

**BMR** JURISTISCHE  
INTENSIVLEHRGÄNGE

**ASSESSORKURS**

Dr. John Montag

Dr. Rainer Oberheim

# ZIVILPROZESSRECHT

Rechtsprechung  
und Aufsätze zum  
Zivilprozessrecht

2008

**ERFOLGREICH LERNEN**

## Referendarausbildung

*Aufsatz von Höhne in JA 2007, 528*

Von den Anforderungen und Gefahren der Referendarausbildung im Allgemeinen handelt der vorliegende Beitrag („Das Würstchen im Angesicht des Grills“), der den neu ins Referendariat eintretenden Referendar (mitfühlend) als armes Würstchen beschreibt, dem der Grill des zweiten Examins bevorsteht. Wie man hier den Überblick behält und den Wechsel vom Studium in die Praxis verdaut, versucht der Autor in Form praktischer Tipps zu vermitteln. Keine leichte, aber eine amüsante Lektüre.

## Zweites Justizmodernisierungsgesetz

*BGBI. I 2006, 3416*

*Aufsatz von Preuschen in NJW 2007, 321*

*Aufsatz von Huber in JuS 2007, 236*

Das 2. Justizmodernisierungsgesetz hat zum 31.12.2006 eine Vielzahl kleinerer, in seiner Bedeutung für das zweite Staatsexamen marginale Änderungen gebracht.

Als Folge der Morgenbesser-Entscheidung des EuGH müssen juristische Diplome eines Mitgliedsstaates auch in anderen Mitgliedsstaaten anerkannt werden. § 112a DRiG regelt deswegen nunmehr, dass europäische Bewerber zum Vorbereitungsdienst zugelassen werden, wenn ihre Kenntnisse und Fähigkeiten im deutschen Recht (nicht im Recht ihres Herkunftslands!) denjenigen der ersten juristischen Staatsprüfung entsprechen. Ggf. ist eine Eignungsprüfung (Ablegen der Klausuren des ersten Examins) erforderlich.

Die mit der ZPO-Reform befristeten Wertgrenzen für Rechtsmittel (Nichtzulassungsbeschwerde: 20.000,- € § 26 Nr.8 EGZPO) sind erwartungsgemäß um 5 Jahre verlängert worden.

Die weitestgehende Änderung enthält § 690 ZPO. Hier wird der Rechtsanwalt ab Ende 2008 gezwungen, Mahnanträge in elektronischer Form zu stellen. Soweit Anwälte bis dahin noch nicht am elektronischen Rechtsverkehr teilnehmen, soll ein über das Internet nutzbares Barcodeverfahren als Alternative angeboten werden.

## Mediation im Gerichtswesen

*Aufsatz von Damerau/Zemrich in JA 2007, 203*

*Lehrbuch § 1, Rn. 10*

Nichtstreitige, konsensuale Streitbeilegung sind derzeit eine auf breiter Front angestrebte Alternative zur streitigen gerichtlichen Entscheidung. Neben den Schiedsverfahren und der Schlichtung spielt dabei die Mediation eine große Rolle. Die Verfasser geben einen Überblick über die wichtigsten Anwendungsbereiche nicht nur im Zivil- sondern auch im Straf und Verwaltungsrecht.

**Kosten der umgedeuteten Anschlussberufung nach Zurücknahme der Berufung***Aufsatz von Katzenstein in NJW 2007, 737**Lehrbuch § 1, Rn. 22*

Nimmt der Berufungsführer seine Berufung zurück, so verliert eine vom Gegner eingelegte Anschlussberufung ihre Wirkung. Da der Berufungskläger damit eine Sachentscheidung über die Anschlussberufung verhindert, muss er nach ganz h.M. auch die Kosten der Anschließung tragen. Streitig ist dagegen, ob dies auch dann gilt, wenn der Berufungsbeklagte eine eigenständige Berufung einlegen wollte, diese aber wegen Versäumung der Einlegungs- oder Begründungsfrist oder Nichterreichen des Beschwerdegegenstandswerts unzulässig wäre. Sie ist dann in eine Anschlussberufung umzudeuten. Der Verfasser stellt den Meinungsstand dar und schlägt vor, die Kosten auch in diesem Fall dem Berufungskläger aufzuerlegen.

**Die Postulationsfähigkeit nach der Reform der BRAO***BGBI. I 2007, 358**Lehrbuch § 2, Rn. 20**Darstellung von Dahns in NJW 2007, 1553*

Zum 1.6.2007 ist das Gesetz zur Stärkung der Selbstverwaltung der Rechtsanwaltschaft in Kraft getreten und hat die Bundesrechtsanwaltsordnung in wichtigen Punkten geändert. Dieses bringt auch aus zivilprozessualer Sicht einige, wenn auch vergleichsweise geringfügige Änderungen.

Während Anwälte bislang bei einem konkreten örtlichen Gericht zugelassen waren, erfolgt die Zulassung nun durch die Rechtsanwaltskammern. Schon seit dem Jahr 2000 reichte die Zulassung bei einem Amts- oder Landgericht, um bei allen Amts- und Landgerichten auftreten zu können, seit dem Jahr 2004 gab es eine entsprechende Regelung für die Oberlandesgerichte, doch war die Zulassung hier von einer mindestens fünfjährigen Berufstätigkeit als Anwalt abhängig. All dies ist entfallen. Anwälte können nunmehr vom ersten Tag ihrer Zulassung bei allen Amts-, Land und Oberlandesgerichten auftreten. In § 78 ZPO ist die Notwendigkeit der Zulassung des Anwalts bei einem bestimmten Gericht dementsprechend entfallen. Allein beim BGH dauert das besondere Zulassungserfordernis (noch) fort.

