 291*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 25*

*BGH NJW-RR 1999, 287*

*BGH NJW 1999, 3124*

Die Berufung ist gemäß § 518 ZPO nur dann wirksam eingelegt, wenn angegeben wird, welches Urteil angefochten wird und wer Partei des Rechtsmittelzuges werden soll.

Im Fall S. 291 hatte die Beklagte einen Rechtsanwalt mit der Einlegung der Berufung beauftragt, dieser bezeichnete die Parteien in der Berufungsschrift jedoch irrtümlich falsch, nämlich die Klägerin als Berufungsklägerin und die Beklagte als Berufungsbeklagte. Die wegen des gleichzeitig gestellten Antrags auf Prozeßkostenhilfe beigefügte Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse stammte erkennbar von der Beklagten. Erst nach Ablauf der Berufungsfrist bemerkte der Anwalt sein Versehen und stellte es klar. Das OLG hat die Berufung als unzulässig verworfen. Dies hat der BGH gehalten. An die Bezeichnung der Parteien in der Berufungsschrift seien zwar keine formalistischen, wohl aber inhaltlich strenge Anforderungen zu stellen. Hier sei der Widerspruch zwischen der Berufungsschrift und der beigefügten Erklärung zwar erkennbar, aber nicht ohne weiteres auflösbar gewesen. Da auch die Klägerin durch das erstinstanzliche Urteil beschwert gewesen sei, sei es möglich gewesen, daß sie das Urteil anfechten wolle und lediglich ein falsches PKH-Formular beigefügt gewesen sei. Die Klarstellung nach Ablauf der Berufungsfrist sei zu spät erfolgt.

Ein Rechtsmittel kann mehrfach auch von derselben Partei eingelegt werden. Ist dann eines der eingelegten Rechtsmittel unzulässig, so berührt dies die Zulässigkeit der übrigen Rechtsmittel nicht. Dies gilt auch, wenn – wie im Fall S. 287 – eine am Beginn der Berufungsfrist eingelegte Berufung sofort als unzulässig verworfen wurde und unmittelbar darauf innerhalb der noch laufenden Rechtsmittelfrist eine weitere Berufung eingelegt wurde.

Im Fall S. 3124 hatte ein Rechtsanwalt „namens des/der Beklagten“ Berufung eingelegt und dabei zwar die Namen der Parteien angegeben, dabei aber nicht klargestellt, wer den Beklagter erster Instanz gewesen war. Da die vom Landgericht beigezogenen Akten erst nach Ablauf der Berufungsfrist beim OLG eingegangen waren, war die Berufung unzulässig.

## Berufungsbegründung

*BGH NJW 1999, 2817*

*BGH NJW 1999, 3126*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 26*

Die Berufungsbegründung soll innerhalb der hierfür laufenden Frist klarstellen, worauf das Rechtsmittel gestützt wird und so den Prozeßstoff für die zweite Instanz zusammenfassen und präzisieren (§ 519 ZPO). Liegt ein wirksamer Berufungsangriff vor, so wird das Rechtsmittel nicht darauf beschränkt, sondern führt – im Rahmen der Berufungsanträge – zu einer unbeschränkten Sach- und Rechtsprüfung des Streitgegenstands. Beschränkt jedoch der Berufungskläger seine Berufung in der Begründung auf einen abtrennbaren Teil des erstinstanzlichen Streitgegenstands, und läßt einen weiteren, auf dem gleichen Lebenssachverhalt beruhenden Teil unangegriffen, so kann er die Forderung dem Grunde nach nicht mehr in Frage mit Gründen in Frage stellen, die er nicht innerhalb der Berufungsbegründungsfrist vorgebracht hat.

## Berufung ohne Erreichen der Berufungssumme

*BVerfG NJW 1999, 1176*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 27*

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Berufung ist, daß der Wert des Beschwerdegegenstands DM 1.500.- übersteigt (§ 511a ZPO). Gestritten wird um die Frage, ob die Berufung auch unterhalb dieses Werts dann zulässig sein muß, wenn erstinstanzlich der Anspruch der Partei auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt wurde. Eine Mindermeinung argumentiert hier, angesichts dieser Rechtsverletzung sei die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil unabhängig vom Wert der Beschwer eröffnet, so daß auch eine Berichtigung innerhalb des Rechtswegs möglich sein müsse. Die h.M. verneint dies.

Im vorliegenden Fall hatte das Amtsgericht im vereinfachten Verfahren nach § 495a ZPO (Lehrbuch § 6, Rdnr. 58) dem Beklagten eine Frist zur Klageerwiderung gesetzt. Die rechtzeitig eingegangene Klageerwiderung ließ das Gericht unberücksichtigt, weil sie der RichterIn aufgrund eines Fehlers der Geschäftsstelle nicht vorgelegt worden war. Trotz Nichterreichens der Berufungssumme hat das VerfG hier die Zulassung der Berufung analog § 513 II ZPO für verfassungsrechtlich geboten gehalten. Diese Rechtsprechung betrifft allerdings nur die Verletzung rechtlichen Gehörs im schriftlichen Verfahren (§ 128 II, III ZPO; Lehrbuch § 6, Rdnr. 60) und im vereinfachten Verfahren vor dem Amtsgericht. Sie ist auf das reguläre Verfahren nicht übertragbar.

