

# **Rechtsprechung und Aufsätze zum Zivilprozessrecht**

**2004**

**Dr. Rainer Oberheim**

## ZPO-Reform

*Aufsatz von Fellner in MDR 2003, 69*  
*Aufsatz von Gehrlein in MDR 2003, 421*  
*Aufsatz von Siegel in MDR 2003,*

„Erste Erfahrungen mit der reformierten ZPO – Erinstanzliches Verfahren und Berufung“ sind Gegenstand der vorliegenden, lesenwerten Darstellung von Gehrlein. Angesprochen werden für die erste Instanz die Erledigung vor Rechtshängigkeit, die Güterverhandlung, die materielle Prozessleitungspflicht des Gerichts, die Gehörsrüge und der Einzelrichtereinsatz, für die Berufung die Zulassung, Fristen, Anschlussberufung, Berufungsgründe, Verzicht und Rücknahme, Bindungswirkungen, die Zulässigkeit neuen Vorbringens, Beschlussscheidungen nach § 522 sowie der Inhalt des Berufungsurteils.

Der Aufsatz von Siegel („Das Berufungsverfahren: Gerichtliche Praxis seit der ZPO-Reform“) behandelt nur wenige Teilaspekte des Berufungsverfahrens, auch Fellner („Erste Erfahrungen im Berufungsverfahren“) stellt erste Erfahrungen der Praxis mit dem Berufungsverfahren vor, insbesondere der Möglichkeit, Berufungen ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss zu verwerfen oder zurückzuweisen (§ 522 ZPO).

## Zivilprozess und Verwaltungsprozess

*Aufsatz von Schifferdecker in JA 2003, 319*

*Lehrbuch § 1, Rn. 1 ff.*

Zwischen den einzelnen Verfahrensordnungen gibt es wichtige Unterschiede, aber auch viele Gemeinsamkeiten. Einen Vergleich zwischen dem Zivilprozess- und dem Verwaltungsprozessrecht unternimmt der vorliegende Aufsatz („Prozessrecht im Vergleich“). Der Verfasser untersucht dabei eine Vielzahl von Einzelfragen und stellt Bezüge her, die das Lernen in beiden Teilbereichen erleichtern.

## Auslegung von Prozesshandlungen

*BGH NJW 2003, 2388*

*BGH NJW 2003, 3418*

*Lehrbuch § 1, Rdnr. 21*

Im ersten Fall hatte der Berufungsbeklagte innerhalb der für ihn laufenden Berufungsfrist „selbstständige Anschlussberufung“ eingelegt. Eine solche gibt es seit der ZPO-Reform nicht mehr. Möglich ist heute nur noch eine selbstständige Berufung oder die (unselbstständige) Anschließung an die Berufung des Gegners. Letztere ist in ihrem Schicksal von der Berufung des Gegners abhängig, verliert ihre Wirkung, wenn die Berufung unzulässig ist oder zurückgenommen wird (§ 524 IV ZPO). Im vorliegenden Fall hatte der Berufungskläger die Berufung zurückgenommen, das OLG war von einer Anschlussberufung ausgegangen und hatte angenommen, diese sei wirkungslos geworden. Der BGH stellt klar, dass bei der Auslegung unklarer oder mehrdeutiger Erklärungen im Zweifel dasjenige gewollt ist, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage der Partei entspricht. Dies musste vorliegend die selbstständige Berufung sein, die den Beschränkungen des § 524 IV ZPO nicht unterlag.

Im zweiten Fall hatte der Kläger erstinstanzlich zwei Verfahren gegen denselben Beklagten geführt, beide verloren und gegen beide Urteile Berufung eingelegt. Im ersten Verfahren lief die Begründungsfrist am 15.10. ab, im zweiten Fall am 29.10. Am 15.10. beantragte der Kläger Verlängerung der „heute ablaufenden Begründungsfrist“ unter Angabe des Aktenzeichens des zweiten Verfahrens, die ihm gewährt wurde. Bei Zustellung dieses Beschlusses bemerkte der Kläger sein Versehen und beantragte Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Begründungsfrist im ersten Verfahrens. Diese wurde ihm vom LG versagt, vom BGH jedoch gewährt. Der BGH stellt nicht allein auf das Aktenzeichen ab, sondern legt den Fristverlängerungsantrag aus und kommt zu dem Ergebnis, dieser sei auch für das LG erkennbar im ersten Verfahren gestellt worden und deswegen rechtzeitig gewesen.

## **Parteibezeichnung von Einzelkaufleuten**

*Aufsatz von Gräve/Salten in MDR 2003, 1097*

*Lehrbuch § 2, Rdnr. 9*

Die Firma ist der Namen, unter dem der Kaufmann im Rechtsverkehr auftritt und unter dem er auch Prozesse führt. Seit der HGB-Reform im Jahr 1998, die aufgrund einer Übergangsfrist bis zum 31.3.2003 erst jetzt ihre volle Wirkung entfaltet, müssen Einzelkaufleute den Zusatz „e.K.“ führen. Hierauf ist bei Fassung der Parteibezeichnung in Klage und Urteil zu achten. Der vorliegende Aufsatz „Neues Firmenrecht – Die Parteibezeichnung der Einzelkaufleute im Zivilprozess“ macht dies deutlich.

## **Nicht existente Partei**

*Aufsatz von Weimann/Terheggen in NJW 2002, 1298*

*Lehrbuch § 2, Rn. 11*

Ein Prozess kann nicht unter Beteiligung einer nicht existierenden Partei geführt werden. Dieser an sich banale Satz macht praktisch viele Probleme, weil verschiedene Fallgestaltungen denkbar sind, in denen auf Kläger- oder Beklagtenseite Personen als Partei bezeichnet sind, die von Anfang an nicht existieren oder während des Prozesses wegfallen. Der vorliegende Aufsatz („Die Klage gegen die nichtexistente Partei“) befasst sich insbesondere mit dem Wegfall der Partei nach Rechtshängigkeit, also zum Beispiel dem Tod einer natürlichen Person oder dem Untergang einer juristischen Person, stellt dar, wann eine Parteiberichtigung oder Parteiänderung erforderlich (dazu Lehrbuch § 15, Rn. 1 ff.) bzw. die Klage unzulässig wird. Gegenstand der Betrachtung sind auch die Wirkungen der Klageerhebung für die neue Partei, insbesondere die Frage einer wirksamen Verjährungshemmung (Lehrbuch § 4, Rn. 26 ff.).

## **Parteifähigkeit ausländischer Gesellschaften**

*BGH NJW 2003, 1461*

*Timme/Hülk in JA 2003, 267*

*Lehrbuch § 2, Rn. 12*

Nach der bisherigen Rechtsprechung zum deutschen internationalen Recht beurteilt sich die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft nach dem Ort ihres Verwaltungssitzes. War die Gesellschaft in den Niederlanden wirksam als juristische Person nach niederländischem recht gegründet worden und verlegte sie später ihren Verwaltungssitz nach Deutschland, so wurde die Rechtsfähigkeit nach deutschem Recht beurteilt und (mangels Eintragung ins Handelsregister) oft verneint. Dies hat der EuGH als Verstoß ge-

gen die Niederlassungsfreiheit des EU-Vertrags für rechtswidrig gehalten (dazu die Besprechung von Timme/Hülk in JA 2003, 267), so dass der BGH nunmehr seine bisherige Rechtsprechung aufgeben muss und von der Sitz- zur Gründungstheorie übergeht, nach der sich die Rechtsfähigkeit von Gesellschaften nach dem Ort ihrer Gründung, nicht dem ihrer derzeitigen Verwaltungssitzes ergibt. War die niederländische Gesellschaft wirksam gegründet worden, so bleibt sie auch nach Verlegung in die Bundesrepublik rechts- und damit parteifähig.

## Singularzulassung von Rechtsanwälten bei den Oberlandesgerichten

*EGMR NJW 2003, 2221*

*Lehrbuch § 2, Rdnr. 20*

In mehreren Stufen ist in den letzten Jahren das früher geltende Zulassungsrecht für Rechtsanwälte reformiert worden. Einer dieser Schritte war die Entscheidung des BVerfG vom 13.12.2000, mit der der bis dahin geltende § 25 BRAO für verfassungswidrig erklärt wurde. Dies hatte zur Folge, dass bis dahin (nur) bei einem AG oder LG zugelassene Rechtsanwälte sich auch bei „ihrem“ Oberlandesgericht zulassen konnten. Damit verloren die bis dahin nur bei dem OLG zugelassenen Rechtsanwälte ihr dortiges Vertretungsmonopol. Im vorliegenden Verfahren haben mehrere OLG-Anwälte die Verletzung insbesondere ihres Eigentumsrechts geltend gemacht, nachdem sie infolge der Neuregelung bis zu 90% ihrer Einkünfte verloren.

Der EGMR hat die Klage abgewiesen, die Neuregelung habe im Gestaltungsspielraum gelegen, sie sei gesetzmäßig, verhältnismäßig und diene dem Allgemeininteresse.

Inzwischen ist die Postulationsfähigkeit der bei einem OLG zugelassenen Rechtsanwälte auf alle OLG's ausgedehnt, eine Singularzulassung gibt es damit nur noch beim BGH. Auch hier ist fraglich, ob sie dauerhaft Bestand haben wird.

## Internationale Zuständigkeit

*Aufsatz von Coester-Waltjen in Jura 2003, 320*

*Aufsatz von Koch in JuS 2003, 105*

*Lehrbuch § 3, Rn. 6*

Mit dem Inkrafttreten der EuGVO ist die internationale Zuständigkeit in dem praktisch besonders bedeutsamen europäischen Raum neu geregelt worden. Sie wird im vorliegenden Aufsatz von Coester-Waltjen („Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte in Zivil- und Handelssachen“) umfassend dargestellt.

Der Aufsatz von Koch („Einführung in das europäische Zivilprozessrecht“) legt stärker Wert auf die Darstellung der historischen Entwicklung und die Zukunftsperspektiven einer Europäisierung des Zivilprozessrechts.

## Besonderer Gerichtsstand

*BGH NJW 2003, 828*

*Aufsatz von Kiethel in NJW 2003, 1294*

*Lehrbuch § 3, Rn. 21*

Wird die Klage in einem besonderen Gerichtsstand erhoben, so hat das Gericht den geltend gemachten prozessualen Anspruch nicht nur unter dem den besonderen Gerichtsstand begründenden, sondern unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen. Dies folgt aus § 17 II GVG. Im vorliegenden Fall hatte der Kläger Klage im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO) erhoben, das Gericht hatte dennoch auch

Ansprüche aus § 426 I BGB zu prüfen. Obwohl § 17 II GVG in seiner heutigen Fassung bereits seit 1990 gilt, hatte der BGH bislang keine Gelegenheit, seine noch zur alten Fassung dieser Norm gefestigte Rechtsprechung aufzugeben, dies erfolgt mit der vorliegenden Entscheidung, die sich umfassend auch mit der noch vertretenen Gegenauffassung auseinandersetzt und von der Praxis begrüßt wird (dazu der Aufsatz „Umfassende Prüfungskompetenz der Gerichte im Gerichtsstand des § 32 ZPO“).

## **Abänderungsklage**

*Aufsatz von Rossmann-Gläser in JuS 2003, 1121*

*Lehrbuch § 4, Rdnr. 10*

Mit der Abänderungsklage können Verurteilungen zu künftig fällig werdenden Leistungen tatsächlichen Veränderungen angepasst werden, die zwischen Verurteilung und Fälligkeit eintreten. Besondere Bedeutung kommt dieser Klage im Bereich der Unterhaltstitel zu. Die vorliegende Darstellung („Abänderungsklage gegen Unterhaltsurteil wegen geänderter Rechtsprechung“) befasst sich mit der Frage (zu bejahenden), ob auch eine Änderung der Rechtsprechung zur Abänderung des Titels berechtigt.

## **Zwischenfeststellungswiderklage**

*Aufsatz von Huber in JuS 2003, 490*

*Lehrbuch § 4, Rn. 14*

Das Institut der Zwischenfeststellungswiderklage klingt komplizierter, als es tatsächlich ist. Der vorliegende Kurzbeitrag („Aus der Praxis: Zwischenfeststellungswiderklage bei offener Teilklage und Sachantrag“) zeigt Anwendungsbereich und Voraussetzungen anhand eines Beispielsfalles anschaulich auf.

## **Erklärung per e-mail**

*OLG Düsseldorf NJW 2003, 833*

*Aufsatz von Roßnagel in NJW 2003, 1209*

*Aufsatz von Bütter in MDR 2003, 181*

*Lehrbuch § 4, Rn. 24*

Die Abgabe rechtlicher verbindlicher Erklärungen per e-mail ist nur sehr eingeschränkt möglich. § 126a BGB verlangt eine „qualifizierte elektronische Signatur nach dem Signaturgesetz“, die technisch bislang nur sehr wenigen Personen möglich ist, § 130a ZPO II eine Rechtsverordnung, die bislang nicht existiert. Möglich ist eine Erklärung per e-mail aber immer dort, wo sie keiner besonderen Form Handelt es sich um eine empfangsbedürftige Erklärung, muss sichergestellt werden, dass sie dem Empfänger auch zugeht.

Im Fall des OLG Düsseldorf hatte ein Rechtsanwalt einen anderen Rechtsanwalt per e-mail beauftragt, ein Rechtsmittel einzulegen. Wegen eines Eingabefehlers erreichte diese mail den Empfänger nicht. Einen Antrag auf Wiedereinsetzung hat das OLG abgelehnt, weil der versendende Anwalt nicht darauf vertrauen durfte, eine (auch ordnungsgemäß) abgesandte mail werde den Empfänger auch erreichen. Er sei vielmehr verpflichtet gewesen, den Zugang (zum Beispiel durch automatische Rückmeldung oder telefonische Rückfrage) zusätzlich zu kontrollieren.

Roßnagel untersucht den „Beweiswert von e-mail“ und lehnt einen Anscheinsbeweis für die einfache, nicht qualifiziert elektronisch signierte e-mail ab.

Büttner („Elektronischer Rechtsverkehr im Zivilprozess“) zeigt auf, dass e-mails auch heute schon für Erklärungen verwendet werden können, die keiner besonderen Form bedürfen und untersucht verschiedene Anwendungsbereiche.