**Anwaltswechsel***BGH NJW 2007, 3640**Lehrbuch § 2, Rn. 30*

Der Widerruf einer Prozessvollmacht wird wirksam erst mit der Bestellung eines anderen Anwalts. Abgegrenzt werden muss ein solcher Anwaltswechsel vom Anwaltsbeitritt, bei dem ein zusätzlicher Anwalt für die Partei tätig wird. In der Bestellung eines neuen Prozessbevollmächtigten kann der Widerruf der Bestellung eines früheren Bevollmächtigten nur dann gesehen werden, wenn darin zum Ausdruck kommt, dass der neue Bevollmächtigte anstelle des früheren bestellt werden soll. Das ist nicht schon dann der Fall, wenn ein Prozessbevollmächtigter Berufung einlegt und im Rubrum der Berufungsschrift ausschließlich sich selbst als Prozessbevollmächtigten bezeichnet, der erstinstanzlich tätige Prozessbevollmächtigte zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht seinerseits Berufung eingelegt hatte.

## Leistungsklage trotz vorhandenem Titel

*BGH v. 19.12.2006 – XI ZR 113/06*

*Lehrbuch § 4, Rn. 7*

Bei der Leistungsklage wird das Rechtsschutzbedürfnis grundsätzlich indiziert, weil die Behauptung des Klägers, ihm stehe ein Anspruch gegen den Beklagten zu, den dieser nicht erfülle, bereits die Notwendigkeit einer Titulierung beinhaltet. Hat der Gläubiger bereits einen Titel, fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für einen weiteren Titel dagegen regelmäßig.

Im vorliegenden Fall hatte die Bank zur Sicherung ihres Darlehensrückzahlungsanspruchs eine Grundschuld mit sofortiger Vollstreckungsunterwerfung und damit einen Titel nach § 794 I Nr. 5 ZPO. Dieser Titel erwächst aber nicht in Rechtskraft, sondern kann vom Schuldner mit der Vollstreckungsgegenklage nach § 795, 767 ZPO angegriffen werden, wobei die Beschränkung auf erst nachträglich entstandene Einwendungen nicht gilt (§§ 797 IV, 767 II ZPO). Der BGH hat herausgestellt, dass die Unterwerfungserklärung nur den Anspruch aus dem selbstständigen Schuldanerkenntnis erfasse, nicht den auf Darlehensrückzahlung und mit letzterem in der kürzeren dreijährigen Verjährungsfrist z.B. auch Verzugsschadensersatzansprüche verjähren können und zudem bislang ungeklärt sei, ob gegen das Schuldanerkenntnis der Bereicherungseinwand aus § 812 II, 216 BGB möglich sei. Er hat deswegen die Leistungsklage für zulässig angesehen.

## Zwischenfeststellungsklage und Aufrechnung

*BGH v. 28.9.2006 – VII ZR 247/05*

*Lehrbuch § 4, Rn. 12 ff.*

*Besprechung von Wolf in JA 2007, 145*

Die Klägerin macht eine Teilwerklohnforderung über 600.000,- aus dem Bau eines Autobahnteilstücks geltend. Die Beklagte hat mit einem Schadensersatzanspruch wegen verzögerter Fertigstellung infolge erforderlicher Nachbesserungen aufgerechnet. Das Landgericht hat die Aufrechnungsforderung für unsubstantiiert gehalten und der Klage stattgegeben. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin die Klage erweitert und beantragt festzustellen, dass die Gegenforderung dem Grunde nach nicht besteht. Diese Zwischenfeststellungsklage hat das OLG abgewiesen. Der BGH hat entschieden, dass die Zwischenfeststellungsklage war noch in der Berufungsinstanz erhoben werden kann, sie aber unzulässig ist, wenn die Rechtsbeziehung der Parteien bereits mit dem Urteil über die Hauptklage erschöpfend geregelt werden kann. Hier wird wegen § 322 II ZPO bereits wegen der Aufrechnung rechtskräftig über die Gegenforderung entschieden, einer besonderen zusätzlichen Feststellung bedarf es deswegen nicht. Wolf sieht einen Wertungswiderspruch zur Widerklage und hält die Entscheidung deswegen zumindest in der Begründung für unzutreffend.

## Klage auf Feststellung zukünftiger Schäden

*BGH v. 9.1.2007 V ZR 133/06*

*Lehrbuch § 4, Rn. 12*

*Besprechung von Wolf in JA 2007, 462*

Die Feststellungsklage ist nur bei Vorliegen eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses zulässig (§ 256 I ZPO). Dieses liegt, wenn die Ersatzpflicht des Schuldners für künftige Schäden festgestellt werden soll, jedenfalls dann vor, wenn diese künftigen

Schäden zumindest möglich sind, weil nur so die ansonsten drohende Verjährung gehemmt werden kann.

Der Beklagte war aus einem ärztlichen Kunstfehler bereits rechtskräftig zu Schadensersatz verurteilt worden. Der BGH hat die Klage auf Feststellung der Ersatzpflicht auch für künftige Schäden für zulässig gehalten, weil aus der Sicht der Klägerin mit der Möglichkeit solcher Schäden zumindest gerechnet werden könne. Begründet ist die Klage nur, wenn ein solcher Schaden tatsächlich mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. In seiner neueren Rechtsprechung hat der BGH die Anforderungen an den Grad dieser Wahrscheinlichkeit erkennbar herabgesetzt. Weil die in früheren Entscheidungen geforderte hohe Wahrscheinlichkeit vorliegend bestand, brauchte der BGH hier zu den geringeren Anforderungen letztlich nicht Stellung zu nehmen.