## Wert der Beschwer bei Hilfsanträgen

*BGH NJW 1999, 3564*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 27*

Rechtsbehelfe sind grundsätzlich nur statthaft, wenn die Partei durch die angefochtene Entscheidung beschwert ist. Bei der Berufung ist zudem erforderlich, dass der Wert des Beschwerdegegenstands DM 1.500.- übersteigt. Diese besondere Form des Streitwerts (vgl. dazu Lehrbuch § 3, Rdnr. 16 f.) wird grundsätzlich nach den §§ 3 ff. ZPO berechnet, was nicht immer einfach ist. Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen der Kläger verschiedene Ansprüche geltend macht.

Im vorliegenden Fall hatte der Kläger Zahlung von DM 140.000.- beantragt, und dies hauptsächlich auf Schadensersatz wegen der Beschädigung eines Parkettbodens bei Reinigungsarbeiten gestützt. Für den Fall, dass die Kosten der Schadensbeseitigung dahinter zurückblieben, hatte er mehrere andere Schadenspositionen, die zusammen über DM 140.000.- hinausgingen, geltend gemacht. Das Landgericht ging von Beseitigungskosten in Höhe von nur DM 108.000.- aus, prüfte daraufhin die restlichen Schadenspositionen in der vom Kläger vorgegebenen Reihenfolge (vgl. dazu Lehrbuch § 19, Rdnr. 10) und hielt hiervon einige Positionen für unbegründet, andere für begründet; letztlich kam es zu insgesamt 140.000.- DM. Die hiergegen eingelegte Berufung des Klägers hat das OLG als unzulässig verworfen; da dem klägerischen Antrag in vollem Umfang entsprochen worden sei, fehle es an einer Beschwer. Der BGH hat diese Verwerfung aufgehoben. Zwar richte sich die Beschwer grundsätzlich nach dem Tenor des angefochtenen Urteils, ausnahmsweise könne sie sich jedoch aus daraus ergeben, dass das Gericht nach der gegebenen Begründung einen Teil der insgesamt geltend gemachten Forderung hat abweisen wollen. Sind – wie hier – einzelne, auch nur hilfweise geltend gemachte Forderungen rechtskräftig abgewiesen worden, so ist der Kläger hierdurch auch dann beschwert, wenn dem Antrag letztlich in vollem Umfang entsprochen wurde. Der Wert der Beschwer ergab sich hier aus der Summe aller vom Landgericht für nicht begründet erachteten Teilansprüche.



## **Streitgegenstand in der Berufungsinstanz**

*BGH NJW 1999, 3779*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 30*

Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts sind alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte, über die nach den Anträgen eine Entscheidung erforderlich ist, selbst wenn über sie im ersten Rechtszug nicht entschieden wurde (§ 537 ZPO). Im vorliegenden Fall hatte der Beklagte in erster Linie Klageabweisung beantragt, hilfsweise (für den Fall, dass die Klage begründet sein sollte) Widerklage erhoben. Das LG wies die Klage ab, musste deswegen über die Hilfswiderklage nicht befinden. Nachdem der Kläger Berufung eingelegt hatte und das OLG die Klage für begründet hielt, musste es auch über den Hilfswiderklageantrag des Beklagten befinden.

## **Erneute Beweisaufnahme im Berufungsverfahren**

*BGH NJW 1999, 2972*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 34*

Da das Berufungsverfahren eine Fortsetzung des Verfahrens erster Instanz ist, gilt das Ergebnis einer bereits dort durchgeführten Beweisaufnahme fort, muß also nicht wiederholt werden. Eine Wiederholung der Beweisaufnahme steht im freien Ermessen des Berufungsgerichts (für den Zeugenbeweis: § 398 ZPO). Dieses Ermessen kann sich jedoch aus dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (dazu Lehrbuch § 1, Rdnr. 38, § 7, Rdnr. 22) auf Null reduzieren. Hiervon geht die neuere Rechtsprechung immer dann aus, wenn das Berufungsgericht aufgrund der in der Akte schriftlich fixierten Beweisergebnisse (z. B. Protokolle der Zeugenaussagen) zu einer anderen Beweiswürdigung kommen will, insbesondere die Glaubhaftigkeit der Aussage oder die Glaubwürdigkeit der Zeugen anders beurteilen will als das Erstgericht. Die vorstehende Entscheidung erweitert die Verpflichtung zur Wiederholung der Beweisaufnahme auf den Fall, dass das Berufungsgericht die protokollierte Aussage anders verstehen oder ihr ein anderes Gewicht beimessen will als die Vorinstanz.