## Unterzeichnung durch Rechtsanwalt

*BGH NJW 2003, 2028*

*Lehrbuch § 4, Rdnr. 24*

Ist die Einhaltung der Schriftform erforderlich, so muss die Erklärung eine eigenhändige Unterschrift aufweisen. Mit der Unterschrift bringt der Erklärende zum Ausdruck, dass er den Inhalt der Erklärung billigt und diese von seinem Willen getragen ist. Im vorliegenden Fall hatte ein – am Prozessgericht ebenfalls zugelassener Rechtsanwalt – den von seinem Sozios diktierten Schriftsatz mit dem in Klammern gefassten Zusatz „für Rechtsanwalt X, nach Diktat verweist“ unterzeichnet. Damit liegt grundsätzlich keine wirksame Unterschrift vor, weil der Erklärende zum Ausdruck bringt, dass der Erklärende seine Unterschrift nicht mehr anbringen können und der Unterzeichnende den Inhalt nicht verantworten will, sondern die Unterschrift lediglich aus formalen Gründen anbringt. Im vorliegenden Fall hat der BGH die Unterschrift ausnahmsweise doch ausreichen lassen, weil der Unterzeichnende eine auf den Einzelfall bezogene, ausdrückliche Untervollmacht hatte und sich aus der Einleitungsfloskel „für Rechtsanwalt X“ ergab, dass er die Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes doch übernommen hatte.

## Beweisprobleme bei e-mail

*Aufsatz von Ernst in MDR 2003, 1091*

*Lehrbuch § 4, Rdnr. 24*

Mit der Änderung der Formvorschriften im materiellen Recht (§ 126a BGB) und im Prozessrecht (§ 130a ZPO) ist die Grundlage für die rechtswirksame Abgabe von Erklärungen auch in elektronischer Form geschaffen. Allerdings bestehen noch vielerlei Unsicherheiten, insbesondere im Bereich der Beweisbarkeit. Probleme und erste Lösungsansätze für das materielle Recht bietet der vorliegende Aufsatz „Beweisprobleme bei e-mail und anderen online-Willenserklärungen“.

## Obligatorisches Schlichtungsverfahren

*Aufsatz von Friedrich in NJW 2003, 3534*  
*LG München MDR 2003, 1313*

*Lehrbuch § 6, Rdnr. 2*

In den Bundesländern, die von der Ermächtigung des § 15a EGZPO Gebrauch gemacht haben (Hessen gehört dazu), ist die Erhebung der Klage in den in § 15a I EGZPO genannten Fällen erst zulässig, nachdem zuvor ein außergerichtliches Schlichtungsverfahren durchlaufen wurde. Noch immer sind eine Reihe von Fragen zu dieser Zulässigkeitsvoraussetzung ungeklärt, so zum Beispiel, ob das Vorverfahren nach Klageerhebung nachgeholt werden kann oder ob die Notwendigkeit des Vorverfahrens durch nachträgliche Klageerweiterung entfallen kann. Diese und andere Fragen sind Gegenstand des Aufsatzes von Friedrich (*Aktuelle Entscheidungen zum obligatorischen außergerichtlichen Schlichtungsverfahren*“).

Zu den besprochenen Fällen gehört auch die Entscheidung des *LG München*. Dort hatte der Kläger ohne vorheriges Schlichtungsverfahren eine der obligatorischen Schlich-

tung unterliegende Klage eingereicht, die Klage dann aber sogleich auf einen nicht mehr der obligatorischen Schlichtung unterliegenden Betrag erhöht, so dass Klage und Klageerhöhung dem Beklagten gemeinsam zugestellt wurden. Das LG hat die Klage als in vollem Umfang zulässig angesehen.

## **Reform des Zustellungsrechts**

*Aufsatz von Wunsch in JuS 2003, 276*

*Lehrbuch § 6, Rn.7*

Bereits zum 1.7.2002 wurden die Regelungen des Zustellungsrechts umfassend neu geregelt. Dieser praktisch besonders bedeutsame, im Examen aber ausnahmsweise relevante Bereich wird im vorliegenden Aufsatz („Zustellungsreformgesetz – Vereinfachung und Vereinheitlichung des Zustellwesens“) dargestellt.

## **Unrichtiges Empfangsbekanntnis**

*BGH NJW 2003, 2460*

*Lehrbuch § 6, Rdnr. 11*

Am 2.7. ging beim LG eine Berufung ein. Das in der Akte befindlichen Empfangsbekanntnis des erstinstanzlichen Urteils trug das aufgestempelte Datum 1.6. (= Samstag). Auf den Hinweis des Gerichts hin trug der Berufungskläger vor, das Urteil sei erst am Montag, den 3.6. eingegangen, das Empfangsbekanntnis habe irrtümlich den falschen Eingangsstempel erhalten; hilfsweise hat er Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Das LG hat die Wiedereinsetzung versagt und die Berufung als verfristet verworfen. Dies hat der BGH aufgehoben. Erforderlich ist zunächst eine Klärung, ob die Frist tatsächlich versäumt ist. Dies ist nicht der Fall, wenn die Zustellung erst am 3.6. erfolgte. Das Empfangsbekanntnis erbringt zwar Beweis für den Zustellungszeitpunkt, ist aber widerleglich, wobei der Beweis des Gegenteils erforderlich ist.

## **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand**

*Aufsatz von v. Pentz in NJW 2003, 858*

*Lehrbuch § 6, Rdnr. 32*

„Die Rechtsprechung des BGH zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand“ in den Jahren 2000 – 2002 ist Gegenstand der vorliegenden Darstellung.

## **Wiedereinsetzung wegen langer Postlaufzeit**

*BGH NJW 2003, 3712*

*Lehrbuch § 6, Rdnr. 33*

Versäumt die Partei (oder ihr Anwalt, § 85 II ZPO) eine Frist schuldlos, so kann ihr auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden. Zur Frage, welche Fallgestaltungen als „schuldlos“ anzusehen sind, gibt es eine nahezu unüberschaubare Vielzahl von Entscheidungen. Eine wichtige Fallgruppe dabei bilden die Fälle, in denen ein Schreiben vor Ablauf in den Postbriefkasten geworfen wurde, die Post für den Transport zum Empfänger aber unvorhergesehen lange Zeit benötigt. Die vorliegende Entscheidung bekräftigt die bisherige Rechtsprechung, nach der die Partei darauf vertrauen darf, dass ein eingeworfener Brief am nächsten Tag beim Empfänger eingeht. Der Berufungskläger hatte seine Berufungsbegründung am 24.6. gegen 17.00 Uhr als normalen Brief beim Postamt aufgegeben und durfte erwarten, dass diese noch am 25.6. beim Landgericht eingehen würde. Dass sie tatsächlich erst am 26.6. (und damit

nach Ablauf der Frist) einging, rechtfertigt nach Auffassung des BGH die Wiedereinsetzung.

## **Pflicht zur Fristüberwachung durch Rechtsanwalt**

*BGH NJW 2003, 437*

*Lehrbuch § 6, Rn. 33*

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann gegen die Versäumung der in § 233 ZPO genannten Fristen nur gewährt werden, wenn die Frist unverschuldet versäumt wurde. Der Partei wird dabei ein Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten (§ 85 II ZPO), nicht aber ein Verschulden von Mitarbeitern des Prozessbevollmächtigten zugerechnet. Entscheidende Bedeutung kommt deswegen der Frage zu, ob ein Büroversehen nur einem Mitarbeiter oder (auch) dem Rechtsanwalt anzulasten ist. Den Anwalt trifft vielfach zumindest ein Auswahl-, Überwachungs- oder Organisationsverschulden. Im vorliegenden Fall hatte eine Mitarbeiterin die Frist zu Berufungsbegründung falsch berechnet und trotz Anweisung des Anwalts nicht berichtigt. Deswegen war die Berufungsbegründung verspätet eingereicht worden. In Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung hat der BGH den Anwalt für verpflichtet gehalten, die Frist bei Vorlag der Akten erneut persönlich zu prüfen, er durfte sich nicht auf die auf der Akte vermerkte Frist verlassen. Eine Wiedereinsetzung wurde deswegen versagt.

## **Videokonferenz**

*Aufsatz von Schultzky in NJW 2003, 313*

*Lehrbuch § 6, Rn. 38*

Der durch die ZPO-Reform eingeführte § 128a ZPO erlaubt die Durchführung der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess in Form einer Videokonferenz. Der vorliegende Aufsatz („Videokonferenzen im Zivilprozess“) zeigt die Einsatzbereiche und die rechtlichen Rahmenbedingungen einer solchen Verhandlung auf.

## **Hinweispflicht**

*Aufsatz von Rensen in MDR 2003, 483*

*Lehrbuch § 6, Rdnr. 43*

Mit der ZPO-Reform ist die alte „Richterliche Aufklärungs- und Hinweispflicht“ zur „Materiellen Prozessleitungspflicht des Gerichts“ umgestaltet und in § 139 ZPO zusammengefasst worden. Die inhaltlichen Änderungen dieser Pflicht waren aber nur marginaler Art. Sie betreffen vor allem die Notwendigkeit, erteilte Hinweise aktenkundig zu machen und auf den Hinweis hin obligatorisch eine Schriftsatznachlassfrist zu gewähren. Beide Änderungen stehen in der Kritik, der Verfasser des vorliegenden Aufsatzes („Richterliche Hinweispflicht – Streichung der Dokumentationspflicht und der obligatorischen Schriftsatzfrist?“) hält diese Kritik zu Recht für unangebracht.

## **Lügendetektor als Beweismittel**

*BGH MDR 2003, 1127*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 13*

Während früher h.M. war, dass der Einsatz eines Lügendetektors im Prozess gegen die Menschenwürde aus Art. 1 GG verstößt, weil er den Menschen auf seine physiologischen Reaktionen (Muskelzittern, Schweißabsonderung, Hautwiderstand) reduziert, ist dies nach zwei Entscheidungen des BVerfG nicht mehr sicher. Der BGH hat deswegen



in Strafsachen schon vor einigen Jahren entschieden, dass der Einsatz solcher Geräte zulässig sein mag oder nicht, Beweiswert jedenfalls komme ihm aufgrund der Unsicherheiten des Verfahrens nicht zu (BGHSt 44, 308, BGH NSTZ 2000, 35). Auf diese Rechtsprechung nimmt nun auch der VI. Zivilsenat Bezug und führt aus, dass auch im Zivilprozess dem Ergebnis eines Lügendetektortests kein Beweiswert zukommen kann.

## **Beweisverbot beim Lauschzeugen**

*BVerfG, Besprechung von Jenal in JA 2003, 274*

*BGH NJW 2003, 1727*

*Aufsatz von Foerste in NJW 2004, 262*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 15*

Die Frage, wann ein rechtswidrig erlangter Beweis im Prozess erhoben oder verwertet werden darf, ist nach wie vor nicht abschließend geklärt. Die ZPO kennt keine Beweiserhebungs- oder Beweisverwertungsverbote. In Rechtsprechung und Lehre ist jedoch anerkannt, dass nicht alle angebotenen Beweise unkritisch für die Entscheidung im Zivilprozess Verwendung finden können. Wo genau die Grenzen der Beweisverbote verlaufen, ist indes streitig. Die herrschende Meinung geht von einem Beweisverbot aus, wenn Erhebung oder Verwertung verfassungsrechtlich abgesicherte Rechtspositionen einer Partei verletzt und nicht überwiegende Interessen des Beweisführers eine Berücksichtigung gebieten.

Eine wichtige Fallgruppe bei diesen beweisrechtlichen Verwertungsverboten bilden die Lauschzeugen, d.h. Zeugen, die über heimlich belauschte Gespräche Dritter Auskunft geben, zum Beispiel über die Mithöreinrichtung am Telefon einer Partei ohne Wissen der Gegenpartei. Das BVerfG stellt vorliegend fest, dass hierin eine Verletzung von Art. 2 I GG liegen kann, die regelmäßig nicht durch das bloße Beweisinteresse der Partei gerechtfertigt ist.

Im Fall des BGH hatte der Kläger, der behauptet, dem Beklagten ohne Belege Darlehen in Höhe von 180.000,- DM gewährt zu haben, auf Anraten seines Anwalts mit dem Beklagten ein Telefonat geführt, in dem dieser die Darlehensgewährung bestätigte. Dieses Telefonat hatte der Anwalt des Klägers ohne Wissen des Beklagten mitgehört. Der Beklagte bestritt Darlehensgewährung und Telefonat, das OLG hatte den Anwalt als Zeugen gehört und der Klage stattgegeben. Der BGH hat diese Entscheidung aufgehoben. Die Aussage des Zeugen habe nicht verwertet werden dürfen. Das heimliche Lauschen habe das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beklagten verletzt, unabhängig davon, ob es sich bei den ausgetauschten Informationen um personale Kommunikationsinhalte oder um persönlichkeitsensible Daten gehandelt habe und ob für das Gespräch eine besondere Vertraulichkeit vereinbart gewesen sei. Allein das Interesse, sich ein Beweismittel für zivilrechtliche Ansprüche zu sichern, reicht nicht aus, um die Verletzung des Persönlichkeitsrechts der anderen Prozesspartei zu rechtfertigen. Stellt die Vernehmung eines Zeugen über ein von ihm belauschtes Telefonat einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Gesprächspartners dar, kommt eine Verwertung der Aussage als Beweismittel im zivilgerichtlichen Verfahren nicht in Betracht.

Die Abhandlung von Foerste („Lauschzeugen im Zivilprozess“) befasst sich dabei im Wesentlichen nur mit der Entscheidung BVerfG NJW 2002, 3619. Dort hat das BVerfG das Recht am gesprochenen Wort als Teil des Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 I GG angesehen, so dass das heimliche Belauschen eines fremden Gespräch einen Verstoß gegen verfassungsrechtliche Rechtspositionen darstellt und zur Verwertung

einer besonderen Rechtsfertigung bedarf. Gegen das BVerfG geht der Autor vorliegend davon aus, eine solche Rechtsfertigung liege bereits dann vor, wenn eine falsche Sachdarstellung des Belauschten Grund zu der Annahme gab, er wolle einen Prozessbetrug begehen oder daran mitwirken.

## Mittelbarer Beweis

*Aufsatz von Huber in JuS 2003, 907*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 22*

Kann ein Beweis durch verschiedene Beweismittel geführt werden, ist es dem Beweisführer überlassen, welchen Beweis er anbietet. Dieser ist auch dann zu erheben, wenn er als nur mittelbarer Beweis einen geringeren Beweiswert hat. Sind Zeuge in einem vorangegangenen Verfahren bereits gehört worden, kann der Beweisführer sich auf die Verwertung der Aussageprotokolle im Wege des Urkundsbeweises beschränken. Will er sichergehen, dass das Zivilgericht die Aussagen auch in seinem Sinne bewertet, kann er hilfsweise (für den Fall, dass dem Gericht der Urkundsbeweis zur Überzeugungsbildung nicht ausreicht) auch die Vernehmung der Zeugen selbst beantragen. Hierbei handelt es sich – insbesondere bei der Anwaltsklausur – geschickte prozessuale Taktik. Diese wird vorliegend („Urkundenbeweis statt Zeugenvernehmung und Beweistritt“) anhand eines Beispielsfalles dargestellt.