### **Rechtshängigkeit im Zivilprozess**

*Aufsatz von Kleinbauer in JA 2007, 416*

*Lehrbuch § 4, Rn. 29*

Mit der Rechtshängigkeit sind zahlreiche zivilprozessuale Fragen und Probleme verknüpft. Verfasser stellt deswegen neben dem Begriff der Rechtshängigkeit und deren Voraussetzungen die materiellen und prozessualen Folgen dar.

### **Zustellung**

*Aufsatz von Stackmann in JuS 2007, 634*

*Lehrbuch § 6, Rn. 7*

Die Notwendigkeit, den ordnungsgemäßen Zugang eines Schriftstücks an eine Partei beweisen zu können, stellt sich im Zivilprozess regelmäßig. Die Wirksamkeitsprüfung von Zustellungen gehört deswegen zu den Routinetätigkeiten des Richters. Damit aber gehört sie automatisch auch zu den im Examen vorkommenden Fragen, wenn sie dort nicht ausweislich der Bearbeitungshinweise der Aufgabe ausdrücklich erlassen ist. Häufig hängt insbesondere die Frage, ob und wann eine Frist begonnen hat, von der Wirksamkeit einer Zustellung ab. Der vorliegende Aufsatz, der die wichtigsten Zustellungsformen und dabei auftretende praktische Probleme darstellt, gehört deswegen zur Examensvorbereitung.

### **Fristbeginn bei Zustellung gegen Empfangsbekanntnis**

*BGH JurBüro 2007, 504*

*Lehrbuch § 6, Rn. 11*

Das Empfangsbekanntnis eines Rechtsanwalts erbringt Beweis nicht nur für die Entgegennahme des darin bezeichneten Schriftstücks als zugestellt, sondern auch für den Zeitpunkt der Entgegennahme durch den Unterzeichner und damit der Zustellung.

Zwar ist der Gegenbeweis der Unrichtigkeit der im Empfangsbekanntnis enthaltenen Angaben zulässig. Dieser setzt jedoch voraus, dass die Beweiswirkung des § 174 ZPO vollständig entkräftet und jede Möglichkeit ausgeschlossen ist, dass die Angaben des Empfangsbekanntnisses richtig sein können. Hingegen ist dieser Gegenbeweis nicht schon dann geführt, wenn lediglich die Möglichkeit der Unrichtigkeit besteht, die Richtigkeit der Angaben also nur erschüttert ist.

## **Fristberechnungen**

*Aufsatz von Schroeter in JuS 2007, 29*

*Lehrbuch § 6, Rn. 25*

Die richtige Berechnung von Fristen gehört im 2. Examen zu den elementaren Grundlagen erfolgreicher Fallbearbeitung. Der vorliegende Beitrag erläutert die Grundlagen und bezieht typische Problemstellungen und klassische Fragen unter Heranziehung jüngerer Rechtsprechung ein.

Ein absolutes Muss der Examensvorbereitung.

## **Fristwahrung durch Telefax**

*BGH NJW 2007, 2045*

*Lehrbuch § 6, Rn. 30*

Der um 00:00 Uhr des Tages nach Fristablauf eingegangene Schriftsatz ist verfristet. Im naturwissenschaftlichen Sinne ist dieser Zeitpunkt identisch mit dem Zeitpunkt 24:00 Uhr des Vortages. Auch ein zu diesem Zeitpunkt eingegangener Schriftsatz ist indes verfristet.

Entscheidend zur Wahrung der Frist ist, dass der fristwahrende Schriftsatz bis zum Ablauf des letzten Tages der Begründungsfrist, eingegangen ist. Der Schriftsatz muss vor Beginn des Folgetages 00:00 Uhr eingegangen sein und damit - weil zwischen 24:00 Uhr und 00:00 Uhr keine, auch keine logische Sekunde existiert - vor Ablauf von 23:59 Uhr. Das bedeutet, dass das Empfangsgerät des Gerichts als Empfangszeit 23:59 Uhr angeben muss, um den Schriftsatz noch als rechtzeitig erscheinen zu lassen.

## **Fristwahrung durch Einwurf in Nachtbriefkasten**

*BGH NJW 2007, 3069*

*Lehrbuch § 6, Rn. 30*

Zum Beweis des rechtzeitigen Eingangs mit Einwurf der Berufungsschrift in den Nachtbriefkasten durch den Prozessbevollmächtigten des Rechtsmittelführer.

## **Spruchkörperentscheidung über Ablehnung Einzelrichter**

*BGH NJW-RR 2007, 776*

*Lehrbuch § 6, Rn. 54*

Über ein Ablehnungsgesuch gegen den zuständigen Einzelrichter hat das Gericht in der Besetzung mit drei Mitgliedern ohne Mitwirkung des abgelehnten Richters zu entscheiden.

## **Unanfechtbarkeit der Einzelrichterübertragung**

*BGH v.12.12.2006 – VI ZR 4/06*

*Lehrbuch § 6, Rn. 54*

Erfolgt die Übertragung der Sache durch den Spruchkörper auf den Einzelrichter ohne Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (hier: Übertragung nach Verhandlung zur Hauptsache im Haupttermin vor dem Spruchkörper), so kann dies weder isoliert mit Rechtsbehelfen angegriffen noch mit einem Rechtsmittel gegen die Endentscheidung gerügt werden. Allenfalls für den (hier nicht gegebenen) Fall der Willkür will der BGH hier eine Ausnahme gelten lassen.