## **Zurückverweisung an das Gericht der Vorinstanz**

*BGH NJW 1999, 3125*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 37*

Ist die Berufung zulässig und begründet, so kann das Berufungsgericht die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das erstinstanzliche Gericht zurückverweisen, wenn ein Fall des § 538 ZPO oder ein wesentlicher Verfahrensmangels nach § 539 ZPO vorliegt und das Berufungsgericht eine eigene Sachentscheidung nicht für sachdienlich erachtet (§ 540 ZPO). § 538 ZPO enthält dabei Fälle, in denen das erstinstanzliche Gericht keine eigene Sachentscheidung getroffen, sondern den Prozeß (fälschlich) z. B. durch Prozeß-, Vorbehalts- oder Versäumnisurteil beendet hat. Versucht wird immer wieder eine Ausdehnung des § 538 ZPO auf dort nicht genannte Fälle, in denen ebenfalls eine Sachentscheidung vom Erstgericht nicht getroffen wurde, so z.B. nach Abweisung der Klage wegen Verjährung, fehlender Passivlegitimation oder durchgreifendem Haftungsausschluß. Die h. M. sieht in § 538 ZPO aber eine Ausnahmenorm, die eng auszulegen und der Analogie nicht zugänglich ist. Dem folgt auch der BGH im vorliegenden Fall, in dem die Klage erstinstanzlich wegen Verjährung abgewiesen worden war, das Berufungsgericht den Anspruch aber nicht für ver-

jährt hielt. Hier musste das Berufungsgericht in der Sache selbst entscheiden und durfte nicht zurückverweisen.

## Änderungen der Rechtspflegererinnerung

*OLG Zweibrücken NJW 1999, 2051*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 75*

*OLG Dresden NJW 1999, 2051*

*OLG Frankfurt NJW 1999, 1265*

*OLG Karlsruhe NJW 1999, 1266*

*OLG Brandenburg NJW 1999, 1268*

*Aufsatz von Schütt in MDR 1999, 84*

*Aufsatz von Scholz in FamRZ 1999, 554*

*OLG Koblenz NJW-RR 1999, 941*

*OLG Frankfurt NJW-RR 1999, 108*

Bislang waren Entscheidungen des Rechtspflegers mit der Erinnerung anfechtbar. Half der Rechtspfleger dieser nicht ab, so legte er sie dem Richter am Amtsgericht vor. Hielt dieser sie ebenfalls für unbegründet, so erfolgte (als sog. Durchgriffserinnerung) ggf. eine Entscheidung durch das Beschwerdegericht. Durch das 3. Gesetz zur Änderung des Rechtspflegergesetzes vom 13.8.1998 ist dieses System der Rechtsbehelfe zum 1.1.1999 grundsätzlich neu strukturiert worden. Jetzt ist grundsätzlich jeweils das nach den allgemeinen Verfahrensvorschriften zulässige Rechtsmittel gegeben (§ 11 I RPflG), regelmäßig also die Beschwerde oder die sofortige Beschwerde. Die (befristete) Erinnerung ist nur noch dort statthaft, wo ein solcher allgemeiner Rechtsbehelf nicht gegeben ist. Hier hat der Rechtspfleger eine Abhilfebefugnis, macht er davon keinen Gebrauch, legt er die Sache dem Richter vor (§ 28 RPflG), der abschließend entscheidet (§ 11 II RPflG). Während der Rechtspfleger im Rahmen der Erinnerung (nach altem wie nach neuem Recht) und der einfachen Beschwerde die Möglichkeit der Abhilfe hat, besteht diese bei der sofortigen Beschwerde nicht (§ 577 III ZPO; Lehrbuch § 30, Rdnr. 63).

Insbesondere im Bereich der Kostenfestsetzung führt dies zu einer vom Gesetzgeber unbeabsichtigten Verkomplizierung des Verfahrens. Hat der Rechtspfleger hier einen Fehler gemacht, so ist hiergegen nur die sofortige Beschwerde gegeben (§ 104 III ZPO), die der Rechtspfleger auch dann dem Beschwerdegericht vorlegen muß, wenn er seinen Fehler einsieht. Eine systematische Darstellung insoweit bieten die Aufsätze von Schütt („Veränderungen im Kostenfestsetzungsverfahren“) und Scholz („Iustitia semper reformanda“). Allein das OLG Zweibrücken und das OLG Koblenz legen § 11 RPflG dahin aus, daß der Rechtspfleger nach wie vor berechtigt und verpflichtet ist, zu prüfen, ob er dem Rechtsbehelf abhilft. Alle anderen OLG's gehen davon aus, daß hier eine Korrektur durch die Rechtsprechung nicht möglich ist, es vielmehr einer Gesetzesänderung bedarf. Bis dahin aber ist der Rechtspfleger aus Art. 103 I GG gezwungen, die Parteien – anders als bisher – vor Erlaß des Kostenfestsetzungsbeschlusses anzuhören und diesen Beschluß mit Gründen zu versehen (vgl. auch Lehrbuch § 8, Rdnr. 39).

Das OLG Frankfurt, das sich schon früher (NJW 1999, 1265) der h. M. angeschlossen hat, stellt nunmehr lediglich fest, dass für die Beschwerde Anwaltszwang gilt (dazu Lehrbuch § 30, Rdnr. 72).