## Beweislast

*Aufsatz von Schmidt in JuS 2003, 1007*

*Lehrbuch § 7, Rdnr. 53*

Der vorliegende Aufsatz („Die Beweislast in Zivilsachen – Funktionen und Verteilung“) stellt die Beweislast im Zivilprozess dar, orientiert sich dabei aber eher an Kenntnisstand und Bedürfnissen von Studenten, eignet sich aber auch zur Einarbeitung für Referendare.

## Klausurtechnik

*Aufsatz von Fischer in Jus 2003, 375*

*Lehrbuch § 8, Rn. 3*

Die erfolgreiche Bearbeitung einer Klausur im zweiten Staatsexamen verlangt nicht nur das Auffinden der richtigen rechtlichen Lösung. Vorrangig erforderlich ist ein angemessener Umgang mit dem Aufgabentext. Hiervon handelt der vorliegende Aufsatz („Vom „Lesen“ einer Zivilrechtsklausur“).

## Der mündliche Vortrag

*Aufsatz von Leist in Jus 2003, 441*

*Lehrbuch § 9, Rdnr. 52*

Verfasser stellt unter dem Titel „Der erfolgreiche juristische Vortrag“ allgemeine Betrachtungen zu den Besonderheiten der mündlichen Darstellung juristischer Inhalte dar. Exemplarisch steht dabei das Seminarreferat im Vordergrund, aber auch für den Aktenvortrag im Zweiten Staatsexamen bieten die technischen und rhetorischen Tipps praktische Hilfen.

## Umfang der Rechtskraft eines Versäumnisurteils

*BGH NJW 2003, 104*

*Aufsatz von Just in NJW 2003, 2289*

*Lehrbuch § 10, Rn. 14*

Als Sachurteil entfaltet auch das Versäumnisurteil materielle Rechtskraft (Lehrbuch § 26, Rn. 11), steht damit einer erneuten späteren Klageerhebung entgegen. Diese Rechtskraft kann sogar weiter gehen als die Rechtskraft eines streitigen Urteils.

Im vorliegenden Fall hatte das AG die Klage mangels Fälligkeit abgewiesen. Hiergegen hatte der Kläger Berufung eingelegt, im Berufungsverfahren aber Versäumnisurteil gegen sich ergehen lassen, weil das Berufungsgericht die Rechtsauffassung des AG teilte. Nach Eintritt der Fälligkeit erhob er erneut Klage, die wegen der Rechtskraft des Versäumnisurteils als unzulässig abgewiesen wurde. Mangels Begründung des Versäumnisurteils kommt eine Beschränkung der Rechtskraft auf das Fehlen der Fälligkeit (anders als bei einem streitigen Urteil) nicht in Betracht.

Der vorliegende Aufsatz („Umfang der Rechtskraft eines Versäumnisurteils gegen den Berufungskläger“) setzt sich kritisch mit dieser Entscheidung auseinander.

## Bindung des Gerichts an Parteianträge

*BGH NJW 2003, 2317*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 27*

Das Gericht ist an die Parteianträge gebunden, darf insbesondere dem Kläger nichts anders zusprechen, als was beantragt ist. Von dem Verbot des § 308 I ZPO nicht erfasst ist die Möglichkeit, der Partei weniger zuzusprechen, als beantragt, wenn die Klage im übrigen abgewiesen wird. Vorliegend ging es um einen Unterlassungsantrag, den das Gericht nicht mit dem beantragten Inhalt zusprach. Der BGH setzt sich mit der Frage auseinander, ob es sich bei dem zugesprochenen Anspruch um ein minus oder um ein aliud handelt.

## Vorläufige Vollstreckbarkeit von Berufungsurteilen der Landgerichte

*LG Bad Kreuznach NJW 2003, 72*

*Lehrbuch § 10, Rdnr. 91*

Ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können Berufungsurteile der Oberlandesgerichte, weil bei diesen die Gefahr einer Abänderung (hiergegen ist nur noch die Revision bzw. die Nichtzulassungsbeschwerde statthaft) geringer ist als bei Urteilen der ersten Instanz (bei den mit Berufung und Revision noch zwei Instanzen ausstehen). Nachdem die Berufungsurteile der Landgerichte seit der ZPO-Reform nicht mehr mit Verkündung rechtskräftig werden, sondern ebenfalls der Revision unterliegen, ist streitig, ob für sie die ratio des § 708 Nr. 10 ZPO entsprechend gilt. Das LG Landau (NJW 2002, 973, RInfo 2002) hat eine analoge Anwendung des § 708 Nr. 10 ZPO auf Berufungsurteile der LG bejaht, das LG Bad Kreuznach lehnt sie vorliegend unter Hinweis auf den Ausnahmecharakter des § 708 ZPO ab.

## Formulierung der Vollstreckbarkeitsformel

*OLG Celle NJW 2003, 73*  
*Aufsatz von König in NJW 2003, 1372*

*Lehrbuch § 10, Rn. 92*

Mit der ZPO-Reform entfiel die Notwendigkeit einer betragsmäßigen Berechnung der Höhe der Sicherheitsleistung, ausreichend ist nunmehr eine verhältnismäßige Bezugnahme auf den jeweils zu vollstreckenden Betrag (bei der Sicherheitsleistung des Gläubigers nach § 709) bzw. auf den nach dem Urteil vollstreckbaren Betrag (bei der Sicherheitsleistung des Schuldners nach § 711). Die auf den ersten Blick unscheinbare Unterschied in der Formulierung ist wichtig, weil dem Gläubiger damit Teilvollstreckungen erlaubt, dem Schuldner dagegen eine Teilabwendung versagt wird. Streitig ist noch immer, in welchem Verhältnis die Sicherheitsleistung zum Betrag stehen muss, vertreten werden Quoten von 100% bis 120%. König („Die vorläufige Vollstreckbarkeit nach der ZPO-Reform“) wendet sich gegen einen prozentualen Zuschlag schlägt für eine Vollstreckbarkeitsentscheidung aus §§ 708, 711 folgende Formulierung vor:

„Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der <Schuldner> kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht der <Gläubiger> vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.“

Praktisch verbreiteter ist ein Zuschlag. Das OLG Celle schlägt deswegen vor:

„Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der <Schuldner> kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht der <Gläubiger> vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des nach dem Urteil vollstreckbaren Betrags leistet.“

## Zulassung der Berufung

*Aufsatz von Jauernig in NJW 2003, 465*  
*Aufsatz von Althammer in NJW 2003, 1079*

*Lehrbuch § 10, Rn. 100*

Durch die ZPO-Reform wurde neben der Wertberufung auch eine Zulassungsberufung eingeführt. Das Gericht erster Instanz kann die Berufung zuzulassen, sie ist dann unabhängig vom Erreichen eines bestimmten Werts statthaft (§ 511 II, IV ZPO; Lehrbuch § 30, Rn. 31). Misslungen ist dem Gesetzgeber aber die Abgrenzung der beiden Berufungsarten voneinander. Streitig ist insbesondere, ob eine Entscheidung über die Zulassung auch in den Fällen erforderlich ist, in denen der Wert der Beschwer bereits für eine Wertberufung ausreichen würde. Hierzu wurden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Jauernig („Der BGH und die Beschwer im neuen Rechtsmittelrecht“) schlägt eine „doppelt berichtigende“ Auslegung des § 511 II ZPO vor, Althammer („Beschwer` und `Beschwerdegegenstand` im reformierten Berufungsrecht gem. § 511 II Nr. 1, 2 IV ZPO“) gibt einen Überblick über den Streitstand und versucht einen praktisch besser umsetzbaren Ansatz.

Der Streit hat sich durch die mit dem Justizmodernisierungsgesetz beabsichtigte Neufassung des § 511 IV ZPO, die zum 1.1.2004 in Kraft treten soll, erledigt, schon jetzt dürfte es sich empfehlen, der dort vorgesehenen Lösung zu folgen und eine Entscheidung über die Zulassung der Berufung nur in den Fällen zu treffen, in denen der Wert der Beschwer 600,- € nicht übersteigt.

## **Vertragsentwürfe als Examensaufgabe**

*Aufsatz von Hagspiel in JuS 2003, 482*

*Lehrbuch § 10, Rn. 104*

Die im zweiten Staatsexamen geforderte praktische Leistung eines Ziviljuristen kann bei der Anwaltsklausur auch in der Erstellung eines Vertragsentwurfs liegen. Diese Aufgaben lassen viele Kandidaten allein deswegen scheitern, weil sie über keinerlei Erfahrung in der anzuwendenden Arbeitstechnik und in der Darstellungsform, insbesondere Aufbau und Gliederung der Klausur verfügen. Der vorliegende Aufsatz („Die Bearbeitung der kautelarjuristischen Klausur im Zweiten Juristischen Staatsexamen“) gibt hier anhand eines einfachen Beispiels aus dem Erbrecht einen sehr instruktiven Überblick und erste Hilfestellungen. Er ist zur Examensvorbereitung geradezu unverzichtbar.

## **Rechtsbeschwerde in Eilverfahren**

*BGH NJW 2003, 69*

*Lehrbuch § 12, Rn. 18*

Nach § 542 II ZPO findet gegen Urteile in Eilverfahren (Arrest, einstweilige Verfügung) die Revision nicht statt (Lehrbuch § 30, Rn. 58). Verwirft das Berufungsgericht eine Berufung nicht durch Urteil, sondern durch Beschluss nach § 522 I ZPO, so ist hiergegen grundsätzlich die Rechtsbeschwerde gegeben (Lehrbuch § 30, Rn. 46). Da eine Einschränkung dieser Beschwerdemöglichkeit für Eilverfahren gesetzlich nicht vorgesehen ist, war fraglich, ob im Fall der Beschlussverwerfung einer Berufung gegen eine erstinstanzliche Eilentscheidung die Rechtsbeschwerde möglich war. Dies lehnt der BGH vorliegend ab. Auch nach der ZPO-Reform sei der Rechtsweg in Eilverfahren auf zwei Instanzen beschränkt, ein Zugang zum BGH in keinem Fall eröffnet.

## **Urkundenverfahren**

*Aufsatz von Hövelberndt in JuS 2003, 1105*

*Lehrbuch § 13, Rdnr. 1*

Gegenstand der vorliegenden Betrachtung („Grundzüge des Urkunden-, Wechsel- und Scheckprozesses“) ist das Urkundenverfahren mit seinen besonderen Ausgestaltungen aus der Sicht der Zweiten Juristischen Staatsprüfung. Musterformulierungen für Anträge, Tenorierungen und Darstellungen in Tatbestand und Entscheidungsgründen machen den Aufsatz sehr lesenswert.

## **Übergang vom allgemeinen zum Urkundenverfahren**

*LG Flensburg NJW 2003, 3425*

*Lehrbuch § 13, Rdnr. 15*

Ein Wechsel der Verfahrensart zwischen allgemeinem Verfahren und Urkundenverfahren ist in § 596 ZPO nur insoweit geregelt, als erstinstanzlich vom Urkunden- ins allgemeine Verfahren gewechselt werden soll. Alle anderen Formen des Verfahrenswechsels sind als Klageänderung nach § 263 ZPO zu beurteilen und deswegen davon abhängig, dass der Gegner einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich hält. Letzteres ist nur ausnahmsweise der Fall. Vorliegend hat das LG die Sachdienlichkeit für einen erstinstanzlichen Wechsel vom allgemeinen ins Urkundenverfahren bejaht, weil

dieser unmittelbar nach Überleitung vom Mahn- ins Klageverfahren erfolgte und der Kläger im Mahnverfahren noch nicht anwaltlich vertreten war.

## Erbscheinsverfahren

*Aufsatz von Kammerlohr in JA 2003, 143*

*Lehrbuch § 14a, Rn. 1 ff.*

Das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird nicht in allen Bundesländern Gegenstand des zweiten juristischen Staatsexamens und wird in der Ausbildung häufig vernachlässigt. Eine schnelle, problemorientierte Einführung in das praktische häufigste FGG-Verfahren, das Erbscheinsverfahren bietet der vorliegende Aufsatz („Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit anhand des Erbscheinsverfahrens“).

## Parteiänderung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

*BGH NJW 2003, 1043*

*OLG Köln NJW-RR 2003, 431*

*Lehrbuch § 15, Rn. 1*

Seit der Entscheidung des BGH zur Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGH NJW 2001, 1056) fallen immer wieder Folgeprobleme an. Vorliegend hatte die Gesellschafter einer GbR vor der Änderung der Rechtsprechung einen Prozess als notwendige Streitgenossen begonnen und wollten nun auf die Gesellschaft als Partei umstellen. Fraglich war, ob dazu ein Parteiwechsel erforderlich war oder ob eine bloße Parteiberichtigung ausreichte. Der BGH geht vorliegend davon aus, Partei sei „im Kern“ schon bei Klageerhebung die Gesellschaft gewesen, nur weil diese nach damaliger Auffassung nicht parteifähig gewesen sei, habe die Parteibezeichnung auf die Gesellschafter gelautet. Mit der Annahme der Parteifähigkeit der Gesellschaft könne das Rubrum formlos berichtigt werden.

Zum gleichen Ergebnis kommt das OLG Köln in einem Fall, in dem eine Gebührenforderung von mehreren, im Klagerubrum einzeln aufgeführten Rechtsanwälten eingeklagt worden war und später die Erklärung folgte, die Forderung werde nicht durch die Gesamtgläubiger, sondern durch die Sozietät geltend gemacht.

## Gewillkürter Klägerwechsel in zweiter Instanz

*BGH NJW 2003, 2172*

*Lehrbuch § 15, Rdnr. 12*

Die Klägerin hatte den Beklagten erstinstanzlich auf Unterhalt für die beiden gemeinsamen Kinder in Anspruch genommen. Nach Abweisung der Klage legte sie Berufung ein und erklärte in der Berufungsbegründung, Kläger sollten nunmehr die beiden Kinder sein, sie selbst trete nur noch als deren gesetzliche Vertreterin auf. Das OLG verwarf die Berufungen aller drei Kläger als unzulässig: Die Berufung der Klägerin sei nicht begründet worden, die Kinder seien nicht wirksam Partei geworden.