**Amtsgerichtliches Bagatellverfahren***BVerfG NJW 2007, 3486**Lehrbuch § 6, Rn. 58*

Dem Beklagten, der sich im Rahmen der vorgerichtlichen Auseinandersetzung mit dem Kläger bereits anwaltlicher Hilfe bedient hatte, wurde eine Klage über 450,- € zusammen mit der Terminladung durch Niederlegung im häuslichen Briefkasten zugestellt. Wegen eines mehrmonatigen Auslandseinsatzes als Soldat konnte er hiervon keine Kenntnis nehmen, und war deswegen im Termin nicht vertreten. Der Amtsrichter erlies in Anwendung des § 495a ZPO kein Versäumnis-, sondern Endurteil. Eine Gehörsrüge des Beklagten wies der Amtsrichter zurück, die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde blieb ohne Erfolg.

Das BVerfG sah keinen Verstoß gegen Art. 3 I GG, da § 495a ZPO dem Amtsrichter zulässig ein Ermessen einräumt, wie er sein Verfahren im Streitwertbereich bis 600,- € gestaltet. Die Entscheidung durch End- statt durch Versäumnisurteil sei hiervon gedeckt. Ein Verstoß gegen Art. 103 I GG liege ebenfalls nicht vor. Die Zustellung sei wirksam gewesen, der Beklagte habe bei absehbarer mehrmonatiger Abwesenheit Vorsorge für die Postbearbeitung treffen müssen. Seinem vorprozessualen Rechtsanwalt habe die Klage nicht zugestellt werden können, da dieser eine Prozessvollmacht nicht gehabt habe.

**Beweisverbot bei heimlichem Vaterschaftstest***BVerfG v. 13.2.2007 – 1 BvR 421/05, NJW 2007, 753*  
*Besprechung von Wellenhofer in JuS 2007, 472**Lehrbuch § 7, Rn. 15*

Der Kläger hat seine Vaterschaftsanfechtungsklage auf ein DNA-Gutachten gestützt, das er ohne Wissen von Mutter und Kind unter Verwendung eines Kaugummis des Kindes eingeholt hat und das seine Vaterschaft ausschloss. Familiengericht, Oberlandesgericht (NJW 2004, 449) und Bundesgerichtshof (NJW 2005, 497) haben eine Verwertung des Gutachtens abgelehnt, da eine gravierende, durch das Recht des Vaters auf Kenntnis der Abstammung nicht gerechtfertigte Verletzung des Kindesrechts auf informationelle Selbstbestimmung vorliege. Das BVerfG hat diese inzwischen gefestigte Rechtsprechung zu den zivilprozessualen Beweisverwertungsverböten für verfassungskonform erklärt, gleichzeitig aber den Gesetzgeber aufgefordert, zur Verwirklichung des Rechts des rechtlichen Vaters auf Kenntnis der tatsächlichen Abstammung seines Kindes ein geeignetes Verfahren bereitzustellen. Dieses ist derzeit im Gesetzgebungsverfahren.

**Urkundenvorlegung durch Dritte***BGH v. 26.10.2006 – III ZB 2/06, NJW 2007, 155**Lehrbuch § 7, Rn. 35*

Deutlich erweitert wurden durch die ZPO-Reform die Möglichkeiten des Gerichts zur Amtsermittlung. Auf Anordnung des Gerichts haben nicht nur die Parteien, sondern auch Dritte Urkunden vorzulegen (§§ 142, 144 ZPO).

Im vorliegenden Fall hatte der Käufer mehrerer Wohnhäuser die Verkäuferin auf Schadensersatz wegen falsch angegebener Mieterlöse in Anspruch genommen. Diese Klage war abgewiesen worden, weil die entsprechende Vertragsklausel nicht als Zusicherung aufgefasst werden konnte. Im Folgeprozess nahm der Käufer deswegen den

Notar wegen unzureichender Vertragsgestaltung in Anspruch; zur Höhe des ihm entstandenen Schadens war er auf Unterlagen der Verkäuferin angewiesen. Das OLG hat der Verkäuferin zunächst die Vorlage dieser Unterlagen nach § 142 ZPO aufgegeben, auf deren Behauptung, dies sei ihr unzumutbar und verstoße gegen ihr Aussageverweigerungsrecht aus § 384 Nr.1, 2 ZPO aber festgestellt, dass eine Pflicht zur Vorlage nicht bestehe. Dies hat der BGH bestätigt. Zwar könne die Anordnung der Urkundenvorlage auch der Bereitstellung von Beweismitteln dienen, der Dritte könne die Herausgabe jedoch verweigern, wenn ihm dadurch ein eigener vermögensrechtlicher Schaden entstehen würde. Dies sei schon dann der Fall, wenn die Durchsetzung von Ansprüchen gegen ihn auch nur erleichtert werde. Offen geblieben ist erneut die Frage, ob für die Herausgabe der materielle Anspruch einer Partei gegen den Dritten erforderlich ist.

### **Beweismaß**

*BGH v. 3.5.2006 – XII ZR 195/03, NJW 2006, 3416*

*Lehrbuch § 7, Rn. 44*

*Besprechung von Wellenhofer in JuS 2007, 85*

AG und OLG hatten die vom Beklagten bestrittene Vaterschaft festgestellt, nachdem ein DNA-Gutachten eine Wahrscheinlichkeit von 99,999% hierfür ergeben hatte. Der BGH hat die Sache mangels hinreichender Sachaufklärung zurückverwiesen, weil das OLG weiteren Beweisangeboten, insbesondere auf Vernehmung eines anderen Mannes, der mit der Mutter ebenfalls geschlechtlich verkehrt haben soll, nicht nachgekommen war. Sollte sich diese Mehrverkehrseinrede als stichhaltig erweisen, muss der Mann in die Abstammungsbegutachtung einbezogen werden, hierauf kann nicht bloß wegen der hohen Wahrscheinlichkeit des Gutachtens verzichtet werden.

### **Das Verfahren nach § 304 ZPO – Grund- und Schlussurteil**

*Aufsatz von Keller in JA 2007, 433*

*Lehrbuch § 10, Rn. 4*

Bei jedem Anspruch auf Leistung vertretbarer Sachen lässt sich die Frage, ob er überhaupt besteht, von derjenigen unterscheiden, in welcher Höhe er dem Gläubiger zusteht. Wird ein solcher Anspruch prozessual geltend gemacht, lassen sich die beiden Fragen durch Grund- und Schlussurteil trennen. Damit kann unnötiger Aufwand vor allem dort vermieden werden, wo der Anspruch dem Grunde nach nicht besteht. Verfasser stellt die Voraussetzungen eines Grundurteils, seine Wirkungen und die Besonderheiten bei seiner Abfassung dar.

### **Urteilszustellung**

*BGH NJW 2007, 3640*

*Lehrbuch § 10, Rn. 6*

Zugestellt wird nicht das Originalurteil, sondern eine Ausfertigung, die erst nach der Verkündung hergestellt werden kann. Der Urkundsbeamten der Geschäftsstelle vermerkt sowohl das Datum der Verkündung als auch das der Ausfertigung auf dem Urteil. Das Fehlen eines solchen Datums steht der Wirksamkeit der Zustellung indes nicht entgegen.



**Urteilsbegründung***BGH NJW 2007, 1455**Lehrbuch § 10, Rn. 35*

Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Geht das Gericht auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags einer Partei zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, in den Entscheidungsgründen nicht ein, so lässt dies auf die Nichtberücksichtigung des Vortrags schließen.

**Der Vergütungsanspruch des Rechtsanwalts gegenüber seinem Mandanten***Aufsatz von Würdinger/Perchatscheck in JA 2007, 401**Lehrbuch § 10, Rn. 53*

Der Anwalt hat gegen seinen Mandanten einen Vergütungsanspruch aus dem Anwaltsvertrag (§§ 611 I, 675 BGB). Gegenstand der vorliegenden Betrachtung sind sowohl materielle (Nichtigkeit des Anwaltsvertrags, Ausschluss des Anspruchs nach § 654 BGB analog, Kündigung des Vertrags, Aufrechnung mit Schlechterfüllungsansprüchen) als auch prozessuale Fragen (Gerichtsstand der Kostenklage, Kostenfestsetzungsverfahren).

**Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit***Aufsatz von Brögelmann in JuS 2007, 1006**Lehrbuch § 10, Rn. 80*

Der vorliegende Aufsatz will die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit in einem Zivilurteil darstellen. Dies gelingt nur teilweise. Zumindest bei der Höhe der Sicherheitsleistung (S. 1009) übersieht Verf., dass diese bei Geldforderungen für Gläubiger und Schuldner „in gleicher Höhe“ nicht mehr möglich ist. Der Aufsatz ist deswegen mit Vorsicht zu genießen.

**Anwaltsaufgaben im zweiten Staatsexamen***Aufsatz von Diercks-Harms in JA 2007, 285**Lehrbuch § 10, Rn. 101*

Gegenstand der vorliegenden Darstellung („Die Anforderungen der Prüfer – Das zweite juristische Staatsexamen in der anwaltlichen Prüfung“) ist die Relevanz der anwaltlichen Stationsausbildung für das Examen. Dort werden neben juristischem Grundwissen praktische Fähigkeiten verlangt, die sich in Gutachten, auch Relationsgutachten (!), oder sonstigen Formen der Rechtsanwendung niederschlagen. Konkrete Tipps gibt die Verfasserin für anwaltliche Aufgabenstellungen in Klausur, Aktenvortrag und mündlicher Prüfung.

**Beteiligung Dritter am Rechtsstreit – Streithilfe und Streitverkündung***Aufsatz von Haertlein in JA 2007, 10**Lehrbuch § 16, Rn. 41 ff.*

Im Zivilprozess gilt grundsätzlich das Zwei-Parteien-Prinzip, wobei die Partei auch aus mehreren Personen bestehen kann. Personen, die in einem Verfahren auf der gleichen Parteseite stehen, sind Streitgenossen. Dritte können Streitgenossen auf der eigenen oder der Gegenseite sein, in jedem Fall Dritte sind Streithelfer und Streitver-

kündete. Insbesondere die beiden letztgenannten Institute sind Gegenstand der vorliegenden Darstellung, die Voraussetzungen und Folgen der Drittbeteiligung im Zivilprozess untersucht.

## Die Streitverkündung

*Aufsatz von Knöringer in JuS 2007, 335*

*Lehrbuch § 16, Rn. 55*

Mit der Streitverkündung kann ein Dritter, der an einem möglichen Folgeprozess zu beteiligen wäre, an das Ergebnis eines bereits laufenden Prozesses gebunden werden (Interventionswirkung). Diese Streitverkündung hat in der Praxis erhebliche Bedeutung und kommt deswegen auch im Examen vor. Der Beitrag erläutert die Voraussetzungen einer solchen Streitverkündung, die möglichen Reaktionen des Streitverkündeten und Inhalt und Umfang der Interventionswirkung für den Folgeprozess.