Dies hat der BGH aufgehoben. Der gewillkürte Parteiwechsel in zweiter Instanz sei sachdienlich, weil alle Beteiligten dort übersehen hatten, dass die Klägerin den Unterhaltsanspruch der Kinder nicht im eigenen Namen geltend machen durfte, weil die Voraussetzungen gesetzlichen Prozessstandschaft aus § 1629 III 1 BGB wegen der Scheidung der Eltern nicht mehr vorlagen. Durch den Parteiwechsel ist die Klägerin aus dem Verfahren ausgeschieden, an ihre Stelle traten die Kinder, für die allein eine Begründung der Berufung erforderlich und ausreichend war. Mit der Berufung wurde

auch eine Beseitigung der ursprünglichen Beschwer begehrt, weil der Streitgegenstand (Unterhaltsanspruch der Kinder) unverändert blieb.

## **Verweisung**

*Aufsatz von Gergen in Jus 2003, 486*

*Lehrbuch § 17, Rn. 13*

Ist das angerufene Gericht unzuständig, kann auf Antrag eine Verweisung an das zuständige Gericht erfolgen (§ 281 ZPO). Erforderlich ist, dass eine Zuständigkeitsbegründung durch rügelose Einlassung (§ 39 ZPO) nicht mehr möglich ist. Der Verfasser des vorliegenden Aufsatzes („Zuständigkeitsrüge und Verweisungsantrag nach Ablauf der Klageerwiderungsfrist“) stellt einige (seltene) Fälle vor, in denen das Zusammenspiel von rügeloser Einlassung, Verweisungsantrag und Verspätungsvorschriften zu Problemen führen kann.

## **Bedingung des Hilfsantrags**

*BGH NJW 2003, 3202*

*Lehrbuch § 19, Rdnr. 19*

Ein Hilfsantrag ist ein auflösend bedingter Antrag. Regelmäßig wird die Bedingung lauten, über den Hilfsantrag solle nicht entschieden werden, wenn eine Verurteilung aus dem Hauptantrag erfolge. Dies ist nicht der Fall, wenn der Hauptantrag übereinstimmend für erledigt erklärt wird und es deswegen nicht zu einer Entscheidung über ihn kommt. In diesem Fall bedarf es einer Entscheidung über den Hilfsantrag. Die Erledigungserklärung des Klägers beinhaltet nur die Erklärung, der ursprüngliche zulässige und begründete Hauptantrag sei nachträglich unzulässig oder unbegründet geworden und enthält Erklärungen zum Hilfsantrag nicht.

## **Leistungsantrag bei der Stufenklage**

*BGH NJW 2003, 2478*

*Lehrbuch § 20, Rdnr. 9*

Gegenstand der Stufenklage ist in der dritten Stufe grundsätzlich ein Leistungsantrag. Dieser kann bei Klageerhebung mangels Auskunftserteilung noch nicht beziffert werden.

Im vorliegenden Fall hatte der Kläger mit Erhebung der Stufenklage angekündigt, abhängig vom Inhalt der zunächst begehrten Auskunft Herausgabe der ihm zustehenden Wertpapiere oder Zahlung des Erlöses oder Schadensersatz in noch zu bestimmender Höhe zu verlangen. Das OLG hielt die Stufenklage mangels bestimmten Antrags (§ 253 II Nr. 2 ZPO) für unzulässig. Dies hat der BGH aufgehoben. Die Stufenklage erlaubt den Vorbehalt des späteren Leistungsantrags, der Vorbehalt seiner bloßen Bezifferung ist der Hauptanwendungsfall, darauf beschränkt ist die Stufenklage indes nicht. Kann der Kläger ohne die erteilte Auskunft nicht konkretisieren, ob die ihm zustehende Leistung in einer Herausgabe oder einer Zahlung besteht, so darf er sich auch diese Konkretisierung vorbehalten.

## Zulässigkeit einer Klageänderung bei Unzuständigkeit des Gerichts

*Aufsatz von Schikora in MDR 2003, 1160*

*Lehrbuch § 21, Rdnr. 9*

Die bislang h.M. ging davon aus, dass eine Klageänderung jedenfalls dann nicht sachdienlich sein kann, wenn das angerufene Gericht für die geänderte Klage unzuständig ist. Der vorliegende Aufsatz („Zulässigkeit einer Klageänderung bei Unzuständigkeit des Gerichts“) stellt diese h.M. aufgrund einer Entscheidung des BGH aus dem letzten Jahr (BGH NJW-RR 2002, 929) in Zweifel. In der Tat dürfte es (ausnahmsweise) Fälle geben, in denen die Abweisung der geänderten Klage durch das dadurch unzuständig gewordene Gericht sachdienlich ist.

## Zurückweisung verspäteten Vorbringens

*Aufsatz von Vietze in JA 2003, 235*

*Lehrbuch § 24, Rn. 1 ff.*

Die Zurückweisung verspäteten Vorbringens nach § 296 ZPO stellt nach wie vor eine nicht unerhebliche Fehlerquelle in Praxis und Examen dar. Der vorliegende Aufsatz („Zurückweisung verspäteten Vorbringens im Zivilprozess nach § 296 ZPO“) stellt die Voraussetzungen der unterschiedlichen Präklusionsmöglichkeiten anhand von Beispielen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung anschaulich dar.

## Petitorische Widerklage

*Aufsatz von Lehmann-Richter, NJW 2003, 1717*

*Lehrbuch § 24, Rdnr. 21*

Wird dem Besitzer der Besitz ohne seinen Willen entzogen, steht ihm der Besitzschutzanspruch aus § 861 BGB zu. Hiergegen kann der Störer sich nach § 861 BGB grundsätzlich nicht mit der Behauptung wehren, er sei zum Besitz der Sache berechtigt (zum Beispiel, weil er Eigentümer ist oder weil ihm zuvor der Besitz seinerseits entzogen wurde). Diese eindeutige materiellrechtliche Regelung kann prozessual Schwierigkeiten machen, wenn die Rechte beider Parteien gleichzeitig entscheidungsreif sind, insbesondere bei Klage und Widerklage. Ähnliche Fragen beim einstweiligen Rechtsschutz sind Gegenstand der vorliegenden Abhandlung („Possessorische Besitzschutzansprüche und petitorische Einwendungen im einstweiligen Rechtsschutz“).

## Keine Saldierung von Klage und Widerklage

*BGH NJW 2003, 140*

*Lehrbuch § 24, Rn.30*

Klage und Widerklage begründen zwei getrennte Prozessrechtsverhältnisse, über die jeweils eigenständige, voneinander unabhängige Entscheidungen ergehen. Eine Saldierung zwischen den Forderungen findet – anders als bei der Aufrechnung – nicht statt, beide Entscheidungen können unabhängig voneinander rechtskräftig werden. Im vorliegenden Fall hatte der Kläger mit der Klage Zahlung von 80.000,- DM begehrt, der Beklagte Widerklage auf Zahlung von 60.000,- DM erhoben. Das LG hielt die Klage in vollem Umfang, die Widerklage in Höhe von 10.000,- DM für begründet und verurteilte den Beklagten deswegen zur Zahlung von 70.000,- DM. Gegen dieses Urteil legte nur der Beklagte Berufung ein, die vom OLG zurückgewiesen wurde, wobei das OLG jedoch den Tenor dahin „klarstellte“, dass der Beklagte zur Zahlung von 80.000,- DM, der Kläger zur Zahlung von 10.000,- DM verurteilt werde. Der BGH hat



entschieden, dass die Saldierung durch das LG falsch gewesen sei, eine Abänderung in der Berufung aber nicht mehr möglich gewesen sei. Durch die „Klarstellung“ hat das OLG den vom Beklagten zu zahlenden Betrag erhöht und ihm mit den 10.000,- DM einen Betrag neu zugesprochen. Das Erste verstieß gegen das Verschlechterungsgebot des § 536 ZPO, das Zweite gegen das Verbot, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt hat (§ 308 ZPO), dazu Lehrbuch § 30, Rn. 20).

## **Selbstständiges Beweisverfahren**

*Aufsatz von Bockey in NJW 2003, 3453*

*Lehrbuch § 27, Rdnr. 1*

Mit dem selbstständigen Beweisverfahren können Prozesse vermieden oder jedenfalls beschleunigt werden. Möglich ist es dabei eine Beweisaufnahme unabhängig von einem Hauptsacheverfahren durchzuführen, egal ob dieses bereits anhängig ist oder nicht. Besondere praktische Bedeutung hat dies in Bausachen, ist hierauf aber nicht beschränkt. Der vorliegende Aufsatz („Das selbstständige Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht“) zeigt die Möglichkeiten in Arzthaftungssachen auf.

## **Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens**

*BGH NJW 2003, 1322*

*Lehrbuch § 27, Rn. 11*

Grundsätzlich ergeht im selbstständigen Beweisverfahren keine Kostenentscheidung. Der Antragsteller hat die durch die Beweiserhebung anfallenden Kosten (Gerichtskosten und Auslagen z.B. für Sachverständige) als Vorschuss einzuzahlen, die Kosten zählen dann zu den Kosten des nachfolgenden Hauptsacheverfahrens, werden von der dort getroffenen Kostengrundentscheidung erfasst. Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, inwieweit dies auch bei Beteiligung einer nach § 2 GKG von den Gerichtskosten befreiten Partei gilt.

Die Kläger hatten ein Beweissicherungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland betrieben, die Kosten hierfür gezahlt und im nachfolgenden Hauptsacheverfahren obsiegt. Deswegen verlangten sie im Rahmen der Kostenerstattung auch die Gerichtskosten des Beweissicherungsverfahrens von der Bundesrepublik. Dies hat der BGH versagt, weil die Bundesrepublik nach § 2 GKG von der Zahlung der Gerichtskosten befreit ist. Anstelle dessen hat er den Klägern einen Anspruch gegen die Landeskasse auf Rückerstattung der vorgeschossenen Gerichtskosten zugesprochen.

## **Anscheinsbeweis bei PIN-Verwendung**

*LG Osnabrück BKR 2003, 509*

*AG Essen BKR 2003, 514*

*AG Frankfurt a.M. BKR 2003, 514*

*m. Anm. Metz BKR 2003, 512*

*Lehrbuch § 27a, Rdnr. 23*

Verfügungen mittels einer Magnetkarte (EC-Karte, Kreditkarte) bedürfen der gleichzeitigen Eingabe einer Geheimnummer (PIN). Sind solche Verfügungen mit einer abhanden gekommenen Karte vorgenommen worden, so muss das Kreditinstitut grundsätzlich beweisen, dass der Karteninhaber mit seiner Nummer nicht sorgfältig umgegangen ist. Ein solcher Beweis ist kaum zu führen. Die Rechtsprechung ist deswegen früher davon ausgegangen, dass die PIN nur dem berechtigten Karteninhaber bekannt sein kann und die missbräuchliche Verwendung der PIN durch Dritte grundsätzlich

darauf beruhen muss, der er sie vom Karteninhaber bekommen hat, absichtlich oder infolge sorglosen Umgangs mit der Nummer (z.B. Notieren auf einem Zettel, der mit der Karte verwahrt wurde). Dies sei so typisch, dass auf den unsorgfältigen Umgang mit der Nummer im Wege des Anscheinsbeweises geschlossen werden könne, solange der Karteninhaber dies nicht widerlegt habe. Da auch ein solcher Beweis nicht zu erbringen war, führte das regelmäßig zu einer Haftung der Karteninhaber. Seit das OLG Hamm in NJW 1997, 1711 aufgrund einer Beweisaufnahme entschieden hat, dass die PIN vom Unberechtigten auch aus dem Magnetstreifen der Karte selbst entziffert werden kann, bleibt für einen Anscheinsbeweis kein Raum mehr. Das Kreditinstitut haftet deswegen grundsätzlich, wenn es nicht positiv den leichtfertigen Umgang mit der PIN nachweisen kann. Die vorliegenden Entscheidungen gehen zum Teil noch von der älteren, zum Teil von der neueren Auffassung aus.

### Sofortiges Anerkenntnis

*Aufsatz von Huber in JuS 2003, 698*

*Lehrbuch § 28, Rdnr. 17*

Ein Anerkenntnis führt zur Verurteilung des Beklagten und damit zu dessen Unterliegen, d.h. zur Kostenlast. Diese kann der Beklagte auch beim Anerkenntnis vermeiden, wenn er keine Veranlassung zur Klageerhebung gegeben und das Anerkenntnis sofort abgegeben hat (§ 93 ZPO). Da es sich hier bei um eine Ausnahmenvorschrift handelt, legt die Rechtsprechung beide Voraussetzungen sehr eng aus. Die vorliegende Darstellung eines Beispielsfalles („Schriftliches Vorverfahren und sofortiges Anerkenntnis“) zeigt, dass im schriftlichen Vorverfahren das Anerkenntnis bereits mit der Anzeige der Verteidigungsbereitschaft nach § 276 I 1 ZPO erfolgen muss und nicht der eigentlichen Klageerwiderung vorbehalten werden darf.

### Beschlussvergleich

*Aufsatz von Abramenko in NJW 2003, 1356*

*Aufsatz von Siemon in MDR 2003, 61*

*Lehrbuch § 28, Rdnr. 38*

Die Parteien können sich – unabhängig davon, ob ein Rechtsstreit anhängig ist oder nicht und in welchem Verfahrensstadium dieser sich befindet – materiell jederzeit vergleichen. Auswirkungen auf den Rechtsstreit hat dieser Vergleich aber nur, wenn er die Voraussetzungen eines Prozessvergleichs erfüllt. Dazu muss er entweder in einer mündlichen Verhandlung wirksam protokolliert (§ 794 I Nr. 1 ZPO) oder nach schriftsätzlicher Annahme eines gerichtlichen Vergleichsvorschlags durch Beschluss festgestellt werden (§ 278 VI ZPO).

Fraglich ist, welche Möglichkeiten sich den Parteien eröffnen, wenn die gerichtliche Beschlussfeststellung unzutreffend ist, den Inhalt des tatsächlich geschlossenen Vergleichs nicht richtig wiedergibt. § 278 VI 3 ZPO verweist dafür lediglich auf § 164 ZPO, eröffnet also die Möglichkeit einer Berichtigung. Abramenko („Kein Rechtsmittel gegen richterliche Feststellung eines Vergleichs gem. § 278 VI ZPO? – Ein übersehenes Problem der Zivilprozessreform“) plädiert de lege ferenda für die Zulassung der sofortigen Beschwerde.

Gegenstand des Aufsatzes von Siemon („ZPO-Reform – Erörterungsgebühr beim „Beschlussvergleich“ nach § 278 VI ZPO“) sind gebührenrechtliche Fragen auf Seiten der Rechtsanwälte.