## Streitverkündung gegenüber dem gerichtlichen Sachverständigen

*BGH v. 27.7.2006 – VII ZB 16/06, NJW 2006, 3214*

*Aufsatz von Kaiser in NJW 2007, 123*

*Lehrbuch § 16, Rn. 55*

Mit Einführung des § 839a BGB besteht grundsätzlich die Möglichkeit, einen gerichtlichen Sachverständigen wegen falschen Gutachtens auf Ersatz der hierdurch entstandenen Schäden in Anspruch zu nehmen. Diese Fälle sind in Anbetracht der engen materiellen Voraussetzungen des § 839a BGB sehr selten. Sehr viel häufiger haben Parteien aber die Möglichkeit solcher Ansprüche zum Anlass genommen, Sachverständigen, die ein ihnen unliebsames Gutachten erstattet hatten, noch im laufenden Verfahren den Streit zu verkünden. Diese Ankündigung, ggf. Regress zu nehmen, verunsicherte viele Sachverständige, veranlasste sie teilweise zu einem Beitritt, woraufhin sie im Verfahren nicht länger Sachverständige sein konnten. Von einigen als neues probates Mittel anwaltlicher Prozessstrategie gepriesen, von anderen als „prozessuale Pestbeule“ (Kamphausen, IBR 2005, 270) verurteilt, haben sowohl die Rechtsprechung als auch der Gesetzgeber hier Handlungsbedarf gesehen.

Der *BGH* hat die Streitverkündung gegenüber Sachverständigen für unzulässig gehalten, weil der Sachverständige nicht „Dritter“ i.S.d. § 72 I ZPO sei. Er stehe bei seiner Aufgabenerfüllung als neutraler Gehilfe des Richters auf Seiten des Gerichts und nicht außerhalb des Prozesses.

Das gleiche Ergebnis hat der Gesetzgeber ab 31.12.2006 in § 72 II ZPO festgeschrieben. Danach ist eine Streitverkündung gegenüber gerichtlich bestellten Sachverständigen (und Richtern, bei denen dies allerdings nie ein Problem war) unzulässig.

## Drittwiderklage

*BGH 13.3.2007 – VI ZR 129/06, NJW 2007, 1753*

*Lehrbuch § 24, Rn. 16*

Als parteierweiternde oder auch Drittwiderklage bezeichnet man die Widerklage des Beklagten gegen eine am Prozess bislang nicht beteiligte Partei. Diese ist nach h.M. dann unzulässig, wenn sie sich allein gegen den Dritten und nicht auch gegen die bisherige klagende Partei richtet. Eine Ausnahme hiervon gilt, wenn Kläger ein Zessionar ist, an den der Unfallbeteiligte seine Ansprüche abgetreten hat. Hier kann die Wider-

klage sich nicht gegen den Kläger richten, sie ist allein gegen den bislang nicht prozessbeteiligten Dritten möglich und zulässig. Der Zulässigkeit der Widerklage steht es nicht entgegen, dass damit der Widerbeklagte als Zeuge ausgeschaltet werden soll.

### **Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens nach Klagerücknahme**

*BGH v. 13.12.2006 – XII ZB 176/03, NJW 2007, 1279*

*Lehrbuch § 27, Rn. 11*

Die Gerichtskosten eines selbstständigen Beweisverfahrens werden vom Antragsteller getragen. Eine Kostenerstattung zwischen den Parteien ist grundsätzlich nur aufgrund einer im nachfolgenden Hauptsacheverfahren ergehenden Kostengrundentscheidung möglich (§ 494a ZPO). Ob dies auch für den Fall gilt, dass der Kläger die Hauptsacheklage zurücknimmt und er die Kosten des Hauptsacheverfahrens deswegen nach § 269 III ZPO tragen muss, ist in der Literatur stark umstritten, weil in diesem Fall keine erfolgsbezogene Hauptsacheentscheidung ergehe und der Kläger die Klage jederzeit neu erheben könne. Dem ist der BGH jetzt entgegen getreten. Die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens gehören zu den Kosten der nachfolgenden Hauptsache, unabhängig davon, wie und warum über diese entschieden wird.

### **Beweislast im Arzthaftungsprozess**

*BGH v. 9.1.2007 – VI ZR 59/06*

*Lehrbuch § 27a, Rn. 62*

*Besprechung von Hager in JA 2007, 459*

Die Erben eines Patienten verlangen von einem Pathologen 100.000,- € Schmerzensgeld, weil dieser eine Gewebeprobe des Patienten als gutmütig diagnostizierte und einen bösartigen Krebs nicht erkannte, an dem der Patient später verstarb. Streitig ist, ob der Patient bei rechtzeitig richtiger Diagnose gerettet hätte werden können.

Auch im Arztrecht gelten grundsätzlich die allgemeinen Regeln der Beweislast, nach denen der klagende Patient Verschulden und Kausalität des Arztes beweisen muss. Eine Ausnahme hat die Rechtsprechung zugelassen, wo es um einen Schaden geht, den der Patient in einem vom Arzt voll beherrschbaren Bereich erlitten hat. Hier greifen Beweiserleichterungen zugunsten des Patienten bis hin zur Beweislastumkehr. Typische Geschehensabläufe können einen Anscheinsbeweis begründen (Erkrankung eines Patienten an HIV nach Verabreichung eines kontaminierten Blutprodukts). Besonders schwere ärztliche Fehler rechtfertigen die Beweislastumkehr. Schwierig ist deren Bejahung bei Diagnosefehlern. Grob fehlerhaft ist eine Diagnose wohl nur, wenn erforderliche Befunde erst gar nicht erhoben werden. Dies war hier nicht der Fall, weswegen der BGH einen groben Fehler verneint und die Klage abgewiesen hat.