## Erledigung der Hauptsache durch Aufrechnung

*BGH NJW 2003, 3134*

*Lehrbuch § 29, Rdnr. 19*

Erledigung der Hauptsache tritt ein, wenn die bis dahin zulässige und begründete Klage durch ein nach Rechtshängigkeit eintretendes Ereignis unzulässig oder unbegründet wird. Dies kann der Fall sein, wenn der Beklagte mit einer ihm zustehenden Gegenforderung aufrechnet. Trotz der materiell-rechtlich angeordneten Rückwirkung (§ 389 BGB) tritt die prozessuale Erledigung erst mit der Aufrechnungserklärung des Beklagten ein.

## Erledigung im Mahnverfahren

*Aufsatz von Wolff in NJW 2003, 553*

*Lehrbuch § 29, Rn. 24*

Praktisch und dogmatisch kaum behandelt sind die Probleme der Erledigung der Hauptsache im Mahnverfahren (Lehrbuch § 11). Der vorliegende Aufsatz („Erledigung im Mahnverfahren“) stellt die dabei auftauchenden Probleme dar und zeigt Lösungsmöglichkeiten auf. Je nach Verfahrensstadium kommen die Rücknahme des Mahnantrags mit der Kostenfolge entsprechend § 269 III 2, 3, die „Umstellung auf die Kosten“ (als Leistungsantrag mit Wirkung im Mahnverfahren bzw. als Feststellungsantrag mit Wirkung für ein späteres Streitiges Verfahren) und die einseitige Erledigungserklärung in Betracht. Die Beschränkung der Anträge nach §§ 696 I 1, 699 I auf die Kosten ist unstatthaft, ihre Rücknahme wegen der Pflicht, entsprechend § 269 III 2 die durch diese Anträge verursachten Kosten zu tragen, unzulässig.

## Erledigung vor Rechtshängigkeit

*Aufsatz von Tegeder in NJW 2003, 3327*

*Lehrbuch § 29, Rdnr. 37*

Fällt der Anlass zur Klage vor Rechtshängigkeit weg, so kann darin keine Erledigung liegen, weil es zu diesem noch an einer Hauptsache fehlt, die sich erledigen könnte. Mit der ZPO-Reform sind die insoweit anfallenden Probleme durch § 269 III 3 ZPO gelöst worden. Danach ist über die Kosten nach billigem Ermessen zu entscheiden, wenn der Kläger die Klage zurücknimmt. Problematisch bleibt allerdings, dass auch eine Klagerücknahme erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit möglich ist und § 269 III 3 ZPO eine „unverzügliche“ Rücknahmeerklärung verlangt, ohne klarzustellen, was bei Fehlen der Unverzüglichkeit geschehen soll. Diese Fragen sind Gegenstand der Darstellung „Die Klagerücknahme als ‚einseitige Hauptsachenerledigungserklärung‘“ von Tegeder.

## Grundsatz der Meistbegünstigung

*Aufsatz von Schenkel in MDR 2003, 136*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 12 f.*

Ist eine Entscheidung in einer prozessual falschen Form ergangen, kann sie nach Wahl der beschwerten Partei mit dem der Form oder Inhalt nach richtigen Rechtsbehelf angegriffen werden (Grundsatz der Meistbegünstigung). Dies ist unbestritten. Gestritten wird allerdings über die Frage, nach welchen Vorschriften dann das Rechtsmittelverfahren durchzuführen ist. Der Verfasser des vorliegenden Aufsatzes („Rechtsmittelverfahren – Durchführung im Rahmen der Anwendung des Meistbegünstigungsprin-

zipt“) schließt sich im wesentlichen der h.M. an, nach der das Rechtsmittelverfahren in der Verfahrensart weiter zu betreiben ist, welche bei formell richtiger Entscheidung der Vorinstanz und dem danach gegebenen Rechtsmittel zulässig wäre.

## Prozesskostenhilfe für die Berufungsinstanz

*Aufsatz von Kramer in MDR 2003, 434*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 19*

Will eine Partei Berufung nur einlegen, wenn ihr für die zweite Instanz Prozesskostenhilfe gewährt wird, so kann sie zunächst nur den PKH-Antrag stellen und erst nach dessen Bescheidung Berufung einlegen. Ist die Berufungsfrist dann bereits verstrichen, muss sie Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragen. Dabei sind eine Reihe von Fristen und formellen Besonderheiten zu beachten, die vorliegend dargestellt werden („ZPO-Reform – Prozesskostenhilfe und Berufungsfristen nach neuem Recht“).

## Berufungsbegründungsfrist bei Wiedereinsetzung nach Prozesskostenhilfegewährung

*OLG Brandenburg NJW 2003, 2995*

*BGH NJW 2003, 3275*

*BGH NJW 2003, 3782*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 19*

Bis zur ZPO-Reform begann die Berufungsbegründungsfrist erst mit der Einlegung der Berufung. Wurde die Berufung nicht rechtzeitig eingelegt, konnte die Begründungsfrist nicht zu laufen beginnen, ein späterer Wiedereinsetzungsantrag brauchte sich nur gegen die versäumte Einlegungsfrist zu richten. Nach neuem Recht läuft die Begründungsfrist bereits ab Zustellung des Urteils. Betreibt der Kläger zunächst kein Berufungsverfahren, so kann nicht nur die Einlegungs-, sondern auch die Begründungsfrist verstreichen, so dass wegen beider Fristen Wiedereinsetzung beantragt werden muss.

Praktisch häufig sind diese Fälle, wenn die Partei zunächst nur Prozesskostenhilfe für die beabsichtigte Berufung beantragt. An deren Einlegung ist sie gehindert, solange das Berufungsgericht über den Antrag nicht entschieden hat. Ergeht die Entscheidung mehr als zwei Monate nach Urteilszustellung, so muss unter Zugrundelegung der Auffassung des *OLG Brandenburg* nach Gewährung der Prozesskostenhilfe Wiedereinsetzung in beide Fristen beantragt werden.

Nach Auffassung des *BGH* dagegen entspricht diese Auslegung zwar dem Wortlaut des Gesetzes, nicht jedoch den verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere der durch Art. 3 GG gebotenen Gleichbehandlung von bemittelter und bedürftiger Partei. In der ersten Entscheidung (S. 3275) verwirft der XII. Zivilsenat des BGH die derzeit vom Gesetzgeber beabsichtigte Neuregelung (Justizmodernisierungsgesetz: Verlängerung der Wiedereinsetzungsfrist nach PKH-Gewährung auf einen Monat) und diskutiert verschiedene verfassungskonforme Lösungen (Zweimonatsfrist ab Zustellung der PKH-Entscheidung, Einmonatsfrist ab Zustellung der Wiedereinsetzungsentscheidung), kann diese im vorliegenden Fall letztlich aber dahinstehen lassen.

In der zweiten Entscheidung (S. 3782) schließt sich der III. Zivilsenat (hier für die Rechtsbeschwerde) der Auffassung an, dass es eine verfassungswidrige Schlechterstellung der bedürftigen Partei darstellt, wenn diese verpflichtet wird, Einlegung und Begründung zusammen in der Wiedereinsetzungsfrist vornehmen zu müssen. Auch der

III. Senat konnte im konkreten Fall indes dahin stehen lassen, welche der beiden vom XII. Senat diskutierten Lösungen zu wählen ist, da beide Alternativen gleichermaßen erfüllt waren.

Feststehen dürfte damit, dass die Frist zur Begründung eines Rechtsmittels nach Wiedereinsetzung wegen PKH-Gewährung anders zu berechnen ist, als die §§ 520 II 1, 575 II 1, 2 ZPO dies vorschreiben, wobei die genaue Dauer und der Beginn der Frist nach wie vor offen sind.

## **Anschlussberufung**

*Aufsatz von Doms in NJW 2004, 189*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 24*

Durch die ZPO-Reform 2002 ist auch das Institut der Anschlussberufung grundlegend umgestaltet worden. Der vorliegende Aufsatz („Die Anschlussberufung – ein stumpfes Schwert“) geht – wenig überzeugend – davon aus, mit dieser Reform sei eine erkennbare Verschlechterung der früheren Rechtslage gegenüber eingetreten und setzt sich de lege ferenda für eine Rückkehr zum alten Recht für sinnvoll.

## **Berufungserwiderungs- und Anschlussberufungsfrist**

*Aufsatz von Liesching in NJW 2003, 1224*

*Lehrbuch § 30, Rn. 25*

Mit der Zustellung der Berufungsbegründung wird dem Berufungsbeklagten regelmäßig eine Frist zur Erwiderung gesetzt (Lehrbuch § 30, Rn. 44). Diese Frist ist gesetzlich nicht vorgegeben, im Interesse der Waffengleichheit wird sie regelmäßig an die Berufungsbegründungsfrist angelehnt und auf einen Monat festgesetzt. Reicht dem Berufungsbeklagten diese Frist nicht aus, kann er eine Verlängerung beantragen, die regelmäßig problemlos möglich ist und erfolgt (§ 224 ZPO, Lehrbuch § 6, Rn. 27). Will der Berufungsbeklagte sich der Berufung des Gegners anschließen, so muss er dies binnen einer Frist von einem Monat nach Zustellung der Berufungsbegründung tun (§ 524 II 2 ZPO); diese Frist kann weder verlängert werden, noch ist gegen ihre Versäumung eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich. Hat sich der Berufungsbeklagte die Erwiderungsfrist verlängern lassen und bearbeitet er die Sache erst in der verlängerten Frist, so kommt eine Anschlussberufung nicht mehr in Betracht. Praktisch bedeutet das, dass der Berufungsbeklagte in jedem Fall innerhalb eines Monats eine abschließende Entscheidung über die Anschließung herbeiführen muss, im Fall einer Verlängerung der Erwiderungsfrist muss er die Sache ggf. zweimal bearbeiten. Damit verliert die Möglichkeit einer Verlängerung der Erwiderungsfrist praktisch ihre Bedeutung. Dies ist Gegenstand des vorliegenden Aufsatzes („Die Verlängerung der Berufungserwiderungsfrist im Zivilprozess – Fristverlängerung ohne Wert?“).

## **Kosten der Anschlussberufung**

*OLG Celle NJW 2003, 2755*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 27*

Wird über die Anschlussberufung entschieden, so richtet sich die Frage, wer die hierdurch entstandenen Kosten zu tragen hat, nach ihrem Erfolg. Nach dem Grundsatz der einheitlichen Kostenentscheidung ist dann bezüglich der Kosten der Berufung und der Kosten der Anschlussberufung eine Quote zu bilden. Kommt es zu einer Sachentscheidung nicht, weil die Anschlussberufung ihre Wirkung verliert (§ 524 IV ZPO), so

ist danach zu differenzieren, wer die Erfolglosigkeit der Anschließung verursacht hat. Hat der Anschließende sich einer unzulässigen Berufung angeschlossen oder war die Anschließung selbst unzulässig, so trägt der Anschließende die Kosten der Anschließung. Beruht die Erfolglosigkeit nur auf der Rücknahme der Berufung, hat der Berufungskläger die Kosten der Anschließung zu tragen.

Streitig ist, wem die Kosten der Anschließung zur Last fallen, wenn die Anschließung ihre Wirkung verliert, weil die Berufung nach § 522 ZPO zurückgewiesen wird. Das OLG Celle geht vorliegende davon aus, kostenpflichtig sei dann der Anschließende. Vgl. dazu auch den Aufsatz von Pape in NJW 2003, 1150 (RInfo 2003/I).

## **Kostenrisiko der Anschlussberufung**

*Aufsatz von Pape in NJW 2003, 1150*

*Lehrbuch § 30, Rn. 27*

Will der Berufungsbeklagte eine Abänderung des erstinstanzlichen Urteils in der Berufung auch zu seinen Gunsten ermöglichen, so muss er entweder eine eigene Berufung einlegen oder sich zumindest der Berufung des Gegners anschließen (§ 524 ZPO). Bei der Anschließung handelt es sich nicht um ein Rechtsmittel, sondern um einen angriffsweise wirkenden Antrag innerhalb der fremden Berufung. Die Anschließung ist akzessorisch, wird die Berufung zurückgenommen, verworfen oder durch Beschluss zurückgewiesen, so verliert auch die Anschließung ihre Wirkung (§ 524 IV ZPO). Ergeht eine Sachentscheidung über Berufung und Anschließung, so folgt die Kostenentscheidung den allgemeinen Vorschriften (§§ 91 ff. ZPO), in der Regel erfolgt eine Quotelung nach § 92 ZPO. Ergeht eine Sachentscheidung über die Anschließung nicht, so ist für den auf die Anschließung entfallenden Teil der Kosten des Rechtsstreits darauf abzustellen, wer die Nichtentscheidung veranlasst hat. Dies ist der Berufungskläger, wenn er die Berufung einseitig zurückgenommen hat oder diese nach der Anschließung unzulässig wird. Hat der Anschließende sich einer unzulässigen Berufung angeschlossen, oder war die Anschließung selbst unzulässig, so hat er die hierdurch entstandenen Kosten zu tragen.

Problematisch ist die Frage, wer die Kosten einer Anschlussberufung zu tragen hat, wenn die Berufung nach § 522 II mangels Erfolgsaussicht durch Beschluss zurückgewiesen wird. Auch in diesem Fall kommt es nicht zu einer Sachentscheidung über die Anschlussberufung, anders als bei der Berufungsrücknahme beruht dies jedoch nicht auf einer willentlichen Beendigung der Berufungsinstanz durch den Berufungskläger. Nach Auffassung von Pape („Kostenrisiko des Anschlussberufungsklägers bei einstimmiger Zurückweisung der Berufung“) fallen hier die Kosten der Anschließung dem Anschließenden zur Last, weil er grundsätzlich das Risiko trägt, dass es nicht zur Verhandlung und Entscheidung über seinen Antrag kommt.

## **Verfahrensfehler in der Berufungsinstanz**

*OLG Hamm NJW-RR 2003, 1006*

*BGH NJW 2003, 3057*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 30*

Erstinstanzlichen Verfahrensfehlern kommt – anders als noch vor der ZPO-Reform 2002 – für die Berufungsverfahren eine große Bedeutung zu. Während früher die vollständige Neuverhandlung des Rechtsstreits (§ 525 ZPO a.F.) vorinstanzliche Verfahrensfehler bedeutungslos machte, sind sie nach neuem Recht für die Erfolgsaussichten der Berufung von zentraler Bedeutung. Alle denkbaren Berufungsgründe können

durch Verfahrensfehler ausgefüllt werden. Verfahrensfehler können eine Rechtsverletzung i.S.d. §§ 520 III Nr. 2, 513 I 1. Alt., 546 ZPO darstellen (Rn. 331, 335), konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen begründen (und damit Anlass für eine erneute oder erstmalige Beweisaufnahme in zweiter Instanz sein), §§ 520 III Nr. 3, 513 I 2. Alt., 529 I Nr. 1 ZPO oder nach §§ 520 III Nr. 4, 513 I 2. Alt., 529 I Nr. 2, 531 II Nr. 2 ZPO Grund für die Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel in zweiter Instanz sein.

Erst langsam beginnt sich in der Rechtsprechung aber abzuzeichnen, welche Verfahrensfehler in zweiter Instanz welche Folgen haben. Im ersten Fall hatte das LG in erster Instanz eine Augenscheinseinnahme durchgeführt, deren Ergebnis aber entgegen § 160 III Nr. 5 ZPO nicht ins Protokoll aufgenommen. Das *OLG Hamm* hat hierin einen die Berufung rechtfertigenden Verfahrensfehler gesehen, der zur Wiederholung der Beweisaufnahme führen muss.

Im zweiten Fall war das Berufungsurteil von einem Richter mitunterzeichnet worden, der an der mündlichen Verhandlung und an der Entscheidung nicht beteiligt war. Der BGH hat hierin zwar einen Verfahrensfehler gesehen, der indes die Revision nicht rechtfertigt, weil die falsche Unterschrift jederzeit – auch in der Rechtsmittelinstanz noch – durch die richtige ersetzt werden kann (§ 319 ZPO)

## **Bezeichnung des angefochtenen Urteils**

*BGH NJW 2003, 1950*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 32*

In der Berufungsschrift schrieb die Berufungsklägerin den Namen der Berufungsbeklagten – einer GmbH – falsch (mit e statt mit i), außerdem fehlten die Bezeichnung des Geschäftsführers und die Angabe des vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten. Ebenso fehlten das Verkündungs- und das Zustelldatum des angefochtenen Urteils, eine Abschrift war nicht beigelegt. Korrekt waren das Aktenzeichen und die Bezeichnung des erstinstanzlichen Urteils. Das LG verwarf die Berufung als unzulässig, da die Berufungsschrift das angefochtene Urteil nicht hinreichend deutlich bezeichne (§ 519 II ZPO). Der BGH hat diese Verwerfung im Wege der Rechtsbeschwerde aufgehoben. Die Mängel der Berufungsschrift führten weder für sich allein genommen noch in ihrer Gesamtheit zur Formunwirksamkeit des Rechtsmittels. Trotz der unvollständigen und falschen Bezeichnung der Berufungsbeklagten sei deren zweifelsfreie Identifizierung möglich gewesen. Für die Bezeichnung des angefochtenen Urteils sei grundsätzlich eine vollständige Angabe der Parteien, des erstinstanzlichen Gerichts, des Verkündungsdatums und des Aktenzeichens erforderlich. Nicht jede Ungenauigkeit dabei führe indes zur Unzulässigkeit des Rechtsmittels. Eine solche könne nur angenommen werden, wenn zweifelhaft bleibe, welches Urteil angefochten werde. Dies sei Frage des Einzelfalles. Im vorliegenden Fall sei aufgrund der Angaben eine Beiziehung der erstinstanzlichen Akten möglich gewesen, aus denen sich dann zweifelfrei das angefochtene Urteil ergeben habe. Da unter demselben Aktenzeichen nur ein Urteil ergangen sei, habe sich die fehlende Angabe des Verkündungsdatums nicht ausgewirkt.

## Streitgenossen in der Berufungsinstanz

*BGH NJW 2003, 3203*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 32*

Die Parteien des Berufungsverfahrens müssen nicht mit denen erster Instanz identisch sein. Ob einzelne (einfache) Streitgenossen selbst Berufungskläger werden wollen bzw. ob die Berufung des Gegners sich auch gegen sie richten soll, ist frei zu entscheiden. Wird von oder gegen einen einzelnen Streitgenossen keine Berufung eingelegt, wird das Urteil ihm gegenüber rechtskräftig, eine Abänderung ist dann nur zugunsten bzw. zu Lasten der am Berufungsverfahren beteiligten Streitgenossen möglich.

Im vorliegenden Fall hatte der Berufungskläger als Berufungsbeklagten einen von zwei Streitgenossen in der Berufungsschrift bezeichnet, den anderen nicht. Der BGH ist hier davon ausgegangen, Partei des Berufungsverfahrens sei nur der eine bezeichnete Streitgenosse geworden. Etwas anderes folge auch aus einer Auslegung der Berufungsschrift nicht. Hier könne nicht zu Lasten des nicht einbezogenen Beklagten darauf abgestellt werden, was aus der Sicht des Rechtsmittelklägers die zweckmäßigere Vorgehensweise gewesen wäre, vielmehr sei im Zweifel diejenige Auslegung zu wählen, die den Belangen der Partei, der kein Normverstoß anzulasten sei, gerecht wird.

## Berufungsfrist bei Urteilsberichtigung

*BGH NJW 2003, 2991*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 32*

Die Frist zur Einlegung der Berufung beginnt mit der Zustellung des vollständigen Urteils. Wird danach das Urteil von der Vorinstanz noch geändert (Lehrbuch § 30, Rdnr. 85), hat das auf den Lauf der Berufungsfrist grundsätzlich keinen Einfluss. Im vorliegenden Fall wurde dem Kläger das Urteil am 29.10. zugestellt. Am 13.11. erhielt der Kläger einen weiteren Beschluss zugestellt, mit dem der Tenor des Urteils nach § 319 ZPO berichtigt wurde. Seine am 3.12. eingelegte Berufung gegen das Urteil wurde als verspätet verworfen. Dies hat der BGH bestätigt. Eine nachträgliche Änderung des angefochtenen Urteils begründet eine neue Berufungsfrist unter den Voraussetzungen des § 518 ZPO (Urteilsergänzung) oder wenn durch die Berichtigung eine Beschwerde erst begründet wird. Beide Voraussetzungen lagen hier nicht vor.

## Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist

*OLG Rostock NJW 2003, 3141*

*OLG Zweibrücken NJW 2003, 3210*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 33*

Die Frist zur Begründung beträgt zwei Monate und beginnt mit der Zustellung des Urteils (§ 520 II ZPO). Reicht diese Frist dem Berufungskläger nicht aus, kann er sie sich vom Gericht verlängern lassen (§ 224 III ZPO). Die erste Verlängerung kann dabei bis zu einem Monat durch das Gericht erfolgen, weitere Verlängerungen bedürfen ausnahmslos der Zustimmung des Gegners.

Im Fall des *OLG Rostock* hatte der Berufungskläger am 19.5. – einem Montag – beantragt, die am 18.5. ablaufende Begründungsfrist „um einen Monat, also bis zum 19.6.“ zu verlängern. Dieser Antrag war nach § 222 II ZPO noch rechtzeitig, der Vorsitzende verlängerte die Frist „um einen Monat“. Die am 19.6. eingegangene Begründung hielt das Gericht für verspätet, weil die Begründungsfrist am 18.6. geendet habe. Dies hat das OLG in Abkehr von der älteren Rechtsprechung des BGH (BGHZ 21, 43) gehal-



ten. Die verlängerte Frist beginnt jetzt mit dem Ende der ursprünglichen Frist auch dann, wenn die ursprüngliche Frist an einem Sonn- oder Feiertag endete. § 222 II ZPO findet in diesen Fällen nur Anwendung, wenn die verlängerte Frist ihrerseits auf einen solchen Tag endet.

Diese Frage ist in allen Kommentaren unter Hinweis auf die BGH-Rechtsprechung bislang noch anders beantwortet. Deswegen hat das OLG die Fristversäumung durch den Berufungskläger für unentschuldig gehalten und dem Wiedereinsetzungsantrag stattgegeben. Zukünftig wird diese Lösung kaum noch möglich sein.

Im Fall des *OLG Zweibrücken* hatte der Berufungskläger am letzten Tag der bereits einmal verlängerten Begründungsfrist eine zweite Verlängerung beantragt, die mangels Zustimmung des Gegners nicht erfolgen konnte. Der deswegen gestellte Antrag auf Wiedereinsetzung hatte allerdings Erfolg, weil der Kläger darauf vertrauen durfte, der Gegner werde einwilligen, weil dies beim OLG Zweibrücken allgemein üblich ist. Diese Übung existiert bei vielen anderen Gerichten indes nicht.

## **Berufungsbegründung**

*Aufsatz von Stackmann in NJW 2003, 169*

*Lehrbuch § 30, Rn.33*

Nach der ZPO-Reform kann die Berufung nur noch darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht oder zulässig zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Diese Beschränkung der Berufung ist in § 513 I ZPO allgemein geregelt, was für die Zulässigkeit der Berufung insoweit vorzutragen ist, regelt § 520 III ZPO, ob die vorgetragenen Umstände eine Abänderung des angefochtenen Urteils rechtfertigen (Begründetheit der Berufung), ergibt sich aus §§ 529, 531 II, 546 ZPO. Der vorliegende Aufsatz („Die erfolgversprechende Berufungsschrift in Zivilsachen“) versucht diese Anforderungen zu konkretisieren und zeigt Beispiele aus der Praxis auf.

## **Berufungsgrund neue Verteidigungsmittel**

*BGH NJW 2003, 2531*

*BGH NJW 2003, 2532*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 33*

Die mit der ZPO-Reform neu bestimmten Berufsgründe tauchen im Gesetz an verschiedenen Stellen auf und haben dabei jeweils eine eigene Funktionen. In § 513 I ZPO sind die möglichen Berufsgründe in Form eines die neue Aufgabe der zweiten Instanz beschreibenden Programms vorangestellt. In § 520 III ZPO ist beschrieben, was seitens der Parteien mit der Berufungsbegründung vorzutragen ist, damit die Begründung zulässig ist. Die §§ 529, 531 II, 546 ZPO schließlich regeln, wann aufgrund eines solchen Berufsgrunds eine Abänderung des angefochtenen Urteils erfolgt, wann die Berufung also begründet ist.

Die beiden vorliegenden Entscheidungen befassen sich mit den Anforderungen an den Parteivortrag für die Zulässigkeit der Berufung (§ 520 III ZPO). Diese sind dem alten Recht gegenüber eher erleichtert worden.

Wird die Berufung auf neue Angriffs- und Verteidigungsmittel gestützt, müssen diese sowie weitere Tatsachen vorgetragen werden, aufgrund derer eine Zulassung in zweiter Instanz begehrt wird. Diese Zulassungstatsachen müssen nicht schlüssig sein, dies und die Frage, ob sie tatsächlich eine Zulassung des neuen Vortrags rechtfertigen (§ 531 II ZPO), wird erst im Rahmen der Begründetheit geprüft (S. 2531).

Wird die Berufung auf eine Rechtsverletzung gestützt, ist die auf den Streitfall zugeschnittene Darlegung notwendig, in welchem Punkten und aus welchen materiell-rechtlichen oder verfahrensrechtlichen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig hält. Für die Zulässigkeit der Berufung ist weder die ausdrückliche Bezeichnung einer bestimmten Norm noch die Schlüssigkeit oder jedenfalls Vertretbarkeit der erhobenen Rügen erforderlich (S. 2532).

## Fehlende Zuständigkeit als Rechtsmittelgrund

*BGH MDR 2003, 348*

*BGH NJW 2003, 2916*

*BGH NJW 2003, 2917*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 33*

Allein der Umstand, dass das unzuständige Gericht in der Vorinstanz den Rechtsstreit entschieden hat, soll eine Aufhebung dieses Urteils in der Rechtsmittelinstanz nicht rechtfertigen. Dies folgt für die Berufungsinstanz aus § 513 II ZPO, für die Revisionsinstanz aus § 545 II ZPO. Während in der Berufung nur die fälschliche Annahme der Zuständigkeit durch das Erstgericht ausgeschlossen ist und damit die Rüge der fälschlichen Verneinung der Zuständigkeit noch möglich bleibt, ist letztere im Revisionsverfahren ebenfalls ausgeschlossen.

Aus dem Wortlaut folgt nicht, welche Arten der Zuständigkeit diese Vorschriften erfassen. Unstreitig erfasst werden die sachliche und örtliche Zuständigkeit sowie die Zuständigkeit des Familiengerichts, der Kammer für Handelssachen und des Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nicht zur Zuständigkeit i.S.d. § 513 II ZPO gehört die Zulässigkeit des Rechtswegs. Der zunächst bestehende Streit, ob die internationale Zuständigkeit nachgeprüft werden kann, ist zwischenzeitlich durch mehrere Entscheidungen des BGH entschieden: Sie fallen nicht unter das Rügeverbot, weil dieses nur die Zuständigkeitsverteilung unter den deutschen Gerichte erfasse und nicht diejenige zwischen deutschen und ausländischen Gerichten, der wegen der Abgrenzung der Souveränitätsrechte anderer Staaten und der Bedeutung dieser Frage auch für das anzuwendende Rechts ungleich größere Bedeutung zukomme.

## Funktionelle Zuständigkeit für Berufung

*BGH NJW 2003, 1673*

*BGH NJW 2003, 2686*

*BGH NJW 2003, 3278*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 35*

Zuständig für Berufungen gegen Urteile des Amtsgerichts ist grundsätzlich das Landgericht, ausnahmsweise aber das Oberlandesgericht in sog. Auslandssachen, d.h., wenn eine Partei im Ausland wohnt (§ 119 I Nr. 1 b) GVG) oder wenn ausländisches Recht angewendet wurde (§ 119 I Nr. 1 c) GVG).

In der ersten Entscheidung hat der BGH einen Fall nach Buchstabe b) angenommen, weil es sich bei der Beklagten um eine Aktiengesellschaft nach englischem Recht handelt, die in der Bundesrepublik lediglich eine unselbstständige Zweigniederlassung unterhält. Dies reicht für die Zuständigkeit des OLG bereits aus, auf die tatsächliche Anwendbarkeit ausländischen Rechts im Einzelfall kommt es nicht an.

Nach der zweiten Entscheidung (S. 2686) ist die Zuständigkeit des OLG für das Berufungsverfahren auch dann gegeben, wenn nur einer von mehreren Streitgenossen im

Ausland wohnt und dauert auch dann fort, wenn die Berufung gegen den im Ausland wohnenden Streitgenossen zurückgenommen wird.