### **Klagerücknahme anstatt Erledigungserklärung**

*BGH v. 13.12.2006 XII ZB 71/04, NJW 2007, 1460*

*Lehrbuch § 29, Rn. 35*

Der Beklagte zahlte die Klageforderung nach Zustellung der Klage. Der Kläger nahm daraufhin die Klage zurück und stellte „Antrag nach § 269 III 3 ZPO“. Nachdem der Beklagte beantragt hatte, dem Kläger die Kosten nach § 269 III 2 ZPO aufzuerlegen, widerrief der Kl seine Rücknahmeerklärung und erklärte den Rechtsstreit für erledigt. Das Gericht legte die Kosten dem Kläger auf.

Der BGH hat zunächst festgestellt, dass eine Auslegung der klägerischen Erklärung in eine Erledigungserklärung nicht in Betracht kommt, da die Erklärung eindeutig war und dem Willen des Klägers entsprach. Auch eine Umdeutung ist nicht möglich, weil die Erklärung nicht unwirksam war. Schließlich scheidet auch eine Anfechtung aus. Prozesshandlungen können grundsätzlich nicht angefochten werden. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall des Vorliegens eines Restitutionsgrunds (§ 580 ZPO) oder einer speziellen gesetzlichen Grundlage (§ 290 ZPO). Eine analoge Anwendung des § 290 ZPO lehnt der BGH mangels Vergleichbarkeit der Interessenlage und Bestehens eines Regelungslücke ausdrücklich ab.

### **Fünf Jahre reformiertes Rechtsmittelverfahren im Zivilprozess**

*Aufsatz von Stackmann in NJW 2007, 9*

*Lehrbuch § 30, Rn. 1*

Zum fünften Jahrestag des Inkrafttretens der ZPO-Reform gibt der Verfasser einen Überblick über den Stand der praktischen Anwendung der neuen Vorschriften. Diese hat der Reform viel von ihrem Impetus genommen und dazu geführt, dass die Unterschiede zwischen altem und neuem Recht eher marginal geblieben sind.

### **Kosten der umgedeuteten Anschlussberufung nach Zurücknahme der Berufung**

*Aufsatz von Katzenstein in NJW 2007, 737*

*Lehrbuch § 30, Rn. 24*

Nimmt der Berufungsführer seine Berufung zurück, so verliert eine vom Gegner eingelegte Anschlussberufung ihre Wirkung. Da der Berufungskläger damit eine Sachentscheidung über die Anschlussberufung verhindert, muss er nach ganz h.M. auch die Kosten der Anschließung tragen. Streitig ist dagegen, ob dies auch dann gilt, wenn der Berufungsbeklagte eine eigenständige Berufung einlegen wollte, diese aber wegen Versäumung der Einlegungs- oder Begründungsfrist oder Nichterreichen des Beschwerdegegenstandswerts unzulässig wäre. Sie ist dann in eine Anschlussberufung umzudeuten. Der Verfasser stellt den Meinungsstand dar und schlägt vor, die Kosten auch in diesem Fall dem Berufungskläger aufzuerlegen.

### **Rücknahme von zwei voneinander unabhängigen Berufungen**

*BGH NJW 2007, 3640*

*Lehrbuch § 30, Rn. 28*

Legen namens der unterlegenen Partei zwei Prozessbevollmächtigte unabhängig voneinander Berufung ein und nimmt einer von ihnen später "die Berufung" ohne einschränkenden Zusatz zurück, so bewirkt dies den Verlust des Rechtsmittels.

### **Verzicht auf Berufung: Formwirksamkeit**

*BGH Urt. v. 04.07.2007 XII ZB 14/07*

*Lehrbuch § 30, Rn. 29*

Die Wirksamkeit eines in der mündlichen Verhandlung im Anschluss an die Verkündung des Urteils erklärten Rechtsmittelverzichts ist nicht davon abhängig, dass er ordnungsgemäß protokolliert wurde. Sind das Protokoll oder die vorläufige Protokollauf-

zeichnung unter Verstoß gegen § 162 Abs. 1 ZPO den Beteiligten nicht vorgelesen und von ihnen nicht genehmigt worden, fehlt dem Protokoll insoweit zwar die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde. Auch in einem solchen Fall kann der Rechtsmittelverzicht aber unstreitig sein oder auf andere Weise bewiesen werden. Inhalt und Tragweite eines gegenüber dem Gericht erklärten Rechtsmittelverzichts sind danach zu beurteilen, wie die Verzichtserklärung bei objektiver Betrachtung zu verstehen ist.