Ist die Berufung unzulässig beim LG eingelegt worden, kommt eine Verweisung an das OLG nicht in Betracht. § 281 ZPO gilt nur für die sachliche und örtliche Zuständigkeit, § 17a II GVG nur für die Rechtswegzuständigkeit, beide Vorschriften erfassen die funktionelle Zuständigkeit nicht. Eine analoge Anwendung des § 17 II GVG hat der BGH ausdrücklich abgelehnt, eine solche des § 281 ZPO offengelassen. Abgelehnt hat der BGH auch die Möglichkeit einer Verweisung über den Grundsatz der Meistbegünstigung, da die Einlegung der Berufung beim richtigen Gericht dem Gericht, sondern dem Berufungskläger zuzurechnen war. Voraussetzung für den Erfolg einer Verweisung ist in jedem Fall, dass die Berufung innerhalb der Berufungsfrist beim zuständigen Berufungsgericht eingeht.

Nach der dritten Entscheidung (S. 3278) findet § 119 I Nr. 1 b) auch auf Mietstreitigkeiten Anwendung. Zudem sei das mit der Berufung zunächst befasste Gericht auch nicht verpflichtet, von Amts wegen eine gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit nach § 36 ZPO herbeizuführen.

## **Einzelrichter im Berufungsverfahren**

*Aufsatz von Schneider in MDR 2003, 374*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 36*

Im Berufungsverfahren wird grundsätzlich der komplette Spruchkörper (Kammer des LG, Senat des OLG) in Dreierbesetzung tätig. Ausnahmsweise aber kann der Rechtsstreit entweder zur Entscheidung (§ 526 ZPO) oder zumindest zur Vorbereitung der Entscheidung (§ 527 ZPO) dem Einzelrichter überlassen werden. Möglichkeiten und Grenzen des vorbereitenden Einzelrichters werden vorliegend dargestellt („Der vorbereitende Einzelrichter im Berufungsverfahren“).

## **Präklusion in der Berufungsinstanz**

*Aufsatz von Schneider in NJW 2003, 1435*

*Lehrbuch § 30, Rn. 38 ff.*

*Aufsätze von Crückeberg in MDR 03, 10  
und MDR 2003, 199*

Die Möglichkeit der Parteien, in zweiter Instanz neuen Prozessstoff vorzubringen, ist durch die ZPO-Reform erheblich eingeschränkt worden. Da mit der Berufung überprüft werden soll, ob das erstinstanzliche Urteil richtig ist, muss grundsätzlich die Entscheidungsgrundlage erster Instanz beibehalten werden. Das neue Berufungsrecht schränkt deswegen die Möglichkeiten des Parteivortrags in den §§ 530 ff. erheblich ein. Einen kurzen aber prägnanten Überblick hierüber gibt der vorliegende Aufsatz von Schneider („Verspätungsrecht im Berufungsverfahren“).

Fraglich ist, ob diese Beschränkungen auch für Tatsachen gelten, die zwar in zweiter Instanz neu vorgetragen werden, aber unstrittig bleiben oder zugestanden werden. Der vorliegende erste Aufsatz von Crückeberg („Unstrittige neue Tatsachen in zweiter Instanz“) geht davon aus, solche unstrittigen Tatsachen seien in der Berufung grundsätzlich zuzulassen, dies gelte nur dann nicht, wenn die Tatsache nicht den Prozessstoff erweitern, sondern Zweifel an den der erstinstanzlich getroffenen Feststellungen wecken sollten.

Fraglich ist auch, welche Tatsachen in der Berufungsinstanz „neu“ sind. Nach § 529 I Nr.1 ZPO sind dies diejenigen Tatsachen, die im Urteil erster Instanz nicht festgestellt

wurden. Was unter dieser „Tatsachenfeststellungen“ erster Instanz zu verstehen ist, ist Gegenstand des zweiten Aufsatzes von Crückeberg („Tatsachenfeststellungen im Urteil erster Instanz“).

## **Berufung als Tatsacheninstanz**

*Aufsatz von Gaier in NJW 2004, 110*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 41*

Aufgabe der Berufungsinstanz ist die Kontrolle des erstinstanzlichen Urteils und die Beseitigung eventueller Fehler. Grundsätzlich ist es dazu erforderlich, dass das Berufungsgericht vom gleichen Sachverhalt ausgeht, wie das erstinstanzliche Gericht. Damit ist der Vortrag neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel ausgeschlossen. Allerdings kann der Fehler der ersten Instanz gerade in der Tatsachenfeststellung liegen, dann müssen neue Tatsachen vorgetragen und festgestellt werden können. Die neuen Vorschriften, die den Vortrag neuer Tatsachen in zweiter Instanz regeln, insbesondere die §§ 529, 531 II ZPO, sind in Rechtsprechung und Lehre noch nicht hinreichend konkretisiert. Der vorliegende Aufsatz („Der Prozessstoff des Berufungsverfahrens“) will hierzu einen Beitrag leisten.

## **Erneute Tatsachenfeststellung in der Berufung**

*BVerfG NJW 2003, 2524*

*Aufsatz von Greger in NJW 2003, 2882*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 41*

Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist es nicht zwingend geboten, eine erstinstanzlich durchgeführte Beweisaufnahme in zweiter Instanz zu wiederholen. Will das Berufungsgericht die erstinstanzlich erhobenen Beweise anders würdigen, so muss es die Parteien hierauf rechtzeitig vor dem Termin hinweisen, so dass diese die Möglichkeit haben, darauf entsprechend zu reagieren.

Bedeutsam ist die vorliegende Entscheidung wegen einer beiläufig in einem Nebensatz gemachten Aussage zur Auslegung des § 529 I Nr. 1 ZPO. Danach ist eine erneute Tatsachenfeststellung, d.h. eine Beweisaufnahme geboten, wenn konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung begründen. Während sich nach der herrschenden zivilprozessualen Literatur und Rechtsprechung solche Zweifel nicht allein daraus ergeben können, dass der Berufungskläger eine andere Beweiswürdigung vertritt als das Erstgericht, führt das BVerfG nunmehr aus, die Zweifel könnten sich „schon aus der Möglichkeit einer unterschiedlichen Wertung ergeben“. Ob damit tatsächlich eine Änderung bei Auslegung des § 529 I Nr. 1 ZPO eintritt, bleibt abzuwarten. Dieser Teil der BVerfG-Entscheidung ist Gegenstand des Aufsatzes von Greger („Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht – ein Menetekel aus Karlsruhe“).

## **Unstreitiges neues Vorbringen in der Berufungsinstanz**

*OLG Hamm NJW 2003, 2325*

*OLG Nürnberg MDR 2003, 1133*

*Aufsatz von Würfel in MDR 2003, 1212*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 42*

Nach § 529 I Nr. 1 ZPO ist in der Berufungsinstanz grundsätzlich nur der erstinstanzlich festgestellte Sachverhalt zugrunde zu legen, neue Tatsachen sind nur ausnahms-

weise und unter den Voraussetzungen des § 531 II ZPO zulässig. Streitig ist, ob die Zulassungsschranke des § 531 II ZPO auch für neues Vorbringen gilt, das unstrittig bleibt. Dies wird von beiden *OLG* vorliegend aufgrund einer teleologischen Reduktion des § 531 II ZPO verneint, weil bei unstrittigen Tatsachen eine Beweisaufnahme und damit eine Verfahrensverzögerung nicht in Betracht kommt. Auch *Würfel* („Verspätetes aber unstrittiges Vorbringen in der Berufungsinstanz“) will unstrittiges Vorbringen in zweiter Instanz zulassen.

## **Beschlusszurückweisung der Berufung**

*BVerfG NJW 2003, 281*  
*OLG Rostock NJW 2003, 1676*  
*OLG Koblenz NJW 2003, 2100*  
*OLG Rostock NJW 2003, 2105*  
*OLG Rostock NJW 2003, 2754*  
*OLG Rostock NJW 2003, 3211*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 46*

Hält das Berufungsgericht die Berufung einstimmig für aussichtslos und liegen die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nicht vor, ist (kein Ermessen!) die Berufung ohne mündliche Verhandlung aber nach vorherigem Hinweis mit Gelegenheit zur Stellungnahme durch Beschluss zurückzuweisen. Diese durch die ZPO-Reform neu eingeführte Entscheidungsmöglichkeit wirft eine Vielzahl von Einzelfragen auf.

Durchweg wird es dabei als ausreichend angesehen, dass sich die Erfolglosigkeit der Berufung erst aufgrund einer aufwändigen und umfangreichen Sach- und Rechtsprüfung ergibt, die Beschlusszurückweisung ist nicht auf Fälle beschränkt, in denen die fehlende Erfolgsaussicht „evident“ oder „offensichtlich“ ist bzw. „ins Auge springt“. Diese Auslegung des § 522 II ZPO ist nach der vorliegenden Entscheidung des *BVerfG* verfassungsgemäß.

Erkennbar aussichtslos ist eine Berufung nach der Entscheidung des *OLG Rostock* auch dann, wenn die Begründung des angefochtenen Urteils einen Rechtsfehler aufweist oder die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen, das Urteil sich aber im Ergebnis mit anderer Begründung aufrechterhalten lässt.

Die Entscheidung des *OLG Koblenz* enthält weitschweifige Ausführungen zur Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung.

Gegen die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss nach § 522 ZPO ist ein Rechtsbehelf nicht gegeben (§ 522 III ZPO). Derzeit streitig ist die Frage, ob damit jede Form der Überprüfung ausgeschlossen ist. Vertreten wird die Möglichkeit einer Gegenvorstellung oder einer Gehörsrüge nach § 321a ZPO analog. Vorliegend lehnt das *OLG Rostock* (S. 2105) – anders als das *OLG Celle* NJW 2003, 906 – die letztgenannte Möglichkeit ab. Eine Klärung dieser Fragen ist durch die dem Gesetzgeber vom *BVerfG* (NJW 2003, 1924; unten zu § 30 Rdnr. 69) aufgegebenen Neuregelung der Rechtsbehelfe gegen unanfechtbare Entscheidungen bis Ende 2004 zu erwarten. Vgl. dazu auch die Entscheidung des *OLG Jena* zu § 30, Rdnr. 88.

Nach der zweiten Entscheidung des *OLG Rostock* (S. 2754) Die Möglichkeit, eine erfolglose Berufung durch einstimmigen Beschluss ohne mündliche Verhandlung zurückzuweisen, besteht nicht nur für die Berufung insgesamt, sondern auch für abtrennbare Teile der Berufung, über die auch ein Teilurteil möglich wäre.

Die dritte Entscheidung des *OLG Rostock (S. 3211)* befasst sich mit dem Einfluss einer Änderung des Streitgegenstands auf die Möglichkeit einer Entscheidung nach § 522 II ZPO. Unter den Voraussetzungen des § 533 ZPO kann die Klage auch in zweiter Instanz noch erweitert bzw. seitens des Beklagten eine Aufrechnung erklärt oder eine Widerklage erhoben werden. Im vorliegenden Fall hatte der erstinstanzlich unterlegene Beklagte Berufung eingelegt und diese mit einer neuen Widerklage verbunden. Das OLG hielt das angefochtene Urteil einstimmig für richtig und wies die Berufung deswegen durch Beschluss nach § 522 II ZPO zurück, ohne auf die Widerklage überhaupt einzugehen. Über einen nach § 533 ZPO neu eingeführten Streitgegenstand kann das Berufungsgericht nur aufgrund einer mündlichen Verhandlung entscheiden. Kommt es zu einer solchen im Rahmen der Berufung nicht, weil schon der Angriff gegen die in der erstinstanzlichen Entscheidung liegende Beschwer unbegründet ist, wird die Berufung insgesamt zurückgewiesen, die Klageerweiterung wird damit ohne weiteres wirkungslos.

### **Kostenerstattung bei Berufung zur Fristwahrung**

*BGH NJW 2003, 756*

*BGH NJW 2003, 2992*

*Aufsatz von Madert NJW 2003, 1496*

*Lehrbuch § 30, Rn. 48*

Hat der Berufungskläger die Berufung nur fristwährend eingelegt und nimmt er sie später zurück, so ist fraglich, welche Gebühren für den Bevollmächtigten des Berufungsbeklagten anfallen. Eine solche „Berufung zur Fristwahrung“ kann auf Seiten des Berufungsklägers erforderlich sein, wenn vor Ablauf der Berufungsfrist eine abschließende Entscheidung über die Durchführung des Berufungsverfahrens nicht getroffen werden konnte. Der Berufungskläger hat dann ein Interesse daran, die durch die Berufungseinlegung entstehenden Kosten möglichst niedrig zu halten. Hierzu kann er entweder eine besondere Vereinbarung mit dem Berufungsbeklagten dahin treffen, sich am Berufungsverfahren zunächst nicht zu beteiligen oder seine Berufung als „nur zur Fristwahrung eingelegt“ bezeichnen.

Haben die Parteien ein besonderes Stillhalteabkommen getroffen, so sind die Kosten eines gleichwohl unmittelbar nach Berufungseinlegung für den Berufungsbeklagten tätig werdenden Rechtsanwalts nicht notwendig und werden nicht erstattet. Die Bindung an das Stillhalteabkommen endet möglicherweise schon mit einem Antrag auf Verlängerung der Begründungsfrist, spätestens aber mit der Berufungsbegründung. Wird der Bevollmächtigte dann tätig, so erhält er eine (für die Berufungsinstanz um 3/10 erhöhte) volle Prozessgebühr (§ 31 I Nr. 1 BRAGO), ohne Antragstellung eine (erhöhte) halbe Gebühr (§ 32 BRAGO).

Sehr streitig und im Einzelfall nicht abschätzbar ist, welche Gebühren für eine Tätigkeit auf Seiten des Berufungsbeklagten zu erstatten sind, wenn der Berufungskläger die Berufung nur durch einseitige Erklärung als „fristwährend“ bezeichnet. Zum Teil wird dem Gegner ein Erstattungsanspruch völlig versagt, zum Teil wird ihm ein voller Erstattungsanspruch zugesprochen. Sowohl der BGH als auch der Aufsatz („Der Gebührenerstattungsanspruch des Berufungsbeklagten bei nur zur Fristwahrung eingelegter Berufung“) gehen vorliegend mit der h.M. von einem Erstattungsanspruch in Höhe der (erhöhten) halben Prozessgebühr (13/20) aus § 32 BRAGO aus.

## **Berufungsurteil**

*BGH NJW 2003, 1743*

*BGH NJW 2004, 293*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 54*

Nach § 540 I ZPO enthält das Berufungsurteil anders als das erstinstanzliche Urteil (§ 313 ZPO) weder Tatbestand noch Entscheidungsgründe. Unter der einheitlichen Überschrift „Gründe“ sind vielmehr unter Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils etwaige Änderungen oder Ergänzungen der festgestellten Tatsachen darzustellen und eine kurze Begründung für die eigene Sachentscheidung zu geben.

Über den Wortlaut des § 540 ZPO hinaus ergeben sich aus der Funktion der Gründe des Berufungsurteils weitere Anforderungen. So muss es für die Revisionsinstanz erkennen lassen, welches Ziel die Parteien in der Berufungsinstanz verfolgt haben (§§ 545 I, 546 ZPO). Erforderlich ist deswegen die Wiedergabe der Anträge, die indes nicht wörtlich erfolgen muss, eine sinngemäße Darstellung genügt. So reicht die Feststellung aus, die Parteien verfolgten ihr erstinstanzliches Ziel weiter. Bei nur teilweise Anfechtung muss der Umfang der Anfechtung deutlich werden. Ein Beispiel dafür gibt die erste BGH-Entscheidung (S. 1743).

Im zweiten Fall (S. 293) lautete das Berufungsurteil lediglich „Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil sowie auf die ergänzenden Ausführungen der Parteien in dieser Instanz wird Bezug genommen. In der Sache wird auf die zutreffenden Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung verwiesen. Die Beweisaufnahme vor dem Senat gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung der Sach- und Rechtslage.“ Nach Auffassung des BGH lässt dieses Urteil schon nicht erkennen, von welchem Sach- und Streitstand das OLG ausgegangen ist. Ist der Parteivortrag im Berufungsverfahren ergänzt worden und hielt das Berufungsgericht eine weitere Beweisaufnahme für erforderlich, muss es im Urteil erkennen lassen, worin der neue Vortrag besteht, warum die Beweisaufnahme für erforderlich gehalten wurde und warum trotzdem dem erstinstanzlichen Urteil gefolgt wird.

## **Zulassungsvoraussetzungen der Revision**

*BGH NJW 2003, 65*

*Aufsatz Scheuch/Lindner in NJW 2003, 728*

*BGH NJW 2003, 754*

*BGH NJW 2003, 831*

*Aufsatz von Lindner in NJW 2003, 1097*

*BGH NJW 2003, 1125*

*Aufsatz von Nasall in NJW 2003, 1345*

*Aufsatz von Baumert in MDR 2003, 606*

*Lehrbuch § 30, Rn. 58*

Mit der ZPO-Reform ist die bis dahin mögliche Wertrevision (ab 60.000,- DM) weggefallen. Zulässig ist die Revision nur noch, wenn sie vom Berufungsgericht oder (auf die sog. Nichtzulassungsbeschwerde hin) vom BGH zugelassen wurde. Die Voraussetzungen für die Zulassung sind in § 543 II ZPO umschrieben und entsprechen weitgehend den Voraussetzungen der Zulassung der Berufung (§ 511 IV ZPO) und der Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde. Der genaue Inhalt der einzelnen Fallgruppen muss von der Rechtsprechung erst noch bestimmt werden. Hierzu ergehen derzeit reihenweise Grundsatzentscheidungen der einzelnen BGH-Senate.

Besonders interessant ist dabei die Frage, ob eine Revision auch zur Ergebniskorrektur möglich, d.h. auch dann zuzulassen ist, wenn ohne die gesetzliche genannten Fälle allein das Ergebnis der angefochtenen Entscheidung falsch erscheint. Der 11. Senat (S. 65) und der 7. Senat (S. 831) verneinen dies weitgehend, dagegen richtet sich der Aufsatz („Zur Auslegung der Zulassungstatbestände des § 543 II ZPO“); der 5. Senat (S. 754) lässt Rechtsanwendungsfehler für die Revision ausreichen.

Gestritten wird auch über die Frage, welche Anforderungen an die Darlegung der Entscheidungserheblichkeit des Revisionsgrunds zu stellen sind (dazu Lindner „Die Entscheidungserheblichkeit der Grundsatzfrage beim Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache“ und 10. Senat, S. 1125).

Eine gute Übersicht über die bisherige Rechtsprechung und die aufgetauchten Streitfragen geben Nasall („Irrwege. Wege. – Die Rechtsmittelzulassung durch den BGH“) und Baumert („Entscheidungserheblichkeit des Zulassungsgrundes der Rechtsgrundsätzlichkeit“).

## Wegfall der außerordentlichen Beschwerde

*BVerfG NJW 2003, 1924*

*BVerfG NJW 2003, 3687*

*BGH NJW 2003, 3137*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 69*

Die früher von der Rechtsprechung entwickelte Möglichkeit, unanfechtbare Entscheidungen zumindest bei greifbarer Gesetzwidrigkeit mit der sog. „außerordentlichen Beschwerde“ anzugreifen, existiert nach der ZPO-Reform in ständiger Rechtsprechung des BGH nicht mehr. Dies wird mit der vorliegenden Entscheidung erneut bestätigt. Insoweit ist der Gesetzgeber allerdings durch das BVerfG aufgefordert, bis Ende 2004 eine Neuregelung zumindest für die Fälle einer behaupteten Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu schaffen.

## Einzelrichter im Beschwerdeverfahren

*Aufsatz von Fölsch in MDR 2003, 308*

*Aufsatz von Feskorn in NJW 2003, 856*

*Lehrbuch § 30, Rn. 76*

Gemäß § 568 S. 1 ZPO entscheidet das Beschwerdegericht durch den Einzelrichter, wenn die angefochtene Entscheidung von einem Einzelrichter oder einem Rechtspfleger erlassen worden ist. Problematisch ist dabei, ob erstinstanzliche Einzelrichter auch der Vorsitzende einer Kammer für Handelssachen oder der im Rahmen der Vollstreckbarerklärung nach dem Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz tätig werdende Vorsitzende einer Zivilkammer ist, ob § 568 S.1 ZPO auch in FGG- und in Familiensachen bzw. bei Beschwerden nach dem GKG, der BRAGO oder in sonstigen Kostensachen gilt. Diese Fragen sind Gegenstand der vorliegenden Aufsätze von Feskorn („Die Zuständigkeit des Einzelrichters gemäß § 568 ZPO“) und Fölsch („Beschwerdeverfahren – Zuständigkeit des originären Einzelrichters gegen Entscheidungen des Vorsitzenden der Kammer für Handelssachen“).



## Beschwerdeverfahren

*Aufsatz von Schneider in MDR 2003, 253*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 78*

Mit der ZPO-Reform ist die einfache Beschwerde aus dem Gesetz verschwunden und ersetzt worden durch die sofortige Beschwerde (§ 576 I ZPO). Diese unterscheidet sich aber in wichtigen Punkten von der schon vor der ZPO-Reform bekannten sofortigen Beschwerde. Insbesondere besteht jetzt anders als früher eine Abhilfemöglichkeit des Erstgerichts (§ 572 I 1 ZPO). Diese ist Gegenstand der vorliegenden Betrachtung („ZPO-Reform: Abhilfe im Beschwerderecht“).

## Einzelrichter im Beschwerdeverfahren

*Aufsatz von Feskorn in NJW 2003, 856*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 79*

Gemäß § 568 S.1 ZPO entscheidet das Beschwerdegericht durch den Einzelrichter, wenn die angefochtene Entscheidung von einem Einzelrichter oder einem Rechtspfleger erlassen wurde. Diese auf den ersten Blick einfache Regelung wirft dennoch eine Reihe von Zweifelfragen auf, die Gegenstand der vorliegenden Betrachtung („Die Zuständigkeit des Einzelrichters gemäß § 568 ZPO“) sind. Danach erfasst § 568 ZPO auch Entscheidungen des Vorsitzenden der Kammer für Handelssachen nach § 349 II, III ZPO, nicht jedoch solche nach § 3 III AVAG. Anwendung findet § 568 auch auf die Sonderbeschwerden, die auf die ZPO-Vorschriften verweisen, so etwa im FGG-Verfahren des Familiengerichts, im GKG oder in der BRAGO.

## Zulassung der Rechtsbeschwerde/Revision durch den Einzelrichter

*BGH NJW 2003, 1254*

*BGH NJW 2003, 2900*

*BGH NJW 2003, 3712*

*BGH NJW 2004, 223*

*Aufsatz von Haentjens in NJW 2003, 2884*

*Lehrbuch § 30, Rdnr. 82*

Zur Entscheidung über eine Beschwerde ist in zweiter Instanz originär der Einzelrichter berufen, wenn erstinstanzlich ein Einzelrichter oder ein Rechtspfleger entschieden hat (§ 568 ZPO). Nimmt der zweitinstanzliche originäre Einzelrichter eine grundsätzliche Bedeutung der Sache an, so hat er die Sache dem Spruchkörper zu übertragen. Mit der Beschwerdeentscheidung ist die Rechtsbeschwerde zuzulassen, wenn die Sache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 574 ZPO). Der *BGH* (S. 1254) hat eine Beschwerdeentscheidung durch den Einzelrichter, mit der die Rechtsbeschwerde zugelassen war, als gegen das Gebot des gesetzlichen Richters (§ Art. 102 I 2 GG) verstößend aufgehoben. Lagen nämlich die Voraussetzungen für eine Zulassung vor, so lagen auch die Voraussetzungen für eine Übertragung auf den Spruchkörper vor. Der Einzelrichter kann danach im Beschwerdeverfahren die Rechtsbeschwerde nicht wirksam zulassen. Das gilt auch für den Fall, dass der Einzelrichter vor seiner Entscheidung beim Spruchkörper anfragt (S. 223). Etwas anderes kann nach der zweiten Entscheidung (S. 3712) gelten, wenn die Zulassung der Rechtsbeschwerde mit Divergenz oder Rechtsfortbildung begründet wird.

Dieses Problemfeld (und die Frage, inwieweit insoweit für die Rechtsbeschwerde die Besetzungsrüge erforderlich ist) ist Gegenstand der Abhandlung von *Haentjens* „Zu-

lassung der Rechtsbeschwerde und gesetzlicher Richter – ein gesetzliches Spannungsfeld?“

Etwas anderes gilt für die Zulassung der Revision durch den Einzelrichter (Lehrbuch § 30, Rdnr. 52, 59). Im Berufungsverfahren ist anders als im Beschwerdeverfahren zunächst stets der komplette Spruchkörper zuständig. Er kann die Sache, wenn er die Revisionszulassungsgründe für nicht gegeben ansieht, dem Einzelrichter übertragen, der dann allein für die zu treffende Entscheidung zuständig ist. Hält der Einzelrichter anders als die Spruchkörpermehrheit die Zulassungsvoraussetzungen für gegeben, so kann er die Revision zulassen, ohne dass hierin ein Verstoß gegen Art. 102 I 2 GG liegt (BGH NJW 2003, 2900).

## Ergänzungsurteil

BGH NJW 2003, 1463

Lehrbuch § 30, Rn. 87

Hat das Gericht einen Anspruch bei der Entscheidung übergangen, so liegt ein (unerkanntes) Teilurteil vor. Auf Antrag einer Partei ist über den noch offenen Teil durch ein Ergänzungsurteil zu entscheiden (§ 321 ZPO). In Betracht kommen dabei Teile des Hauptanspruchs, Nebenansprüche (Zinsen) oder auch die Kostenentscheidung. Entsprechende Anwendung soll § 321 finden auf die uneingeschränkte statt der beantragten Zug-um-Zug-Verurteilung, das Übergehen eines Vorbehalts (§§ 302 II, 599 II ZPO) oder eines Antrags zur Räumung oder zur vorläufigen Vollstreckbarkeit (§§ 716, 721 I 3 ZPO)

Im vorliegenden Fall hatte das Gericht ein vom Beklagten geltend gemachtes Zurückbehaltungsrecht nicht berücksichtigt. Insoweit hat der BGH ein Ergänzungsurteil nicht für möglich gehalten. Das Übersehen des Zurückbehaltungsrechts mache das Urteil fehlerhaft, dies könne mit dem regulären Rechtsmittel (Berufung, Revision) angefochten werden, eine für die analoge Anwendung des § 321 ZPO erforderliche Regelungslücke liege deswegen nicht vor.

## Analoge Anwendung der Gehörsrüge

OLG Jena NJW 2003, 3495

Lehrbuch § 30, Rdnr. 88

Nach § 321a ZPO kann das durch Urteil eines Amtsgerichts, gegen das die Berufung nicht statthaft ist, mit der Rüge der Verletzung rechtlichen Gehörs angefochten werden. Das Verfahren erster Instanz wird dann (ähnlich wie beim Einspruch gegen ein Versäumnisurteil) fortgesetzt, das rechtliche Gehör gewährt und eine neue Entscheidung getroffen. Fraglich ist, ob eine solche Anfechtungsmöglichkeit analog § 321a ZPO auch gegen andere, nicht rechtsmittelfähige Entscheidungen und bei anderen Verfassungsverstößen (z.B. gesetzlicher Richter) zuzulassen ist.

Das OLG Jena hat die Gehörsrüge gegen eine Entscheidung des OLG zugelassen, gegen die Revision nicht statthaft war, die aber der Nichtzulassungsbeschwerde unterlag. Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig, abzuwarten bleibt, welchen Anwendungsbereich der BGH dem § 321a ZPO beimisst.

Das OLG Frankfurt hat § 321a ZPO analog die Zurückweisung der Berufung nach § 522 II ZPO zugelassen.

Vgl. dazu auch die Entscheidung des OLG Rostock zu § 30, Rdnr. 46.

## **Wiederaufnahme des Verfahrens**

*BGH NJW 2003, 1326*

*Lehrbuch § 30, Rn. 91*

Ist ein Urteil rechtskräftig, so muss es von den Beteiligten akzeptiert werden, auch wenn es materiell falsch sein sollte. Nur ganz ausnahmsweise kann ein rechtskräftig abgeschlossenes Verfahren wiederaufgenommen werden. §§ 578, 579 lässt dies im Rahmen einer sog. Nichtigkeitsklage wegen schwerster Verfahrensmängel zu. Im vorliegenden Fall hatte die Klägerin versucht, eine solche Nichtigkeitsklage darauf zu stützen, dass ihr Klage und Ladung aufgrund arglistiger Falschangaben des Gegners dem Gericht gegenüber lediglich öffentlich zugestellt worden waren und sie deswegen unverschuldet keine Kenntnis vom Verfahren hatte. Ein den Fällen des § 579 ZPO vergleichbarer Verfahrensfehler des Gerichts liege nicht vor. Das Verhalten des Gegners könne allein im Rahmen einer Restitutionsklage nach § 580 ZPO geprüft werden, erfülle aber die dort aufgestellten Voraussetzungen insbesondere deswegen nicht, weil selbst eidliche Falschangaben eine Wiederaufnahme erst nach rechtskräftiger Verurteilung wegen Meineids ermöglichen und bloß uneidliche Falschangaben deswegen keinen Restitutionsgrund abgeben können.

→ 5/ 28.05.10