### **Zuständigkeit des OLG für Berufung gegen Urteil des Amtsgerichts**

*BGH v. 18.1.2007 - V ZB 129/06, NJW 2007, 1211*

*Lehrbuch § 30, Rn. 35*

Zu den misslungenen Vorschriften der ZPO-Reform aus dem Jahr 2002 gehört § 119 GVG, der die ausnahmsweise Zuständigkeit des OLG für Berufungen gegen amtsgerichtliche Urteile in sog. „Auslandssachen“ vorsieht. Eine solche liegt u.a. dann vor, wenn das Amtsgericht ausländisches Recht angewendet und dies ausdrücklich festgestellt hat. Der BGH läßt es vorliegend ausreichen, dass das ausländische Recht nicht in der Hauptsacheentscheidung, sondern in einer Vorfrage angewendet wurde. Im vorliegenden Fall hatte das Amtsgericht einen Anspruch aus § 812 I BGB mit der Begründung bejaht, der Vertrag sei sowohl nach deutschem als auch nach türkischem Recht unwirksam. Die Voraussetzungen des § 119 I GVG hat der BGH indes deswegen als nicht erfüllt angesehen, weil es an der ausdrücklichen Feststellung der Anwendung ausländischen Rechts fehle. Dazu sei zumindest die Angabe des angewendeten Rechtssatzes, die Zitierung der einschlägigen Rechtsnorm erforderlich.

### **Tatsachenfeststellungen im Berufungsverfahren**

*Aufsatz von Patrick Schmidt in NJW 2007, 1172*

*Lehrbuch § 30, Rn. 40*

Mit der ZPO-Reform 2002 ist die Berufungsinstanz keine Wiederholung der ersten Instanz („zweite Chance“) mehr, sondern lediglich ein Instrument der Fehlerkontrolle und -beseitigung. Konsequenterweise ist deswegen das Recht der Parteien zum Vortrag neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel erheblich beschränkt, das Berufungsgericht grundsätzlich auf die erstinstanzlich festgestellten Sachverhalt verwiesen (§§ 529 I, 531 II ZPO). Die Rechtsprechung ist dieser gesetzgeberischen Intention nur teilweise gefolgt und hat die Befugnis des Berufungsgerichts, neue Tatsachen festzustellen sehr weit gestaltet. Dazu gehört, dass mit der Revision zwar gerügt werden kann, das Berufungsgericht habe neue Tatsachen fehlerhaft unberücksichtigt gelassen, nicht aber gerügt werden kann, das Berufungsgericht habe neue Tatsachen fehlerhaft berücksichtigt. Die Praxis zieht hieraus verbreitet den Schluss, im Zweifel neue Tatsachen eher festzustellen, als dies nicht zu tun. Gegen diese Praxis wendet sich der Verfasser des vorliegenden Aufsatzes („Verfahrensfehlerhafte erneute Tatsachenfeststellung und Zulassung neuen Vortrags in der Berufungsinstanz“).

## **Kein neues Vorbringen bei bloßer Konkretisierung des erstinstanzlichen Vortrags**

*BGH NJW 2007, 1531*

*BGH NJW-RR 2007, 1170*

*Lehrbuch § 30, Rn. 42*

In der Berufungsinstanz ist den Parteien der Vortrag neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel grundsätzlich nicht möglich (§§ 529 I Nr. 2, 531 II ZPO). Nicht immer einfach zu beantworten ist indes die Frage, ob Vortrag der Partei neu ist. Wird ein bereits schlüssiges Vorbringen aus der ersten Instanz durch weiteren Tatsachenvortrag, etwa unter Vorlage eines Privatgutachtens, zusätzlich konkretisiert, verdeutlicht oder erläutert, stellt dies kein neues Vorbringen im Sinne der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO dar (BGH NJW 2007, 1531).

Auch ergänzende Erläuterungen der eingeklagten und mit Rechnung abgerechneten Werkleistungen sind nicht als neues Angriffsmittel i.S.d. § 531 Abs. 2 ZPO zu bewerten, wenn sich der Anspruch bereits aus dem erstinstanzlichen Parteivortrag ergeben hat und nachträglich nur verdeutlicht wurde (BGH NJW-RR 2007, 1170).

richtigerweise durch Urteil hätte entscheiden müssen.

## **Beschlusszurückweisung: Unanfechtbarkeit**

*BGH NJW-RR 2007, 284*

*Lehrbuch § 30, Rn. 46*

Die gemäß § 522 Abs. 3 ZPO unanfechtbare Zurückweisung der Berufung durch einstimmigen Beschluss des Berufungsgerichts (§ 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO) kann auch nicht in Anwendung des Grundsatzes der Meistbegünstigung mit der Begründung angefochten werden, die Entscheidung sei in der falschen Form ergangen, weil das Berufungsgericht die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache oder die Erforderlichkeit einer Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung verkannt habe und deshalb über die Berufung

## **Inhalt des Berufungsurteils**

*BGH NJW-RR 2007, 781*

*BGH NJW 2007, 2334*

*Lehrbuch § 30, Rn. 53*

Nach § 540 ZPO bedarf das Berufungsurteil zwar keines Tatbestandes. An dessen Stelle muss das Berufungsurteil jedoch die Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil mit Darstellung etwaiger Änderungen oder Ergänzungen enthalten (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Mangelt es daran, fehlt dem Berufungsurteil die für die revisionsrechtliche Nachprüfung nach §§ 545, 559 ZPO erforderliche tatsächliche Beurteilungsgrundlage. In einem solchen Fall ist das Berufungsurteil grundsätzlich von Amts wegen aufzuheben, und die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Von der Aufhebung und Zurückverweisung kann ausnahmsweise nur dann abgesehen werden, wenn sich die notwendigen tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung hinreichend deutlich aus den Urteilsgründen ergeben. Hier enthält das Berufungsurteil zwar eine Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen im erstinstanzlichen Urteil, nicht aber eine Darstellung der Änderungen oder Ergänzungen, die der Sachverhalt in zweiter Instanz erfahren hat. Die tatsächliche Grundlage der Entscheidung ergibt sich auch nicht aus den Urteilsgründen.

